ISSN 0423-4847 (papel)
ISSN 2386-9062 (digital)
DOI: https://doi.org/10.18543/ed

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 74/1, enero-junio 2026
DOI: https://doi.org/10.18543/ed7412026

Sumario

Estudios

El proyecto constitucional de 1873: la I República española entre la revolución y la realidad
David Delgado Ramos

Análisis de la Directiva (UE) 2024/1785 sobre emisiones industriales y su proyección en el derecho ambiental digital y en la Ley 5/2013
Eliana Díaz Cruces

Inteligencia artificial, sostenibilidad ambiental y justicia: hacia un marco jurídico integral para el desarrollo tecnológico ético
Pedro Jesús Jiménez Vargas

Identidad nacional, núcleo constitucional europeo e intangibilidad de los fundamentos comunitarios. Una mirada al futuro de la Unión
Alejo Martínez Quiñones

La protección de los datos personales en los tiempos de la IA: ¿cabe promover un enfoque esencialmente normativo en tiempos de renuncia a la privacidad?
Federico de Montalvo Jääskeläinen

El derecho a un trabajo decente. A propósito de la efectividad del derecho constitucional al trabajo ante la irrupción digital
María Dolores Montero Caro

Retos para la garantía del derecho a la vivienda. ¿Puede una renta básica universal contribuir a mejorar su acceso universal?
Albert Noguera Fernández

La libertad de creación cultural como derecho fundamental
Irene Rufo Rubio

Constitucionalizar la Inteligencia Artificial
Juan Francisco Sánchez Barrilao

La protección jurídica frente al despido en el marco de la Agenda 2030 como garantía del Trabajo Decente (ODS 8) y su impacto en la salud mental de las personas trabajadoras (ODS 3)
Beatriz Sánchez-Girón Martínez

Constitución y biointeligencia artificial: el NeoHuman-AI y la promesa (o el riesgo) de una Constitución posthumana
José Sánchez Hernández

Los métodos de interpretación aplicados por el TJUE: teoría, práctica y tensiones en torno al activismo judicial
Mar Sánchez Montell

Uso de datos biométricos en la discriminación de personas con fines de prevención delictiva
Silvia I. Verdugo Guzmán

El stalking en la Política Criminal europea: una perspectiva comparada desde el Convenio de Estambul y la Directiva 2024/1385
Carolina Villacampa Estiarte

Derecho público iberoamericano

La evolución jurisprudencial del Consejo de Estado de Colombia en materia de transfuguismo político en grupos significativos de ciudadanos: una mirada comparada con Chile y España
Altus Alejandro Baquero Rueda

La responsabilidad de mando como régimen autónomo de imputación en el Derecho Penal Internacional: evolución histórica y recepción en Colombia
Jairo Edmundo Cabrera Pantoja

Inclusión de mujeres en la contratación pública estratégica: una política emergente en Colombia
Cristian Andrés Díaz Díez

El delito de tráfico de influencias en su modalidad real en el Código penal peruano: una crítica a su configuración típica
Daniel Quispe Meza

Patrones oscuros. Retos para el Derecho del consumidor peruano en la era digital
Guillermo Robilliard Silva

El tratamiento dual del secreto empresarial y la expansión del Derecho penal económico en la propiedad industrial
Iván Vargas-Chaves

Recensiones

Deusto
Faculty of Law

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 74/1 enero-junio 2026
DOI: https://doi.org/10.18543/ed7412026

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+ 2025 (Derecho A), 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
2026

Estudios de Deusto
Revista de Derecho Público

Vol. 74/1 enero-junio 2026
DOI: https://doi.org/10.18543/ed7412026

Primera época (1904-1920)
Segunda época (1953 hasta la actualidad)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª Época*

1904-1909	Isidoro Zameza
1909-1916	Ignacio María Ibero
1916-1918	Vicente Leza
1918-1920	Matías Ibinagabeitia

2ª Época

1953-1960	Jesús María Díaz de Acebedo (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María Díaz de Acebedo
1963-1965	Luis María Estibález
1966-1974	Andrés Eliseo de Mañaricúa
1975-1990	Juan Churruca
1991-2014	Ignacio María Beobide
2014-	Luis Ignacio Gordillo

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

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

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

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)
ISSN: 2386-9062 (versión digital)
DOI: https://doi.org/10.18543/ed
Depósito legal: BI-2350-1993

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

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:
Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

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 Bercholc (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, ÍnDICEs-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+ 2025 (Derecho A), ANVUR classe A, Google Académico y WorldCat.

Scopus

2025 CALIDAD REVISTAS CIENTÍFICAS ESPAÑOLAS
Mención de Buenas Prácticas Editoriales en Igualdad de Género
FECYT-473/2025
Fecha de certificación: 30 de julio de 2021 (7ª edición)
Válido hasta: 19 de diciembre de 2027

© Universidad de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 74/1 enero-junio 2026
DOI: https://doi.org/10.18543/ed7412026

Sumario

Estudios

David Delgado Ramos, *El proyecto constitucional de 1873: la I República española entre la revolución y la realidad* 19-49

Eliana Díaz Cruces, *Análisis de la Directiva (UE) 2024/1785 sobre emisiones industriales y su proyección en el derecho ambiental digital y en la Ley 5/2013* 51-83

Pedro Jesús Jiménez Vargas, *Inteligencia artificial, sostenibilidad ambiental y justicia: hacia un marco jurídico integral para el desarrollo tecnológico ético* 85-120

Alejo Martínez Quiñones, *Identidad nacional, núcleo constitucional europeo e intangibilidad de los fundamentos comunitarios. Una mirada al futuro de la Unión* 121-158

Federico de Montalvo Jääskeläinen, *La protección de los datos personales en los tiempos de la IA: ¿cabe promover un enfoque esencialmente normativo en tiempos de renuncia a la privacidad?* 159-200

María Dolores Montero Caro, *El derecho a un trabajo decente. A propósito de la efectividad del derecho constitucional al trabajo ante la irrupción digital* 201-232

© Universidad de Deusto

Albert Noguera Fernández, *Retos para la garantía del derecho a la vivienda. ¿Puede una renta básica universal contribuir a mejorar su acceso universal?* 233-258

Irene Rufo Rubio, *La libertad de creación cultural como derecho fundamental* 259-300

Juan Francisco Sánchez Barrilao, *Constitucionalizar la Inteligencia Artificial* 301-340

Beatriz Sánchez-Girón Martínez, *La protección jurídica frente al despido en el marco de la Agenda 2030 como garantía del Trabajo Decente (ODS 8) y su impacto en la salud mental de las personas trabajadoras (ODS 3)* 341-371

José Sánchez Hernández, *Constitución y biointeligencia artificial: el NeoHuman-AI y la promesa (o el riesgo) de una Constitución posthumana* 373-402

Mar Sánchez Montell, *Los métodos de interpretación aplicados por el TJUE: teoría, práctica y tensiones en torno al activismo judicial* 403-433

Silvia I. Verdugo Guzmán, *Uso de datos biométricos en la discriminación de personas con fines de prevención delictiva* 435-457

Carolina Villacampa Estiarte, *El* stalking *en la Política Criminal europea: una perspectiva comparada desde el Convenio de Estambul y la Directiva 2024/1385* 459-486

Derecho público iberoamericano

Altus Alejandro Baquero Rueda, *La evolución jurisprudencial del Consejo de Estado de Colombia en materia de transfuguismo político en grupos significativos de ciudadanos: una mirada comparada con Chile y España* 489-528

Jairo Edmundo Cabrera Pantoja, *La responsabilidad de mando como régimen autónomo de imputación en el Derecho Penal Internacional: evolución histórica y recepción en Colombia* 529-558

Cristian Andrés Díaz Díez, *Inclusión de mujeres en la contratación pública estratégica: una política emergente en Colombia* 559-593

Daniel Quispe Meza, *El delito de tráfico de influencias en su modalidad real en el Código penal peruano: una crítica a su configuración típica* 595-620

Guillermo Robilliard Silva, *Patrones oscuros. Retos para el Derecho del consumidor peruano en la era digital* 621-650

Iván Vargas-Chaves, *El tratamiento dual del secreto empresarial y la expansión del Derecho penal económico en la propiedad industrial* 651-680

© Universidad de Deusto

Recensiones

Francisco Javier Díaz Revorio, Carlos Vidal Prado (Dirs.), *Educar en valores, construir ciudadanías*, por Ignacio Álvarez Rodríguez 683-686

Manuel García Pelayo, *El Rey,* por Ángel Barredo Artiguez 687-693

Octavio Salazar Benítez, *La masculinidad como dispositivo de poder. Entre la manosfera y los hombres nuevos*, por Sergio Siverio Luis 695-699

Miguel Ángel Sevilla Duro, *Las integraciones económicas: Concepto, taxonomía y efectos*, por Carlos Jacobo Antequera Molina 701-704

© Universidad de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 74, Issue 1, January-June 2026
DOI: https://doi.org/10.18543/ed7412026

Table of Contents

Studies

David Delgado Ramos, *The Constitutional project of 1873: the Spanish first republic between revolution and reality* 19-49

Eliana Díaz Cruces, *Analysis of directive (EU) 2024/1785 on industrial emissions and its projection in Digital Environmental Law and in Law 5/2013* 51-83

Pedro Jesús Jiménez Vargas, *Artificial intelligence, environmental sustainability and justice: towards a comprehensive legal framework for ethical technological development* 85-120

Alejo Martínez Quiñones, *National Identity, the European Constitutional Core and the Intangibility of the Union's Foundations: A Look into the Future of the European Union* 121-158

Federico de Montalvo Jääskeläinen, *Personal Data Protection in the Age of AI: Can an Essentially Normative Approach Be Defended in an Era of Privacy Renunciation?* 159-200

María Dolores Montero Caro, *The right to decent work. On the effectiveness of the constitutional right to work in the face of the digital disruption* 201-232

© Universidad de Deusto

Albert Noguera Fernández, *Challenges for guaranteeing the right to housing. Can a universal basic income contribute to improving universal access?* 233-258

Irene Rufo Rubio, *The Freedom of Cultural Creation as a Fundamental Right* 259-300

Juan Francisco Sánchez Barrilao, *Constitutionalising Artificial Intelligence* 301-340

Beatriz Sánchez-Girón Martínez, *Legal protection against dismissal in the 2030 Agenda as a guarantee of decent work (SDG 8) and its impact on workers' mental health (SDG 3)* 341-371

José Sánchez Hernández, *Constitution and artificial biointelligence: the NeoHuman-AI and the promise (or the peril) of a posthuman constitution* 373-402

Mar Sánchez Montell, *Interpretive Methods Applied by the CJEU: Theory, Practice, and Tensions Surrounding Judicial Activism* 403-433

Silvia I. Verdugo Guzmán, *Use of Biometric data in the discrimination of individuals for crime prevention purposes* 435-457

Carolina Villacampa Estiarte, *Stalking in European Criminal Policy: A Comparative Perspective from the Istanbul Convention and Directive 2024/1385* 459-486

Iberoamerican Public Law

Altus Alejandro Baquero Rueda, *The case law evolution of the Colombian Council of State on political defection in Significant Groups of Citizens: A comparative perspective with Chile and Spain* 489-528

Jairo Edmundo Cabrera Pantoja, *Command Responsibility as an Autonomous Mode of Attribution in International Criminal Law: Historical Evolution and Reception in Colombia* 529-558

Cristian Andrés Díaz Díez, *Inclusion of women in strategic public procurement: an emerging policy in Colombia* 559-593

Daniel Quispe Meza, *The crime of influence peddling involving actual influence in the Peruvian Criminal Code: A critique of its legal structure* 595-620

Guillermo Robilliard Silva, *Dark Patterns: Challenges for Peruvian Consumer Law in the Digital Era* 621-650

Iván Vargas-Chaves, *The Dual Treatment of Trade Secrets and the Expansion of Economic Criminal Law regarding Industrial Property* 651-680

© Universidad de Deusto

Book reviews

Francisco Javier Díaz Revorio, Carlos Vidal Prado (Dirs.), *Educar en valores, construir ciudadanías*, by Ignacio Álvarez Rodríguez 683-686

Manuel García Pelayo, *El Rey,* by Ángel Barredo Artiguez 687-693

Octavio Salazar Benítez, *La masculinidad como dispositivo de poder. Entre la manosfera y los hombres nuevos*, by Sergio Siverio Luis 695-699

Miguel Ángel Sevilla Duro, *Las integraciones económicas: Concepto, taxonomía y efectos*, by Carlos Jacobo Antequera Molina 701-704

© Universidad de Deusto

Estudios

EL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1873: LA I REPÚBLICA ESPAÑOLA ENTRE LA REVOLUCIÓN Y LA REALIDAD[1]

The Constitutional project of 1873: the Spanish first republic between revolution and reality

David Delgado Ramos[2]
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid. España
https://orcid.org/0000-0002-4656-3269

https://doi.org/10.18543/ed.3574

Fecha de recepción: 30.10.2025
Fecha de aceptación: 21.12.2025
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El proyecto constitucional de 1873 supuso la primera tentativa real de articular un modelo federal y republicano en la Historia de España. El texto, que llegó a ser debatido, pero no fue aprobado, configuraba un régimen híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo, aunque más próximo al presidencial, ya que tuvo como más

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco de dos proyectos de investigación. El primero, "La polarización política y su impacto sobre la realidad constitucional (PORECO)", (PID2023-153037NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria de Proyectos I+D+I de 2023); y, el segundo, "Identidad constitucional y memoria democrática (CONSTIDEMO)", (PID2024-159790NB-100), también financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación («Proyectos de Generación de Conocimiento» y actuaciones para la formación de personal investigador predoctoral asociadas a dichos proyectos, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027).

[2] Email: davdelgado@der.uned.es

importante referente el de la Constitución de los Estados Unidos. La falta de compromiso de los distintos partidos en el proyecto, unida a la excesiva premura con la que fue propuesto lastraron su viabilidad.

Palabras clave

República, constitución, federalismo, derechos.

Abstract

The constitutional project of 1873 was the first real attempt to articulate a federal and republican model in the history of Spain. The text, which was debated, but was not approved, configured a hybrid regime between presidentialism and parliamentarism, although closer to the presidential one, since it had as its most important reference the Constitution of the United States. The lack of commitment of the different parties in the project, together with the excessive haste with which it was proposed, hindered its viability.

Keywords

Republic, constitution, federalism, rights.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes históricos de la Constitución de 1873. 1. El Sexenio Revolucionario (1868-1874) y el fracaso del proyecto político de la Constitución de 1869. 2. Las influencias foráneas: la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y la Tercera República Francesa (1871). III. El proyecto constitucional de 1873. 1. Características generales. 2. La República como régimen político. 3. El federalismo como eje de integración. 4. El debate parlamentario en Cortes. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

"Ansío penetrar con vosotros en la selva histórica que nos ofrecen los adalides republicanos en once meses del 1873, año de sarampión agudísimo del que salimos por la intensa vitalidad de esa vejancona robusta que llamamos España. La historia de aquel año es (...), selva o manigua tan enmarañada que es difícil abrir caminos en su densa vegetación. Es en parte luminosa, en parte siniestra y oscura, entretejida de malezas con las cuales lucha difícilmente el hacha del leñador"

Benito Pérez Galdós

La Primera República. Episodios Nacionales, Serie final.

I. INTRODUCCIÓN

La *non nata* Constitución de 1873 constituye uno de los más interesantes proyectos políticos de nuestra historia constitucional. Un proyecto nacido de la crisis posterior a la Revolución *Gloriosa* de 1868 que derrocó a Isabel II y que pretendía alumbrar un nuevo modelo de Estado que rompía, en teoría definitivamente, con la tradicional forma política de España en dos aspectos esenciales: la sustitución de la monarquía por la república, en primer término; y el establecimiento de una estructura federal en lugar del centralismo, en segundo lugar.

Este proyecto constitucional venía a cubrir una necesidad política: una Norma Fundamental que pusiese fin al caos institucional y a la inestabilidad gubernamental surgida durante el Sexenio Revolucionario (1868-1873). Así, este texto, impulsado por Emilio Castelar, pretendía dotar a la república de una constitución adaptada al nuevo régimen, siendo novedosa en su planteamiento general, aunque muy acorde con el espíritu de la Constitución de los Estados Unidos y al que, posteriormente, caracterizaría a las Leyes Constitucionales de 1875 que darían forma a la Tercera República Francesa (1870-1940) implantada poco antes y que ponía punto y final a la historia de la monarquía en Francia.

El texto, en ese sentido, puede ser calificado de notablemente revolucionario, no sólo por su contenido, sino por la profunda ruptura que planteaba con la historia española, siempre refractaria a cambios de rumbo en su forma de gobierno.

Sin embargo, pese a sus ambiciosas pretensiones, el proyecto de Constitución de 1873 no llegó a aprobarse en las Cortes tras su debate parlamentario, por lo que fue orillado y, con el fin de la I República, olvidado, aunque sus resonancias se dejarían sentir en la también republicana Constitución de 1931, herencia, en cierto modo mediata, de aquel texto.

A lo largo de este trabajo pretendemos analizar dicho texto constitucional, sus antecedentes históricos y gestación política, su estructura jurídico-constitucional y su importancia e influencia en el constitucionalismo histórico español.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1873

1. *El Sexenio Revolucionario (1868-1874) y el fracaso del proyecto político de la Constitución de 1869*

La Revolución Gloriosa de 1868[3] supuso el fin del reinado de Isabel II y, con ella, de la denominada *monarquía isabelina*, una monarquía formalmente constitucional, pero que operaba con frecuencia con los mimbres de una monarquía limitada, en la que el papel de la Corona oscilaba entre el constante intervencionismo en la acción política y la manifiesta pasividad[4].

Los textos constitucionales desde la Constitución de 1812 no ofrecían dudas sobre el imperante rol regio, que pasó de la clara preponderancia a la tentativa de limitación, con escaso éxito, y en la que se manifestaba la tensión permanente entre los reaccionarios y los liberales que caracterizaría el

[3] Sobre la naturaleza de esta Revolución, en un parecer que compartimos, señala Merino que *"la de 1868 es la revolución burguesa española del siglo XIX, de contenido demoliberal; pero otorgándose al liberalismo, dirá Sánchez Agesta, un nuevo sentido, al que se puede llamar `liberalismo radical` en contraposición al liberalismo doctrinario que había imperado desde 1812"*. (Merino Merchán, 2008: 174).

[4] Explican Mas y Troncoso este fracaso recordando que *"La revolución de 1868 fue consecuencia del deterioro al que había llegado el régimen isabelino. El sistema de las dos confianzas se había mostrado ineficaz para establecer un turno pacífico entre moderados y progresistas debido al protagonismo adquirido por la Corona. La Constitución de 1869 se concibió como el instrumento con el que debería edificarse un régimen político que permitiera a las fuerzas políticas revolucionarias progresistas, unionistas y demócratas desenvolverse sin tener que acudir a movimientos juntistas ni a las camarillas de Palacio. Para ello, la Corona debía ser desprovista de los poderes que la hicieron prevalecer sobre el Parlamento"*. (Mas y Troncoso, 1987: 237).

proceso político español a lo largo del siglo XIX en una oscilación que, equívocamente, muchos autores denominarían "ley del péndulo"[5] y que, en el fondo, lo que en verdad mostraba era la constante debilidad de las estructuras políticas del país. Una debilidad que supuso, en síntesis, que la España del siglo XIX llegase siempre tarde al progreso y al desarrollo económico y social pero, sobre todo, al liberalismo político[6].

La Revolución de 1868 puso fin a este período y a esta fórmula política, caracterizada por la permanente inestabilidad institucional en la que las afinidades personales de la Reina definían el curso gubernamental, imposibilitando una eficaz acción de gobierno, como muestra el elevado número de gabinetes que se sucedieron desde su mayoría de edad en 1843[7]. La Revolución, con todo, tuvo más de antidinástico que de antimonárquico[8], como se evidenciaría en la mayoría parlamentaria que surgiría en 1869 con ocasión de las Cortes Constituyentes y, tiempo después, en el ocaso de la I República, con el advenimiento de Alfonso XII, heredero y sucesor de la destronada Isabel II.

[5] (Torres del Moral, 2018: 39-42).

[6] Para Morales, analizando el periodo comprendido entre 1848 y 1868, *"Desde los años cuarenta del siglo XIX, el republicanismo se presentó como la antítesis, y también como la alternativa, de los tradicionales sistemas de representación política, introduciendo sobre la escena pública las reivindicaciones políticas, sociales y culturales que demandaban la pequeña burguesía democrática y las clases populares. Entre otras, el sufragio universal, la libertad de imprenta y la de asociación, o la abolición de los impuestos de consumo, y la de las quintas y las matrículas de mar. En este sentido, la democracia republicana fue una propuesta no sólo de organización política, sino sobre todo de cambio y de reformas sociales y de progreso cultural. Frente al proyecto monárquico, definido por su conservadurismo político-social y el peso de la tradición, y bajo el que encontraba cobijo una oligarquía que controlaba todos los resortes del poder, el republicanismo tenía como señas de identidad más visibles la libertad del individuo, la descentralización, la igualdad política y social, o el impulso educativo y cultural"*. (Morales, 2020: 1).

[7] Así, en el periodo que discurre entre 1843 y 1868, fueron treinta y tres los presidentes del Consejo de Ministros, algunos de los cuales repetirían en diversos momentos, como los casos de Narváez y O´Donnell quienes, además, constituían el principal apoyo político de la Reina. El fallecimiento de estos dos en 1867 y 1868 aceleraría la descomposición del régimen.

[8] Así lo entienden Álvarez y De la Fuente, para quienes *"la Gloriosa fue, como sabemos, un movimiento antidinástico, pero no necesariamente antimonárquico. Los Borbones, entregados al clericalismo ultramontano y adictos a un poder que anulaba la voluntad popular –o nacional–, eran los enemigos no sólo de la libertad, sino de la nación. Estaban " divorciados de la nación », a la que no concebían sino como un patrimonio familia; eran la ´raza maldita`, los ´enemigos del pueblo`. Y dado que este pueblo, el español, era el único dueño legítimo de la soberanía, son lógicos los tres jamases de Prim ante la posibilidad de retorno de algún miembro de aquella familia al trono"*. (Álvarez y De la Fuente, 2020: 4).

No obstante, el periodo surgido tras la Revolución no fue, ni mucho menos, políticamente pacífico, entre otros factores por la honda carga de radicalidad que la impulsó fruto de los múltiples intereses y factores concurrentes que desembocaron en ella[9]. Antes al contrario, la inestabilidad siguió caracterizando el contexto sociopolítico, ya que la ausencia de un gobierno claro con un programa político fue la tónica general del periodo. Prueba de ello lo constituye la pulsión antagónica entre monárquicos y republicanos y la incapacidad para construir un relato común y compartido que alumbrase un nuevo modelo de Estado.

Un primer esbozo, la Constitución de 1869, acabó en rotundo fracaso, pese al carácter integrador, no sin fuertes reticencias, del texto para todos los partidos que participaron en la Revolución[10]. El proyecto, monárquico con clara impronta liberal y fuertemente progresista, buscaba un nuevo tipo de monarquía que, limitada por unas Cortes tentativamente más fuertes, pretendía, en un ejercicio doble, fortalecer al mismo tiempo al gobierno y al parlamento, de tal suerte que, mediante esta Constitución, en palabras de Sánchez Agesta, la monarquía absoluta se transformaba en monarquía limitada[11]. Este formato, heredero de la Constitución belga de 1831, de hondo influjo en el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XIX, suponía la definitiva parlamentarización de la monarquía, definiendo su actuación y limitando su influencia directa en el proceso político[12].

El caso de Bélgica tras la promulgación de su Constitución de 1831 es especialmente significativo y de honda relevancia jurídica y política, ya que muchas de las particularidades que singularizarían aquel modelo en el entorno europeo eran similares a las que concurrían en España, lo que los instigadores del Pacto de Ostende bien conocían[13], como se revela en el hecho

[9] (Cavero y Zamora, 2010: 169).

[10] Recuerda Varela que *"Votaron a favor 214 diputados y 55 en contra. Cinco días más tarde lo promulgaron. Los republicanos al final la ´acataron`, pero no la ´aceptaron`. Algunos, como Castelar, lo firmaron; pero otros, como Pi y Margall, se negaron a hacerlo"*. (Varela, 2020: 274).

[11] (Sánchez Agesta, 1987: 15).

[12] El modelo belga fue muy estudiado por los Constituyentes españoles del 1869, imitando el proceso seguido en Bélgica –primero, elaboración de la Constitución; después, elección del monarca– y la configuración constitucional del Rey. Así, como explica Pérez analizando la Constitución de Bélgica de 1831, *"el Rey experimentará una reubicación en el nuevo esquema de organización de los poderes, careciendo de poderes propios de origen extraconstitucional y debiendo ejercer los poderes que la Constitución expresamente le asigna en los términos previstos en ella"*. (Pérez Ayala, 2002: 261).

[13] Apunta Pérez que *"los principales líderes que protagonizan la gloriosa de 1868, incluido el principal de ellos, el General Prim, han tenido estrechas relaciones con Bélgica, donde han vivido exiliados, lo que les permite conocer directamente el sistema político y constitucional de ese país. No es casual que los principales hitos del proceso que*

de que la Constitución de 1869 reprodujese prácticamente en su totalidad el texto belga en su estructura y términos[14].

El texto belga, actualmente vigente con las lógicas enmiendas y mutaciones de un texto del siglo XIX, constituyó la carta fundacional de Bélgica como Estado tras su independencia de los Países Bajos, habiendo sido decisivo para moldear la identidad político-constitucional del país. Un texto que incluía, en su novedad, numerosos avances políticos y una clara parlamentarización de la monarquía, lo que resultaría determinante para la articulación de la Corona en la Constitución española de 1869, aunque no para el proyecto constitucional republicano de 1873, cuya naturaleza era radicalmente distinta.

El nuevo rey, Amadeo de Saboya, pretendía encarnar así no sólo una nueva dinastía para España, sino también un nuevo sistema político. Pretensiones que, en el caso dinástico, tendrían un recorrido limitado por impopular a causa, entre otras circunstancias, de la reciente unificación italiana y sus conflictos con los Estados Pontificios –cuestión fuertemente controvertida para los sectores conservadores del país-, y que desembocarían en la abdicación del monarca italiano y el retorno de la dinastía borbónica en 1874 en la persona del hijo de Isabel II, Alfonso XII. En cuanto al sistema político, la *coalición de contrarios* que había impulsado la Revolución fue incapaz de forjar una *solución de consenso* para alumbrar un nuevo régimen con y desde la Corona[15]. Las causas del desmoronamiento del régimen, con todo, no hay que buscarlas en la actuación del monarca, impecablemente constitucional

desembocará finalmente en la revolución de septiembre de 1868 tengan como escenario el territorio belga. Así, el Pacto de Ostende (agosto de 1866), en el que las fuerzas de la oposición alcanzan un Acuerdo para el derrocamiento de la Monarquía ísabelina*, al que seguirá poco después la constitución de la Junta de Bruselas (junio de 1867), encargada de coordinar las acciones de la alianza surgida en torno al Pacto de Ostende. Bélgica se convierte así, a mediados del siglo XIX, en el centro de operaciones del movimiento opositor español, lo que lógicamente tendrá su repercusión sobre algunos de sus principales líderes, que no serán ajenos al ambiente político que vive Bélgica en ese momento"*. (Pérez Ayala, 2002: 268).

[14] (Pérez Ayala, 2002: 270).

[15] En palabras de Pascual, *"El sistema político, por lo demás, no podía funcionar porque se fundamentaba en una alianza puramente circunstancial. La coalición tan diversa de partidos liberales desavenidos que se formó de cara al destronamiento de Isabel II sirvió para derrocar un régimen, pero no se mostró eficaz para construir otro nuevo; apenas para apuntalarlo. Y cuando, por añadidura, los puntales fallaron por las rivalidades (entre Ruiz Zorrilla y Sagasta) dentro del propio partido progresista, que debiera haberse convertido en el centro político del sistema, la construcción se desmoronó. O lo que es lo mismo, la monarquía de Amadeo I no fue derrocada, se deshizo"*. (Pascual Sastre, 2020: 10-11).

pese a sus errores, sino en el propio sistema de partidos, que hizo imposible el ejercicio del poder moderador[16].

Este primer texto se caracterizaba por asumir algunos principios clave para los revolucionarios dentro de una muy novedosa fórmula monárquica[17], aunque nunca fuese del agrado de algunos sectores, como los carlistas, reacios a cualquier sesgo liberal contrario a los principios fundamentales del tradicionalismo. Tampoco lo fue para los republicanos quienes, en virtud de su reducido peso parlamentario debieron asumir pretensiones contrarrevolucionarias y aceptar la monarquía, aunque su influencia política fue *in crescendo* en el periodo de 1869 a 1873, para lo que resultó determinante el fuerte obstruccionismo antiparlamentario con el que operó dicha minoría en la Cámara[18] lo que, a la postre, contribuiría de forma decisiva al establecimiento del primer régimen republicano español pese a su reducido apoyo popular.

Sea como fuere, aunque existía cierto continuismo con el constitucionalismo previo, se evidenciaba una clara ruptura con los modelos anteriores, apreciable en el significativo reconocimiento de otros inéditos derechos de contenido político, entre los que destacaba el primer sufragio universal (art. 16) –ya anticipado con ocasión de las elecciones a Cortes Constituyentes– y otros fundamentales para el proceso de incipiente consolidación democrática, como la libertad de expresión, imprenta, asociación y petición (art. 17) o el derecho de reunión (arts. 17 y 18), sin olvidar una limitada y muy primaria libertad de cultos (art. 21), siendo enormemente innovadora en este planteamiento[19].

---

[16] (Mas y Troncoso, 1987: 239).

[17] Como explica Varela sintetizando su carácter revolucionario por novedoso, *"Una monarquía distinta no sólo de la monarquía constitucional que había estado en vigor desde la muerte de Fernando VII, tanto en su versión progresista como moderada, basada en el pacto entre la Corona y las Cortes, sino también de la monarquía asamblearia que habían puesto en planta los constituyentes de 1812, en ausencia del monarca y de acuerdo con los esquemas revolucionarios franceses de 1791. En rigor, en las Cortes de 1869 y en el texto constitucional que éstas aprobaron se definieron las líneas maestras de una monarquía democrática y parlamentaria, que, tras su fracaso durante el reinado de Amadeo I de Saboya, no volvería a formularse hasta 1978"*. (Varela, 2006: 210).

[18] Este proceso, por otro lado, nada ajeno a la naturaleza dialéctica de confrontación del parlamentarismo, es explicada por Vilches, para quien esta minoría *"Llevó a cabo un obstruccionismo técnico usando el Reglamento de Cortes, con numerosas mociones de censura y proposiciones, llamadas continuas a votaciones nominales, o el «filibusterismo» entre otras actuaciones. La minoría añadió a esto el obstruccionismo físico, consistente en entorpecer las sesiones con gritos, aplausos exagerados, discusiones o abandonos masivos. El obstruccionismo alimentó el antiparlamentarismo de los federales revolucionarios y abrió una brecha que resultó irresoluble en 1873"*. (Vilches, 2015: 1).

[19] Para Souto, *"Carecen de antecedentes: el sufragio universal, la inviolabilidad de la correspondencia, el habeas corpus, la exigencia de intervención judicial para la expro-*

No se establecía, además, un *numerus clausus* de derechos reconocidos, siendo lo más relevante y significativo la garantía de los mismos, junto al no condicionamiento en su ejercicio[20]. A ello se sumaba, en la parte orgánica, la consagración jurídica y fáctica del principio de separación de poderes, reduciendo de forma decisiva el poder regio en beneficio claro del Parlamento, lo que convertía a este texto en un novedoso e innovador texto constitucional, muy avanzado para su época y, muy especialmente, para el contexto europeo, donde los rescoldos de las revoluciones de 1848 en Europa Central no habían acabado por demoler definitivamente el Antiguo Régimen.

No obstante, pese a esta clara tendencia democratizadora, la Constitución de 1869 no logró estabilizar el sistema político, que se fue resquebrajando por la creciente desconfianza y la división generada por la Tercera Guerra Carlista, lo que desembocaría en la abdicación del rey el 11 de febrero de 1873[21], apenas dos años después de su ascenso al Trono, aunque había ido perdiendo paulatinamente apoyos entre los dos grandes partidos que le habían aupado, el Partido Progresista y el Partido Radical.

El Rey, en su mensaje final a la Nación, afirmaría que *"Dos largos años ha que ciño la Corona de España, y la España vive en constante lucha, viendo cada día más lejana la era de paz y de ventura que tan ardientemente*

piación de bienes, la libertad de expresión, reunión, asociación y petición colectiva; la libertad de cultos, la libertad de enseñanza; la libertad de ejercicio profesional y de empresa para españoles y extranjeros; la libertad de establecimiento de extranjeros en territorio español; la libertad de circulación y residencia, incluso en el extranjero; la libertad de acceso a la función pública. Resulta novedoso, también, como advertimos anteriormente, el carácter abierto de este catálogo de derechos, frente al habitual numerus clausus, la prohibición de suspensión de algún derecho con carácter preventivo y las garantías jurisdiccionales previstas para el ejercicio efectivo de estos derechos". (Souto, 2002: 131).

[20] Para Martínez, son dos los logros más relevantes que introduce la Constitución: *"de un lado, derechos y libertades no pueden estar condicionados en su ejercicio de forma preventiva, sino solamente represiva y a posteriori, lo que quiere decir que son potencialmente ilimitados hasta la emergencia de alguna limitación legal tras su primer ejercicio; y, de otro, derechos y libertades no se agotan en el catálogo que la Constitución anunciaba en su arranque, sino que, copiando del modelo norteamericano y como concesión a un cierto iusnaturalismo más laico que católico, la enumeración era meramente ejemplificativa y los restantes derechos del hombre seguían estando presentes en el ambiente político, jurídico y constitucional, aun cuando no se reflejasen por escrito, ni figurasen en ningún precepto de una forma expresa"*. (Martínez, 2020: 129-130).

[21] Merece un curioso apunte el hecho de que, a tenor de lo dispuesto en el art. 74.7 de la Constitución de 1869, el rey necesitaba "estar autorizado por una ley especial" para abdicar la Corona, lo que legalmente no se produjo, ya que Amadeo I decidió renunciar sin esperar a la preceptiva autorización de las Cortes, donde ya no tenía apoyos tras el abandono del Partido Radical y tras constatar la falta de confianza en Ruiz Zorrilla. Las Cortes, tras su renuncia, "aceptaron" la abdicación y proclamaron la República.

anhelo. Si fueran extranjeros los enemigos de su dicha, entonces, al frente de estos soldados, tan valientes como sufridos, sería el primero en combatirlos; pero todos los que con la espada, con la pluma, con la palabra agravan y perpetúan los males de la Nación son españoles, todos invocan el dulce nombre de la Patria, todos pelean y se agitan por su bien". La crítica, pues, se dirigía a la clase política[22] y, en cierto modo, a amplios sectores de la sociedad en general, que nunca entendieron el nuevo papel del monarca en la monarquía constitucional.

Pese al fracaso del régimen saboyano, la trascendencia del texto constitucional de 1869 no se perdería tras la abdicación de Amadeo I, sino que se trasladaría al proyecto constitucional de 1873, que recogería la novedosa carta de derechos, de tal suerte que el Título II del texto republicano, "De los españoles y sus derechos", mantenía la redacción del Título I de la Constitución de 1869, aunque ahondaría de forma decisiva en la libertad de cultos y la separación entre la Iglesia y el Estado, muy acorde con la influencia francesa.

Una vez producida la abdicación del rey, el mismo 11 de febrero, la república es proclamada por la Asamblea Nacional –la reunión conjunta del Congreso y el Senado– de forma, por cierto, inconstitucional, toda vez que la Constitución de 1869 prohibía en su artículo 47 la deliberación conjunta de las dos Cámaras. Inmediatamente, es nombrado Estanislao Figueras como presidente del Poder Ejecutivo de la República, no siendo hasta el 8 de junio cuando la República adquiere su definición institucional como república *federal* siendo, hasta ese momento, de carácter unitario.

Tras este movimiento impulsado por los sectores *intransigentes*[23], Figueras dimite, siendo el 10 de junio sustituido por Pi y Margall quien, pese a

[22] Señala Vilches, a cuyo criterio nos adherimos, que el factor determinante en la caída de Amadeo I fue el Partido Radical de Ruiz Zorrilla, porque *"tergiversaron la figura de la Corona en la* monarquía constitucional que construyeron. La convirtieron en simple poder sancionador. Imposibilitaron la formación de un sistema de partidos dinásticos leales con el régimen y entre sí tanto en el gobierno como en la oposición. Alimentaron a los enemigos del régimen con sus alianzas electorales y parlamentarias y con el cuestionamiento de la legitimidad gubernamental conservadora. Echaron a los constitucionales de las instituciones, transformando la resolución de meros enfrentamientos programáticos a situaciones de cambio de régimen". (Vilches, 2021: 335).

[23] La aparente unidad de los partidarios de la República escondía una fragmentación de complicada reconciliación entre tres partidos: intransigentes (el sector más radical e izquierdista, que buscaba la construcción de una república federal desde las entidades territoriales inferiores, y no desde el poder central), moderados (haciendo honor a su nombre, buscaban una perspectiva republicana no tan radical, sino más bien integradora y liberal para acoger a un mayor número en el proyecto republicano) y centralistas (su propuesta era la inversa a la de los intransigentes, pues pretendían la construcción de la república federal desde el poder central). De estos grupos, los moderados (Emilio Castelar

proponer un texto constitucional como cauce para integrar las reivindicaciones de los intransigentes, no supo contener la revuelta territorial (carlista y cantonal) en auge, dimitiendo el 18 de julio, apenas un mes después. Sería sucedido por Nicolás Salmerón, con los mismos objetivos políticos que su predecesor, especialmente la necesidad de sofocar el cantonalismo en varias regiones, pero su debilidad política, unido a su rechazo a firmar varias sentencias de muerte, desembocó en su dimisión el 7 de septiembre.

Su sucesor, Emilio Castelar, presidente del Congreso de los Diputados y redactor del proyecto constitucional de 1873, recibió de las Cortes plenos poderes para combatir las insurrecciones –a la que se había sumado la Guerra de Cuba, iniciada en 1868–, suspendiendo incluso las garantías constitucionales establecidas en la Constitución de 1869, aún vigente en ausencia de constitución republicana. La ausencia de victorias claras en los frentes bélicos debilitó su posición, solicitando el 2 de enero de 1874 una cuestión de confianza de la que salió derrotado.

Esta situación fue aprovechada por el general Manuel Pavía quien, el 3 de enero, ante la inminente votación para elegir a un nuevo presidente del Poder Ejecutivo –previsiblemente, Eduardo Palanca–, irrumpió en el Congreso de los Diputados con militares para proceder a su desalojo. Aunque Pavía, tras el golpe, ofreció el gobierno de nuevo a Emilio Castelar para liderar un ejecutivo de concentración nacional, el rechazo de este[24] obligó a entregar el gobierno al general Francisco Serrano, quien lideró un gobierno dictatorial al disolver las Cortes y que, si bien puso fin a la rebelión cantonal y empezó a derrotar a los carlistas, deformó la I República[25] hasta hacerla completamente inviable políticamente.

---

y Nicolás Salmerón) y los centralistas (Estanislao Figueras y Francisco Pi y Margall) salieron cuatro de los presidentes del Poder Ejecutivo de la I República (el quinto y último fue el general Francisco Serrano).

[24] Como señala Vilches, frente al "mito democrático" de Castelar, que rechazó encabezar el gobierno tras el golpe de Pavía, *"permitió, empujó y aplaudió el golpe de Estado del general Pavía de la madrugada del 3 de enero de 1874"*. (Vilches, 2023: 571). Este tránsito de la convicción democrática a respaldar implícitamente el fin del sistema la explica este mismo autor porque *"Castelar evolucionó en su pensamiento (…), pasando de un demoliberalismo, que sostenía la utopía federal como instrumento político para el progreso, a un pragmatismo conservador que no abandonó la forma republicana"*. (Vilches, 2024: 177).

[25] Apunta Merino que la dictadura de Serrano fue un *"Régimen político de difícil calificación (...) porque si bien en lo formal era republicano, pero sin constitución republicana, tampoco respondía a los esquemas monárquicos de la Constitución suspendida de efectos (la de 1869); por ello, (...) el gobierno de Serrano era un ´macmahonismo` sin solución de futuro alguno, atenazado como estaba por la guerra colonial de Cuba y la civil carlista"*. (Merino, 2008*:* 222).

Un hecho que desembocaría, el 29 de diciembre, en el "Pronunciamiento de Sagunto" por el que el general Martínez Campos allanó el camino a la Restauración Borbónica en la persona del hijo de la destronada Isabel II, Alfonso XII, poniendo todo ello fin al Sexenio Revolucionario y a la experiencia republicana española, agotada por la fragmentación, la inestabilidad y la crisis territorial[26]. La I República, en suma, no fue sino, en palabras de Sánchez Agesta, *"la réplica española del cuarenta y ocho europeo"*[27].

2. *Las influencias foráneas: la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y la Tercera República Francesa (1871)*

El hastío, unido al aparente agotamiento, de la fórmula monárquica en España tras la abdicación de Amadeo I permitió a los revolucionarios hispánicos dirigir su mirada hacia otras experiencias constitucionales y políticas, como las surgidas, no sin traumatismo, en los Estados Unidos de América casi un siglo antes y la muy próxima geográfica y políticamente de Francia tras la caída de Napoleón III, a la que se sumaba la anteriormente reseñada experiencia belga, crucial esta última para el diseño del texto constitucional de 1869, aunque no para el frustrado proyecto de 1873, pese a que sus resonancias en el ámbito de los derechos y libertades se dejarían sentir en el nuevo proyecto.

Experiencias, en sí, también revolucionarias y que, en el caso estadounidense, mostraban una gran solidez tras múltiples avatares que, pese a todo, contribuyeron a forjar un sistema político integrador en la pluralidad originaria de los entes constitutivos.

Así, en primer lugar, en el caso norteamericano la Constitución de los Estados Unidos de América se había situado como el primer y máximo exponente de los regímenes presidencial y federal del constitucionalismo moderno,

[26] Sintetiza Vilches este período al afirmar, en un parecer que compartimos, que, *"La Primera República fue un caos; desde que acabó la primera guerra carlista, nunca en tan poco tiempo se había vertido tanta sangre, ni producido tantos golpes de Estado, ni sufrido un desprecio por parte de Europa de semejante calibre. Partidos rotos, dirigentes irresponsables y cainitas, un Ejército deshecho e indisciplinado, y la libertad y la democracia –incluso las Cortes, como pasó entre 1873 y 1874– completamente desacreditadas. Esa era la realidad"*. (Vilches, 2023: 563).

[27] Sánchez Agesta, muy crítico con este periodo, lo resume así: *"esta República federal de 1873, con ciudades que levantaban ejércitos, con una pequeña república en cada pueblo, con un Ejército sin disciplina y una Armada que lindaba en el corso o en la piratería, sin que ninguna otra autoridad obedeciera a los gobiernos fantasmas que hacían y deshacían las Cortes en Madrid, con un desenfreno social sin otros objetivos que el capricho y la irresponsabilidad del motín, fue la réplica española del cuarenta y ocho europeo"*. (Sánchez Agesta, 1978: 355).

además de como el modelo más puro o perfecto del principio de separación de poderes[28], en gran medida debido al anhelo fundamental de los impulsores de la Revolución Americana, que no era otro que asegurar la libertad individual desde la articulación de un gobierno limitado que pudiese coartarla[29].

Por ello, como expresa Pereira en relación con el carácter negativo del texto constitucional estadounidense, es *"una constitución que ordena al poder, más que hacer, que se abstenga de hacer"*[30]. Así, resultaba más fácil prevenir de modo práctico el despotismo al señalar fundamentalmente lo que el Gobierno puede hacer, definiendo así implícitamente las áreas vedadas.

Cuestión que Cooper, interpretando la génesis del sistema político norteamericano y, específicamente, de su novedoso esquema de división de poderes, resume de la siguiente forma: *"los Fundadores tuvieron dos preocupaciones principales en la separación de los poderes gubernamentales. Primero, querían separar las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Segundo, intentaron habilitar a cada rama del gobierno para prevenir acciones tiránicas por las otras ramas. Estos dos objetivos confluyeron en una posición compleja sobre la separación de las cuestiones de poderes y condujeron a una estructura de gobernanza basada en el compromiso, no la coherencia teórica"*[31].

El poder, en consecuencia, fue dividido desde el compromiso de control. Dividido en cuanto a forma de gobierno y en cuanto a forma de Estado, toda vez que se estableció orgánicamente el mecanismo de control mutuo, pero también el federalismo como técnica instrumental igualitaria para prevenir la prevalencia, en cualquier contexto y por cualquier circunstancia, de un Estado frente a otros. El poder político, pues, se dividió, horizontal y verticalmente para evitar que se mermase la libertad de la sociedad y los ciudadanos.

En síntesis, un sistema por y para la libertad política, pero en el que el pueblo, en su naturaleza colectiva, queda ausente de toda participación en los asuntos de gobierno[32], rompiendo con ello todo lazo con el prevalente

[28] (García Pelayo, 1999: 350).

[29] Así lo entiende Dippel, para quien *"La Revolución Americana, esforzándose por asegurar la libertad individual, transformó esta doctrina en el principio constitucional del gobierno limitado. Por primera vez, la idea tradicional de limitar el poder había derivado en la concesión de derechos positivados a los individuos, la protección de los cuales podría reclamarse en la corte contra las pretensiones del gobierno"*. (Dippel, 2005: 183).

[30] (Pereira, 2012: 24).

[31] (Cooper, 1994: 362).

[32] Para Rivera, *"la mejor manera de contrarrestar los efectos perjudiciales derivados de la ausencia del pueblo en las instituciones durante los períodos políticos ordinarios, consiste, según el Federalist, en multiplicar el número de instituciones representativas, o lo que es lo mismo, en multiplicar y dividir los poderes. Así cada uno de los poderes re-*

esquema medieval de la denominada *constitución mixta* al superarlo dentro de un complejo sistema en el que las relaciones entre las diferentes ramas dependen más de los *vaivenes políticos* que de las reglas constitucionales[33].

Por ello, y pese al difícil contexto previo y posterior a la Guerra Civil Americana, su texto continuó alzándose como modelo a seguir *ad extra* y *ad intra* del país, ya que ninguno de los dos bandos pretendieron nunca cambiar la fórmula de gobierno establecida por los Padres Fundadores. La república federal estadounidense, con sus mutaciones y modulaciones nunca fue, en suma, objeto de cuestionamiento sustancial alguno.

Este modelo, original y enormemente sugestivo, no trascendió del occidente americano, donde gozó –y aún goza– de la salud de quien se alza como el régimen por antonomasia de la práctica totalidad –salvo en los países miembros y exmiembros de la Commonwealth– de los sistemas del continente, donde impera con escasas mutaciones desde el siglo XIX.

Su éxito, marcado por la estabilidad pese a la traumática experiencia de la Guerra Civil Norteamericana (1861-1865), hizo del régimen presidencial estadounidense una *rara avis* política que, orgánica y funcionalmente, operaba en un país complejo territorialmente, por lo que fue cuidadosamente estudiado por Emilio Castelar para importar, *mutatis mutandis*, dicho sistema en España.

---

presenta y recibe el consentimiento del mismo sujeto, el pueblo homogéneo, pero cumple su función de una manera diferente: la Cámara es elegida a través del sufragio directo de los ciudadanos, y tiene como misión hacerse eco de las fluctuaciones de la opinión pública; el Senado, cuyos miembros son elegidos por los Estados, debe dar estabilidad y continuidad a la constitución; y el Presidente, seleccionado por el colegio electoral, dispone de la facultad y energía necesarias para adoptar las habituales decisiones del ejecutivo. Mediante esta división del gobierno en el sentido moderno se pretende, en suma, que unos representantes corrijan los defectos de otros. También es cierto que la saludable confrontación entre estos órganos constitucionales demuestra que, por estar ausente el pueblo, la representación siempre tiene un carácter problemático". (Rivera, 2011: 191-192).

[33] Así lo entiende Möllers, para quien *"The American Constitution uses the tradition of mixed government, but the mixture is a purely democratic one, combining different constituencies into a complicated system in which the relations between the branches depend, and this is crucial, as much on the tides of political power as on constitutional rules. The contested issue of war powers is only one important example: the separation of war powers between Congress and the President remains contested, and there is no constitutional rule and no judgment to solve this conflict. This form of political contestation between the powers is one possible solution to the problem of separated powers. Separation of powers can be understood as a constitutional legal rule, but one important lesson of the American tradition is that this is not the only possible understanding: it may also be the abbreviation, for a contest between political and legal institutions that cannot be organized according to an over-arching rule"*. (Möllers, 2015: 32).

Por otro lado, en lo relativo al Hexágono, la convulsa historia de Francia en el periodo que discurre entre la Revolución Francesa (1789) y el establecimiento definitivo del régimen republicano en 1875 es el relato de un país en busca de su forma de gobierno.

Así, en apenas ochenta y cinco años, el régimen francés transitó entre la república, la monarquía constitucional y el imperio, con figuras de marcado personalismo, en un esquema que, con todo, pervive en el modelo actual[34]. Tres formas muy distintas de ejercer el poder que no acabaron de adecuarse al sentir político del país, generando profunda inestabilidad, con escasos momentos de paz social.

Como es conocido, tras la Revolución Francesa (1789-1799), el sistema político del Estado pasó, sucesivamente, por el Consulado (1799-1804), el Imperio de Napoleón (1804-1814), el Reino (1814), de nuevo el Imperio de Napoleón (1814-1815), la Restauración absoluta borbónica (1815-1830), la Monarquía constitucional de los Orlèans (1830-1848), la Segunda República (1848-1852) y el Segundo Imperio de Napoleón III (1852-1870). Es decir, ocho regímenes políticos distintos en menos de ochenta años, en un ejemplo más de la tensión inherente al siglo XIX europeo entre el Antiguo Régimen y las primeras tentativas de liberalismo político que trataban de asentarse.

En 1871, tras el fin del Imperio de Napoleón III con la derrota de Francia en la Batalla de Sedán (1-2 de septiembre de 1870) frente a Prusia, el gobierno provisional dirigió sus energías al establecimiento de un régimen republicano, pese a que sectores monárquicos pugnaban –liderados por las facciones de los Borbones y los Orlèans, esto es, los partidarios del modelo del Antiguo Régimen y aquellos que deseaban la monarquía liberal, respectivamente– por consolidar una monarquía constitucional.

Pese a que la república –la Tercera– había sido proclamada el 4 de septiembre de 1870, en las elecciones legislativas del 8 de febrero de 1871 los diputados monárquicos fueron mayoría en la Asamblea (416 diputados de 638, un 64,6% de los votos), lo que no se tradujo en la reinstauración de la monarquía a causa de la negativa del pretendiente legitimista, Enrique de Artois, Conde de Chambord, a reconocer la bandera tricolor como heredera de la Revolución.

[34] Como apunta González, *"Las ideas constituyentes del general De Gaulle, aunque pudieran parecer muy personales y personalistas respondían a una tendencia que los franceses han sabido demostrar en las circunstancias más graves de su historia contemporánea, el recurso al monarca electivo. Estos monarcas fueron Napoleón I, en 1799; Luis Felipe de Orléans, en 1830; Napoleón III en 1852, tras haber sido elegido Presidente de la República por sufragio universal. Si a esto se añade el recurso a mandatos personales de mariscales como Mac-Mahon, en 1873, o Pétain, en 1940, no extrañará que la democracia francesa se considera compatible con la monarquía limitada que el general De Gaulle instauró en 1958"*. (González, 1980: 359).

Los desacuerdos entre los orleanistas y los legitimistas ahondaron en las divisiones, minando la credibilidad del proyecto de Restauración, por lo que, entre febrero y julio de 1875, se aprueban las denominadas *leyes constitucionales de 1875*, que darían forma y carta de naturaleza al régimen de la Tercera República aunque, previamente, desde 1871, se habían promulgado diversas normas claramente republicanas[35]. El resultado: en las sucesivas elecciones de 1876 y 1877 los diputados republicanos resultan mayoritarios, siendo la opción monárquica una forma de Estado totalmente inviable jurídicamente.

En síntesis, los regímenes de Estados Unidos y Francia se situaron como los modelos a seguir por parte de los revolucionarios españoles, quienes buscaban otras formas políticas para acomodar el resultado de la revolución de 1868 al nuevo orden social que estaba surgiendo, ya que carecían de orden político propio tras el fracaso de la opción monárquica con la abdicación de Amadeo de Saboya.

III. EL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1873

1. *Características generales*

Los sucesos en Francia y la previsible instauración del régimen republicano ofrecían a los revolucionarios españoles un referente próximo con el que compartían una historia común tras la renuncia de Amadeo de Saboya a la Corona, que se sumaba al fracaso del periodo isabelino.

Se abría, así, por primera vez, el *momento republicano* en la historia política española, lleno de incertidumbre tras su impetuosa y algo atrabiliaria proclamación y no pocas elecciones[36], dado que la opción republicana contaba con importantes y conocidos dirigentes, pero limitados apoyos sociales[37].

---

[35] Dada la génesis de la Tercera República, y la completa ausencia de un texto constitucional, hasta la aprobación de las leyes de 1875, el régimen contó con una suerte de instituciones en teoría provisionales, que sirvieron para apuntalar el sistema. Estas fueron la *Ley Rivet* de 31 de agosto de 1871, que crea el cargo de presidente de la República; la *Ley Broglie* de 13 de marzo de 1873, complementaria de la anterior, y que sirve para reducir la influencia del presidente de la República en el Parlamento; y, por último, la denominada como *Ley de Siete Años*, de 20 de noviembre de 1873, que establece la duración del mandato del presidente de la República en siete años (un aspecto, curiosamente, que no sería modificado en toda la historia del constitucionalismo francés hasta que el referéndum constitucional de 24 de septiembre del año 2000 redujo el mandato presidencial a cinco años).

[36] Durante el Sexenio se celebraron cinco procesos electorales en 1869, 1871, 1872 (abril y agosto) y 1873. Siete legislaturas, dos de ellas constituyentes, las de 1869-1871 y 1873-1874.

[37] Es más, lo que había, en términos de López, era desarraigo. Así, para este autor, *"el republicanismo no disponía aún en España del arraigo suficiente para lograr un consen-*

Son dos las notas principales que definen este *non nato* proyecto constitucional: republicanismo y federalismo. Dos notas revolucionarias para la historia política de España, especialmente la primera, dado que la segunda conectaba con la tendencia regionalista que anidaba históricamente en los diversos territorios que conformaban el país, de tal suerte que la federalización del Estado pasaba, casi inexorablemente, por la fórmula republicana aunque, en latitudes no tan lejanas físicamente como Alemania con el II Reich surgido el 18 de enero de 1871[38] o Austria tras el *Ausgleich* de 1867[39], permitía la convivencia de la fórmula monárquica con la estructura federal. Especialmente significativo, en este punto, resultaba el caso austríaco, dado que las similitudes históricas con España y la amalgama territorial que aunaba mostraban la plena compatibilidad de la monarquía y el federalismo como técnica de distribución y gestión del poder político.

---

so sólido alrededor del nuevo régimen. En realidad, el Partido Republicano, tras un primer apoyo del Partido Radical, hubo de afrontar en solitario todos los problemas que se presentaban, contando además con una marcada escisión a nivel interno entre republicanos unitarios (partidarios de una mayor centralización del poder, y en general más conservadores) y republicanos federales (que proponían un amplio margen de autonomía para las comunidades nacionales y constituían el sector más progresista del partido)". (López, 1992: 316-317).

[38] El II Reich poseía una miríada de entidades territoriales diversas fruto de la compleja historia política de los Estados conformantes. Así, entre los veinticinco Estados había cuatro reinos (Baviera, Prusia, Sajonia y Würtemberg), seis grandes ducados (Baden, Hesse, Mecklemburgo-Schwerin, Mecklemburgo-Strelitz, Oldemburgo y Sajonia-Weimar-Eisenach), cinco ducados (Anhalt, Braunschweig, Sajonia-Altenburgo, Sajonia-Coburgo-Gotha y Sajonia-Meiningen), siete principados (Lippe, Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sonderhausen, Waldeck, Reuss de la Línea Joven y Reuss de la Línea Antigua), tres ciudades libres (Bremen, Hamburgo y Lübeck) y el Territorio Imperial de Alsacia-Lorena, incorporado tras la guerra franco-prusiana de 1870-1871 del territorio de Francia. Desde un punto de vista competencial, el esquema imperial respetaba la autonomía interna de los Estados, reservando al Káiser –que debía ser el Rey de Prusia– determinadas áreas –jefatura del Estado, relaciones internacionales, promulgación de las leyes, poderes militares y de emergencia– mientras que los entes federados mantuvieron su soberanía administrativa y normativa en el ámbito de la política interior desde el principio cooperativo, incluyendo el ámbito judicial y el tributario.

[39] El caso de la monarquía dual del Imperio Austrohúngaro resulta muy interesante en este punto, ya que las similitudes con el régimen del II Reich no pueden obviar las naturales diferencias. La estructura territorial, en primer lugar, estaba compuesta, tras el *Ausgleich* de 1867, por dos reinos (Austria y Hungría) en unión personal con el emperador, quien ejercía la jefatura del Estado de ambos reinos con un gobierno común. Sin embargo, las funciones del emperador austríaco eran muy similares a la de su homólogo alemán: ejercía el poder legislativo con el Reichsrat, además de dirigir el gobierno, el mando supremo del ejército y las relaciones exteriores. Su posición, con todo, era mucho más débil, lo que se evidenció con el colapso del Imperio.

Así, respecto de la opción republicana como forma de Estado y de gobierno, ya proclamada mediante una proposición de ley el 11 de febrero de 1873, recibía una clara impronta estadounidense, visible en el eje de poderes y en la configuración jurídico-política de la presidencia de la República, que se situaba como un actor auténticamente moderador, muy próximo al diseño que el constituyente monárquico de 1869 quiso imprimir para la Corona.

Por lo que respecta al proyecto federal, quería, desde un punto de vista político, restañar las recientes heridas que la revolución cantonal habían producido en el país, acogiendo un régimen de pluralidad histórica integrador tras la reciente *revolución cantonal* y el riesgo de fraccionamiento y división del país, donde el modelo caciquil imperante permitía a líderes locales controlar amplias zonas del país con escaso control de la capital y el gobierno central. Hay que tener en cuenta que, pese a las amplias reformas operadas en la estructura administrativa desde la época de Carlos III y, con posterioridad, con Javier de Burgos durante los inicios del reinado de Isabel II, la administración pública española no se encontraba lo suficientemente vertebrada por todo el país, lo que propiciaba la existencia de caciques locales con amplio poder efectivo. Caciques que, por otro lado, resultaban imprescindibles para el gobierno central como cadena de transmisión de la estructura administrativa, pero a los que se dejaba, como contraprestación política, un amplio margen de actuación carente de legitimidad democrática y refractaria a cualquier fiscalización institucional.

2. *La República como régimen político*

En este modelo republicano se pretendió impulsar una presidencia de la República que actuase como un auténtico poder moderador, integrador y con capacidad de destensionar el sistema político, tal y como había germinado en el vecino país con la Ley Rivet, aunque en el caso de España el perfil diseñado para el presidente de la República era, aun siendo indudablemente político, un actor mucho menos politizado.

Tal y como señalaba el preámbulo del proyecto, *"Más difícil de comprender es la diferencia que existe entre el Poder Ejecutivo y el Poder presidencial. Sin embargo, nosotros hemos querido, sin quitarle nunca el carácter de responsable que todos los poderes deben tener en una Constitución republicana, alzarlo a esfera tan alta que pueda ser como un mediador entre todos los poderes y como un moderador de toda la complicada máquina de la Constitución federal"*.

Así, el presidente de la República se configuraba como una suerte de *monarca constitucional republicanizado*; esto es, como un jefe de Estado activo y proactivo que, si bien no detentaba el poder ejecutivo –que recaía en los Ministros (art. 47) bajo la dirección de un presidente nombrado por el

presidente de la República (art. 71) denominado *"presidente del Poder Ejecutivo"*[40]– se situaba como actor determinante del proceso político mediante su *poder de relación* (art. 49), que el proyecto constitucional situaba como un auténtico *cuarto poder* junto con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (art. 45). Poderes que, por primera vez en la historia constitucional española, se encontraban estrictamente separados[41].

Este sugestivo *poder de relación*, inédito en su terminología, no era más que la formulación hispana del poder moderador o de arbitraje, que determina la posición *super partes* del jefe de Estado no ejecutivo[42].

Esto se hace patente, desde un punto de vista jurídico, en las limitadas atribuciones, contenidas en el artículo 82 del proyecto, que tenía su titular, aunque se apreciaba, junto a actos debidos de trámite preceptivo, como la promulgación de las leyes o la personificación jurídica del Estado *ad intra* y *ad extra* mediante el nombramiento de representantes diplomáticos y la acreditación diplomática extranjera, otros que presentaban un activo y proactivo papel no ya moderador, sino de claro impulso u orientación política.

Esto último se evidenciaba especialmente tanto en sus relaciones con el poder legislativo como en relación con el gobierno, ya que, en el primer caso, podía *"Hacer, en caso de una disidencia sobre la promulgación de las leyes entre el Senado y el Congreso, a este último las observaciones que*

[40] Curiosamente, Adolphe Thiers, primer presidente de la Tercera República, fue designado como "jefe del Poder Ejecutivo" –que aunaba los cargos de jefe del Estado y jefe del Gobierno– desde el 17 de febrero de 1871 al 31 de agosto de ese mismo año, cuando asume el cargo de presidente de la República. Esta denominación fue, naturalmente, importada por Castelar para el titular del ejecutivo republicano español.

[41] El Título IV del proyecto era exhaustivo en este ámbito, al señalar que *"El Poder legislativo será ejercido exclusivamente por las Cortes"* (art. 46), *"El Poder ejecutivo será ejercido por los ministros"* (art. 47), *"El Poder judicial será ejercido por Jurados y jueces, cuyo nombramiento no dependerá jamás de los otros Poderes públicos"* (art. 48) y *"El Poder de relación será ejercido por el Presidente de la República"* (art. 49).

[42] No podemos olvidar, en este punto, que la jefatura del Estado como órgano jurídico-constitucional surge en 1837 de la mano de Wilhelm Eduard Albrecht, quien aplica las doctrinas de la personalidad jurídica provenientes del derecho privado al Estado y las sitúa en una institución que detenta su manifestación jurídica última, logrando bifurcar la representación política de la jurídica, residenciando la primera en el Parlamento y encarnando la segunda en un nuevo actor jurídico-político: la Jefatura del Estado. Esta institución expresa el proceso evolutivo del Estado en el siempre difícil tránsito del Estado absolutista al Estado constitucional, racionalizando su naturaleza jurídica para construir un nuevo sujeto que, cupular como primera magistratura, personifica como actor jurídico-político su permanencia y representatividad. No es, en ese sentido, un actor político, sino netamente jurídico con limitadas –y contadas– funciones políticas. Para un estudio de este órgano, su génesis y papel en la construcción del Estado constitucional, *cfr*. (Coello de Portugal, 2020).

juzgue necesarias", además de *"Convocar las reuniones extraordinarias de las Cortes cuando lo requiera así el estado de la Nación"*; en relación con el segundo, su intervención se proyectaba aún más decisiva, ya que, junto a la concesión de indultos, podía *"Nombrar y separar con toda libertad al Presidente del Poder ejecutivo"*, facultad determinante y similar a la que, por ejemplo, ha tenido el presidente de la República Francesa durante la V República en periodo de no cohabitación, cuando resalta sobre el primer ministro al personificar no sólo al Estado sino la acción ejecutiva del gobierno, si bien, en el caso francés, el presidente de la República preside del Consejo de Ministros, lo que no sucedía en el caso del proyecto constitucional de 1873.

Otras funciones otorgadas a la jefatura del Estado, por el contrario, se situaban en el proyecto constitucional en el ámbito del actor *neutral por neutralizado* que empezaba a definir la racionalización y personificación jurídica del Estado que simbolizaba la primera magistratura al expresar su permanencia y representatividad. Entre estas, se encontraba el poder *"Dirigir mensajes a los poderes públicos recordándoles el cumplimiento de sus deberes legales"*, además de *""Personificar el Poder supremo y la suprema dignidad de la Nación y a este fin se le señalará por la ley sueldos y honores, que no podrán ser alterados durante el periodo de su mando"*, sin olvidar una crucial dada la naturaleza federal del Estado, como el *"Cuidar que sean garantizadas las Constituciones particulares de los Estados"*. Siendo, esta última, completada con las funciones atribuidas al Senado y al Tribunal Supremo Federal[43].

Este presidente de la República, en suma, no buscaba ser una versión hispánica del presidente de los Estados Unidos, sino un actor de máxima representación política e institucional, a la vez que garante del funcionamiento regular de las instituciones como árbitro y moderador de los diversos poderes del Estado y, ocasionalmente, como actor de impulso político, siendo esta última función residual y no activa, sino de activación secundaria en caso de que el resto de órganos y poderes estatales no cumpliesen debidamente con sus funciones constitucionales.

Junto a ella, la influencia del modelo constitucional estadounidense se visibilizaba en la creación, inédita en el constitucionalismo europeo, del cargo de Vicepresidente de la República, nombrado junto al Presidente (art. 85) tras una elección, cuatro meses antes de la expiración del mandato presidencial (art. 86), por parte de una Junta –una suerte de Colegio Electoral como en los Estados Unidos– compuesta por el *"doble número de individuos del que envían al Congreso y al Senado federales"* (art. 83). No había, pues, vacancia ni interinidad posible, lo que, de nuevo, conectaba con el modelo

[43] (Pérez Ayala, 1999: 69).

norteamericano, donde la elección dos meses y medio antes garantizaba –y garantiza– una *presidential transition* ordenada de todos los cargos dependientes de su titular.

Este Vicepresidente tenía como misión principal, *ex* art. 82, la de *"reemplazar al Presidente cuando se inhabilite por muerte, por larga enfermedad o por virtud de sentencia judicial"*. Funciones, pues, latentes *o de expectativa*, dado que este cargo no poseía, como en el caso de los Estados Unidos, una función propia como la presidencia del Senado.

Además, el modelo norteamericano se percibía también, *a modo hispánico*, en la introducción de la figura del *impeachment* como instrumento de destitución –presidencial y del gobierno-, aunque en este caso de modo diverso al recogido en los Estados Unidos, ya que, de conformidad con el artículo 66 *"El Congreso tiene el derecho de acusar ante el Senado al Presidente y a los ministros; el Senado tiene derecho a declarar que ha lugar o no a la formación de causa, y el Tribunal Supremo a juzgarlos y sentenciarlos"*, frente al modelo americano, en el que la Cámara de Representantes acusa, pero es el Senado quien juzga y sentencia[44].

En todo caso, las funciones otorgadas a la jefatura del Estado en este proyecto constitucional buscaban institucionalizar el caos surgido desde 1873, ya que la inestabilidad produjo un constante caos en torno a la figura y funciones del presidente del Poder Ejecutivo cuya actuación, carente de marco jurídico-constitucional claro y definido, propiciaba que los sucesivos titulares –cuatro en once meses, a la que se sumaría posteriormente la dictadura del general Serrano durante otros once–, asumían teóricamente las funciones de jefe de Estado y de Gobierno. De hecho, la Primera República Española no tuvo, en puridad, ningún presidente de la República, ya que los titulares del Poder Ejecutivo –sucesivamente, Estanislao Figueras, Francisco Pi y Margall, Nicolás Salmerón, Emilio Castelar y Francisco Serrano– no fungieron como jefes de Estado sino como jefes de gobierno.

La forma de gobierno del proyecto constitucional, aun así, resultaba difícilmente encuadrable en los modelos clásicos, ya que, en palabras de Torres del Moral, *"Si la separación estricta entre Jefatura del Estado y Gobierno lo diferenciaba del sistema presidencialista, la irresponsabilidad del Gobierno ante las Cortes lo distanciaba totalmente del sistema parlamentario"*[45]. El

[44] De hecho, la Constitución de los Estados Unidos establece que, en el caso del *impeachment* para la destitución del Presidente de los Estados Unidos, aun juzgando el Senado, presidirá dicho Tribunal el Presidente de la Corte Suprema (Artículo 1, Tercera Sección, Párrafo 6). Una forma de comprometer políticamente a todos los poderes del Estado en relación con la primera magistratura, al igual que sucede a la inversa, cuando toma el juramento que presta el Presidente.

[45] (Torres del Moral, 2018: 150).

resultado, un modelo un tanto híbrido, aunque más próximo al régimen presidencial, pese a que el presidente de la República carece de poder ejecutivo, que recae en un gobierno irresponsable frente a las dos Cámaras.

3. *El federalismo como eje de integración*

Como hemos señalado, la opción federal del proyecto constitucional de 1873 buscaba acomodar la *diferencia que se había convertido en disidencia*; esto es, el abierto rechazo que en muchos territorios del país representaba el régimen del centralismo borbónico de administración territorial del poder.

Así, el modelo republicano conectaba con las pretensiones de muchos territorios que, en sustancia, reclamaban el mantenimiento de sus derechos históricos o sus fueros como vía para no disolver su identidad política, máxime en un contexto en el que la Tercera Guerra Carlista, iniciada en 1872 por don Carlos de Borbón y Austria-Este, gozaba de un importante apoyo popular especialmente en el Norte, donde llegó a constituir un pequeño Estado con estructuras funcionales de gobierno en el territorio de las provincias Vascongadas y Navarra, cuya foralidad se encontraba muy mermada. El proyecto carlista, claramente foral, y de creciente apoyo a partir de 1873, supondría una clara amenaza para el gobierno, no sólo ideológicamente, sino también desde la perspectiva de la organización del poder. La incapacidad de dar una respuesta territorial al anhelo de muchos territorios no sólo mantendría viva la Tercera Guerra Carlista hasta 1876, sino que también propiciaría la rebelión cantonal en 1873, cuando aún no se había votado el proyecto constitucional republicano[46].

Prueba de esto es lo señalado por el propio proyecto constitucional en su preámbulo, donde afirma que *"En la división territorial hemos encontrado*

[46] La rebelión cantonal no fue concebida propiamente como una revolución contraria al gobierno, y así lo entendió Castelar, quien la interpretó como un movimiento que pretendía acelerar el proyecto federal, que parecía encallado. Los cantonalistas buscaban que el federalismo surgiera *de abajo*, esto es, de las estructuras territoriales, y que no fuese impulsado por las Cortes o el Gobierno, como siempre había defendido Pi y Margall, pero que en aquellos momentos, como presidente del Poder Ejecutivo, entendía en sentido contrario. Como apunta Casals, *"En el momento de la rebelión cantonalista, presidía el ejecutivo Francisco Pi y Margall, desde el 11 de junio de 1873. Pi generaba expectativas entre la izquierda, pero, al contrario de lo que había defendido hasta entonces, ahora quería desarrollar su teoría del pacto federal de arriba abajo desde el Gobierno. A tal efecto, promovió una Comisión para que redactara el proyecto de Constitución el 13 de junio, que no se presentó hasta el 17 de julio. En un ambiente cada vez más enrarecido, Pi dimitió el 18 de julio y el debate constitucional se pospuso, suspendiéndose el 20 de septiembre, ya con los moderados Salmerón y Castelar, sucesivamente, en la presidencia"*. (Casals, 2022: 63).

grandes dificultades. ¿Sosteníamos las actuales provincias? ¿Cómo entonces fundar una verdadera Federación? ¿Cómo conseguir que Estados pequeños pudiesen ejercer todas las funciones que al Estado competen, y pagar todas las fundamentales instituciones que el Estado indispensablemente necesita? ¿Destruíamos las provincias? ¿Cómo desconocer que heríamos intereses que arraigan profundamente en el suelo y en las costumbres de la Patria?". Tras esta reflexión, afirmará que "Para obviar todas estas dificultades y conciliar todos estos extremos, señalamos como nuevos Estados de la República los antiguos reinos de la Monarquía, y dejamos que los Estados por sí conserven, si quieren, las provincias, o regulen a su arbitrio la más conveniente y sabia división territorial". El resultado, desde un punto de vista de distribución territorial del Poder lo resumen al señalar que "A la Nación le hemos dejado solamente las facultades que le son esenciales, aquellas sin las que no podría vivir ni representar su ministerio en el mundo moderno".

Muestra de este planteamiento es lo contenido en el Título Primero "De la Nación Española", en cuyo artículo 1 se recogía mención expresa de los Estados constitutivos de la Federación, coincidentes con los territorios históricos de la monarquía hispánica, entre los que se encontraban Cuba –muy probablemente, para ahogar los reclamos independentistas que se habían iniciado en 1868– y Puerto Rico, pero no León[47], y en donde se establecía libertad de configuración territorial interna para los Estados, quienes *"podrán conservar las actuales provincias o modificarlas, según sus necesidades territoriales"*, sin intervención de la Federación. En su artículo 2 mencionaba también a las colonias –*"Las islas Filipinas, de Fernando Póo, Annobón, Corisco, y los establecimientos de África"*– señalando que *"a medida de sus progresos, se elevarán a Estados por los poderes públicos"*. Estas menciones resultan muy ilustrativas y chocan, por ejemplo, con lo contenido en nuestra Constitución de 1978, donde la creación *ex novo* del Estado autonómico, pese a engarzar tímidamente con proyectos de descentralización política previos, como el de la Segunda República, no contiene referencia alguna a las comunidades autónomas, lo que, hoy, constituye uno de los principales elementos para una eventual reforma constitucional.

Por ello, el federalismo, como gran utopía política[48], se situaba en el proyecto constitucional de 1873 como un eje de integración política y no como

[47] *"Componen la Nación española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia, Regiones Vascongadas"*.

[48] Ferrando sostiene que *"el federalismo fue una gran utopía porque la realización de su programa movilizó a diversos grupos sociales españoles, que vieron en ello el cumpli-*

un factor meramente declarativo incardinado en el ámbito de lo aspiracional. Así, tal y como rezaba el artículo 39 del proyecto constitucional, el federalismo se constituía como elemento fundacional indisoluble de la forma política, al señalar que *"La forma de gobierno de la Nación española es la República federal"*, que se completaba en el siguiente artículo con una formulación de estricta separación competencial con el siguiente tenor: *"En la organización política de la Nación española todo lo individual es de la pura competencia del individuo; todo lo municipal es del Municipio; todo lo regional es del Estado, y todo lo nacional de la Federación"* (art. 40), para concluir, posteriormente, que *"el Municipio reconoce los derechos del Estado, y el Estado los derechos de la Federación"* (art. 43).

El Título V, De las facultades correspondientes a los poderes públicos de la Federación, recogía en sus veintitrés disposiciones, de un modo similar a lo recogido en el artículo 149 de la Constitución de 1978, el elenco competencial atribuido a la Federación, con aspectos capitales para el mantenimiento de la estructura federal, como las relaciones exteriores (1ª), la conservación de la unidad y de la integridad nacional (5ª) o la Conservación del orden público federal y declaración de estado de guerra civil (22ª) y el Restablecimiento de la ley por medio de la fuerza y cuando un motín o una sublevación comprometan los intereses y derechos generales de la sociedad en cualquier punto de la Federación (23ª). Aspectos, estos últimos, que pese a la lectura política en clave revolucionaria que se vivía a causa de la insurrección cantonal, resultan comprensibles en cualquier estructura federal moderna, como muestra no sólo nuestro vigente artículo 155 de la Constitución, sino también su existencia en otros seis regímenes federales europeos.

En el Título XIII "De los Estados", se establecía su configuración constitucional, recogiendo su autonomía administrativa y política (art. 92), que se manifestaba en su capacidad para nombrar sus gobiernos y asambleas legislativas (art. 94) y que en dichos nombramientos, incluyendo a sus empleados públicos estatales, *"no podrá nunca intervenir, ni directa ni indirectamente, el Poder federal"* (art. 95). Además, se recogía su facultad para dotarse de una Constitución política *"que no podrá en ningún caso contradecir a la presente Constitución"* (art. 93).

La naturaleza federal del Estado, pues, se configuraba como clave de bóveda del conjunto del sistema jurídico-político a través de la integración de

---

mento de sus aspiraciones. La República de 1873 fue su coyuntura política, y el movimiento cantonal, su ensayo revolucionario. Y, aunque fracasó políticamente, influyó decisivamente en la conciencia política española, pues encontró en la persona y el pensamiento de Francisco Pi y Margall una sistematización que iba a conformar la mentalidad de dos grandes movimientos españoles: el regionalismo y el anarquismo". (Ferrando, 1973: 67).

la pluralidad de los diversos entes constitutivos y desde la existencia de un poder federal, la Federación, que tenía por misión funcional el de garantizar la unidad en la diversidad, visible en varios aspectos: primero, en la existencia de una cláusula de intangibilidad que prohibía a los Estados legislar *"ni contra los derechos individuales, ni contra la forma republicana, ni contra la unidad y la integridad de la Patria, ni contra la Constitución federal"* (art. 99) y, en directa conexión con ella, un control parlamentario de las constituciones estatales, que en ningún caso podrán ser contrarias orgánica y dogmáticamente a lo contenido en la Constitución federal (art. 102)[49], por lo que poseían un poder constituyente subordinado[50].

Con todo, la Federación quedaba muy diluida competencialmente como garante último del sistema, al atribuirse un elenco competencial de tan sólo veintitrés competencias, referidas a relaciones internacionales y defensa, orden público, la organización y conflictos territoriales, colonias, economía, hacienda, unidad económica, transportes y comunicaciones. El resto quedaba en manos de los Estados, en una separación estricta entre lo federal y lo federativo.

Es en este aspecto donde se hace más visible, tanto desde una perspectiva nominal como orgánica, el sesgo del constitucionalismo estadounidense aunque, ya desde el Preámbulo, se afirmaba esta conexión directa[51]. Así, pese a que, como hemos señalado, la presidencia de la República posee un carácter no ejecutivo a diferencia de su homólogo en los Estados Unidos, el resto de poderes muestran un eje de relaciones similar al sistema de *checks and balances* vigente en la constitución norteamericana.

Además, y desde una perspectiva orgánica, destacaba, junto a la ya señalada estricta separación de poderes, la configuración del Senado como cámara territorial, ya que se establecía un procedimiento de elección de los

[49] *"Los Estados sujetarán sus Constituciones respectivas al juicio y sanción de las Cortes federales, que examinarán si están respetados o no en ellas los derechos de la personalidad humana, los límites de cada Poder y los preceptos de la Constitución federal"*. Este aspecto permite a Torres del Moral, con acierto, entender que *"el proyecto constitucional no era marcadamente federal, sino que adoptaba en ocasiones criterios que el Derecho y la doctrina posteriores han calificado como de autonomía regional"*. (Torres del Moral, 2018: 147).

[50] (Merino, 2008: 214).

[51] Afirmaba, en ese sentido, el Preámbulo que *"A fin de conservar la libertad y la democracia, hemos admitido y consagrado el título I de la vigente Constitución en todo aquello que era compatible con nuestras ideas republicanas. Al conservarlos, hemos querido imitar la conducta de los grandes fundadores de la Federación en el mundo moderno, que con establecerla sobre una tierra virgen y en contra de una Metrópoli aristocrática, guardaron religioso culto a todo aquello que, además de ser progresivo, estaba ungido por la autoridad incontestable del tiempo"*.

senadores que, como en Estados Unidos, no tomaba en consideración la demografía de cada Estado federal, sino que establecía un reparto idéntico de senadores por cada territorio. Así, tal y como afirmaba el art. 52 del proyecto, *"enviarán cuatro por cada Estado, sea cualquiera su importancia y el número de sus habitantes"*, elegidos por las asambleas estatales.

Por otro lado, ambas Cámaras resultarían elegidas cada dos años, similar a lo que sucede con la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos, –no así el Senado estadounidense, que resulta elegido por un período de seis años para que actúe como un factor de estabilización del gobierno y mayor independencia de criterio para la opinión pública, frente al diseño pretendido para la Cámara, de mayor conexión y rendición de cuentas con los ciudadanos–. En España, al establecer una legislatura de tan limitada duración, se buscaba una cuasi permanente rendición de cuentas.

El bicameralismo propuesto, con todo, era imperfecto, ya que el Senado poseía menos facultades que el Congreso. En el Título VIII del proyecto "Facultades especiales del Senado", se establecía que *"El Senado no tiene la iniciativa de las leyes"*, cuya única facultad en el ámbito del trámite legislativo es *"exclusivamente examinar si las leyes del Congreso desconocen los derechos de la personalidad humana, o los poderes de los organismos políticos, o las facultades de la Federación, o el Código fundamental"* (art. 70), teniendo en este ámbito capacidad de veto suspensivo, de carácter temporal, por tres años como máximo. Es decir, un *sui generis* previo control de constitucionalidad *político*.

Por último, un apunte merece el Poder Judicial, rigurosamente separado del resto de poderes orgánica y funcionalmente, como recogía en el Título X, 1º, el proyecto, al afirmar que *"El Poder judicial no emanará ni del Poder ejecutivo ni del Poder legislativo"*, estableciendo después requisitos de oposición de acceso para los jueces de distrito y de concurso posterior para los de las Audiencias. Mención especial merece, y aquí, de nuevo, se aparta del sistema norteamericano, la configuración del Tribunal Supremo Federal que, si bien como en los Estados Unidos, aúna las funciones de control de constitucionalidad y cúspide de la jurisdicción ordinaria, diverge en lo relativo a la selección de sus miembros –tres magistrados por cada Estado de la Federación (art. 73)– y el control de constitucionalidad de las normas[52] –al atribuirle la suspensión de las leyes aprobadas por el legislativo (art. 77)-, a las que se sumaba la resolución de los conflictos que surgiesen entre los distintos Estados (art. 78) y en el seno mismo de cada uno de ellos cuando fuese entre los poderes públicos estatales (art. 79).

[52] Este control, como antes hemos apuntado, era doble, en términos de Merino, ya que era *"´previo` y ´limitado` del Senado y el ´a posteriori` y definitivo del Tribunal Supremo de la Federación"*. (Merino, 2008: 221).

4. *El debate parlamentario en las Cortes*

Este proyecto constitucional tuvo nula andadura parlamentaria y, por ende, constitucional, puesto que fue elaborado apresuradamente –en apenas un día– por Emilio Castelar para responder a la rebelión cantonal iniciada tan sólo cinco días antes de la presentación del proyecto, el 11 de agosto de 1873, cuando la república se encontraba ya en abierta crisis[53], por lo que, difícilmente, podría invertirse el rumbo.

Del carácter apresurado de su redacción da buena muestra el que gozase de un rechazo prácticamente unánime del arco parlamentario al no participar los representantes de los partidos políticos en su redacción, viéndose abocados a una agria andadura parlamentaria que no gozó del mínimum indispensable de debate que debe tener cualquier proyecto constitucional, pero especialmente uno que buscaba instaurar una inédita forma de Estado y de Gobierno y que, como tal, debía disfrutar de un amplísimo consenso político.

Si, con la aspiración de la permanencia, cualquier norma jurídica debe gozar de un amplio período de reflexión y de consenso político para garantizar su anclaje social, la constitución, como norma suprema de cualquier ordenamiento jurídico requiere de la *serenidad* –en tiempo y forma– para poder debatirse y resultar sustancialmente integradora de la diversidad política. Algo que, naturalmente, no tuvo presente Castelar, quien se guió más por criterios de oportunidad política –también, lógicamente, comprensibles– para tratar de resolver la crisis territorial desde el texto constitucional.

Así, el muy diverso y antagónico arco parlamentario mostró, más que hostilidad, abierto desdén cuando no desprecio al proyecto, reacio a su premura y a su diseño, pero también porque los frentes militares abiertos, el cantonalismo y la división interna de los republicanos no permitían afrontar el debate del proyecto constitucional fuera del horizonte de la contingencia política. Ni el Partido Radical ni el Partido Constitucional lo apoyaron.

Por ello, en el debate, celebrado entre el 11 y el 14 de agosto, en sólo tres sesiones, la participación se circunscribió a cinco oradores, siendo incluso muy limitada la presencia de diputados a lo largo de los debates. No se debatieron las enmiendas parciales, versando el debate sobre cuestiones generales.

[53] Explica Solé esta crisis al recordar que "cuando la Asamblea Constituyente se reúne en julio de 1873, la República se encuentra ya en crisis. La proclamación del carácter federal y la presentación de un Proyecto de Constitución no resolverán la situación. Las dificultades del aislamiento internacional, el desorden del ejército, cuyas unidades son abandonadas por los soldados, la virulencia de las guerras cubana y carlista, son acrecentadas por el estallido de la insurrección cantonalista; Valencia, Murcia, Cartagena, Córdoba, Jerez, Sevilla, Cádiz, Granada, Alcoy proclaman durante junio y julio su voluntad de ser soberanas sin esperar al debate constitucional". (Solé y Aja, 1985: 63).

Con todo, y pese a su abrupto cierre, merece la pena resaltar algunas de las reflexiones vertidas por los diputados en aquel debate, de tono agrio y enconado, muy propio, por otro lado, del parlamentarismo español de finales del siglo XIX.

En ese sentido, el diputado del Partido Liberal Fernando León y Castillo vertía sus críticas al proyecto desde dos aspectos: la propia naturaleza de la federación como concepto jurídico-político, por su carácter refractario a la propia evolución histórica española y porque, en síntesis, era la respuesta política a la insurrección cantonal.

Con este planteamiento, afirmará que *"las federaciones no han sido nunca un ideal de gobierno para nadie; las federaciones han sido un gobierno de interinidad, un modus vivendi, y nada más, para llegar a la unidad; es más: cuando en las federaciones no se determina el movimiento hacia la unidad, cuando las federaciones se estacionan, se constituye un estado de cosas en que la vida es imposible hasta que desaparecen, dejando tras si la sangrienta huella de intestinas discordias"*. Un argumento que, para el diputado, recordando la historia de España, le lleva a sostener que *"se dice que en España hay tradiciones federales. Indudablemente; como que la federación ha sido en España como en otras partes el procedimiento para llegar a la unidad. Pero por esto ¿hemos de volver a lo que fuimos? ¿Hemos de volver a la confusión de la Edad Media? ¿Hemos de volver a los tiempos de D. Juan II y Enrique IV? ¿Hemos de volver a aquellos perturbadísimos tiempos? ¿Hemos de volver a aquella confusión de la cual surgió la nacionalidad española?"*. Todo ello le permite describir, en conexión con el momento político, el oportunismo del texto constitucional, señalando que *"¿Qué es esa Constitución más que la insurrección cantonal convertida en ley? ¿Qué más pedían los insurrectos que lo que vosotros les dais en esa Constitución?"*.

El diputado Joaquín Martín de Olías, diputado del Partido Demócrata Posibilista de Castelar, defendió el proyecto, si bien con una exposición algo menos sólida, afirmando que *"Nosotros no queremos la federación de abajo arriba; la queremos de arriba abajo, tal como está marcada en la Constitución. Y la queremos así, porque encontramos a España completamente unida, porque encontramos a España formada ya, y aunque esa unidad haya venido por la fuerza de las armas y por derecho de conquista, y aunque haya venido contra la voluntad de los pueblos, nosotros esperamos que con la forma federal podremos corregir los vicios sociales, políticos, económicos, administrativos, jurídicos y de toda clase que hoy existen en esta Nación"*.

Finalmente, el 14 de agosto las sesiones se suspendieron y sería el propio Castelar, promotor del proyecto, quien en el Pleno señalaría, el 20 de agosto, que *"Nosotros que apenas tenemos Patria, entregado casi todo el Mediodía a los excesos de la demagogia roja, y entregado el Norte a los excesos de la demagogia blanca ¿nos debemos entretener en discutir una Constitución,*

cuando apenas sabemos si mañana conservaremos la libertad que hay en nuestras almas, ni la tierra que tenemos bajo nuestras plantas?"[54].

IV. CONCLUSIONES

El proyecto constitucional de 1873 supuso la primera tentativa real de articular un modelo federal republicano que incardinase la complejidad territorial que ha definido nuestra historia política en una nueva forma de gobierno.

El proyecto, fallido tras su derrota parlamentaria, asumía en su diseño el espíritu de dos modelos muy diferentes entre sí y muy distantes: el de la neonata Tercera República Francesa (1870) y el de la Revolución Norteamericana. El primero, nacido tras la derrota de Sedán en 1870 y la crisis del II Imperio carecía de texto constitucional hasta las Leyes constitucionales de 1875 que le darían carta de naturaleza, consagrando definitivamente el régimen republicano en Francia, gracias a la crisis del legitimismo monárquico y su incapacidad para adaptarse a un entorno político nuevo; el segundo, definido en la Constitución de 1787, permitió configurar un orden nuevo, con una *presidencia monárquica* y un régimen federal originario que partía de la existencia previa de los Estados federados para construir una nueva forma de gobierno.

Así, aunque la completa *republicanización* del proyecto constitucional de 1873 es deudora de la Tercera República Francesa, de donde provendría la figura del presidente de la República y su figura súper partes, es del modelo norteamericano de donde recibe la mayor impronta. Impronta visible tanto en la configuración y terminología orgánica de los poderes del Estado, como en el diseño de un modelo bicameral para articular políticamente la complejidad territorial. Aspecto, este último, que se manifestaba en el establecimiento de un Senado claramente deudor del sistema norteamericano, aunque innovador funcionalmente, como se percibía en su facultad de control de constitucionalidad.

En consecuencia, se apostaba por un régimen inédito en la historia política española –federal y republicano– para tratar de integrar la pluralidad territorial española en un orden nuevo, gracias a un diseño que conjugaba la limitación competencial de la Federación con la descentralización del poder político atribuido a los Estados y municipios. El régimen federal, así, se situaba como núcleo del sistema constitucional, garantizando el autogobierno desde la unidad política.

Su carácter revolucionario, en fondo y forma, no permitió que este proyecto triunfase políticamente. En primer lugar, porque tanto la sociedad

[54] (Blanco, 2014: 57).

como la clase política española eran sólo *circunstancialmente* republicanas, siendo esta opción fruto de unas elecciones, las de mayo de 1873, en las que, con la participación más baja de la Historia de España –inferior al 30% de media en todo el territorio– y la no presentación de los monárquicos –carlistas y alfonsinos–, republicanos unitarios y el movimiento obrero, se presentaba una imagen republicana de la sociedad española que no era real; y, en segundo lugar, porque el contenido del proyecto constitucional era excesivamente revolucionario tanto en la forma de Estado –república–, como en la forma de gobierno –federal–. Aspectos que, de consuno, evidenciaban que el proyecto republicano no contaba con el anclaje social y político suficiente para consolidarse como opción de futuro.

Sí resulta meritoria la parte dogmática del texto que, heredera de la Constitución de 1869, buscaría asentar definitivamente el Estado constitucional de Derecho desde la explícita y taxativa garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas atribuidas a los ciudadanos.

En conjunto, el proyecto constitucional de 1873 buscaba construir una España nueva, pero sin asumir la realidad política latente, que no era, en el fondo, ni federal ni republicana. Con todo, los mayores responsables de su fracaso hay que buscarlos en los partidos republicanos, divididos e incapaces de construir un relato común republicano para la sociedad y el país.

V. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Junco, J. y De la Fuente, G. (2020). "El impulso nacionalizador de la Revolución de 1868". *Bulletin d'Histoire Contemporaine de l'Espagne*, (55), pp. 1-21.

Blanco Valdés, R. (2014). *El laberinto territorial español. Del cantón de Cartagena al secesionismo catalán*. Editorial Alianza.

Casals Bergés, Q. (2022). "El cantonalismo (1873): Notas para un estudio comparado". *Aportes*, (110), pp. 59-101.

Cavero Lataillade, Í. y Zamora Rodríguez, T. (2010). *Constitucionalismo histórico de España*. Editorial Universitas.

Coello de Portugal Martínez del Peral, J. M. (2020). *La Jefatura del Estado*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Cooper, S. W. (1994) "Considering "Power" in Separation of Powers". *Stanford Law Review*, (46/2), pp. 361-400.

Dippel, H. (2005) "Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita". *Historia Constitucional*, (6), pp. 181-199.

Ferrando Badía, J. (1973). *La Primera República española*. EDICUSA.

García Pelayo, M. (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. Editorial Alianza.

González Casanova, J. A. (1980). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Editorial Vicens Vives.

López González, J. L. (1992). "La Primera República española: desunión e inestabilidad políticas en el debate parlamentario". *Revista de Estudios Políticos*, (78), pp. 303-330.

Martínez Martínez, F. (2020). "La nueva vida constitucional en 1869: entre (más) derechos y (menos) poderes". *Memoria y Civilización*, (23), pp. 127-165.
Mas Hesse, M. y Troncoso Ramón, R. (1987). "La práctica del poder moderador durante el reinado de Amadeo I de Saboya". *Revista de Estudios Políticos*, (55), pp. 237-272.
Merino Merchán, J. F. (2008). *Regímenes históricos españoles*. Editorial Dilex.
Möllers, C. (2015). *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford University Press.
Morales Muñoz, M. (2020). "La oposición democrática en la génesis revolucionaria (1848-1868)". *Bulletin d'Histoire Contemporaine de l'Espagne*, (55), pp. 1-15.
Pascual Sastre, I. M. (2020). "Teoría y práctica de la monarquía nacional y democrática. La constitución de 1869 y su forma de gobierno". *Bulletin d'Histoire Contemporaine de l'Espagne*, (55), pp. 1-18.
Pereira Menaut, A. C. (2012). *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*. Andavira editora.
Pérez Ayala, A. (2002). "El constitucionalismo del Sexenio en el contexto constitucional europeo de mediados del siglo XIX. Referencia específica al influjo del modelo belga". *Revista de Derecho Político*, (55-56), pp. 241-294.
Pérez Ayala, A. (1999). "La I República. Marco político y proyecto constitucional". *Revista de Estudios Políticos*, (105), pp. 29-71.
Rivera García, A. (2011). "La constitución mixta, un concepto político premoderno". *Historia y Política*, (26), pp. 171-197.
Sánchez Agesta, L. (1987). "Los perfiles históricos de la monarquía constitucional en España". *Revista de Estudios Políticos*, (55), pp. 9-28.
Sánchez Agesta, L. (1978). *Historia del constitucionalismo español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
Solé Tura, J. y Aja, E. (1985). *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Editorial Siglo XXI.
Souto Paz, J. A. (2002). "Las libertades públicas en la Constitución de 1869". *Revista de Derecho Político*, (55-56), pp. 107-158.
Torres del Moral, A. (2018) *Constitucionalismo histórico español* (9ª ed.). Editorial Universitas.
Varela Suanzes-Carpegna, J. (2020). *Historia constitucional de España*. Editorial Marcial Pons.
Varela Suanzes-Carpegna, J. (2006). "La monarquía en las Cortes y en la Constitución de 1869". *Historia Constitucional*, (7), pp. 209-227.
Vilches, J. (2015). "Entre el parlamentarismo y la insurrección: la minoría republicana en las Cortes Constituyentes de la revolución (1869-1871)". *Historia y Política*, (34), pp. 239-267.
Vilches, J. (2021). *Progreso y Libertad. El Partido Progresista en la Revolución Liberal Española*. Editorial Alianza.
Vilches, J. (2023). *La Primera República Española (1873-1874). De la utopía al caos*. Editorial Espasa.
Vilches, J. (2024). *Historia del liberalismo español. Liberales y conservadores del siglo XIX*. Editorial Sekotia.

ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1785 SOBRE EMISIONES INDUSTRIALES Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL DIGITAL Y EN LA LEY 5/2013

Analysis of directive (EU) 2024/1785 on industrial emissions and its projection in Digital Environmental Law and in Law 5/2013

Eliana Díaz Cruces[1]
Grupo de Investigación LEGOS. Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), Madrid. España
https://orcid.org/0000-0003-0782-4101

https://doi.org/10.18543/ed.3575

Fecha de recepción: 30.01.2026
Fecha de aceptación: 22.04.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El artículo analiza la Directiva (UE) 2024/1785 sobre emisiones industriales, examinando su estructura jurídica, objetivos regulatorios y principales innovaciones. Se destaca la digitalización de la gobernanza ambiental, junto con la integración de la economía circular y la descarbonización como ejes del nuevo modelo de control. Igualmente, se aborda la dimensión Aarhus de la Directiva, que refuerza la transparencia, la participación pública y el acceso a la justicia como pilares de una gobernanza ambiental democrática. Desde la perspectiva del derecho público, cabe sostener que la norma sienta las bases de un incipiente derecho ambiental digital europeo. Dado el carácter emergente de esta categoría jurídica, el trabajo asume

[1] Email: floreliana.diaz@udima.es. Grupo de Investigación Derecho Equidad Gobernanza y Sostenibilidad para la Justicia Social (LEGOS).

expresamente la naturaleza inicial del derecho ambiental digital y propone una primera sistematización de sus elementos ya positivados en la Directiva (UE) 2024/1785, basada en la gestión electrónica de permisos, la interoperabilidad de bases de datos y la transparencia activa en tiempo real, en consonancia con la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. En el contexto español, se analizan sus repercusiones sobre la Ley 5/2013 y el régimen de autorizaciones ambientales integradas, identificando los desafíos para su adaptación y proponiendo criterios y reformas legislativas que armonicen el ordenamiento nacional con los nuevos estándares europeos.

Palabras clave

Directiva 2024/1785, Emisiones industriales, Descarbonización, Economía circular, Transposición normativa, Derecho Ambiental Digital.

Abstract

This article analyzes Directive (EU) 2024/1785 on industrial emissions, examining its legal structure, regulatory objectives, and key innovations. It highlights the digitalization of environmental governance, along with the integration of the circular economy and decarbonization as cornerstones of the new control model. The article also addresses the Aarhus Dimension of the Directive, which strengthens transparency, public participation, and access to justice as pillars of democratic environmental governance. From a public law perspective, it argues that the Directive lays the groundwork for an emerging European digital environmental law. Given the emerging nature of this legal category, the article explicitly acknowledges the initial state of digital environmental law and proposes a first systematization of its elements already enshrined in Directive (EU) 2024/1785, based on electronic permit management, database interoperability, and active real-time transparency, in line with the European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade. In the Spanish context, its repercussions on Law 5/2013 and the integrated environmental authorization regime are analyzed, identifying the challenges for its adaptation and proposing criteria and legislative reforms that harmonize the national regulations with the new European standards.

Keywords

Directive 2024/1785, Industrial emissions, Decarbonization, Circular economy, Legislative transposition, Digital Environmental Law.

Sumario: I. Introducción. II. Fundamentos jurídicos y antecedentes normativos. III. Estructura jurídica y objetivos de la Directiva (UE) 2024/1785. IV. Derechos ambientales y garantías participativas: la dimensión Aarhus en la Directiva 2024/1785. 1. Hacia una democracia ambiental digital en el sector industrial. V. Configuración del derecho ambiental digital europeo. 1. Concepto y delimitación dogmática. 2. Elementos estructurales en la Directiva 2024/1785. 3. Principios propios y tensiones con otros regímenes. VI. La transposición en España y los retos jurídicos de implementación. 1. Contexto nacional y obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. 2. Implicaciones sobre la Ley 5/2013 y las autorizaciones ambientales integradas. 3. Propuesta legislativa de adaptación de la Ley 5/2013 a la Directiva (UE) 2024/1785. VII. Valoración doctrinal y perspectivas de futuro. VIII. Conclusiones. IX. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva (UE) 2024/1785 del Parlamento Europeo y del Consejo, adoptada el 24 de abril de 2024 y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de julio del mismo año (Boletín Oficial del Estado 2024), constituye una de las reformas más ambiciosas del Derecho ambiental europeo en el ámbito de las emisiones industriales. Esta norma surge del proceso político impulsado por el Pacto Verde Europeo (European Commission 2019) y la Estrategia de Contaminación Cero (European Commission 2021), que establecen el principio rector de alcanzar una economía climáticamente neutra y libre de contaminación antes de 2050. Su aprobación respondió a la necesidad de adaptar el marco normativo de la Directiva 2010/75/UE (Boletín Oficial del Estado 2010), cuya eficacia inicial se había visto limitada por los avances tecnológicos y las nuevas exigencias de sostenibilidad productiva dentro de las políticas europeas de transición ecológica.

La doctrina y la práctica administrativa han venido denominando a esta nueva normativa "DEI 2.0", denominación que expresa tanto la continuidad como la ruptura con la Directiva 2010/75/UE (Boletín Oficial del Estado 2010). La Directiva 2024/1785 no se limita a actualizar los valores técnicos de emisión o a introducir obligaciones adicionales de control; su alcance es mucho más profundo. En efecto, propone una redefinición del marco jurídico del control industrial mediante la incorporación de pilares estructurales de nueva generación, como, la digitalización administrativa, que moderniza los procedimientos y la trazabilidad de la información ambiental; la descarbonización, como elemento transversal de la política industrial europea; la eficiencia energética, que busca optimizar los recursos de producción y reducir

los impactos ecológicos; y la economía circular, que se erige en principio ordenador de la nueva cultura productiva comunitaria.

En virtud de lo anterior, la Directiva constituye un instrumento jurídico que trasciende la lógica tradicional de control de emisiones para configurar un modelo más ambicioso de gobernanza ambiental industrial inteligente. Esta gobernanza se fundamenta en la gestión digital de licencias, la interoperabilidad de los sistemas administrativos nacionales y la responsabilidad compartida entre los sectores público y privado. Adicionalmente, se concibe a la empresa no como mero destinatario de mandatos normativos, sino como agente activo de la transición ecológica, responsable de incorporar innovación tecnológica, auditorías energéticas y estrategias de sostenibilidad dentro de su modelo de gestión. Esta Directiva introduce una nueva concepción del Derecho ambiental industrial europeo, pasando de la mera prevención al fomento de la transformación industrial profunda, basada en la innovación tecnológica y el uso de las mejores técnicas disponibles (MTD) (Ramírez Sánchez-Maroto 2024; Núñez Valls 2025; Ramírez Sánchez-Maroto 2025).

En el marco del Pacto Verde Europeo, la Directiva se configura como instrumento operativo de la Estrategia de Contaminación Cero, fijando para 2030 objetivos como reducir en más de un 55 % las muertes prematuras por contaminación atmosférica y en un 30 % las personas afectadas por el ruido del transporte (European Commission 2019). Esta orientación busca no solo controlar la contaminación, sino también prevenirla desde su origen, alineando la política industrial con principios de responsabilidad ambiental, circularidad de recursos y justicia intergeneracional. La reforma refuerza el principio de integración ambiental previsto en el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y responde al mandato del artículo 192.1, que faculta a la Unión para adoptar medidas vinculantes de protección del medio ambiente. Asimismo, amplía su ámbito de aplicación para incluir sectores estratégicos de la transición energética, como la fabricación de baterías, la producción de hidrógeno mediante electrólisis y la minería de metales críticos.

A la luz de lo expuesto, el presente trabajo analiza la Directiva (UE) 2024/1785 sobre emisiones industriales mediante un estudio detallado de su estructura jurídica, sus objetivos regulatorios y sus principales innovaciones, con especial atención a la dimensión Aarhus y a la digitalización de la gobernanza ambiental. Desde la perspectiva del derecho público, cabe sostener que la Directiva no solo reconfigura el régimen jurídico de las emisiones industriales, sino que opera como laboratorio normativo de un incipiente derecho ambiental digital europeo, entendido como un subsistema del Derecho ambiental que articula la gestión electrónica de permisos, la interoperabilidad de bases de datos, los ecosistemas de datos abiertos y las garantías de transparencia y participación en entornos digitales.

Por tal motivo, este trabajo propone una lectura integrada de estas transformaciones, dialogando con la literatura especializada sobre democracia ambiental, justicia ambiental y administración digital, y subrayando sus implicaciones para la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio de Aarhus y en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. En coherencia con ello, la categoría de "derecho ambiental digital europeo" se presenta como un concepto en fase inicial, cuyo objetivo no es ofrecer una teoría cerrada (Fromont y Van Waeyenberge 2025), sino identificar y ordenar los elementos normativos ya presentes en la Directiva (UE) 2024/1785 (digitalización de permisos, interoperabilidad de datos, garantías Aarhus en entornos digitales) y explorar sus implicaciones para la reforma de la Ley 5/2013.

Finalmente, y desde la óptica nacional, se estudian las implicaciones de la Directiva sobre la Ley 5/2013 y el régimen de autorizaciones ambientales integradas, identificando los retos jurídicos y administrativos de su adaptación, y se formula una propuesta legislativa orientada a armonizar la normativa española con estos nuevos estándares europeos. Por consiguiente, el trabajo pretende contribuir a densificar teóricamente esta noción emergente y a dotarla de contenido operativo a través de propuestas concretas de política legislativa.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ANTECEDENTES NORMATIVOS

La evolución del Derecho europeo en materia de emisiones industriales refleja el tránsito desde un modelo fragmentado de control ambiental hacia un sistema integrado y preventivo. En sus primeras décadas, la regulación europea se centró en dictar normas específicas que imponían límites de emisión de contaminantes al aire, el agua o el suelo de manera independiente. Sin embargo, esta visión sectorial pronto mostró sus limitaciones, al no considerar los efectos combinados de la contaminación industrial ni las interacciones entre los distintos medios ambientales (Revuelta Pérez 2018).

El gran cambio se produjo con la aprobación de la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, conocida como IPPC (Prevención y Control Integrados de la Contaminación) (Boletín Oficial del Estado 1983; Unión Europea 2025; Boletín Oficial del Estado 1992, 1996, 1999, 2000, 2008). Esta norma sustituyó el paradigma "correctivo", basado en reducir la contaminación una vez generada, por un enfoque "preventivo", orientado a evitar su aparición desde el diseño mismo de los procesos industriales (O'Malley 1999). En este marco, el principio de prevención se consolidó mediante la obligación de que las instalaciones industriales aplicaran las mejores técnicas disponibles (MTD), es decir, soluciones tecnológicas capaces de garantizar un alto nivel de protección ambiental sin comprometer la viabilidad

económica de la actividad. De este modo, la IPPC introdujo una visión integrada del medio ambiente, sustituyendo las antiguas autorizaciones parciales por un único permiso ambiental que valoraba de forma global las emisiones a aire, agua y suelo (Wei et al. 2017).

En los años siguientes, la normativa evolucionó a través de mecanismos de "mejor regulación" y análisis coste-beneficio, adaptándose al rápido desarrollo del Derecho ambiental europeo. Este proceso culminó con la aprobación de la Directiva 2010/75/UE (Boletín Oficial del Estado 2010), sobre emisiones industriales, que refundió la IPPC y otras siete directivas sectoriales en un texto único (Boletín Oficial del Estado 1983; Unión Europea 2025; Boletín Oficial del Estado 1992, 1996, 1999, 2000, 2008). Esta Directiva reforzó la aplicación vinculante de las conclusiones sobre Mejores Técnicas Disponibles (MTD) y estableció reglas más estrictas para inspecciones e introdujo un sistema europeo de información pública sobre emisiones (E-PRTR), favoreciendo la transparencia y la participación ciudadana (Boletín Oficial del Estado 2010).

Actualmente, y en el marco del Pacto Verde Europeo y de las políticas de descarbonización, la nueva Directiva (UE) 2024/1785 ha introducido reformas sustanciales a la Directiva de 2010, ampliando el ámbito de aplicación a sectores como la ganadería y ciertas actividades extractivas, impulsando la digitalización mediante la autorización electrónica de permisos ambientales antes de 2035, y reforzando la transparencia al exigirse la publicación gratuita de todas las licencias (Boletín Oficial del Estado 2024).

III. ESTRUCTURA JURÍDICA Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1785

La Directiva (UE) 2024/1785 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, representa una de las reformas más ambiciosas del derecho ambiental europeo contemporáneo. Su objetivo fue redefinir la estructura jurídica de la política sobre emisiones industriales y emisiones derivadas de la cría intensiva de ganado, revisando el marco de la Directiva 2010/75/UE y modificando, además, la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos. Esta nueva directiva, conocida doctrinalmente como DEI 2.0 (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico 2025; CEOE Empresas Españolas 2024), amplía la posición tradicional del control de la contaminación incorporando los principios de descarbonización, economía circular, innovación tecnológica y digitalización ambiental (Boletín Oficial del Estado 2024).

Desde el punto de vista jurídico, la estructura normativa de la Directiva (UE) 2024/1785 se apoya en disposiciones que articulan la coherencia del sistema de prevención y control ambiental. En atención a la finalidad de la

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 51-83
https://doi.org/10.18543/ed.3575 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

norma, el artículo 1 establece su objeto y ámbito de aplicación, orientado a prevenir y reducir de forma continua las emisiones al aire, al agua y al suelo, mejorar la eficiencia en el uso de recursos y promover la economía circular y la descarbonización como principios rectores (Ducuing 2024). Además, el artículo 2 amplía el alcance a nuevas actividades industriales como la minería de metales críticos, la fabricación de baterías (>15.000 t/año) y la producción de hidrógeno mediante electrólisis (>50 t/día). Adicionalmente, el artículo 14 consolida la nueva base técnica de los valores límite de emisión (VLE), exigiendo que estos se ajusten al extremo más riguroso del rango establecido por las Mejores Técnicas Disponibles (MTD), salvo justificación debidamente motivada (Vázquez Calvo et al. 2025).

En clave interpretativa, mediante este cambio se busca garantizar la homogeneidad regulatoria en la Unión y reducir las disparidades que históricamente afectaron a la aplicación de la directiva de 2010 (Ala-Lahti 2024). A su vez, el nuevo artículo 14 bis establece la obligación de disponer de un sistema de gestión ambiental (SGA) integrado, incluyendo la sustitución progresiva de sustancias químicas peligrosas por alternativas más seguras, en consonancia con el Reglamento REACH y la Estrategia de Sostenibilidad para las Sustancias Químicas (Boletín Oficial del Estado 2024).

Un aspecto relevante de la reforma es el artículo 27 quinquies, que impone a las instalaciones cubiertas la elaboración de planes de transformación industrial centrados en la reducción de gases de efecto invernadero, la eficiencia energética y la circularidad de materiales. Dichos planes deberán aprobarse en el marco de los permisos ambientales y revisarse periódicamente, reforzando el vínculo entre la regulación ambiental y la planificación económica a largo plazo (Boletín Oficial del Estado 2024).

A efectos de garantizar la seguridad jurídica y aplicar la gobernanza ambiental moderna, el artículo 5 se añade un apartado que introduce la obligación de establecer sistemas electrónicos para la gestión de permisos ambientales y la interoperabilidad de las bases de datos nacionales, antes del 31 de diciembre de 2035. A través de esta disposición se responde a la necesidad de mejorar la transparencia pública y la rendición de cuentas, de acuerdo con el Convenio de Aarhus, asegurando que la información sobre emisiones y cumplimiento sea accesible y en formato abierto (Finck y Mueller 2023; Mathiesen 2003).

Por otro lado, el artículo 26 refuerza la cooperación transfronteriza en casos de contaminación o incidentes medioambientales, obligando a los Estados miembros a informar inmediatamente a las autoridades competentes de los países afectados. Complementariamente, el artículo 70 octies amplía los derechos de participación y acceso a la justicia, garantizando que el público interesado pueda recurrir las decisiones administrativas incluso sin haber participado previamente en el proceso. Finalmente, el artículo 15

unifica los criterios de evaluación de cumplimiento de los límites de emisión mediante metodologías armonizadas, lo que fortifica la cohesión normativa y evita estrategias de competencia desleal entre Estados miembros (Boletín Oficial del Estado 2024).

Partiendo de un análisis jurídico, la Directiva (UE) 2024/1785 constituye un instrumento de integración normativa que eleva el nivel de exigencia ambiental en la Unión Europea, que en términos doctrinales, puede ser interpretada como una norma de tercera generación del derecho ambiental europeo, que supera el enfoque de mera autorización y control para adoptar una gobernanza dinámica basada en resultados, innovación y corresponsabilidad social (Pihalehto y Puharinen 2024). De esta forma, la articulación sobre transparencia, derechos de acceso a la justicia (art. 70 octies y 70 nonies) y digitalización de la información revela una tendencia a redefinir el principio de transversalidad ambiental, extendiendo su aplicación al ámbito industrial estratégico.

Desde la óptica académica, la Directiva refuerza el diálogo entre el derecho administrativo ambiental y el derecho económico de la sostenibilidad, integrando instrumentos jurídicos que estimulan la innovación, la inversión sostenible y la participación pública. Además, su vocación de coherencia con el Pacto Verde Europeo convierte a la DEI 2.0 en una herramienta de transición normativa hacia la neutralidad climática, en la que la regulación opera como vector de transformación estructural del modelo productivo.

IV. DERECHOS AMBIENTALES Y GARANTÍAS PARTICIPATIVAS: LA DIMENSIÓN AARHUS EN LA DIRECTIVA 2024/1785

La Directiva (UE) 2024/1785 refuerza de forma explícita la aplicación de los principios del Convenio de Aarhus en el ámbito del control industrial y la gestión ambiental (Mathiesen 2003). En este sentido, la Directiva consolida un camino plural de gobernanza ambiental participativa, mediante el fortalecimiento de los tres pilares del Convenio de Aarhus, que son, el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental (Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas 1999). Cabe entender que los artículos 21 quinquies, 24 y 25 de la nueva norma amplían de manera significativa las garantías para la ciudadanía y las organizaciones medioambientales (Boletín Oficial del Estado 2024).

En primer lugar, el artículo 24 establece que toda la información pertinente sobre los procesos de concesión, modificación y revisión de las autorizaciones ambientales integradas (AAI) debe ponerse a disposición del público a través de portales electrónicos de libre acceso, sin necesidad de registro. Esto incluye el texto consolidado del permiso, las medidas adoptadas tras el cese de actividades y los resultados de la monitorización ambiental

en curso. En este marco, esta disposición transforma los mecanismos de transparencia, haciendo exigible el derecho a la información ambiental en términos compatibles con la era digital (Epstein 2025).

En segundo lugar, el artículo 21 quinquies garantiza la participación pública efectiva durante las fases tempranas de los procedimientos de autorización y revisión, incluso después de la publicación de nuevas conclusiones sobre las Mejores Técnicas Disponibles (MTD) (Boletín Oficial del Estado 2024). En este sentido, las autoridades competentes están obligadas a demostrar cómo las observaciones públicas han sido tenidas en cuenta en las decisiones finales, lo que fortalece la trazabilidad democrática del proceso administrativo ambiental, reforzando el principio de deliberación pública en la actualización de permisos y en la adopción de valores límite de emisión, y extendiendo la participación a consultas transfronterizas en caso de impactos ambientales compartidos (Akerboom y Craig 2022).

En tercer lugar, el artículo 25 introduce un régimen de acceso ampliado a la justicia ambiental, al reconocer que cualquier persona o entidad afectada, incluyendo organizaciones no gubernamentales, puede recurrir las decisiones administrativas, aunque no haya participado previamente en el procedimiento inicial. Así, los recursos deben ser "justos, equitativos, oportunos y no excesivamente costosos" (Boletín Oficial del Estado 2024), garantizando además el derecho a solicitar una indemnización por daños cuando la infracción de la normativa haya ocasionado perjuicios a la salud o al medio ambiente. Por consiguiente, se trata de una innovación de alto impacto, que alinea la normativa con las conclusiones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITERD) 2025) y con la Ley 27/2006 (Boletín Oficial del Estado 2006), de 18 de julio, que regula dichos derechos en el ordenamiento español.

Además, la Directiva incorpora una dimensión adicional vinculada a la tutela judicial y administrativa, ello implica que los Estados miembros deberán establecer procedimientos específicos para tramitar reclamaciones por daños derivados de la infracción de las obligaciones ambientales de las industrias, pudiendo fijar plazos de prescripción basados tanto en el conocimiento del daño como en la fecha de cese de la infracción (Boletín Oficial del Estado 2024). Ello implica que este progreso no solo refuerza la eficacia del principio de responsabilidad ambiental, sino que también amplía el espectro de protección de las personas y comunidades afectadas por actividades industriales contaminantes, con lo cual, la dimensión Aarhus de la Directiva (UE) 2024/1785 no se limita a reproducir los principios del Convenio, sino que los operativiza dentro del marco jurídico industrial europeo, asegurando su cumplimiento mediante mecanismos digitales, garantías procesales y control público reforzado.

1. *Hacia una democracia ambiental digital en el sector industrial*

Desde la perspectiva de la sistematicidad normativa, la presente Directiva debe interpretarse en el sentido de que exige la publicación electrónica de las autorizaciones ambientales integradas, de los datos de monitorización y de las decisiones de revisión, configurando el derecho de acceso a la información ambiental como un auténtico derecho de acceso y consulta a ecosistemas de datos abiertos, legibles por máquina y potencialmente reutilizables a los efectos de la supervisión social y de la investigación independiente (Boletín Oficial del Estado 2024; Epstein 2025). Este giro normativo refuerza la idea de una democracia ambiental en red, donde la participación ya no se limita a alegaciones puntuales en el expediente, sino que se proyecta sobre procesos continuos de escrutinio público mediado por tecnologías digitales. En este sentido, la configuración conjunta de portales abiertos, información ambiental en formatos reutilizables y canales de participación electrónica convierte el acceso a la información sobre emisiones industriales en una dimensión específica de la ciudadanía digital, más allá de la mera transparencia administrativa formal (Finck y Mueller 2023).

No obstante, esta evolución hacia una democracia ambiental digital plantea el riesgo de nuevas brechas de desigualdad en el ejercicio efectivo de los derechos Aarhus, vinculadas tanto a la desigual distribución territorial de infraestructuras digitales como a factores socioeconómicos y de capacitación técnica (Creutzfeldt et al. 2024). Es por ello, que la futura transposición en España debería incorporar garantías de accesibilidad universal a las plataformas de información y participación, incluyendo requisitos de diseño inclusivo, disponibilidad multilingüe y adaptación a personas con discapacidad (Northmore y Hudson 2022). Asimismo, resulta imprescindible prever mecanismos de asistencia técnica gratuita, especialmente para comunidades vulnerables y organizaciones locales con recursos limitados, a fin de evitar que la complejidad tecnológica del sistema erosione el principio de igualdad en el acceso a la justicia ambiental (McVeigh 2025).

En este marco, los datos de emisiones industriales adquieren la naturaleza de un auténtico "bien público regulado", sometido a reglas específicas de integridad, calidad y neutralidad en su generación, custodia y difusión, con lo cual, su estandarización, trazabilidad y conservación a largo plazo no solo resultan esenciales para la planificación y la supervisión administrativa, sino que también potencian su función probatoria en litigios climáticos y procedimientos contencioso-administrativos, donde la información digital sobre emisiones, incidentes y cumplimiento de las MTD puede ser determinante para acreditar infracciones o daños ambientales (Finck y Mueller 2023). Esto quiere decir que, la regulación detallada de metadatos, sellado temporal y registros de modificaciones se convierte, en condición jurídica para

garantizar que estos datos puedan ser utilizados con plenas garantías en sede judicial (Wentz et al. 2023).

En virtud de lo anterior, la Directiva desplaza progresivamente el centro de gravedad del control ambiental industrial desde el expediente administrativo clásico, basado en documentos estáticos y de difícil acceso, hacia ecosistemas dinámicos de datos abiertos, interconectados y auditables en tiempo casi real. Esta transformación sitúa al dato ambiental digital en el núcleo de la gobernanza, redefiniendo las relaciones entre administraciones, empresas y ciudadanía, y consolidando un modelo de democracia ambiental donde la transparencia activa y la vigilancia distribuida se erigen en pilares estructurales del Derecho ambiental europeo contemporáneo, en línea con la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, que subraya la necesidad de un entorno digital centrado en las personas, basado en la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso significativo a la información como presupuesto para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el espacio digital (European Commission 2022).

V. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL DIGITAL EUROPEO

1. *Concepto y delimitación dogmática*

A partir de las disposiciones de nueva generación incorporadas por la Directiva 2024/1785, es posible formular una definición dogmática, aunque provisional, de derecho ambiental digital europeo. En este trabajo se entiende por derecho ambiental digital europeo el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la producción, circulación y uso de datos e infraestructuras digitales para la protección del medio ambiente, integrando en entornos digitales los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia consagrados por el Convenio de Aarhus y desarrollados por el Derecho de la Unión (Santamaría Echeverría 2025). Esta categoría no solo se circunscribe en el simple gobierno electrónico ambiental, centrado en la tramitación telemática de expedientes, ni en la simple aplicación al medio ambiente de los regímenes generales de protección de datos o de servicios de datos, sino que configura un subsistema específico del Derecho ambiental en el que el dato ambiental digital se sitúa en el núcleo del cumplimiento normativo, de la rendición de cuentas y de la tutela de los derechos ambientales (Müller 2022; Zhavoronkova y Voronina 2025).

Desde una perspectiva metodológica, el derecho ambiental digital europeo se caracteriza por tres elementos estructurales que se complementan entre sí, el primero de ellos es la consideración del dato ambiental digital como bien público regulado, sometido a reglas específicas de integridad,

calidad y reutilización; el segundo se refiere a la obligación de desplegar infraestructuras electrónicas interoperables de gestión y supervisión ambiental, que permiten el seguimiento continuo de las emisiones y del cumplimiento de las mejores técnicas disponibles; y el tercero hace referencia a la integración de las garantías Aarhus en ecosistemas de información abierta, legible por máquina y potencialmente reutilizable para la supervisión social y la investigación independiente (Kulovesi et al. 2024). Sobre esta base, la Directiva 2024/1785 puede leerse como el primer intento de positivizar este subsistema, al consagrar jurídicamente obligaciones de digitalización avanzada que afectan tanto a las autorizaciones ambientales integradas como a los registros de emisiones y a los mecanismos de participación pública en red.

Esta propuesta conceptual se sitúa en continuidad con los debates doctrinales sobre la digitalización del Derecho ambiental y el gobierno de los datos ambientales (Dixit et al. 2025; Le Goff 2026; Kloppenburg et al. 2022; Finck y Mueller 2023; Garske et al. 2024), pero pretende ir más allá de aproximaciones sectoriales como las relativas a los datos abiertos, la modelización digital o la regulación de registros de emisiones. Frente a esas líneas de análisis, aquí se defiende que la Directiva 2024/1785 habilita la construcción de una categoría jurídica unitaria de derecho ambiental digital europeo, cuyo objeto específico es la ordenación jurídico-pública de los ecosistemas de datos ambientales digitales y de las infraestructuras técnico-administrativas que los soportan, con consecuencias directas en términos de diseño de las autorizaciones ambientales integradas, de configuración de las obligaciones de transparencia activa y de definición de los estándares probatorios en la litigación ambiental y climática.

2. *Elementos estructurales en la Directiva 2024/1785*

La Directiva (UE) 2024/1785 funciona como el principal soporte normativo del emergente derecho ambiental digital europeo, al reconfigurar el régimen de emisiones industriales sobre la base de una serie de elementos estructurales que combinan transición ecológica y transformación digital de la gobernanza ambiental. Ello implica que la Directiva redefine el objeto y ámbito de aplicación del control industrial, incorporando como ejes transversales la descarbonización, la eficiencia energética y la economía circular, de modo que la regulación ya no se limita a limitar emisiones, sino que orienta de forma proactiva los modelos productivos hacia la neutralidad climática y el uso circular de los recursos (Hung et al. 2023; Zeng y Wang 2025). En consecuencia, esta mutación se plasma en la ampliación del campo de aplicación a sectores estratégicos de la transición verde, como la fabricación de baterías, la producción de hidrógeno mediante electrólisis o la minería de metales críticos, y en la exigencia de que los valores límite de emisión se

sitúen en el extremo más riguroso de los rangos fijados por las MTD, salvo motivación específica en sentido contrario (Hung et al. 2023).

A partir de esto, la Directiva introduce como rasgo vertebral la planificación ambiental a largo plazo mediante los planes de transformación industrial, que deben integrar la reducción de gases de efecto invernadero, la mejora de la eficiencia energética y la circularidad de materiales dentro del ciclo de vida de las instalaciones (Šebo et al. 2023; Massoud et al. 2010). Estos planes, vinculados a los permisos ambientales y sometidos a revisión periódica, convierten a la empresa en agente activo de la transición ecológica, obligándola a anticipar su adaptación al horizonte de neutralidad climática y a justificar, con base en datos, cómo reorientará sus procesos productivos. La exigencia de sistemas de gestión ambiental integrados, con sustitución progresiva de sustancias peligrosas y control del uso de energía, agua y materias primas, refuerza esta lógica de corresponsabilidad estructural entre regulador y operador (Park y Kang 2025; Earnhart 2013).

En clave interpretativa, la Directiva despliega el componente específicamente digital de este nuevo subsistema, al imponer la implantación de sistemas electrónicos de gestión de permisos, la interoperabilidad de las bases de datos nacionales y la publicación en formato abierto de la información sobre licencias y emisiones, por tanto, el mandato de establecer portales electrónicos interoperables antes de 2035, con información accesible, legible por máquina y reutilizable, transforma el dato ambiental digital en núcleo del cumplimiento normativo y de la rendición de cuentas, y sienta las bases de la futura construcción de principios como la transparencia algorítmica, la custodia digital del dato ambiental o la interoperabilidad ecológica (McBride et al. 2022). Sobre esta infraestructura técnica se injertan, además, las garantías Aarhus reforzadas que integran el acceso electrónico a la información, participación pública temprana y trazable en los procedimientos de autorización y revisión, y un acceso a la justicia ambiental ampliado, que permite recurrir decisiones incluso sin participación previa, con recursos "justos, equitativos, oportunos y no excesivamente costosos" (Lukacz 2024).

Por último, la Directiva articula estos vectores materiales, organizativos y digitales en una estructura jurídica coherente, que eleva el estándar de protección ambiental en la Unión y puede interpretarse doctrinalmente como una norma de tercera generación del derecho ambiental europeo (Yang et al. 2024). Procede poner de relieve que la combinación de descarbonización, economía circular, planificación de transformación industrial, sistemas de gestión ambiental obligatorios y digitalización interoperable de la información configura un auténtico subsistema de derecho ambiental digital, en el que el dato ambiental se regula como bien público, la infraestructura electrónica se convierte en condición de eficacia normativa y las garantías de

transparencia, participación y control jurisdiccional se adaptan a los entornos digitales (Turdiev 2025).

3. *Principios propios y tensiones con otros regímenes*

A partir de estas transformaciones, pueden identificarse ya principios específicos de este ámbito emergente, estrechamente vinculados a la centralidad del dato ambiental digital, a la digitalización de los procedimientos de control y a la interoperabilidad de las infraestructuras administrativas en el marco de la Directiva (Tironi y Rivera Lisboa 2023).

En primer lugar, el principio de transparencia algorítmica ambiental amplía la tradicional obligación de acceso a la información, propia de la dimensión Aarhus, hacia los entornos de gobernanza digital e inteligencia de datos (Turdiev 2025). No basta ya con publicar los resultados de las emisiones o las autorizaciones ambientales integradas, sino que se hace necesario dar cuenta de los criterios, modelos y procedimientos automatizados que intervienen en la generación, tratamiento y visualización de la información ambiental (Giest y Grimmelikhuijsen 2020; Högberg 2024). Ello implica que los algoritmos utilizados para la evaluación del cumplimiento, la fijación de condiciones en las autorizaciones, la priorización de inspecciones o la elaboración de informes de seguimiento sean documentados de forma suficiente, de manera que sus lógicas de funcionamiento, fuentes de datos, parámetros de cálculo y márgenes de incertidumbre resulten comprensibles y verificables por autoridades, operadores y público (Giest y Grimmelikhuijsen 2020; Högberg 2024). Así, la transparencia algorítmica ambiental se proyecta, como una garantía frente a riesgos de opacidad, sesgos o usos discriminatorios de tecnologías de tratamiento de datos, reforzando la rendición de cuentas en un contexto de creciente automatización de la gestión ambiental y enlazando directamente con los debates doctrinales sobre gobernanza algorítmica, democracia ambiental en red y justicia ambiental (Ziaja, Sonya; 2021).

En segundo lugar, el principio de custodia digital del dato ambiental se asienta sobre la idea de que la información ambiental digital constituye un bien público regulado, cuyo correcto tratamiento es condición para la efectividad del régimen de emisiones industriales y, en general, del derecho ambiental digital europeo. De hecho, la Directiva no se limita a exigir la informatización de expedientes, sino que configura infraestructuras electrónicas orientadas a garantizar la conservación, trazabilidad y fiabilidad de los datos, mediante herramientas como el sellado temporal, la estandarización de metadatos y el registro de modificaciones (Whittaker 2023). En este marco, la custodia digital implica un deber reforzado de las autoridades competentes de asegurar la integridad probatoria de los registros ambientales, de preservar

la cadena de custodia de la información y de organizar los sistemas administrativos de modo que permitan reconstruir, en cualquier momento, el *iter* de generación, transmisión y uso de los datos (Lajaunie et al. 2019).

Por consiguiente, esta obligación tiene consecuencias directas en la litigación ambiental y climática, en la medida en que el dato digital se convierte en elemento central de prueba y en fundamento de la responsabilidad administrativa y jurisdiccional por incumplimientos ambientales (Berti Suman y Burnette 2024). Al mismo tiempo, la custodia digital del dato ambiental exige que los sistemas faciliten la reutilización y verificación independiente de la información, en coherencia con los ecosistemas de datos abiertos y con los estándares europeos sobre datos reutilizables y legibles por máquina, apuntalando así el potencial emancipador de los datos abiertos, pero también haciendo visibles los riesgos derivados de nuevas desigualdades asociadas a brechas digitales y asimetrías de capacidades técnicas (Finck y Mueller 2023; Fusi et al. 2023).

Por último, el principio de interoperabilidad ecológica responde a la vocación de la Directiva de articular un auténtico espacio europeo de datos ambientales, evitando la fragmentación normativa y técnica entre Estados miembros y entre distintos niveles de gobierno (Schneider et al. 2025). En este marco, la interoperabilidad que se reclama no es meramente informática, sino también jurídica y organizativa, por tanto, exige que los sistemas de información ambiental, los registros de emisiones y las plataformas de autorizaciones electrónicas puedan comunicarse entre sí, compartir datos de manera segura y coherente y aplicar criterios homogéneos de calidad, actualización y acceso (Di Muri et al. 2024).

De esta forma, la Directiva apuesta por portales interoperables, por la estandarización de formatos y metadatos y por la integración de las garantías Aarhus en ecosistemas de información abierta, lo que sitúa a la interoperabilidad ecológica como condición para una gobernanza ambiental industrial verdaderamente integrada, por tanto, este principio busca evitar que la digitalización genere nuevas brechas territoriales o regulatorias, asegurando que la información ambiental digital circule de forma fluida en el conjunto de la Unión y permitiendo que las autorizaciones, controles e informes se inserten en un marco común de datos que refuerce tanto la eficacia de la protección ambiental como la igualdad de acceso a la información y a la justicia (Di Muri et al. 2024).

Esta evolución conecta directamente con los debates doctrinales sobre democracia ambiental en red, justicia ambiental y gobernanza algorítmica, en los que se ha subrayado tanto el potencial emancipador de los datos abiertos como los riesgos de nuevas desigualdades derivadas de brechas digitales y asimetrías de capacidades técnicas (Zeybek 2026). En este marco, el derecho ambiental digital europeo debe ser comprendido como un régimen de

tercera generación que integra principios clásicos del Derecho ambiental (prevención, precaución, integración) (Gorosito 2017) con principios propios del espacio digital, como la transparencia activa reforzada, la auditabilidad de los sistemas de información y la protección frente a usos opacos o discriminatorios de tecnologías de tratamiento de datos. Cabe considerar que la consolidación de esta categoría exigirá, en consecuencia, un desarrollo doctrinal y jurisprudencial adicional, así como su articulación sistemática con el Derecho de protección de datos, el Derecho administrativo digital y el Derecho de la Unión en materia de servicios de datos, de modo que los principios de transparencia algorítmica ambiental, custodia digital del dato e interoperabilidad ecológica encuentren encaje estable en el entramado normativo europeo.

VI. LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA Y LOS RETOS JURÍDICOS DE IMPLEMENTACIÓN

1. *Contexto nacional y obligaciones derivadas del Derecho de la Unión*

La aprobación de la Directiva (UE) 2024/1785 persigue la modernización de la política industrial hacia la neutralidad climática mediante la reducción simultánea de emisiones a la atmósfera, el agua y el suelo, la disminución de la generación de residuos y la mejora en la eficiencia de los recursos. España, en su calidad de Estado miembro, debe transponer esta directiva antes del 1 de julio de 2026, de conformidad con el artículo 4 de la norma europea, lo cual implica la adopción de todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar su aplicación plena, comunicando inmediatamente a la Comisión Europea los textos correspondientes (Boletín Oficial del Estado 2024). En la práctica, este proceso obligará a revisar de forma sustancial la Ley 5/2013 y las autorizaciones ambientales integradas, en el marco del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016, por el que se aprueba la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.

2. *Implicaciones de la Directiva (UE) 2024/1785 sobre la Ley 5/2013*

En concordancia con lo expuesto anteriormente, las principales implicaciones sobre la Ley 5/2013, de 11 de junio, eje normativo que adaptó el ordenamiento jurídico español a la Directiva 2010/75/UE sobre emisiones industriales, hoy integrada en el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de prevención y control integrados de la contaminación (Boletín Oficial del Estado 2013), presenta un doble alcance, material y procedimental, que transformará tanto el contenido de las autorizaciones

ambientales integradas (AAI) como el régimen de derechos y obligaciones de los operadores y del público. En el plano material, la Ley 5/2013 deberá incorporar modificaciones sustanciales en los preceptos relativos al contenido de la solicitud y resolución de la AAI, ampliación de los valores límite de emisión, la inclusión obligatoria de sistemas de gestión ambiental y la regulación más estricta de las sustancias químicas peligrosas (European Union 2006).

En los términos previstos en la Directiva, se deberá regular la implantación de los Sistemas de Gestión Ambiental (SGA) para asegurar el control eficiente del consumo de energía, agua y materias primas, así como la trazabilidad de los residuos generados. Esto supone un cambio profundo frente al régimen anterior, en el que la Ley 5/2013 dejaba en manos del operador la implementación voluntaria de estos sistemas. A su vez, las autorizaciones deberán incorporar un plan de transformación industrial orientado al horizonte 2050, en el que las empresas deberán justificar cómo adaptarán su actividad a una economía circular y climáticamente neutra.

Conviene precisar que el contenido material de las AAI deberá ser más detallado, esto quiere decir que los nuevos artículos deberán especificar las cantidades de agua y energía utilizadas, la capacidad de reutilización y reciclaje dentro del proceso productivo y la compatibilidad de los vertidos con las infraestructuras de saneamiento receptoras, por tanto, este nivel de precisión se alinea con el principio de "mejor rendimiento ambiental posible", conforme al cual la autoridad competente deberá fijar los valores límite de emisión más estrictos del rango asociado a las mejores técnicas disponibles (MTD), salvo justificación técnica razonada (Silva Hernández 2025).

En el plano procedimental, la transposición exigirá una reconfiguración de los derechos públicos ambientales y de la arquitectura procesal de las AAI, con lo cual se deberá incorporar el reconocimiento del derecho de las personas afectadas a obtener compensación por daños a la salud derivados de la contaminación ilegal o de una aplicación deficiente de las autorizaciones, ampliando la legitimación activa en la vía contencioso-administrativa y fortaleciendo los principios de acceso a la justicia e igualdad procesal consagrados por el Convenio de Aarhus.

3. *Propuesta legislativa de adaptación de la Ley 5/2013 a la Directiva (UE) 2024/1785*

Vistas las implicaciones de la Directiva (UE) 2024/1785 sobre la Ley 5/2013, este epígrafe formula una propuesta legislativa de adaptación que pretende ir más allá de una mera transposición literal de obligaciones. Se parte del diagnóstico de las principales insuficiencias del régimen vigente de autorizaciones ambientales integradas, especialmente en materia de

digitalización de expedientes, integración de la información y garantías de participación, y de las exigencias específicas que la nueva Directiva introduce en relación con los planes de transformación industrial, los sistemas de gestión ambiental y el acceso a la justicia. Sobre esta base, se propone la modificación selectiva de los artículos 2, 7 y 12, junto con la incorporación de nuevos preceptos 14 bis y 79 bis, orientados a reforzar la prevención, la transparencia y la tutela efectiva de los derechos ambientales en el contexto de una gobernanza digitalizada.

En este marco, con esta propuesta se pretende reforzar la aplicación de los principios de prevención, integración y mejora continua del desempeño ambiental, garantizando la convergencia con los objetivos europeos de neutralidad climática y economía circular a 2050. Así, este plan afecta a un conjunto limitado pero estratégico de artículos, a fin de garantizar su plena adaptación a las nuevas obligaciones derivadas de la Directiva. Las modificaciones se justifican por la necesidad de ampliar el ámbito sectorial, reforzar la exigencia técnica de las autorizaciones ambientales integradas (AAI), asegurar la implantación de sistemas de gestión ambiental obligatorios y garantizar una mayor transparencia y participación pública (Díaz-Cruces 2025).

En la actualidad, el artículo 2 de la Ley 5/2013 delimita el ámbito de aplicación de la normativa española sobre emisiones industriales reproduciendo, en esencia, la arquitectura sectorial de la Directiva 2010/75/UE, al remitirse a las categorías de instalaciones previstas en sus anexos y a las actividades ya tradicionalmente sujetas a autorización ambiental integrada. Esta configuración ha permitido una transposición formalmente correcta del marco europeo anterior, pero mantiene una dirección centrada en sectores industriales clásicos (grandes instalaciones de combustión, refino, químicas de base, gestión de residuos, cría intensiva de determinadas especies ganaderas) que no refleja plenamente la ampliación material introducida por la Directiva (UE) 2024/1785, especialmente en lo que respecta a actividades vinculadas a la transición energética y a la economía circular (Boletín Oficial del Estado 2010, 2024).

Desde la perspectiva de su aplicación práctica, esta delimitación ha generado una doble tensión interpretativa y operativa. Por un lado, las comunidades autónomas han debido integrar progresivamente nuevas actividades intensivas en emisiones o en consumo de recursos, como determinadas instalaciones de almacenamiento de energía, fabricación de componentes para tecnologías bajas en carbono o explotaciones extractivas de recursos críticos, mediante instrumentos heterogéneos (autorizaciones distintas de la AAI, licencias sectoriales específicas, condiciones ambientales adicionales), con el consiguiente riesgo de fragmentación del régimen jurídico y de desigualdad territorial en el nivel de protección ambiental (Anapyanova y Jendrośka 2021). Por otro lado, la concentración del artículo 2 en categorías

tradicionales ha dificultado una anticipación normativa coherente de los impactos ambientales asociados a cadenas de valor emergentes, lo que se traduce en incertidumbre para los operadores y en una menor capacidad de las autoridades para aplicar de forma sistemática las mejores técnicas disponibles en estos nuevos sectores (Calvo et al. 2021).

A la luz de estas insuficiencias, y con el fin de asegurar una adaptación sustantiva a la Directiva (UE) 2024/1785, se propone la reformulación del artículo 2 de la Ley 5/2013 en un doble sentido. En primer lugar, debería ampliarse expresamente el ámbito de aplicación para incluir las instalaciones industriales y agroindustriales que la nueva directiva incorpora al régimen de emisiones industriales, en particular aquellas relacionadas con la fabricación de baterías, la producción de hidrógeno mediante electrólisis, la minería y tratamiento de materias primas críticas y los nuevos umbrales de cría intensiva de ganado, evitando remisiones genéricas y garantizando una correspondencia clara con las actividades enumeradas en los anexos de la norma europea. En segundo lugar, se propone la incorporación de una cláusula de flexibilidad que permita someter a autorización ambiental integrada, mediante desarrollo reglamentario, otras actividades que, aun no estando expresamente listadas, presenten un potencial significativo de contaminación o de consumo intensivo de recursos, de acuerdo con los criterios materiales establecidos por la Directiva (UE) 2024/1785. De este modo, el artículo 2 dejaría de ser una mera transposición estática del listado europeo para convertirse en una verdadera puerta de entrada de la economía baja en carbono y circular al régimen integrado de prevención y control, fortaleciendo la coherencia entre el derecho interno y los objetivos de neutralidad climática y de protección ambiental de la Unión.

En esta misma línea, en el régimen vigente, el artículo 7 de la Ley 5/2013 se limita a establecer que los valores límite de emisión de las instalaciones sujetas a autorización ambiental integrada deben fijarse tomando como referencia las conclusiones sobre Mejores Técnicas Disponibles (MTD), sin imponer de forma expresa la obligación de situarlos en el extremo más estricto del rango asociado a dichas técnicas. Esta formulación ha permitido a las autoridades competentes un margen apreciable de discrecionalidad a la hora de concretar los valores límite en las autorizaciones, lo que en la práctica se ha traducido en diferencias notables entre comunidades autónomas y sectores, así como en la persistencia de situaciones en las que los valores aplicados se aproximan más al mínimo de exigencia que al mejor rendimiento ambiental posible (Boletín Oficial del Estado 2013).

De conformidad con la experiencia administrativa y los estudios disponibles sobre la aplicación del régimen de emisiones industriales se han puesto de manifiesto estas divergencias en la práctica, tanto en la intensidad de los valores límite como en el uso de justificaciones técnicas para flexibilizar las

exigencias derivadas de las MTD. En algunos casos, las autoridades han optado por fijar valores menos estrictos dentro del rango MTD para evitar costes adicionales a corto plazo o por falta de información detallada sobre el desempeño real de las instalaciones, generando una competencia regulatoria a la baja y una percepción de desigualdad entre operadores sometidos a condiciones distintas en función del territorio (Calvo et al. 2021; Laforest 2014; Dellise et al. 2020). Esta situación compromete la coherencia del sistema, dificulta el control efectivo de la contaminación y se aleja de los objetivos de homogeneidad y alto nivel de protección ambiental.

La Directiva (UE) 2024/1785 introduce un cambio cualitativo al exigir que los valores límite de emisión se ajusten, con carácter general, al extremo más riguroso del rango establecido por las MTD, permitiendo apartarse de ese nivel únicamente cuando exista una justificación técnica debidamente motivada que acredite la imposibilidad de alcanzarlo sin costes desproporcionados o sin riesgos añadidos para la seguridad de la instalación. Este nuevo estándar desplaza el centro de gravedad desde una remisión genérica a las MTD hacia una obligación positiva de maximizar el rendimiento ambiental, reduciendo la variabilidad injustificada entre autorizaciones y Estados miembros y alineando la práctica administrativa con los objetivos de descarbonización, economía circular y protección reforzada de la salud y el medio ambiente (Karavanas et al. 2009).

En consecuencia, resulta aconsejable reescribir el artículo 7 de la Ley 5/2013 para que establezca expresamente que las autoridades competentes deberán fijar, en las autorizaciones ambientales integradas, valores límite de emisión situados, como regla general, en el extremo más exigente del rango asociado a las MTD aplicables a cada actividad. Solo podrá fijarse un valor menos estricto cuando la administración motive de manera detallada, mediante informes técnicos independientes y datos verificables sobre la instalación concreta, que la aplicación del extremo más riguroso resultaría técnica o económicamente inviable, o generaría impactos negativos relevantes que no puedan evitarse por otros medios, garantizando en todo caso que no se produzcan efectos significativos sobre la salud humana ni el medio ambiente. Esta nueva redacción permitiría trasladar fielmente al derecho interno el mandato de la Directiva (UE) 2024/1785, limitar la discrecionalidad injustificada, reforzar la seguridad jurídica de los operadores y asegurar que el principio de mejor rendimiento ambiental posible se convierta en criterio operativo central en la fijación de los valores límite de emisión (Silva Hernández 2025; Gorosito 2017; Díaz-Cruces et al. 2025).

En el marco vigente, el artículo 12 de la Ley 5/2013 regula el contenido de la solicitud de autorización ambiental integrada, exigiendo que el titular aporte una descripción técnica de la instalación, información sobre las materias primas empleadas, las fuentes y tipos de emisiones, así como las medidas

previstas para su prevención y control. No obstante, esta regulación responde todavía a una lógica predominantemente documental y analógica, que genera importantes limitaciones para el seguimiento y la evaluación del desempeño ambiental de las instalaciones a lo largo del ciclo de vida de la autorización. Por un lado, la heterogeneidad en la forma de presentar la información dificulta la comparación entre instalaciones y la explotación sistemática de los datos por parte de las autoridades, que deben invertir recursos adicionales en la validación, normalización y carga manual de la documentación (Martínez-Orozco et al. 2016; Rodriguez 1999). Por otro lado, la ausencia de una exigencia clara de datos estructurados y trazables ha dado lugar a expedientes en los que resulta complejo reconstruir, en tiempo real, el vínculo entre las condiciones de la autorización, las MTD aplicables y los resultados de la monitorización ambiental, lo que merma la eficacia del control y complica la participación informada del público (Martínez-Orozco et al. 2016; Rodriguez 1999). En consecuencia, procede su reformulación para incorporar exigencias de digitalización, trazabilidad e interoperabilidad, para sustituir expedientes en soporte papel o en formatos electrónicos poco estructurados.

Se aprecia que la Directiva (UE) 2024/1785 refuerza la necesidad de disponer de información ambiental en formato digital, legible por máquina e interoperable, vinculando la gestión de permisos con la monitorización continua de emisiones, los sistemas de gestión ambiental y los planes de transformación industrial. A partir de este nuevo marco, el contenido de la solicitud de autorización no puede limitarse a una descripción estática de la instalación, sino que debe convertirse en el punto de partida de un flujo de datos estructurados que alimente los registros estatales y autonómicos, facilite la trazabilidad de las decisiones administrativas y permita evaluar, de manera verificable, la contribución de cada instalación a los objetivos de descarbonización y economía circular (Northmore y Hudson 2022).

Por lo anterior, se propone replantear el artículo 12 de la Ley 5/2013 para que la solicitud de autorización ambiental integrada incluya, además de la descripción técnica de las instalaciones y procesos, los siguientes elementos mínimos: a) un inventario digitalizado y actualizado de las materias primas, fuentes de energía y consumos de agua, expresados mediante indicadores normalizados que permitan su incorporación directa a los sistemas de información ambiental; b) la justificación del cumplimiento de las MTD aplicables, acompañada de indicadores cuantitativos de rendimiento ambiental (valores de emisión previstos, eficiencia energética, tasas de reutilización y reciclaje de recursos), de modo que la autoridad pueda verificar la correspondencia entre las condiciones propuestas y el extremo más exigente del rango MTD; c) un plan de sustitución progresiva de sustancias químicas peligrosas, elaborado conforme al Reglamento REACH (European Union 2006), que identifique calendarios, alternativas y medidas de gestión de riesgos; d) la

declaración de interoperabilidad con el Registro Estatal y autonómico de Emisiones y Fuentes Contaminantes, especificando los formatos y protocolos de transmisión de datos que utilizará la instalación; y e) un plan de transformación hacia la neutralidad climática y la economía circular con horizonte 2050, en el que se detallen hitos intermedios, inversiones previstas y actuaciones de mejora continua vinculadas al sistema de gestión ambiental.

Con esta reformulación, el artículo 12 se convertiría en la pieza central de un modelo de autorización basado en datos, en el que la digitalización, la trazabilidad y la verificabilidad del desempeño ambiental se integran desde el inicio del procedimiento. En virtud de ello, se facilitaría el control administrativo en tiempo casi real, reforzaría la transparencia hacia el público y permitiría que las autoridades evaluasen de forma coherente la contribución de cada instalación a los objetivos de la Directiva (UE) 2024/1785, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado y homogéneo de protección del medio ambiente en todo el territorio.

Con vocación de uniformidad y coherencia regulatoria, se plantea la inclusión de un nuevo artículo 14 bis para establecer la implantación obligatoria de un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) en todas las instalaciones sometidas a la Ley, tomando como base el Reglamento EMAS o esquemas equivalentes (Díaz-Cruces 2025). En este marco, el SGA deberá contemplar auditorías ambientales internas anuales, programas de eficiencia en recursos energéticos e hídricos, mecanismos de trazabilidad de residuos y sustancias peligrosas, y la publicación anual de un informe de desempeño ambiental verificado por entidad acreditada. Asimismo, la autoridad ambiental competente será responsable de supervisar la correcta implantación y funcionamiento del sistema, con capacidad para revocar o suspender la autorización ante incumplimientos graves. A través de esta obligación se transforma el marco voluntario actual, hacia uno de cumplimiento obligatorio y verificable, alineándose con las exigencias europeas y estableciendo al SGA como herramienta imprescindible para la mejora continua y la adaptación progresiva a los retos de sostenibilidad y descarbonización (Díaz-Cruces 2025).

Finalmente, se presenta la incorporación de un nuevo artículo 79 bis, destinado a reconocer de forma expresa el derecho de las personas físicas o jurídicas afectadas por contaminación ilegal a obtener la reparación íntegra de los daños a la salud, a los bienes y al medio ambiente. Con este precepto se pretende trasladar al ordenamiento interno la orientación de la Directiva (UE) 2024/1785 en materia de acceso a la justicia e indemnización, en convergencia con los principios del Convenio de Aarhus y con el régimen de la Ley 27/2006 y de la normativa de responsabilidad medioambiental (Boletín Oficial del Estado 2014). El nuevo precepto no solo amplía la legitimación activa a las organizaciones ambientales que cumplan los requisitos legales, sino que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar que los

procedimientos sean justos, equitativos, oportunos y no excesivamente costosos, evitando que las cargas económicas y probatorias se conviertan en un obstáculo insuperable para la tutela judicial efectiva. Además, el 79 bis ancla explícitamente la prueba del daño y de la causalidad en los registros y sistemas electrónicos de información ambiental previstos en la Ley, de modo que los datos digitales sobre emisiones, vertidos, inspecciones y cumplimiento de las condiciones de la autorización ambiental integrada adquieran plena relevancia probatoria en sede contencioso-administrativa (Akerboom y Craig 2022). De este modo, la regulación propuesta refuerza la dimensión de justicia ambiental del sistema, cierra la brecha entre infracción administrativa y reparación de los daños y consolida el vínculo entre derecho ambiental digital y protección efectiva de los derechos de las personas y comunidades afectadas.

A la luz de lo expuesto, la modificación de los artículos 2, 7 y 12, junto con la introducción de los nuevos artículos 14 bis y 79 bis, no se limita a cumplir formalmente las exigencias de la Directiva (UE) 2024/1785, sino que persigue una actualización estructural del régimen español de autorizaciones ambientales integradas. El refuerzo del ámbito de aplicación, la alineación estricta con las mejores técnicas disponibles, la obligatoriedad de los sistemas de gestión ambiental y el reconocimiento expreso del derecho a la reparación de daños configuran un modelo más exigente en términos de prevención y de responsabilidad. Al mismo tiempo, la centralidad atribuida a los sistemas electrónicos de información y a la trazabilidad digital de los permisos y de los datos de emisiones impulsa una gobernanza ambiental de corte digital, preventiva y participativa, en la que la transparencia activa y el acceso a la justicia dejan de ser elementos accesorios para convertirse en pilares del propio diseño normativo. Este paquete de reformas permitiría, en consecuencia, que la Ley 5/2013 se sitúe en sintonía con los estándares del Pacto Verde Europeo y con la evolución hacia un derecho ambiental digital europeo orientado a resultados verificables y a la protección efectiva de los derechos de las personas y comunidades afectadas.

VII. VALORACIÓN DOCTRINAL Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Desde el punto de vista del Derecho Público, la Directiva (UE) 2024/1785 representa la consolidación de un régimen de tercera generación en el Derecho ambiental industrial europeo, en el que la lógica clásica de autorización y control se ve sustituida por una gobernanza orientada a resultados ambientales verificables, descarbonización y economía circular. Por tal motivo, las obligaciones de planes de transformación industrial, de implantación de sistemas de gestión ambiental y de evaluación periódica de riesgos revelan un desplazamiento del foco normativo, es decir, ya no se trata solo de limitar

emisiones, sino de reconfigurar los modelos productivos a largo plazo bajo parámetros de sostenibilidad exigible jurídicamente.

En este marco, la dimensión Aarhus de la Directiva adquiere un papel estructural y no meramente complementario. Ha de entenderse que la ampliación del acceso a la información, la participación en fases tempranas de los procedimientos de autorización y revisión, y el reconocimiento reforzado del derecho de acceso a la justicia, incluida la reparación de daños a la salud y al medio ambiente, integran la justicia ambiental en el funcionamiento ordinario del régimen de autorizaciones ambientales integradas. Esta evolución aproxima el sistema europeo a las posiciones doctrinales que conciben la democracia y la justicia ambientales como elementos constitutivos, y no accesorios, de la legitimidad del Derecho ambiental contemporáneo.

Al mismo tiempo, la Directiva 2024/1785 puede interpretarse como un auténtico laboratorio normativo de un emergente derecho ambiental digital europeo, en el que la producción, gestión y circulación de datos ambientales dejan de ser instrumentos técnicos para convertirse en objeto directo de regulación y garantía de derechos. Cabe interpretar que la obligación de digitalizar permisos, monitorizar emisiones en tiempo casi real y ofrecer información en formatos abiertos y reutilizables, configura al dato ambiental como bien público regulado, con funciones simultáneas de planificación, control administrativo y prueba en sede judicial. Este giro conecta con la literatura que analiza el impacto de la digitalización en la transparencia, la rendición de cuentas y la prevención de nuevas formas de desigualdad en el acceso a la justicia ambiental.

En la medida en que la Directiva 2024/1785 positiviza obligaciones de gestión electrónica de permisos, de interoperabilidad de bases de datos y de transparencia activa en tiempo casi real, el emergente derecho ambiental digital europeo deja de ser una simple etiqueta descriptiva para adquirir densidad como categoría jurídica. La lectura sistemática de los artículos 24, 25 y 67 (Boletín Oficial del Estado 2024), en conexión con las disposiciones relativas a la participación pública y al acceso a la justicia, permite sostener que el legislador de la Unión Europea ha configurado un marco normativo reforzado en materia de información ambiental digital, orientado a garantizar la transparencia, la accesibilidad y la trazabilidad de los datos, con incidencia directa en el régimen de las autorizaciones ambientales integradas, en la organización administrativa competente y en el control jurisdiccional de su aplicación. De este modo, las innovaciones de la Directiva no solo modernizan el control industrial, sino que contribuyen a consolidar el derecho ambiental digital europeo como subsistema del Derecho ambiental de tercera generación, en el que la digitalización se convierte en un elemento constitutivo del propio régimen jurídico de protección del medio ambiente.

Pese a ello, la articulación de este derecho ambiental digital plantea retos significativos, esto quiere decir que la integración de datos ambientales con información sobre salud, localización de comunidades afectadas o indicadores de vulnerabilidad socioeconómica exige conciliar el principio de máxima publicidad ambiental con las garantías de protección de datos personales y de no estigmatización de determinados territorios o colectivos. Asimismo, el despliegue de algoritmos y sistemas automatizados de vigilancia de emisiones requiere someter su diseño y funcionamiento a criterios de transparencia y ausencia de sesgos, de modo que la priorización de inspecciones o la generación de alertas no queden entregadas a lógicas opacas o discriminatorias (Olawade et al. 2024; Kaminski y Malgieri 2021; Lu, Sylvia; 2022; Luccioni et al. 2025; Swedish School of Library and Information Science, University of Borås, Sweden et al. 2022).

En el plano interno, la propuesta de adaptación de la Ley 5/2013 mediante la modificación de los artículos 2, 7 y 12 y la introducción de los nuevos artículos 14 bis y 79 bis sitúa al ordenamiento español en una posición privilegiada para aprovechar el potencial transformador de la Directiva. De ahí que la ampliación del ámbito de aplicación a sectores emergentes, la exigencia de alineación estricta con las mejores técnicas disponibles, la obligatoriedad de los sistemas de gestión ambiental y el reconocimiento del derecho a la reparación de daños contribuya a reforzar la eficacia preventiva del sistema y su dimensión garantista. Al mismo tiempo, la centralidad conferida a los sistemas electrónicos de información y a la trazabilidad digital de permisos y datos de emisiones permite anclar la transición ecológica en una arquitectura jurídica coherente con el derecho ambiental digital europeo, en la que protección del medio ambiente, derechos Aarhus e infraestructuras digitales aparecen indisolublemente entrelazados.

VIII. CONCLUSIONES

La Directiva (UE) 2024/1785 consolida un modelo de regulación industrial de tercera generación, basado en resultados ambientales verificables y en la integración de la descarbonización, la economía circular y la eficiencia en el uso de recursos como ejes del control de las emisiones industriales. Desde la óptica jurídica, este marco refuerza la coherencia entre política industrial y protección del medio ambiente, elevando el nivel de exigencia tanto para los operadores como para las administraciones públicas.

En coherencia con el régimen jurídico aplicable, la dimensión Aarhus de la Directiva configura la transparencia, la información ambiental en formato digital reutilizable y la participación electrónica temprana como condiciones estructurales de la legitimidad del régimen de autorizaciones ambientales integradas. Ello implica que se amplía el acceso a la información y a la

justicia, e introduce la posibilidad de reclamar la reparación de daños a la salud y al medio ambiente, esto quiere decir que se refuerza el carácter garantista del sistema y se consolidan los derechos de las personas y comunidades afectadas.

Desde la óptica interna, la reforma selectiva de los artículos 2, 7 y 12, junto con la propuesta de nuevos preceptos 14 bis y 79 bis, permite avanzar hacia un modelo de gobernanza ambiental preventiva, digital y participativa, alineado con el Pacto Verde Europeo y con el Convenio de Aarhus. En tal sentido, la transposición que deberá completarse, a más tardar, el 1 de julio de 2026 ofrece una oportunidad para situar el ordenamiento español en una posición sólida ante los retos jurídicos y ambientales de la transición ecológica.

Del análisis realizado se desprende la formulación de una definición y una primera sistematización dogmática del derecho ambiental digital europeo como categoría jurídica emergente. A partir de la interpretación de la Directiva 2024/1785, se muestra que es posible identificar un subsistema normativo centrado en el dato ambiental digital como bien público regulado, en las infraestructuras electrónicas de gestión y supervisión ambiental y en la proyección en red de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental. Cabe afirmar que la propuesta aquí defendida no agota las posibilidades de desarrollo de esta categoría, pero ofrece un marco conceptual inicial para futuros estudios doctrinales y jurisprudenciales sobre su articulación con la protección de datos personales, la regulación de los servicios de datos y la gobernanza algorítmica en el ámbito ambiental, así como para el diseño de reformas legislativas que, como la adaptación de la Ley 5/2013, deberán operar cada vez más en clave de derecho ambiental digital.

IX. REFERENCIAS

Akerboom, Sanne, y Robin Kundis Craig. 2022. «How Law Structures Public Participation in Environmental Decision Making: A Comparative Law Approach». *Environmental Policy and Governance* 32 (3): 232-46. https://doi.org/10.1002/eet.1986.

Ala-Lahti, Tellervo. 2024. «The Awkward Relations between EU Innovation Policies and Environmental Law». *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 33 (3): 438-51. https://doi.org/10.1111/reel.12567.

Anapyanova, Alina, y Jerzy Jendrośka. 2021. «Conference Report: "Revision of the Industrial Emissions Directive: In Search of Consistency with Climate, Energy and Circular Economy Policies?"». *Elni Review*, 35-40. https://doi.org/10.46850/elni.2021.005.

Berti Suman, Anna, y Amelia Burnette. 2024. «A Place for People's Knowledge in Climate Evidence: Exploring Civic Evidence in Climate Litigation». *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 33 (3): 383-96. https://doi.org/10.1111/reel.12552.

Boletín Oficial del Estado. 1983. «Directiva del Consejo, de 24 de enero de 1983, por la que se modifica la Directiva 78/176/CEE relativa a los residuos procedentes de la industria del dióxido de titanio.» enero 24. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1983-80024.

Boletín Oficial del Estado. 1992. «Directiva 92/112/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1992, por la que se fija el régimen de armonización de los programas de reducción, con vistas a la supresión, de la contaminación producida por los residuos de la industria del dióxido de titanio.» diciembre 15. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-82274.

Boletín Oficial del Estado. 1996. «Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.» septiembre 24. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1996-81690.

Boletín Oficial del Estado. 1999. «Directiva 1999/13/CE del Consejo, de 11 de marzo de 1999, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones.» marzo 11. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-80534.

Boletín Oficial del Estado. 2000. «Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos.» diciembre 28. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82556.

Boletín Oficial del Estado. 2006. «Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).» https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13010.

Boletín Oficial del Estado. 2008. «Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (Versión codificada).» enero 29. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-80074.

Boletín Oficial del Estado. 2010. «Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación)». noviembre 24. https://www.boe.es/doue/2010/334/L00017-00119.pdf.

Boletín Oficial del Estado. 2013. «Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.» junio 12. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-6270.

Boletín Oficial del Estado. 2014. «Law 11/2014, of July 3, amending Law 26/2007, of October 23, on Environmental Liability.» https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-7009.

Boletín Oficial del Estado. 2024. «Directiva (UE) 2024/1785 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, por la que se modifican la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación) y la Directiva 1999/31/CE del Consejo relativa al vertido de residuos.» julio 15. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81092.

Calvo, Víctor Luis Vázquez, Germán Giner-Santonja, Bernabé Alonso-Fariñas, y José Morillo Aguado. 2021. «The Effect of the European Industrial Emissions

Directive on the Air Emission Limit Values Set by Competent Authorities in the Permitting Procedure: The Case of the Spanish Cement Industry». *Science of The Total Environment* 773 (junio): 145491. https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2021.145491.

CEOE Empresas Españolas. 2024. «Informe sobre la Directiva (UE) 2024/1785 por la que se modifica la Directiva 2010/75/UE sobre Emisiones Industriales (DEI)». https://www.ceoe.es/sites/ceoe-corporativo/files/content/file/2024/09/02/110/informe_directiva_2024_1785_emisiones_industriales_2024_07_1.pdf.

Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. 1999. «Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales». https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43s.pdf.

Creutzfeldt, Naomi, Arabella Kyprianides, y Ben Bradford. 2024. *Access to Justice, Digitalization and Vulnerability: Exploring Trust in Justice*. 1.ª ed. Policy Press. https://doi.org/10.1332/policypress/9781529229523.001.0001.

Dellise, Marie, Jonathan Villot, Rodolphe Gaucher, Anne Amardeil, y Valérie Laforest. 2020. «Challenges in Assessing Best Available Techniques (BATs) Compliance in the Absence of Industrial Sectoral Reference». *Journal of Cleaner Production* 263 (agosto): 121474. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2020.121474.

Di Muri, Cristina, Martina Pulieri, Davide Raho, et al. 2024. «Assessing Semantic Interoperability in Environmental Sciences: Variety of Approaches and Semantic Artefacts». *Scientific Data* 11 (1): 1055. https://doi.org/10.1038/s41597-024-03669-3.

Díaz-Cruces, Eliana. 2025. «El Reglamento EMAS (Eco-Management and Audit Scheme) como instrumento preceptivo en la transición sostenible de España». *European Public & Social Innovation Review* 11 (septiembre): 1-23. https://doi.org/10.31637/epsir-2026-2127.

Díaz-Cruces, Eliana, Mercedes Navarro Cejas, Ezequiel Zamora-Ledezma, y Simone Belli. 2025. «Spain and the climate transition: legislative advances and institutional challenges within the framework of public law». *Estudios de Deusto* 73 (2): 103-37. https://doi.org/10.18543/ed.3445.

Dixit, Dr. Rajat, Dr. Govind Prasad Goyal, Dr. Archana Singh, et al. 2025. «Green Governance 4.0: Leveraging Law, Management, And Digital Technologies For Environmental Sustainability». *International Journal of Environmental Sciences*, octubre 7, 4835-41. https://doi.org/10.64252/c0vpf019.

Ducuing, Charlotte. 2024. «Data Governance for the Ecological Transition: An Infrastructure Perspective». *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 33 (3): 412-23. https://doi.org/10.1111/reel.12547.

Earnhart, Dietrich. 2013. «Effect of Systems to Manage Environmental Aspects on Environmental Performance». *Sustainability* 5 (6): 2557-88. https://doi.org/10.3390/su5062557.

Epstein, Aude-Solveig. 2025. «EU Environmental Law in the Digital Age: A Critical Outlook on the Twin Transition's Legal Structure». *European Journal of Risk Regulation*, julio 28, 1-17. https://doi.org/10.1017/err.2025.10029

European Commission. 2019. «The European Green Deal». diciembre 11. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF.

European Commission. 2021. «EU Action Plan: "Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil"». mayo 12. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0400.

European Commission. 2022. «European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade». https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-digital-rights-and-principles

European Union. 2006. «Reglamento (CE) n o 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos, se modifica la Directiva 1999/45/CE y se derogan el Reglamento (CEE) n o 793/93 del Consejo y el Reglamento (CE) n o 1488/94 de la Comisión así como la Directiva 76/769/CEE del Consejo y las Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE y 2000/21/CE de la Comisión». diciembre 18. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1907.

Finck, Michèle, y Marie-Sophie Mueller. 2023. «Access to Data for Environmental Purposes: Setting the Scene and Evaluating Recent Changes in EU Data Law». *Journal of Environmental Law* 35 (1): 109-31. https://doi.org/10.1093/jel/eqad006.

Fromont, Louise, y Arnaud Van Waeyenberge. 2025. «The European Semester as a Governance Mechanism for Rule of Law Risks in the EU». *European Journal of Risk Regulation* 16 (3): 872-81. https://doi.org/10.1017/err.2025.29.

Fusi, Federica, Fengxiu Zhang, y Jiaqi Liang. 2023. «Unveiling Environmental Justice through Open Government Data: Work in Progress for Most US States». *Public Administration* 101 (3): 1088-114. https://doi.org/10.1111/padm.12847.

Garske, Beatrice, Wilmont Holz, y Felix Ekardt. 2024. «Digital twins in sustainable transition: exploring the role of EU data governance». *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 9 (marzo): 1303024. https://doi.org/10.3389/frma.2024.1303024.

Giest, Sarah, y Stephan Grimmelikhuijsen. 2020. «Introduction to special issue algorithmic transparency in government: Towards a multi-level perspective». *Information Polity* 25 (4): 409-17. https://doi.org/10.3233/IP-200010.

Gorosito, Ricardo. 2017. «Los principios del Derecho ambiental». *Revista de Derecho*, n.º 16 (noviembre). https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471.

Högberg, Charlotte. 2024. «Stabilizing Translucencies: Governing AI Transparency by Standardization». *Big Data & Society* 11 (1): 20539517241234298. https://doi.org/10.1177/20539517241234298.

Hung, Bui Quang, Nguyen Thi Hong Nham, y Le Thanh Ha. 2023. «The Importance of Digitalization in Powering Environmental Innovation Performance of European Countries». *Journal of Innovation & Knowledge* 8 (1): 100284. https://doi.org/10.1016/j.jik.2022.100284.

Kaminski, Margot E., y Gianclaudio Malgieri. 2021. «Algorithmic Impact Assessments under the GDPR: Producing Multi-Layered Explanations». *International Data Privacy Law* 11 (2): 125-44. https://doi.org/10.1093/idpl/ipaa020.

Karavanas, A., A. Chaloulakou, y N. Spyrellis. 2009. «Evaluation of the Implementation of Best Available Techniques in IPPC Context: An Environmental Perfor-

mance Indicators Approach». *Journal of Cleaner Production* 17 (4): 480-86. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2008.08.016.

Kloppenburg, Sanneke, Aarti Gupta, Sake R. L. Kruk, et al. 2022. «Scrutinizing Environmental Governance in a Digital Age: New Ways of Seeing, Participating, and Intervening». *One Earth* 5 (3): 232-41. https://doi.org/10.1016/j.oneear.2022.02.004.

Kulovesi, Kati, Sebastian Oberthür, Harro Van Asselt, y Annalisa Savaresi. 2024. «The European Climate Law: Strengthening EU Procedural Climate Governance?» *Journal of Environmental Law* 36 (1): 23-42. https://doi.org/10.1093/jel/eqad034.

Laforest, Valérie. 2014. «Assessment of Emerging and Innovative Techniques Considering Best Available Technique Performances». *Resources, Conservation and Recycling* 92 (noviembre): 11-24. https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2014.08.009.

Lajaunie, Claire, Burkhard Schafer, y Pierre Mazzega. 2019. «Big Data Enters Environmental Law». *Transnational Environmental Law* 8 (3): 523-45. https://doi.org/10.1017/S2047102519000335.

Le Goff, Thomas. 2026. «Environmental Law's Principles Applied to Artificial Intelligence: A Path towards Regulation». *International Review of Law, Computers & Technology* 40 (1): 74-97. https://doi.org/10.1080/13600869.2025.2506166.

Lu, Sylvia; 2022. *Data Privacy, Human Rights, and Algorithmic Opacity*. https://doi.org/10.15779/Z38804XM07.

Luccioni, Sasha, Boris Gamazaychikov, Theo Alves da Costa, y Emma Strubell. 2025. «Misinformation by Omission: The Need for More Environmental Transparency in AI». arXiv:2506.15572. Preprint, arXiv, junio 18. https://doi.org/10.48550/arXiv.2506.15572.

Lukacz, Przemyslaw Matt. 2024. «Imaginaries of Democratization and the Value of Open Environmental Data: Analysis of Microsoft's Planetary Computer». *Big Data & Society* 11 (2): 20539517241242448. https://doi.org/10.1177/20539517241242448.

Martínez-Orozco, Juan M., Begoña González-Calderón, y Iñigo Sobrini. 2016. «Reviewing the EIA Process in Spain: Streamlining and Beyond». *UVP-Report* (DE), n.º 30 (2): 88-92. https://doi.org/10.17442/uvp-report.030.16.

Massoud, May A., Rabih Fayad, Rabih Kamleh, y Mutasem El-Fadel. 2010. «Environmental Management System (ISO 14001) Certification in Developing Countries: Challenges and Implementation Strategies». *Environmental Science & Technology* 44 (6): 1884-87. https://doi.org/10.1021/es902714u.

Mathiesen, Anders S. 2003. «Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in EC Environmental Law: The Case of Certain Plans and Programmes». *European Energy and Environmental Law Review* 12 (Issue 2): 36-52. https://doi.org/10.54648/EELR2003006.

McBride, Keegan, Sujani Kamalanathan, Sandhra-Mirella Valdma, Taavi Toomere, y Margus Freudenthal. 2022. «Digital Government Interoperability and Data Exchange Platforms: Insights from a Twenty Country Comparative Study». *Proceedings of the 15th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, octubre 4, 90-97. https://doi.org/10.1145/3560107.3560123.

McVeigh, Joanne. 2025. «Operationalising Article 13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities the role of assistive technology in ensuring access to justice». *Frontiers in Rehabilitation Sciences* 6 (octubre): 1650487. https://doi.org/10.3389/fresc.2025.1650487.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. 2025. «Jornada sobre la Directiva de Emisiones Industriales 2.0: RETOS Y OPORTUNIDADES». junio 12. https://accioclimatica.bibliotecadigital.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.14343/766/2025_Transposic_D2024_1785_Ministerio.pdf?sequence=6&isAllowed=y.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITERD). 2025. «Informe de Cumplimiento presentado por España». https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/servicios/participacion-publica/anexos/informe-de-cumplimiento-presentado-por-espa%C3%B1a/ESP%20NIR%20Aarhus%202025%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.pdf.

Müller, Mathias Nikolaus. 2022. «Transparent Enforcement: Access to Information related to the Monitoring of EU Environmental Law: The Case of the EU Emissions Trading System». Maastricht university. https://doi.org/10.26481/dis.20220628mm.

Northmore, Laurel, y Malcolm D. Hudson. 2022. «Digital Environmental Impact Assessment: An Exploration of Emerging Digital Approaches for Non-Technical Reports». *Environmental Impact Assessment Review* 92 (enero): 106689. https://doi.org/10.1016/j.eiar.2021.106689.

Núñez Valls, Juana. 2025. «Normativas y desafíos en la gestión de suelos contaminados en Estados Unidos y la Unión Europea: futura directiva de vigilancia del suelo». *Actualidad Jurídica Ambiental*, enero 10, 1-59. https://doi.org/10.56398/ajacieda.00395.

Olawade, David B., Ojima Z. Wada, Abimbola O. Ige, Bamise I. Egbewole, Adedayo Olojo, y Bankole I. Oladapo. 2024. «Artificial Intelligence in Environmental Monitoring: Advancements, Challenges, and Future Directions». *Hygiene and Environmental Health Advances* 12 (diciembre): 100114. https://doi.org/10.1016/j.heha.2024.100114.

O'Malley, Vincent. 1999. «The Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC) Directive and Its Implications for the Environment and Industrial Activities in Europe1The Views Expressed in This Paper Are the Opinions of the Author Solely and Not That of the Organisation He Represents.1». *Sensors and Actuators B: Chemical* 59 (2-3): 78-82. https://doi.org/10.1016/S0925-4005(99)00199-9.

Park, Jae Hong, y Phil Goo Kang. 2025. «Novel Approach for Integrated Environmental Management Systems». *Sustainability* 17 (21): 9635. https://doi.org/10.3390/su17219635.

Pihalehto, Mari, y Suvi-Tuuli Puharinen. 2024. «Uncharted Interplay and Troubled Implementation: Managing Hydropower's Environmental Impacts under the EU Water Framework and Environmental Liability Directives». *Journal of Environmental Law* 36 (1): 43-66. https://doi.org/10.1093/jel/eqad032.

Ramírez Sánchez-Maroto, Carlos. 2024. «Un comentario a los mandatos ambientales de la Ley europea de materias críticas». *Actualidad Jurídica Ambiental*, noviembre 11, 1-46. https://doi.org/10.56398/ajacieda.00386.

Ramírez Sánchez-Maroto, Carlos. 2025. «La propuesta de Directiva de la vigilancia y resiliencia del suelo (Ley de vigilancia del suelo) y los antecedentes de este impulso ambiental». *Actualidad Jurídica Ambiental*, junio 23, 1-29. https://doi.org/10.56398/ajacieda.00421.

Revuelta Pérez, Inmaculada. 2018. «Evolución de la prevención y control integrados de la contaminación en el derecho europeo». *Actualidad Jurídica Ambiental*, mayo 7, 1-21. https://doi.org/10.56398/ajacieda.00111.

Rodriguez, Esther Garcia. 1999. «Environmental Impact Assessment in Spain: A Critical Review». *European Energy and Environmental Law Review* 8 (Issue 8/9): 234-43. https://doi.org/10.54648/EELR1999037.

Santamaría Echeverría, Enrique. 2025. «Integrating Environmental Sustainability into EU Data Law and Governance: The Case of Health Data». *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 34 (2): 512-21. https://doi.org/10.1111/reel.12614.

Schneider, Jens-Peter, Johannes Erny, y Franka Enderlein. 2025. «Collaborative Governance Structures for Interoperability in the EU's New Data Acts». *European Journal of Risk Regulation* 16 (1): 24-35. https://doi.org/10.1017/err.2024.46.

Šebo, Juraj, Jasna Prester, y Miriam Šebová. 2023. «The Role of Environmental Management Systems and Energy Management Systems in the Adoption of Energy Recuperation Technologies in Central European Manufacturing Companies». *Sustainability* 15 (24): 16913. https://doi.org/10.3390/su152416913.

Silva Hernández, Francisca. 2025. «Principios ambientales. Aplicabilidad y alcance ¿Qué? ¿Cuáles? ¿Para qué?» *European Public & Social Innovation Review* 10 (febrero): 1-20. https://doi.org/10.31637/epsir-2025-1246.

Swedish School of Library and Information Science, University of Borås, Sweden, Jutta Haider, Malte Rödl, Department of Urban and Rural Development, at the Swedish University of Agricultural Sciences in Uppsala, Sofie Joosse, y Department of Urban and Rural Development, at the Swedish Agricultural University in Uppsala. 2022. «Algorithmically embodied emissions: the environmental harm of everyday life information in digital culture». *Information Research: an international electronic journal* 27. https://doi.org/10.47989/colis2224.

Tironi, Martín, y Diego Ignacio Rivera Lisboa. 2023. «Artificial Intelligence in the New Forms of Environmental Governance in the Chilean State: Towards an Eco-Algorithmic Governance». *Technology in Society* 74 (agosto): 102264. https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2023.102264.

Turdiev, Bobir. 2025. «The Aarhus Convention: A Framework for Transforming Environmental Governance in Uzbekistan». *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 34 (2): 409-19. https://doi.org/10.1111/reel.12617.

Unión Europea. 2025. «Directiva 82/883/CEE del Consejo, de 3 de diciembre de 1982, relativa a las modalidades de supervisión y de control de los medios afectados por los residuos procedentes de la industria del dióxido de titanio». octubre 10. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31982L0883.

Vázquez Calvo, Víctor Luis, Zbigniew Korzeb, Bernabé Alonso-Fariñas, y José Morillo Aguado. 2025. «Circular Economy Transition under the Revised Industrial Emissions Directive: A Review of Challenges and Enablers». *Journal of Cleaner Production* 533 (noviembre): 146779. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2025.146779.

Wei, Jing, Kai Huang, Shunshun Yang, Yan Li, Tingting Hu, y Yue Zhang. 2017. «Driving Forces Analysis of Energy-Related Carbon Dioxide (CO 2) Emissions in Beijing: An Input–Output Structural Decomposition Analysis». *Journal of Cleaner Production* 163 (octubre): 58-68. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.05.086.

Wentz, Jessica, Delta Merner, Benjamin Franta, Alessandra Lehmen, y Peter C. Frumhoff. 2023. «Research Priorities for Climate Litigation». *Earth's Future* 11 (1): e2022EF002928. https://doi.org/10.1029/2022EF002928.

Whittaker, Sean. 2023. «Exploring a Right to Submit Environmental Information Under International Environmental Law». *Journal of Environmental Law* 35 (3): 401-18. https://doi.org/10.1093/jel/eqad025.

Yang, Jie, Yaozhong Wang, Chang Tang, y Zhenhua Zhang. 2024. «Can Digitalization Reduce Industrial Pollution? Roles of Environmental Investment and Green Innovation». *Environmental Research* 240 (enero): 117442. https://doi.org/10.1016/j.envres.2023.117442.

Zeng, Rui, y Xin Wang. 2025. «Digital Infrastructure and Carbon Emission Reduction: Mechanisms of Industrial Upgrading and Green Innovation in China's Provinces». *Proceedings of the 2025 2nd International Conference on Digital Society and Artificial Intelligence*, mayo 23, 587-93. https://doi.org/10.1145/3748825.3748916.

Zeybek, Bengi. 2026. «What Environmental Sensing Means for the Scope of the Right to Private Life». *Law, Innovation and Technology*, febrero 27, 1-30. https://doi.org/10.1080/17579961.2025.2593770.

Zhavoronkova, N. G., y N. P. Voronina. 2025. «Digitalization of Environmental Law and Possibilities for Artificial Intelligence Implementation». *Actual Problems of Russian Law* 20 (8): 155-64. https://doi.org/10.17803/1994-1471.2025.177.8.155-164.

Ziaja, Sonya; 2021. *How Algorithm-Assisted Decision Making Is Influencing Environmental Law and Climate Adaptation*. https://doi.org/10.15779/Z388G8FJ5J.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y JUSTICIA: HACIA UN MARCO JURÍDICO INTEGRAL PARA EL DESARROLLO TECNOLÓGICO ÉTICO[1]

Artificial intelligence, environmental sustainability and justice: towards a comprehensive legal framework for ethical technological development

Pedro Jesús Jiménez Vargas[2]
Profesor contratado doctor de Derecho internacional privado
Universidad Internacional de La Rioja, Logroño. España
https://orcid.org/0000-0002-1184-7288

https://doi.org/10.18543/ed.3576

Fecha de recepción: 14.08.2025
Fecha de aceptación: 20.10.2025
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

Este estudio analiza cómo se relacionan la inteligencia artificial, la sostenibilidad y la justicia ambiental, proponiendo una forma completa de ver todo el ciclo de vida de la IA. Es muy importante que la justicia algorítmica se aplique a diferentes niveles

[1] Esta publicación se enmarca dentro del Proyecto Precompetitivo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). Referencia PPI26_25: "El 'Compliance' de la Inteligencia Artificial. La implementación de la inteligencia artificial en Derecho a la luz de la Agenda 2030"; y del Proyecto de Innovación Docente Aplicada de UNIR. Referencia PIDA 2526_050: "La aplicación de la Inteligencia artificial a las asignaturas de la Facultad de Derecho de UNIR", acrónimo EDUCAIA-Educación en Derecho e Inteligencia Artificial.

[2] Email: pedrojesus.jimenez@unir.net

para solucionar las desigualdades locales, nacionales e internacionales. También es clave proteger los datos como bienes comunes y evitar que se exploten digitalmente. Además, necesitamos modelos de gobierno donde los ciudadanos participen y tengan control democrático, incluyendo a las comunidades más vulnerables. La resiliencia socioecológica es un principio legal importante para adaptar las normas a los riesgos e incertidumbres de la tecnología. Para concluir, se revisarán cuatro limitaciones relevantes al uso actual de la inteligencia artificial para la sostenibilidad: la deformación disciplinaria, la invisibilización de su impacto ambiental, la escasa presencia de justicia ambiental y la escasa participación comunitaria. Se hace necesario afrontar estos retos con el ánimo de poder repensar el desarrollo de una IA más crítica y, a la vez, inclusiva.

Palabras clave

Inteligencia artificial, sostenibilidad ambiental, justicia ambiental, tecnología responsable, resiliencia socioecológica.

Abstract

This study analyzes how artificial intelligence, sustainability, and environmental justice relate, proposing a comprehensive way of looking at the entire AI lifecycle. It is critical that algorithmic justice be applied at different levels to address local, national, and international inequalities. It is also key to protect data as common goods and prevent its digital exploitation. Furthermore, we need models of government where citizens participate and have democratic control, including the most vulnerable communities. Socio-ecological resilience is an important legal principle for adapting regulations to the risks and uncertainties of technology. To conclude, four relevant limitations to the current use of artificial intelligence for sustainability will be reviewed: disciplinary distortion, the invisibility of its environmental impact, the limited presence of environmental justice, and the limited community participation. These challenges must be addressed in order to rethink the development of a more critical yet inclusive AI.

Keywords

Artificial intelligence, environmental sustainability, environmental justice, responsible technology, socio-ecological resilience.

Sumario: I. Introducción. II. Pilares conceptuales: sostenibilidad, inteligencia artificial y justicia ambiental. III. Ejes para un marco jurídico conceptual. 1. La interdependencia entre tecnología, ambiente y justicia. 2. Evaluación integral del ciclo de vida de la inteligencia artificial. 3. Justicia algorítmica y justicia ambiental: hacia una inteligencia artificial ecosocialmente justa. *3.1. Impactos socioambientales y datos como nuevos bienes comunes. 3.2. Dimensión multiescalar de la justicia algorítmica ambiental. 3.3. Hacia una inteligencia artificial ecosocialmente justa.* 4. Gobernanza participativa y control democrático. 5. Resiliencia socioecológica y adaptación normativa. 6. Intersección y necesidad de un marco integrado. IV. Discusión. 1. Fragmentación disciplinaria. 2. Invisibilización del impacto ambiental de la propia IA. 3. Débil incorporación de justicia ambiental. 4. Falta de metodologías participativas en el desarrollo de IA. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El rápido avance y uso de tecnologías de inteligencia artificial (IA) presenta retos y desafíos nunca antes vistos para cuidar el medio ambiente y lograr una sociedad más justa. Frente a las múltiples crisis ecológicas y las crecientes desigualdades sociales, se vuelve necesario replantear la forma en que comprendemos la relación entre tecnología, medio ambiente y justicia. Necesitamos una visión integrada para ver cómo la IA afecta desde que se crea hasta que se deja de usar. Este estudio muestra una visión crítica desde varios ángulos de cómo se ha de integrar la sostenibilidad, la IA y la justicia ambiental para lograr una IA que sea social y ecológicamente justa con el planeta.

Para ello, y en primer lugar comprobaremos cómo la tecnología, el ambiente y la justicia se necesitan mutuamente. Hay que revisar todo el proceso, desde la extracción de los recursos hasta la implementación y descarte de sistemas de algoritmos. Es necesario analizar la relación entre la justicia algorítmica y la justicia ambiental, con el propósito de proponer un enfoque que articule ambas dimensiones. Este enfoque debe considerar los problemas desde una perspectiva local, nacional e internacional, a fin de reconocer y corregir las asimetrías y desigualdades que atraviesan tanto los ámbitos tecnológicos como los ecológicos. De igual modo, se examinará cómo los datos influyen en el medio ambiente y la sociedad, viéndolos como recursos compartidos. Se pondrá de relieve los peligros de sacar provecho de lo digital y lo importante que es tener leyes que cuiden a las comunidades afectadas. Al mismo tiempo, se subrayará que es urgente tener formas de gobierno donde los ciudadanos participen y haya un control democrático. Así, los pueblos y

comunidades podrán influir verdaderamente en las decisiones sobre tecnología que afectan sus tierras y su forma de vivir.

Esta idea se completa al tomar en cuenta que adaptarse a los cambios en la sociedad y el medio ambiente es algo importante para cambiar las leyes y las políticas públicas, circunstancia que ayudaría a ajustarlas a lo complicado y cambiante de los sistemas técnicos, sociales y ecológicos. Por último, propondremos crear un plan que combine todas estas ideas principales, creando así un conjunto de reglas y principios éticos. De este modo se podrá llegar a una inteligencia artificial que ayude de verdad al medio ambiente, la sostenibilidad y la igualdad social. Con esta idea, se espera sentar las bases para un diálogo entre distintas áreas y a acciones políticas transformadoras, lo que permitirá aprovechar las bondades de la inteligencia artificial para enfrentar los problemas ambientales del mundo, sin repetir ni empeorar las diferencias que ya existen. Así, lograremos avanzar hacia un futuro más justo, democrático y sostenible.

Para progresar en esta área, es crucial promover la cooperación entre tecnólogos, científicos ambientales, políticos y comunidades. Esta cooperación debe valorar la transparencia, la inclusión y la justicia, asegurando que las decisiones sobre la IA no provengan solo de centros económicos o tecnológicos, sino que consideren a todos. Igualmente, se deben crear sistemas de evaluación continua que midan la eficiencia y el impacto social y ambiental de la IA. Solo con un enfoque que combine varias disciplinas podremos construir una IA que ayude al bien común, a la recuperación ambiental y a la creación de sociedades más justas.

II. PILARES CONCEPTUALES: SOSTENIBILIDAD, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA AMBIENTAL

Crear un plan que conecte el cuidado del planeta, la inteligencia artificial (IA) y la justicia para todos necesita una comprensión de cómo funcionan las leyes, la ética y las operaciones de cada elemento, y cómo se relacionan entre sí. No podemos abordar estas nociones por separado; tenemos que integrarlas bajo una perspectiva coherente que nos oriente a conocer cómo la tecnología, sobre todo la IA, puede ayudar a los gobiernos a cuidar el ambiente y a las personas.

La sostenibilidad, la IA y la justicia ambiental son elementos o líneas de investigación que dependen uno del otro, y debemos considerarlos cuando pensamos, regulamos y usamos nuevas tecnologías; en este sentido, Camastra y González (2025, p. 6)[3], parafraseando a Wynsberghe (2021), detallan

[3] Camastra, F. y González, R. (2025). Inteligencia artificial, sostenibilidad e impacto ambiental. Un estudio narrativo y bibliométrico. Región Científica, 4(1), 2025355; doi: https://doi.org/10.58763/rc2025355

que habría que distinguir entre dos conceptos que recaen en la misma línea de investigación, es decir, «"IA para la sostenibilidad" y "sostenibilidad de la IA". El primer concepto se ocupa de establecer cómo la IA puede favorecer a la humanidad en el logro de la sostenibilidad medioambiental, mientras que el segundo se centra en la evaluación de la sostenibilidad de la IA». Por otro lado, según Schlosberg (2011, p.26)[4], un punto clave es que: «la justicia ambiental ya ha incorporado una cierta preocupación por los grupos, las comunidades y los sistemas. En tal caso, la justicia se expresa en términos favorables a las capacidades comunitarias, el funcionamiento y la reproducción social».

Para asegurar que la tecnología beneficie a todos, es crucial que esta sea respetuosa con el medio ambiente y los derechos humanos, especialmente de los más vulnerables. Integrar sostenibilidad, tecnología y justicia ambiental requiere nuevas políticas y prácticas. Debemos mejorar la supervisión, evaluación y transparencia de los algoritmos para comprender su impacto social y ambiental con precisión.

En este contexto proponemos crear un esquema de análisis que podríamos basarlo en cuatro ideas clave que deberían guiar cualquier regla o plan sobre la inteligencia artificial en temas de justicia ambiental: (i) Hay que revisar todo el ciclo de vida de la IA, desde que se sacan las materias primas hasta que se desechan. (ii) Hay que asegurarse de que la IA sea justa a diferentes escalas, considerando las diferencias locales, nacionales y mundiales en cómo se usa y cómo afecta la tecnología. (iii) Debemos animar a que los ciudadanos participen en las decisiones, dando a las comunidades la oportunidad de opinar sobre la tecnología. (iv) Hay que prepararse para que las comunidades se recuperen de los riesgos, los impactos y los cambios que traen consigo el desarrollo tecnológico.

Por lo tanto, la idea principal es guiar la creación de reglas éticas y legales para la IA que vayan de la mano con la sostenibilidad y la igualdad. Estas ideas no solo mostrarán preocupación por cómo vivimos ahora y cómo viviremos en el futuro, sino que también cuestionarán si los modelos de tecnología están poniendo los beneficios y el dinero por encima de la justicia y el cuidado del medio ambiente.

Ante un planeta al límite y un aumento constante de las desigualdades sociales, se vuelve imprescindible replantear las dimensiones éticas, políticas y ambientales que sustentan el desarrollo y la distribución de las tecnologías. «Cuando empezó a utilizarse la expresión "problemas ecológicos"[5], en los

[4] Schlosberg, D. (2011). Justicia ambiental y climática: De la equidad al funcionamiento comunitario. Ecología Política, (41), 25–35.

[5] Según Attfield «Estos problemas son en parte de carácter científico, pero la ciencia y la tecnología por sí solas no pueden resolverlos, porque se trata de lo que se debe hacer,

años sesenta y setenta, a menudo estos problemas parecían relativamente de poca dimensión y localizados, pero hoy en día es difícil resistir a la impresión de que tanto su alcance como su extensión son globales, y que lo que está en juego es nada menos que el futuro del planeta» (Attfield, 2010)[6].

La necesidad de preservar el planeta nos fuerza a mirar los impactos que la tecnología causa a los ecosistemas, desde que se crean hasta que se desechan. La inteligencia artificial, que sirve para todo, necesita que analicemos bien cuánta energía usa, si está empeorando la extracción de recursos, y si puede ayudar a frenar el cambio climático, administrar lo que escasea y bajar los problemas para la sociedad y el medio ambiente. La justicia ambiental, como principio jurídico y político nos muestra lo injusto que es el mundo digital, interpelando directamente a quién decide sobre las tecnologías, quién gana con ellas y quién paga o soporta los costos, que a menudo no se ven o se ignoran. Este enfoque nos permitirá cambiar el rumbo de la digitalización hacia un modelo más justo para todos, basado en los derechos humanos y en la equidad entre las futuras generaciones.

En el vínculo entre sostenibilidad, inteligencia artificial y justicia ambiental, esta última requiere criterios técnicos, políticos y éticos al decidir. Organizaciones no gubernamentales (ONG) y movimientos sociales han insistido en que el público participe de forma real y amplia al crear políticas climáticas, tanto a nivel local como global. Esta participación debe ser un mecanismo inclusivo que dé prioridad a comunidades marginadas, como se expresa en documentos importantes como los Principios de Bali sobre Justicia Climática[7] y la Iniciativa por la Justicia Ambiental y el Cambio Climático (EJCC, 2002)[8]. Ambos establecen que comunidades locales y pueblos indí-

y el intento de solucionarlos implica recurrir a valores y principios éticos, y por consiguiente a la ética ambiental». En La ética ambiental y la sostenibilidad global (2010) pág.75.

[6] Attfield, R. (2010). La ética ambiental y la sostenibilidad global. En Ética ambiental y políticas internacionales (pp. 69–87). Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); enlace web: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000148678_spa.locale=es

[7] Bali Principles of Climate Justice Published by International Climate Justice Network | By | Wednesday, August 28, 2002 [Consultado 27/07/2025]; enlace web: https://www.corpwatch.org/article/bali-principles-climate-justice

[8] Iniciativa de Justicia Ambiental y Cambio Climático (EJCC): «EJCC es una coalición diversa de redes de justicia ambiental, religiosas, justicia climática, políticas y de defensa de los derechos humanos de Estados Unidos que trabajan por la justicia climática. Su coalición, basada en el consenso, desarrolla proyectos, programas y documentos para educar a los responsables políticos y conectar con miles de personas en comunidades de todo el país sobre los efectos del cambio climático y la injusticia ambiental, mediante la organización comunitaria, la investigación, la educación y la formación de coaliciones. La misión de EJCC es educar y movilizar a la población de Norteamérica para la creación e

genas tienen derecho a participar en todas las etapas del proceso político: desde identificar necesidades, pasando por la planificación, aplicación y seguimiento legal, hasta la evaluación de políticas. Este proceso debe respetar el consentimiento libre, previo e informado y el derecho a rechazar proyectos que amenacen sus territorios y formas de vida.

Además, a esta base se adhiere el Comité Consultivo Público Conjunto (CCPC)[9] de la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) el cual enfatizó en su foro público de 2021 que el cambio climático trasciende lo puramente ambiental, pues está ligado a la vivienda, la economía, la salud, la educación y los derechos sociales. Por lo tanto, la justicia ambiental exige una transformación sistémica que involucre a los ciudadanos, sobre todo a los jóvenes, en las decisiones, las leyes y la justa distribución de recursos, más allá de una simple solución técnica.

En este sentido, es muy importante que la aplicación de las tecnologías, como la IA, en la administración del medio ambiente se base en principios de gobierno democrático, claridad e igualdad. Si la IA se usa sin tomar en cuenta la justicia, podría repetir o agravar los problemas que ya existen. Para tener una sostenibilidad que incluya a todos, es necesario que la tecnología se administre de modo que todos puedan participar. Las sugerencias del CCPC que apoyan esta idea que proponen elementos importantes para lograr una justicia ambiental real como son[10]:

– Primero, se sugiere buscar e intercambiar las mejores formas de integrar la justicia ambiental en las políticas del gobierno, ya que muchas de las herramientas que se usan ahora pueden aumentar las diferencias si no se cambian.

implementación de políticas climáticas justas tanto en el contexto nacional como internacional. Ofrece herramientas para activistas, blogs, legislación, noticias y medios de comunicación». Fuente UNECE (United Nations Economic Commission for Europe), en español: Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; enlace web: https://aarhusclearinghouse.unece.org/resources/environmental-justice-and-climate-change-initiative-ejcc

[9] El CCPC es el Comité Consultivo Público Conjunto de la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) de América del Norte, un organismo trinacional formado por Canadá, Estados Unidos y México. El CCPC tiene como función principal asesorar al Consejo de la CCA sobre temas relacionados con el medio ambiente, especialmente dentro del marco del Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA); enlace web: https://www.cec.org/es/

[10] Las sugerencias del CCPC (Comité Consultivo Público Conjunto) fueron elaboradas con el objetivo de: Contribuir a una justicia ambiental real y efectiva en América del Norte, especialmente en el contexto de la lucha contra el cambio climático. Fuente disponible en: https://www.cec.org/files/documents/ccpc_recomendaciones_consejo/jpac-advice-21-02-es.pdf

– Segundo, es clave guardar información y compartir historias exitosas en las que las personas más vulnerables han sido más fuertes gracias a soluciones justas y adecuadas para su lugar.
– Tercero, es urgente dar más poder a las organizaciones de la comunidad y a los pueblos originarios dándoles recursos, modelos y herramientas para que puedan conseguir dinero y manejar sus propios planes para adaptarse al clima.
– Cuarto, es importante mejorar la educación y la información sobre el medio ambiente, usando diferentes medios para que todas las comunidades, incluso las que tienen problemas con el idioma o no tienen internet, puedan ser parte de la conversación sobre el clima.
– Quinto, es bueno crear leyes fuertes sobre el cambio climático y la justicia ambiental, que incluyan estos principios en las reglas del país y protejan a las personas que defienden el medio ambiente.
– Sexto, es bueno promover que los jóvenes participen y crezcan profesionalmente, sobre todo los que vienen de comunidades originarias y marginadas, mediante becas, programas de apoyo y lugares para participar siempre.

Integrar estas recomendaciones es muy importante para asegurar que los avances tecnológicos, como la IA, se mantengan unidos a los principios de justicia y sostenibilidad. Incluir las opiniones de las comunidades vulnerables, reconocer su conocimiento y asegurar que participen de forma real es algo que debemos hacer por ética y es clave para afrontar el cambio climático de forma justa y duradera.

III. EJES PARA UN MARCO JURÍDICO CONCEPTUAL

1. *La interdependencia entre tecnología, ambiente y justicia*

En el mundo de hoy, donde la tecnología avanza de forma vertiginosa y la crisis ecológica global es una realidad, el derecho necesita crear leyes que reconozca la interdependencia del desarrollo científico-tecnológico, el cuidado del ambiente y la justicia social. Crear una idea que unifique el cuidado del planeta, la inteligencia artificial (IA) y la igualdad ambiental no solo es algo positivo desde el punto de vista teórico y ético, sino que es algo que debemos hacer por ley, según se deriva de muchas normas nacionales e internacionales. Por lo tanto, como estos tres elementos están relacionados, necesitamos un modo de ver el derecho que sea interdisciplinario, que abarque varios temas y que avance poco a poco, dejando atrás otras visiones más fragmentadas del derecho.

Hoy no podemos enfocarnos en innovación o propiedad intelectual al regular la IA; de igual modo tampoco podemos ignorar el impacto de las tecnologías digitales en el ambiente y las personas cuando analizamos problemas

ambientales. Esta visión integradora responde a principios clave del Derecho Ambiental, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional moderno. Algunos de esos principios son los siguientes:

El *principio de justicia ambiental*, esto significa que tenemos que pensar en cómo debemos compartir los beneficios y las externalidades negativas ambientales de las decisiones tecnológicas entre diferentes grupos, especialmente cuando hay una gran brecha de desigualdad estructural.

El *principio de precaución ecológica,* esta idea o principio fue incorporado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992)[11] donde los países deben responder ante las amenazas contra el medio ambiente actuando de forma preventiva aun cuando no estén al cien por cien seguros de cuántos o cuáles serán los efectos.

El *principio de sostenibilidad*, La idea de mantener un equilibrio sostenible se consolidó en la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que establece los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como marco global para integrar el desarrollo económico, la equida social y la protección del medio ambiente. Paralelamente, el Acuerdo de París de (2015)[12] constituye el principal tratado internacional en materia de cambio climático, orientado a limitar el aumento de la temperatura global y a reforzar la resiliencia frente a sus efectos.

Teniendo esto en cuenta, el desarrollo y cómo usamos la inteligencia artificial debe pasar por un filtro legal. No basta con ver si las tecnologías son útiles o si funcionan bien, sino también si respetan los derechos básicos, si cuidan el medio ambiente como un bien jurídico que nos pertenece a todos y si son justas para las siguientes generaciones. Esto ya se reconocía en el Informe Brundtland del 87[13], y ahora los tribunales constitucionales de varios

[11] El principio de precaución ecológica fue efectivamente incorporado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, específicamente en el Principio 15 que declara lo siguiente*:* «*Con el fin de proteger el medio ambiente, el enfoque precautorio deberá ser ampliamente aplicado por los Estados según sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente*». Fuente. Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro; enlace web: https://www.un.org/es/conferences/environment/rio1992

[12] El Acuerdo de París es un tratado internacional sobre el cambio climático jurídicamente vinculante. Fue adoptado por 196 Partes en la COP21 en París, el 12 de diciembre de 2015 y entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. Fuente Naciones Unidas [Consultado 27/07/2025]; enlace web: https://unfccc.int/event/cop-21

[13] En el documento, y en particular en el capítulo 2, se explica el desarrollo sostenible entendiendo el mismo como aquel que "satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades", pero vaticina que los beneficios del progreso tecnológico casi siempre tienden a ir acom-

países latinoamericanos lo están retomando[14]. Desde ese informe del 87, la idea de sostenibilidad ambiental ha dado un giro enorme.

Ya no se trata solo de proteger el entorno y manejar los recursos naturales; la idea de la sostenibilidad ambiental ha evolucionado considerablemente hasta tomar en cuenta todos los elementos que influyen en cómo se relacionan los aspectos del desarrollo sostenible: lo ambiental, lo social y lo económico. Así que, «asegurar la sostenibilidad ambiental va más allá de dejar la naturaleza como está. Se trata más bien de encontrar un equilibrio entre mantener los ecosistemas funcionando y que puedan recuperarse, para que así se adapten a los cambios y a los problemas, incluso a los que nosotros causamos» (Meadows et al., 1972)[15].

Cuidar los recursos naturales es clave para que el planeta siga conservándose de forma sostenible. Esto significa usarlos inteligentemente, sin

---

pañados de una distribución injusta, mientras que los costes suelen recaer sobre los más pobres o sobre los que están por nacer. Por ello, el informe apunta que el desarrollo –incluyendo la innovación tecnológica– ha de ser sometido a criterios éticos y de sostenibilidad que conduzcan a un modelo de desarrollo que sea socialmente justo, ambientalmente responsable y equitativo a largo plazo. Fuente: Naciones Unidas, Asamblea General. (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Nuestro futuro común* (A/42/427); enlace web: https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

[14] *Corte Constitucional de Colombia*: Sentencia T-622 de 2016: Reconocimiento del derecho fundamental al ambiente sano como parte del derecho a la vida digna y orden al Estado para que proteja los ecosistemas esenciales para que este derecho se garantice; en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm. Sentencia SU-698 de 2017: Declaración de la obligación estatal de tomar medidas para poder garantizar que se pueda acceder al agua potable, enlazando sostenibilidad ambiental y derechos humanos; enlace web: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su698-17.htm. *Corte Suprema de Justicia de Chile*: Rol N° 1182018 (27 de agosto de 2018) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de la protección del medio ambiente (2021): Conservación de humedales urbanos y orden de mitigaciones de daños ambientales, reconociendo que el deber estatal de conservar la biodiversidad es parte del interés público. https://biblioteca.cehum.org/handle/CEHUM2018/1345. *Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*: Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay (2006): Reconocimiento del derecho indígena del territorio en conexión con el derecho al ambiente sano y su sostenibilidad para poder garantizar su cultura y su subsistencia; enlace web: https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=327&lang=es. *Corte Constitucional de Ecuador*: Sentencia No. 001-17-SCN-CC, de fecha 19 de abril de 2017: Se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos y se establece que el Estado debe garantizar la protección integral del medio ambiente para la sostenibilidad, enlace web: https://bit.ly/44BR8Wq.

[15] Meadows, D. H., Meadows, D. L., Randers, J., & Behrens III, W. W. (1972). The limits to growth: A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind. Universe Books. https://archive.org/details/limitstogrowthre00mead

derrochar estos recursos, porque son la base de nuestra vida y de todo lo demás, como la economía. Hablamos del agua, los minerales, la tierra y la vida que hay en ella. Tenemos que usarlos sin malgastarlos sobre todo aquellos que en la naturaleza cuesta más recuperarlos.

Tenemos que ser cuidadosos al usar los recursos naturales, usándolos a un ritmo en que la naturaleza pueda reponerlos para evitar daños y no perder o dañarlos, por lo tanto, es importante mantener el aire y agua limpios, la polinización y un clima estable. El derecho a un ambiente sano está ganando reconocimiento legal, y es responsabilidad del Estado regular el desarrollo científico y tecnológico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17[16], establece que la protección ambiental es clave para el disfrute de derechos como la vida, la salud y la participación cultural.

Un enfoque basado en los derechos de desarrollo sostiene que todos los pueblos y las naciones deberían tener derecho al desarrollo salir de la pobreza antes de asumir cualquier responsabilidad mitigar el cambio climático. Es quizás el enfoque de los derechos humanos para el clima. La justicia que encarna más claramente la justicia ambiental. El cambio climático es simplemente una nueva forma de violar derechos humanos básicos, y la justicia climática significa garantizar esos derechos que ya hemos reconocido. «Este enfoque refleja las preocupaciones de los movimientos, donde los principios de justicia ambiental y climática están compuestos en gran parte por afirmaciones de diversos derechos, incluyendo el derecho básico a estar libre del cambio climático, sus impactos relacionados y otras formas de destrucción ecológica» (Schlosberg, y Collins, 2014, p.365)[17].

Así, el desarrollo de tecnologías como la IA plantea dudas sobre su repercusión ecológica, sus algoritmos y la ausencia de control democrático en su origen y utilización. Esto obliga a incorporar criterios normativos integrados que permitan analizar el desarrollo tecnológico desde una lógica de derechos, de justicia ambiental y de gobernanza responsable. Crear leyes más justas, que protejan el planeta y sean democráticas, requiere considerar la separación de "técnico" y lo "legal" o jurídico. Resulta innegable cómo los avances tecnológicos impactan nuestro día a día, a la sociedad y al entorno natural. En consecuencia, se vuelve esencial establecer normas justas y claras que impulsen la colaboración y el compromiso.

[16] Opinión Consultiva OC-23/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 15 de noviembre de 2017, solicitada por Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos; enlace web: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf?utm

[17] Schlosberg, D. and Collins, L.B. (2014), From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. WIREs Clim Change, 5: 359-374; doi: https://doi.org/10.1002/wcc.275

Fundamentalmente, se destaca la urgencia, incluso la exigencia jurídica, de replantearnos el progreso tecnológico, especialmente en lo que respecta a la inteligencia artificial. Debemos pensar en los límites de nuestro planeta, en los derechos de las personas y en cómo solucionar las diferencias sociales. Así, construiremos una forma de pensar un nuevo marco normativo que se centre en la vida, la justicia y el cuidado del medio ambiente. Bajo este panorama, la tecnología puede convertirse en una gran aliada del medio ambiente, siempre y cuando la usemos con cuidado y pensemos en cómo afecta a todo el sistema. Por ejemplo, la inteligencia artificial puede mejorar procesos, evitar el despilfarro o ayudarnos a usar los recursos naturales de forma más inteligente. Pero, como explicaron Vinuesa et al. (2020, p.3)[18] «también puede tener efectos negativos si no consideramos cosas importantes, como la energía que se gasta al entrenar los programas o la basura tecnológica que generamos».

Hoy estos desafíos deben ser abordados bajo leyes que hagan que la tecnología sea responsable con el planeta. Los gobiernos tienen que controlar cómo la IA afecta el medio ambiente y a los ciudadanos, siguiendo acuerdos internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica[19], y lo que dice la jurisprudencia ambiental de los tribunales nacionales e internacionales.

Es importante que las leyes tengan en cuenta todo el proceso de la IA, desde que se extraen los minerales para hacer hardware hasta que se gestionan los residuos tecnológicos. Esto debería ser una cuestión obligatoria, y no solo algo técnico.

[18] Vinuesa, R., Azizpour, H., Leite, I. et al. The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. Nat Commun 11, 233 (2020); doi: https://doi.org/10.1038/s41467-019-14108-y

[19] A pesar de que el convenio no menciona la IA (creado antes de que esta llegara a tal utilidad) sí plantea límites y marcos para la protección del medio, límites y marcos que pueden y deben ser trasladados a la regulación de la tecnología nueva con el impacto medioambiental que estamos discutiendo. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) es un instrumento internacional puesto a disposición de las partes suscriptoras de un instrumento internacional mediante el cual se establece una serie de principios y un marco normativo para la adopción de políticas nacionales que garanticen la conservación de la biodiversidad y la promoción del desarrollo sostenible. En definitiva, el CDB fue adoptado en la Cumbre de la Tierra celebrada en 1992 en Río de Janeiro, y tiene como finalidad primigenia la protección de la diversidad biológica, el uso sostenible de los componentes de la biodiversidad y el acceso a los recursos genéticos así como la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. Fuente: Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (1992). Convenio sobre la Diversidad Biológica; enlace web: https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-la-biodiversidad/conservacion-de-la-biodiversidad-en-el-mundo/cb_mundo_convenio_diversidad_biologica.html

2. *Evaluación integral del ciclo de vida de la inteligencia artificial*

Para desarrollar buenas y un marco normativo para la inteligencia artificial, se necesita revisar todo su camino desde el inicio, como una forma legal de verificar y garantizar la sostenibilidad ambiental y su conformidad con los derechos humanos. Este enfoque que proviene de las reglas ambientales y requiere que analicemos cada paso de la tecnología: desde dónde sacamos los materiales, cómo hacemos que los programas aprendan, cómo se usa y se cuida el sistema, hasta lo qué hacemos con él cuando ya no sirve o lo reciclamos por su obsolescencia.

Desde el punto de vista jurídico esto quiere afirmar que las empresas son responsables de todo lo que hacen, respondiendo al principio de responsabilidad extendida del productor, algo que apoya la ONU con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente «Esto se aplica a las empresas con tecnología que generan externalidades negativas que dañan el ambiente. Estas empresas no solo deben ser responsables en el momento de la comercialización y o producción, sino en todo el proceso, desde buscar materiales hasta el uso de energía, la contaminación, los desechos electrónicos y su impacto sobre el clima y a la naturaleza» (PNUMA)[20].

Esta premura se vuelve aún más crítica si observamos el panorama presente, donde la IA se ha posicionado como un recurso fundamental en la transformación digital de diversos campos, entre ellos el medioambiental. Su aptitud para automatizar labores, analizar extensas cantidades de información y producir pronósticos intrincados la han transformado en un instrumento preciado para abordar retos mundiales como el calentamiento global, la merma de la diversidad biológica y el manejo responsable de los bienes naturales. Muestra de esto es el empleo de sistemas de aprendizaje automático para anticipar sucesos climáticos severos, identificar la tala de bosques a través de fotos de satélite, o vigilar especies amenazadas por medio de sensores a distancia y vehículos aéreos no tripulados (Reichstein et al., 2019[21]; Rolnick et al., 2019)[22].

Igualmente, en áreas cruciales como la energía y la agricultura, la IA ha probado ser valiosa al perfeccionar las redes eléctricas inteligentes, predecir el

[20] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) Fuente: Naciones Unidas; en: https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/united-nations-environment-programme/

[21] Reichstein, M., Camps Valls, G., Stevens, B. et al. Deep learning and process understanding for data driven Earth system science. Nature 566, 195–204 (2019) doi: https://doi.org/10.1038/s41586-019-0912-1

[22] Rolnick, D., Donti, P. L., Kaack, L. H., Kochanski, K., Lacoste, A., Sankaran, K., ... & Bengio, Y. (2019). Tackling climate change with machine learning. arXiv preprint arXiv:1906.05433; doi: https://doi.org/10.48550/arXiv.1906.05433

consumo de energía, o gestionar eficazmente el riego y las plagas. Estas implementaciones exponen su capacidad revolucionaria desde una perspectiva sostenible. Estas aplicaciones muestran su capacidad de transformación ecológica. Aun así, este buen pronóstico no debe esconder los impactos ambientales que la IA produce, sobre todo si su desarrollo no sigue criterios de sostenibilidad o no está regulado por principios de ecoeficiencia tecnológica.

Uno de los principales problemas es la alta demanda de energía y materiales que requiere el entrenamiento de modelos complejos de IA, sobre todo los de aprendizaje profundo. Investigaciones como la de Strubell et al. (2019)[23] indican que entrenar un modelo lingüístico grande puede producir emisiones de carbono semejantes a las de un carro durante toda su vida útil. A esto se suma el alto consumo de minerales para hacer el hardware especializado necesario, como GPU, ASICs y chips avanzados[24]. Fabricar estos componentes tiene un impacto ambiental importante y, a menudo, implica prácticas de extracción injustas que afectan a comunidades en países en desarrollo.

Esto evidencia un efecto contraproducente: herramientas diseñadas para favorecer la sostenibilidad ambiental pueden, en la práctica, generar impactos negativos si no se aplican normas y prácticas responsables en su desarrollo. Desde el punto de vista legal, este problema exige replantear el diseño regulatorio de la IA desde una perspectiva ética de responsabilidad ecológica, incorporando evaluaciones previas de sus efectos en el clima, la energía y los materiales.

Igualmente, se necesita claridad en los procesos algorítmicos. La falta de transparencia en muchos modelos de IA, sobre todo en los de caja negra, plantea problemas para la responsabilidad y el control ciudadano. Esto

[23] Strubell, E., Ganesh, A., & McCallum, A. (2019). Energy and policy considerations for deep learning in NLP. Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics, 3645–3650. Association for Computational Linguistics; doi: https://doi.org/10.18653/v1/P19-1355

[24] El desarrollo de tecnologías como la inteligencia artificial precisa hardware especializado (GPU, ASICs, chips avanzados), la fabricación de los cuales depende del uso intensivo de minerales (litio, cobalto, tierras raras), cuyos impactos ambientales generan disturbios sociales (contaminación, consumo excesivo de agua o violación de derechos de los humanos en zonas de extracción). Estos componentes (NVIDIA A100, TPU de Google, SoC de altas prestaciones), son responsables, y por tanto generan una necesidad urgente de generar leyes que regulen el impacto ambiental de estas, armonizando así con acuerdos internacionales (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992) y la jurisprudencia ambiental. Sentencias como la Sentencia 001-17-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, que reconoce derechos a la naturaleza, o la Sentencia de la Corte Suprema de Chile que protege humedales y otros ecosistemas urbanos, muestran que el derecho puede garantizar formas de tecnologías compatibles con la sostenibilidad.

empeora cuando estas tecnologías se usan en situaciones delicadas, sin hablar antes con las comunidades afectadas ni permitirles participar, lo que va en contra de la justicia ambiental y la democracia. Para solucionar esto, han aparecido ideas como la IA ecológica (Schwartz et al., 2019)[25], que busca crear modelos que usen poca energía, sean eficientes y empleen hardware sostenible. También, la explicabilidad algorítmica (XAI) y la ecología computacional intentan añadir herramientas para entender, revisar y vigilar las decisiones automáticas, fomentando la transparencia, la ética científica y la eficiencia ecológica.

La explicabilidad algorítmica, o más conocida por sus siglas en inglés (XAI – eXplainable Artificial Intelligence) es un campo de estudio que se enmarca dentro de la inteligencia artificial cuyo objetivo consiste en hacer comprensibles y transparentes los procesos de toma de decisiones de los sistemas automatizados, especialmente aquellos basados en el aprendizaje automático (machine learning) y las redes neuronales profundas (Doshi-Velez y Kim, 2017)[26]. Por su parte, la ecología computacional o sustainability computational es un campo interdisciplinar novedoso cuyo fin es equilibrar los aspectos sociales, económicos y ambientales mediante la computación o técnicas de ciencias de la computación, matemáticas, ciencias de la información para lograr un objetivo que es el diseño de sistemas inteligentes que utilizan los recursos con eficiencia, de forma sostenible y ética, y que manejan la transparencia y la justicia ambiental.

Por otra parte, el "edge computing"[27] se convierte en una opción para tener una IA más sostenible porque repartimos el procesamiento y reducimos el consumo energético de los centros de datos; se estudia cómo los sistemas inteligentes pueden contribuir a la economía circular o la gestión de residuos urbanos o la gestión de las energías renovables usando el "monitoring" y la previsión de problemas en infraestructuras críticas.

El monitoring, o monitoreo, es una de las bases de la sostenibilidad en sistemas de edge computing, ya que permite hacer la predicción y el mantenimiento preventivo procesando los datos de forma local anticipándose a los fallos, lo que se traduce en una optimización de los recursos energéticos utilizados, así como en una reducción del coste operativo para esa

[25] Schwartz, R., Dodge, J., Smith, N. A., & Etzioni, O. (2020). Green AI. Communications of the ACM, 63(12), 54–63; doi: https://doi.org/10.1145/3381831

[26] Doshi-Velez, F., & Kim, B. (2017). Towards a rigorous science of interpretable machine learning. arXiv preprint arXiv:1702.08608; doi: https://doi.org/10.48550/arXiv.1702.08608

[27] El edge computing es una de las claves para hacer la IA más sostenible: permite dispersar la carga computacional, haciendo que se consuma menos energía, respondiendo más rápido, además de disminuir el impacto ambiental del procesamiento masivo de datos.

infraestructura; el propio control en tiempo real del consumo energético permite a los dispositivos adaptar los recursos a los que se necesita solamente consumiendo los que realmente son necesarios, ahorrando energía; también se contribuye a la disminución del tráfico de datos y de las emisiones, ya que procesamos la información cerca del origen y solo se envían los datos necesarios, de forma que es posible reducir también el tráfico en las redes y en los grandes centros de datos, disminuyendo la huella del carbono.

En resumen, evaluar la IA no debe ser sólo un aspecto técnico o económico, sino que se debe incorporar a un marco jurídico ambiental que contemple principios como la prevención, la precaución, la no degradación de los sistemas ecológicos, etc. O el principio de la equidad intergeneracional. Solo con un análisis legal serio, basado en la ciencia y con las personas participando, se puede asegurar que la IA ayude a lograr la sostenibilidad ecológica, la justicia social y la igualdad en el planeta.

3. *Justicia algorítmica y justicia ambiental: hacia una inteligencia artificial ecosocialmente justa*

La integración de la inteligencia artificial (IA) en la sostenibilidad ambiental presenta nuevas vías para predecir riesgos, gestionar recursos, mitigar el cambio climático y proteger la biodiversidad. Su aplicación, sin embargo, implica consideraciones éticas, sociales, políticas y ambientales. La incorporación de la IA en la administración del medio ambiente suscita diversos desafíos de tipo estructural que precisan directrices regulatorias e institucionales intrincadas. En este contexto, la estrecha relación entre la justicia ambiental y la algorítmica, hace posible un enfoque que considera la sostenibilidad como un asunto de reparto del poder, reconocimiento cultural y participación democrática, más allá de ser solo un problema técnico.

La justicia ambiental se muestra como una idea política que revela las diferencias en cómo se reparten los impactos sobre el medio ambiente y las ventajas que ofrecen los recursos naturales. Para Schlosberg (2007, pp. 49-54)[28] «la justicia ambiental no solo debe verse como una distribución equitativa de la carga y los beneficios ambientales, sino que también debe contemplar el reconocimiento de la historia de los grupos históricamente oprimidos y su participación en la toma de decisiones sobre su territorio y su forma de vivir, como los pueblos indígenas, las comunidades rurales y las minorías raciales quienes pueden experimentar una gran carga por la extracción de recursos y contaminación del medio ambiente; que incluso son históricamente las que

[28] Schlosberg, D. (2007). Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature. Oxford University Press; enlace web: https://www.referat.am/library/34/58e350c41ae37.pdf

han estado en desequilibrio en sus relaciones con la naturaleza y cuando se han buscado soluciones, estas permanecen en un estado o nivel de exigencia social en cuanto a los beneficios que les devuelven».

En paralelo, la justicia algorítmica se presenta como una respuesta normativa al uso creciente de sistemas automatizados. Estos sistemas toman decisiones con grandes consecuencias para los derechos humanos y la vida diaria de las personas. Esta justicia incluye la no discriminación algorítmica, la igualdad en el diseño, el acceso y el control de los sistemas de IA. De igual modo, busca la protección real frente a decisiones automatizadas injustas. El artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que por cualquier motivo (por ejemplo, el uso de tecnologías) debe tener igualdad y evitar el rechazo[29]. En el mundo, guías como la recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA (2021)[30] o el Reglamento (UE)2024/1689[31], señalan que es

[29] Artículo 26. «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Fuente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; enlace web: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

[30] Párrafo 67: «Los Estados Miembros deberían aplicar políticas para promover y aumentar la diversidad y la inclusión en los equipos de desarrollo de la IA y los conjuntos de datos de entrenamiento, de modo que estos sean un reflejo de su población, así como para velar por la igualdad de acceso a las tecnologías de la IA y sus beneficios, en particular para los grupos marginados, tanto de zonas rurales como urbanas». Fuente: UNESCO (2021): Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial; enlace web: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa.locale=es

[31] Párrafo 27: «Por «transparencia» se entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan de un modo que permita una trazabilidad y explicabilidad adecuadas, y que, al mismo tiempo, haga que las personas sean conscientes de que se comunican o interactúan con un sistema de IA e informe debidamente a los responsables del despliegue acerca de las capacidades y limitaciones de dicho sistema de IA y a las personas afectadas acerca de sus derechos. Por «diversidad, no discriminación y equidad» se entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan de un modo que incluya a diversos agentes y promueve la igualdad de acceso, la igualdad de género y la diversidad cultural, al tiempo que se evitan los efectos discriminatorios y los sesgos injustos prohibidos por el Derecho nacional o de la Unión. Por «bienestar social y ambiental» se entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan de modo sostenible y respetuosa con el medio ambiente, así como en beneficio de todos los seres humanos, al tiempo que se supervisan y evalúan los efectos a largo plazo en las personas, la sociedad y la democracia. La aplicación de esos principios debe traducirse, cuando sea posible, en el diseño y el uso de modelos de IA». Fuente: Reglamento (UE) 2024/1689; enlace web: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

clave la igualdad, la transparencia, la explicabilidad y fomentar la participación y la responsabilidad de las empresas.

Los enfoques ambiental y algorítmico coinciden en un mismo análisis estructural: la tecnología no es neutral. El avance y uso de la IA muestra decisiones que incluyen valores, intereses y relaciones de poder. Desde este punto de vista, la tecnología puede copiar exclusiones históricas, crear nuevas formas de extractivismo y afianzar jerarquías coloniales o tecnocráticas, sobre todo cuando se usa sin transparencia, sin consulta previa y sin respeto por los lugares y saberes tradicionales.

3.1. Impactos socioambientales y datos como nuevos bienes comunes

En el campo ambiental, la IA ofrece la posibilidad de optimizar el uso de recursos, crear modelos de los peligros o riesgos del clima, administrar los ecosistemas o acelerar el cambio o la transición energética. Sin embargo, estas ventajas a menudo vienen acompañados de costos sociales y ecológicos inesperados. El entrenamiento de modelos complejos, como los –de deep learning– o aprendizaje profundo, usan mucha energía y requieren de equipos especiales cuya producción aumenta la extracción de minerales clave, lo que afecta los ecosistemas delicados y a las comunidades del Sur Global. A esto se ha denominado "la paradoja verde": tecnologías creadas para la protección ambiental que, si no se evalúan con atención, terminan siendo perjudiciales.

Por otra parte, la IA también se emplea en la supervisión ambiental, la minería, la agricultura o la gestión del agua, frecuentemente sin asegurar que las comunidades afectadas controlen los datos generados en sus territorios. Esto conduce a lo que autores como Temper et al. (2015) [32] y Mejías y Couldry (2019)[33], han llamado "extractivismo de datos": una forma actual de despojo que extrae información en lugar de minerales, sin consulta, consentimiento o distribución de beneficios compartidos. Este tipo de colonialismo digital empeora cuando los modelos traídos del Norte Global (EE. UU. Europa) no se adaptan a las situaciones sociales, ecológicas o culturales del Sur Global (América del Sur, África o partes de Asia)

La inteligencia artificial (IA) aplicada en el campo ambiental da la posibilidad de mejorar los recursos, administrar los ecosistemas y crear modelos

[32] Temper, L., del Bene, D. & Martinez-Alier, J., (2015) "Mapping the frontiers and front lines of global environmental justice: the EJAtlas", Journal of Political Ecology 22(1), 255-278. doi: https://doi.org/10.2458/v22i1.21108

[33] Mejías, U.A & Couldry, N. (2019). "Colonialismo de datos: repensando la relación de los datos masivos con el sujeto contemporáneo". Virtualis, 10 (18), 78-97, ISSN 2007-2678.

de los peligros del clima, pero esta innovación trae consigo impactos sociales y ecológicos que deben abordarse con un marco legal fuerte y coherente con los derechos humanos y ambientales.

Desde el punto de vista del derecho, es clave reconocer que la estructura tecnológica que apoya a la IA, incluyendo los equipos especiales, está relacionada con la extracción de minerales clave, lo que causa efectos negativos en los ecosistemas delicados y las comunidades débiles. Aquí, el derecho ambiental y constitucional ordena al Estado proteger el medio ambiente sano y los derechos colectivos, usando principios como el principio de precaución, que pide tomar medidas preventivas ante peligros inciertos pero que podrían ser graves. Por lo tanto, la regulación debe cubrir todo el ciclo de vida de la tecnología, poniendo límites legales a la explotación minera y revisando el impacto ambiental relacionado con la producción tecnológica.

La gestión de datos de la Inteligencia Artificial en áreas específicas debe entenderse como bienes comunes digitales. Los datos territoriales y socioambientales son recursos colectivos que requieren protección legal para asegurar su uso justo y la soberanía de las comunidades originarias y locales. La extracción de datos es una forma moderna de despojo que viola derechos básicos como la autodeterminación, privacidad, propiedad colectiva y derechos culturales. El derecho internacional reconoce la consulta previa como un derecho clave para pueblos indígenas y comunidades, extendiendo esta protección al ámbito digital para proteger su autonomía y saberes. Las leyes deben asegurar que la recopilación y uso de datos en territorios comunitarios cumplan con estos estándares, evitando la explotación sin consentimiento o distribución de ganancias.

Finalmente, la importación de algoritmos sin adaptación local puede generar discriminación o violaciones de derechos. Las leyes constitucionales y de derechos humanos dictan que la igualdad, no discriminación y participación deben guiar el diseño, aplicación y evaluación de tecnologías. La ley debe demandar transparencia, supervisión y rendición de cuentas para prevenir sesgos y exclusión.

Desde una perspectiva legal, es precisa la creación de un marco regulatorio que: (i) Salvaguarde el medio ambiente y a las comunidades de las repercusiones tecnológicas. (ii) Considere y regule los datos territoriales como recursos compartidos. (iii) Asegure los derechos de consulta, consentimiento y participación de las poblaciones y comunidades perjudicadas. (iv) Fije deberes definidos para la claridad y la rendición de cuentas en el manejo y progreso de la IA. Este es el único modo de progresar hacia un desarrollo tecnológico que sea sostenible para el medio ambiente, justo para la sociedad y legítimo ante la ley.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 85-120
https://doi.org/10.18543/ed.3576 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

3.2. Dimensión multiescalar de la justicia algorítmica ambiental

Ante los retos de integrar la inteligencia artificial (IA) en ambientes sociales y ambientales complejos, es vital buscar una justicia algorítmica a varias escalas. Esto implica no solo corregir sesgos técnicos y la falta de claridad de los modelos automatizados. Implica también crear normas para detectar y arreglar desequilibrios en la vida de la tecnología, desde cómo se diseña y entrena, hasta cómo se gobierna y afecta al entorno. Para lograrlo, la justicia algorítmica debe tener tres dimensiones: distributiva, de procedimiento y de reconocimiento.

Respecto a la distribución, es importante examinar a quienes favorecen las tecnologías y a quienes perjudican. Esto suscita interrogantes sobre si el poder tecnológico está muy concentrado en ciertos sectores y cómo afecta a las comunidades más vulnerables. En cuanto al procedimiento, debemos considerar quién decide, cómo y basándose en qué información. Es importante examinar cómo se decide el diseño y la implementación de las nuevas tecnologías. En cuanto al reconocimiento, se debe analizar quiénes son visibles o ignorados en los modelos de datos, en la toma de decisiones y en los sistemas de control algorítmicos.

A nivel local, esto significa dar a las comunidades afectadas por la IA en sectores como la agricultura, el agua o la minería, la oportunidad real de participar en su diseño, seguimiento y valoración. Como señala McQuillan (2022, p.145)[34] «no se trata solo de tener un control de los algoritmos desde arriba o de forma técnica, sino de promover el uso de la tecnología basado en el cuidado, el bien común y el respeto por la diversidad cultural. Esta participación debe ir más allá de una simple consulta y debe incluir conocimientos locales, derechos culturales, prioridades sociales y ambientales y herramientas legales que aseguren que su voz sea tomada en cuenta».

A nivel nacional, es necesario crear leyes que valoren el impacto ambiental, social y distributivo de los sistemas automatizados. Estas leyes deben ser claras sobre las obligaciones de transparencia, responsabilidad y valoración de impactos para los actores públicos y privados. También deben reconocer el derecho a reclamar contra decisiones automatizadas injustas, según el principio de igualdad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La revisión de algoritmos, la explicación de los modelos y el acceso a la lógica de las decisiones automatizadas deben ser derechos garantizados por las leyes nacionales.

A nivel internacional, es urgente avanzar hacia un control digital global más justo, democrático y responsable con el medio ambiente. La concentración del poder tecnológico en pocas empresas y países amenaza la

[34] McQuillan, D. (2022). Resisting AI: An anti-fascist approach to artificial intelligence. Bristol University Press; doi: https://doi.org/10.51952/9781529213522

independencia tecnológica, la equidad global y la justicia ambiental. Por eso, la comunidad internacional debe impulsar acuerdos legales que establezcan cooperación, transferencia de tecnología, reconocimiento de los derechos digitales y ambientales y control sobre los datos. La IA debe estar al servicio de la sostenibilidad, con una ética de responsabilidad global y respeto por los derechos humanos y de la naturaleza, integrando principios del derecho ambiental internacional y el derecho al desarrollo sostenible.

Para una transición tecnológica justa y sostenible, no basta con medir la eficiencia de los modelos de IA. Es clave preguntar cómo se reparten sus beneficios y riesgos en distintos lugares y grupos sociales. Muchos de los métodos para valorar los algoritmos se limitan a métricas cuantitativas como –precisión, recall o F1-score[35]–, sin considerar cómo afectan a las comunidades según su clase, género, cultura, lugar o historia de exclusión. Por ello, es importante ampliar los criterios de valoración para incluir la justicia distributiva, la justicia del conocimiento y la justicia ambiental, basándose en las ideas de autores como Schlosberg (2007) y las críticas al uso excesivo de datos (Temper et al., 2021).

Un ejemplo claro de estas desigualdades se encuentra en el uso de modelos predictivos de incendios forestales. Estos modelos a menudo dan prioridad a las áreas urbanas sobre los territorios indígenas. Al hacerlo, ignoran el conocimiento tradicional y perpetúan ideas coloniales. Este tipo de sesgo, que no siempre es intencional, muestra que incluso los modelos más avanzados pueden mantener injusticias históricas si no se crean con una perspectiva que considere diferentes aspectos sociales, la participación de todos y las características del territorio.

Este enfoque de la justicia en los algoritmos requiere crear indicadores legales y sociales para juzgar cómo la IA afecta a diferentes niveles:

[35] Los sistemas de algoritmos normalmente se evalúan con métricas técnicas tales como la precisión, el recall y el F1-score, métricas que analizan el rendimiento del modelo y optan por ignorar el impacto social. En ningún momento estas métricas tienen en cuenta que las predicciones algorítmicas pueden producir reacciones diferentes, y al mismo tiempo, las decisiones algorítmicas tienen un impacto diferente en las personas en función de su clase, género, cultura y contexto histórico. De esta manera, se propone ampliar los criterios de evaluación de los algoritmos para abordar la dimensión de la justicia distributiva, así como del conocimiento y la dimensión ambiental, siguiendo a autores como Schlosberg (2007); Temper et al. (2015). Solamente de tal forma se podrá evaluar la IA de manera ética y justa. *Vid en*: Schlosberg, D. (2007). Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature. Oxford University Press; enlace web: https://www.referat.am/library/34/58e350c41ae37.pdf ; y en Temper, L., del Bene, D. & Martinez-Alier, J., (2015) "Mapping the frontiers and front lines of global environmental justice: the EJAtlas", Journal of Political Ecology 22(1), 255-278; doi: https://doi.org/10.2458/v22i1.21108

personas, comunidades, regiones y el mundo en general. Esto significa hacer evidentes las diferencias en el acceso, el control y la representación, buscar una distribución equitativa de los riesgos y beneficios, y rechazar la creencia de que la tecnología es neutral. Raji y Buolamwini (2019)[36] y Slack et al. (2020) señalan que los algoritmos repiten los sesgos que se encuentran en los datos y en la sociedad. Por lo tanto, la equidad en los algoritmos debe ser un principio fundamental desde el comienzo del diseño y la formación de los modelos, no solo una corrección posterior.

Según los mencionados autores «los algoritmos tienden a imitar los sesgos de los datos o de la sociedad, reproduciendo injusticias ambientales en comunidades vulnerables. Por lo tanto, la equidad algorítmica ambiental no debe considerarse como algo a corregir después, sino que debe considerarse desde el momento del diseño y entrenamiento de los modelos de machine learning. Además, algunas de las técnicas explicativas del tipo LIME o SHAP pueden estar en una actitud engañosa que oculta el sesgo, generando dificultades a la hora de detectar injusticias que deben ser tenidas en cuenta, por lo tanto, es muy importante que establezcamos propuestas mucho más robustas que nos aseguren explicaciones ajustadas y justas que eviten que las desigualdades ambientales sean invisibilizadas gracias a sistemas automatizados»[37].

En consecuencia, un diseño justo de algoritmos debe involucrar procesos de participación y debate, un protocolo de consulta libre e informada, mecanismos legales para la responsabilidad y revisiones éticas. Estas revisiones deben juzgar no solo el rendimiento estadístico de los modelos, sino también si están en línea con los principios de justicia social y cuidado del medio ambiente. Únicamente de esta modo se pueden desarrollar tecnologías que contribuyan de forma real a la sostenibilidad, los derechos humanos y la equidad entre generaciones.

Fomentar una inteligencia artificial que respete el medio ambiente y cuente con protección legal no implica una renuncia al avance tecnológico, sino más bien redirigirlo hacia objetivos democráticos, inclusivos y responsables con el medio ambiente. Esto requiere cambiar, por un lado, la forma en que se diseña la tecnología, dejando de lado la idea de que la eficiencia es lo único importante y, por otro lado, también requiere fortalecer las

[36] Raji, I. D., & Buolamwini, J. (2019). Actionable auditing: Investigating the impact of publicly naming biased performance results of commercial AI products. In Proceedings of the AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '19) (pp. 429–435). Association for Computing Machinery. doi: https://doi.org/10.1145/3306618.3314244

[37] Slack, D., Hilgard, S., Jia, E., Singh, S., & Lakkaraju, H. (2020). Fooling LIME and SHAP: Adversarial attacks on post hoc explanation methods. In Proceedings of the AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '20), 180–186. Association for Computing Machinery. doi: https://doi.org/10.1145/3375627.3375830

herramientas legales para el control social, la transparencia y la participación. La IA no es neutral; sus efectos son sociales, políticos y ambientales. Por lo tanto, es necesario replantear el desarrollo tecnológico, aplicando criterios de justicia algorítmica que contemplen diversos niveles. De este modo, la tecnología podría convertirse en un instrumento para reducir las desigualdades, en lugar de agravarlas.

3.3. Hacia una inteligencia artificial ecosocialmente justa

Para construir una IA ecosocialmente justa, es necesario cambiar los enfoques de la cultura tecnológica de hoy. La sostenibilidad del planeta y la justicia social no deberían ser solo criterios secundarios o mejoras técnicas para disminuir el impacto ambiental. Es vital redefinir los objetivos del desarrollo tecnológico y fijar condiciones de validez basadas en la ética, lo social y lo ecológico; en esta redefinición de objetivos se debería:

Dar prioridad a la eco-sostenibilidad en todo el ciclo de la IA; esto implica un enfoque completo, desde la obtención de materiales hasta el desecho final. Para ello se requieren políticas y normas, por ejemplo, para una minería controlada, para las energías renovables y el fomento de la reparación y el reciclaje. La sostenibilidad debe convertirse en el eje central en la innovación tecnológica, evitando la "paradoja verde" donde las tecnologías supuestamente protectoras dañan el medio ambiente.

Fomentar la autodeterminación tecnológica de pueblos y comunidades significa reconocer su derecho a decidir sobre las tecnologías que impactan sus vidas. Este derecho debe tener soporte jurídico, extendiendo mecanismos de consulta a los procesos tecnológicos y asegurando la soberanía sobre datos y resultados generados localmente. Esto podrá ayudar a la justicia social, impedir el extractivismo digital y promover la equidad y la dignidad de los pueblos. Consideramos que, para democratizar el poder en la creación y administración de la IA, es clave impulsar modelos de gobierno participativos, así como tecnologías de código abierto y comunitarias. La gobernanza algorítmica debe cambiar las estructuras verticales y tecnocráticas para incorporar procesos de deliberación inclusivos, donde las comunidades, organizaciones sociales, académicos y gobiernos trabajen juntos para fijar metas, normas éticas y formas de control. Las tecnologías de código libre promueven la transparencia, la revisión social y la adaptación local, lo que reduce el riesgo de monopolios y la exclusión tecnológica.

Para prevenir sesgos en los sistemas de IA y asegurar que integren diversos tipos de conocimiento –ancestrales, locales y científicos– es fundamental considerar la diversidad epistémica al crear datos, métricas y objetivos. Este enfoque pluralista asegurará que los sistemas de IA reflejen las

realidades complejas de los territorios, se reconozcan diferentes perspectivas y valores, y se promueva la justicia en el desarrollo de soluciones tecnológicas.

Reconocer a la naturaleza como titular de derechos; tal y como se plantea en los enfoques de justicia ecológica y derechos de la Madre Tierra, significa que la IA debe proteger los derechos de los ecosistemas y seres vivos, además de los derechos humanos. Esto cuestiona la visión centrada en el ser humano, e integra una ética que busca el respeto a la naturaleza en todo el ciclo tecnológico.

Solo si se integran de forma lógica los principios de justicia ambiental y algorítmica al crear, usar y dirigir la inteligencia artificial, se podrá evitar que esta tecnología mantenga o aumente las desigualdades sociales y los daños al medio ambiente. La IA debería ser una herramienta para mejorar la sociedad y el medio ambiente, ayudando a construir sociedades democráticas, incluyentes y que se puedan mantener. En conclusión, se busca avanzar hacia una IA ecosocialmente justa, que cambie los modelos que explotan, centralizan y usan la tecnología sin participación, para crear una inteligencia artificial diversa, participativa, ética y dedicada a mejorar la vida en todas sus formas.

4. *Gobernanza participativa y control democrático*

Para evitar que las tecnologías de IA que afectan al medio ambiente reproduzcan desigualdades y dañen aún más la ecología, es fundamental que su gestión sea participativa. Esto implica dejar atrás las formas centralizadas y tecnocráticas de tomar decisiones. En su lugar, se necesitan procesos donde se delibere de forma inclusiva y en igualdad de condiciones, reconociendo a todos los actores sociales implicados: comunidades afectadas, pueblos originarios, científicos, políticos y organizaciones civiles, entre otros.

Desde el punto de vista jurídico, este plan se fundamenta en el derecho a la participación ciudadana, garantizado a nivel internacional con instrumentos como el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[38],

[38] Artículo 25: «Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país». Fuente: Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; enlace web: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

el Convenio 169 de la OIT[39] y el Acuerdo de Escazú[40]; estos instrumentos obligan a consultar de forma anticipada, libre e informada a los grupos cuyos derechos puedan verse afectados. En concreto, estas normas obligan a los gobiernos a asegurar condiciones materiales y simbólicas para una intervención real, que vaya más allá de la simple consulta, creando así un derecho genuino a decidir sobre los efectos tecnológicos y ambientales.

Por ejemplo, este modelo toma ideas de iniciativas y experiencias como la ciencia ciudadana; según Gabrys (2013, p.5)[41] «las decisiones de qué es aquello que se considera relevante y cómo se muestran y representan los datos ambientales no son asunto exclusivamente del momento del monitoreo y de la toma de datos, sino que continúan durante los distintos usos posteriores que se le dan a la información. Además, los ciudadanos pueden intervenir en diferentes momentos del proceso de captación de la información, siendo parte de la recopilación, del análisis y de la comunicación de la información, incluso interviniendo en la elaboración de las políticas».

Estas iniciativas buscan la unión de científicos, creadores de tecnología y el público para producir y validar conocimiento. En el tema de la IA ambiental, estos enfoques ayudan a que las herramientas tecnológicas atiendan necesidades verdaderas, que tienen un lugar y son importantes para la cultura. Así, se evita forzar soluciones que no encajan, que no toman en cuenta los conocimientos locales y lo que las comunidades consideran importante y prioritario.

---

[39] Artículo 32: «Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual». Esta disposición avala que la gestión participativa de las tecnologías ambientales de IA ha de llevar a la inclusión en pie de igualdad por parte de las comunidades afectadas y de los pueblos originarios desde el diseño y la toma de decisiones, sin caer en una consulta meramente simbólica y/ o tardía. La participación no debe considerarse algo opcional, sino un derecho jurídicamente exigible, tanto en desarrollo como en medio ambiente. Fuente. Organización Internacional del Trabajo (OIT) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169); enlace web: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

[40] El Acuerdo de Escazú –a través de los artículos 6 y, sobre todo el 7– impone a los Estados parte garantizar consultas públicas anticipadas, libres e informadas en decisiones ambientales, en particular cuando el ejercicio de los derechos de las comunidades vulnerables podría verse afectado. Además, se alinea con un enfoque de derechos humanos en el que se relacionan información, participación y justicia ambiental. Fuente: CEPAL (2018) Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo Escazú), enlace web: https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu

[41] Gabrys, J. (2016). Practicing, materialising and contesting environmental data. Big Data & Society, 3(2). doi: https://doi.org/10.1177/2053951716673391

Además, la participación real requiere abordar y corregir las exclusiones del pasado que han dejado de lado a grupos como comunidades indígenas, zonas rurales y mujeres en el acceso y manejo de tecnologías. Incluirlos no solo es una exigencia de justicia social, sino también un factor que hará mejorar la innovación al sumar diferentes puntos de vista y saberes tradicionales; además, ayudará a crear sistemas más sostenibles y equitativos (Temper et al., 2021).

En este manejo, la claridad algorítmica y la responsabilidad son elementos muy importantes, debido a que los modelos de IA a menudo se trabajan sin que las personas los entiendan, por lo tanto, es preciso crear formas de control institucionalizadas. Esto incluye revisiones hechas por personas ajenas, hacer pública información fácil de entender, grupos de supervisión de muchas áreas y leyes que obliguen a explicar las decisiones automáticas. Estas ideas se deben basar en leyes administrativas, como hacer públicos los actos gubernamentales, dar razones para las decisiones y el control judicial de la legalidad.

En esta línea, el trabajo de Crawford (2021) expone la dimensión política y material de la IA, revelando que su supuesta neutralidad técnica esconde realidades más complejas. Crawford enfatiza que la IA está ligada a estructuras de poder económicas y sociales, haciendo esencial una gobernanza crítica y colectiva en su diseño e implementación; según el autor «la inteligencia artificial es entonces una idea, una infraestructura, una industria, una forma de ejercer poder y una manera de ver; también es una manifestación de capital altamente organizado respaldado por vastos sistemas de extracción y logística, con cadenas de suministro que envuelven todo el planeta» (Crawford, 2021 p.26) [42]. Entender la IA como una infraestructura sociotécnica con impacto en los derechos humanos, los ecosistemas y las formas de vida requiere marcos legales sólidos y con legitimidad democrática para su gobernanza. la viabilidad de la tecnología, al igual que la democracia, depende al final de la práctica de la justicia y de la imposición de límites al poder (Franklin, 2004)[43]

La gobernanza participativa necesita ser flexible y adaptable para responder a los rápidos cambios tecnológicos y a los contextos socioecológicos dinámicos. Esto implica marcos regulatorios que permitan la revisión periódica, mecanismos de ajuste basados en evidencia y estructuras institucionales que hagan más fácil la creación conjunta de normas entre Estados, la sociedad civil, la comunidad científica y las comunidades afectadas. La tecnología

[42] Crawford, K. (2021). Atlas of AI: Power, politics, and the planetary costs of artificial intelligence. Yale University Press.

[43] Franklin, Ursula M. The Real World of Technology. Rev. ed. Toronto, Ont.: House of Anansi Press, 2004; enlace web: https://ms.z-library.sk/book/2364185/de6a85/the-real-world-of-technology.html

no puede avanzar más rápido que el derecho, y el derecho debe asegurar los principios de equidad, sostenibilidad y dignidad.

El esquema de gobernanza necesita integrar medios estructurados para reasignar el poder tecnológico. Esto impulsará la autonomía de la información, el derecho a cuestionar resoluciones automatizadas y la participación obligatoria en la determinación de los propósitos y usos de los sistemas de IA. Estos factores establecen un marco legal para la democracia digital, donde los ciudadanos participan activamente en el diseño y la supervisión de las tecnologías que forman su entorno, en lugar de ser solo receptores pasivos de las decisiones algorítmicas.

En resumen, la gobernanza participativa de la IA ambiental no es un simple añadido ni una declaración vacía, sino un principio legal y político clave para formar sociedades más justas, resistentes y sostenibles. Hacer accesible la tecnología implica repartir el control sobre el saber y las decisiones, garantizar que los más perjudicados participen de verdad, y crear leyes que pongan por delante la vida, los derechos y la justicia ecosocial antes que la eficiencia técnica o los beneficios de las empresas. Solo así podremos lograr un progreso tecnológico ético, legalmente protegido y aceptado por la sociedad.

5. *Resiliencia socioecológica y adaptación normativa*

En un tiempo de profunda transformación en el medio ambiente y la tecnología, el derecho debe cambiar y fortalecer sus leyes para que los sistemas sociales y ecológicos puedan resistir y hacer frente mejor los nuevos problemas y desafíos que emergen; es decir, no solo resistir el colapso, sino también recuperarse de los daños, adaptarse a los cambios y transformarse sin perder su función y valores principales. En este sentido, el desarrollo y uso de la inteligencia artificial (IA) debe ir de la mano con la resiliencia social, ecológica y legal, en lugar de solo buscar la eficiencia o reducir los daños por separado.

Desde el punto de vista legal, esta transformación requiere la creación de leyes flexibles que contemplen la duda y la propia incertidumbre de los procesos tecnológicos y ambientales. El derecho, que suele reaccionar a los hechos y ser positivista, necesita prever el futuro y responder con agilidad. Esto implica crear normas dinámicas, revisar las leyes cada cierto tiempo y establecer instituciones que aprendan y se adapten a nueva información y situaciones. Esta idea se basa en el principio de precaución, reconocido en el derecho ambiental internacional, que obliga a actuar para prevenir posibles riesgos, incluso si no hay pruebas científicas completas, sobre todo cuando están en riesgo bienes comunes importantes o derechos básicos.

No obstante, la perspectiva de resiliencia rebasa lo meramente normativo. Un elemento clave es que los sistemas de IA en el entorno deben ayudar a

consolidar la resiliencia socioecológica. Esto supone admitir que las comunidades y los ecosistemas se topan con problemas más usuales y complejos –como sequías graves, incendios, pérdida de biodiversidad o crisis en las instituciones– que exigen adaptación y cambios. Desde esta idea, la IA debe fomentar la eficiencia, la organización local, el aprendizaje en la comunidad y la creación de conocimiento propio del lugar.

Desde esta perspectiva, las leyes deben asegurar que la IA respete e impulse la diversidad biocultural. Esto requiere crear normas que valoren y defiendan el conocimiento ancestral, las costumbres de las comunidades y los derechos grupales sobre sus tierras. Las decisiones judiciales sobre temas ambientales y las normas internacionales sobre los derechos de los pueblos originarios y comunidades locales –como el Convenio 169 de la OIT mencionado anteriormente o la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[44]– ofrecen una base legal para esta demanda. También, la idea de justicia entre generaciones obliga a que cualquier política tecnológica busque cuidar el medio ambiente y el bienestar de las personas que vivirán en el futuro.

Un caso específico de esta visión unificada es la creación de sistemas de control del medio ambiente diseñados junto a los habitantes de la zona o comunidades locales. Esto ayudaría a notar pronto los cambios en los ecosistemas y a reaccionar con métodos que se ajustan a lo que el área precisa y a su conocimiento. Estas ideas, si cuentan con el apoyo de leyes correctas, hacen más fuerte la participación de los ciudadanos, el cuidado del medio ambiente por parte de la comunidad y el control del territorio, lo que crea redes fuertes entre la sociedad, la ecología y la tecnología. Desde el punto de vista legal, es clave que haya formas de acceder a estas tecnologías de forma justa, y que existan reglas claras sobre cómo se manejan los datos que se crean, para que no aparezcan nuevos medios de control digital.

La resiliencia normativa demanda entender la IA como parte de un sistema socioecotécnico complejo, donde lo social, lo tecnológico y lo ecológico se entrelazan mutuamente. Desde esta perspectiva, el derecho debe dejar atrás modelos lineales y enfocarse en regímenes legales integrales y transversales, que combinen lo ambiental, tecnológico, social, económico y cultural. La IA debe apoyar una gestión adaptable de los recursos, con procesos

[44] Artículo 31: «Los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, conocimientos tradicionales, y expresiones culturales, incluyendo los recursos genéticos, semillas, medicinas tradicionales, conocimientos sobre la fauna y la flora, técnicas artesanales, y las tecnologías tradicionales pertinentes» Fuente: Naciones Unidas. (2007) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de las Naciones Unidas; enlace web: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

constantes de evaluación, acción, vigilancia y ajuste, como sugieren los enfoques de gobernanza ambiental actuales.

«Es fundamental impedir que las nuevas tecnologías creen dependencias o concentraciones que limiten la independencia de las regiones. En cambio, la ley debe impulsar normas que favorezcan la variedad y la adaptabilidad, cualidades clave para la resistencia a largo plazo» (Folke et al., 2010). Esto requiere incluir protecciones legales contra la obsolescencia planificada, promover normas abiertas y asegurar que los sistemas puedan trabajar juntos, lo que permite la adaptación técnica sin presiones del mercado.

En conclusión, la fortaleza jurídica debe estar ligada a la ética que guía al derecho. Ante una crisis ecológica mundial, el enfoque actual centrado en el ser humano ya no es suficiente. Las leyes deben adoptar una perspectiva que considere a la naturaleza como sujeto de derechos y a la sostenibilidad como una responsabilidad de todos. La IA, al ser una herramienta con gran influencia, debe actuar respetando estas normas éticas. Por lo tanto, la capacidad de adaptación socioecológica y las regulaciones no son fines distintos, sino aspectos que se complementan dentro de un cambio estructural. El derecho debe asegurar que el avance de la inteligencia artificial en el medio ambiente se haga de forma justa, cautelosa y plural, como parte de un cambio hacia un desarrollo sostenible, socialmente equitativo y con una tecnología accesible para todos.

6. *Intersección y necesidad de un marco integrado*

En las últimas décadas, y a partir de la llegada de las tecnologías digitales –inteligencia artificial (IA), big data, internet de las cosas, entre otras– también ha crecido la urgencia de abordar la crisis ecológica, climática y social del siglo XXI. En este sentido se constituye como eje central de discusión la intersección entre sostenibilidad innovación tecnológica y la justicia social, y su transformación socioecológica necesaria para transitar hacia un futuro sostenible, equitativo y resiliente. A pesar del reconocimiento del potencial que estas tecnologías tienen para ayudar en la sostenibilidad, diferentes autores coinciden en que su uso todavía está marcado por una grave fragmentación conceptual e institucional (Temper et al., 2015).

Esta fragmentación se observa en diferentes aspectos y niveles. Primero, las perspectivas técnicas que dirigen el desarrollo de tecnologías sostenibles, como las energías renovables o la IA ambiental, suelen enfocarse en indicadores de eficiencia, rendimiento y crecimiento, sin considerar aspectos éticos, sociales o culturales. Segundo, las normas y la justicia ambiental, aunque promueven la participación y la redistribución del poder, a menudo no tienen las herramientas para comunicarse con los lenguajes técnicos de la innovación. Esta separación entre disciplinas, participantes y niveles de

análisis restringe en gran medida la habilidad de las políticas públicas y las intervenciones tecnológicas para crear cambios importantes hacia una sostenibilidad justa.

En este contexto, varios estudios, como el de Temper et al. (2015), han enfatizado la necesidad de crear un marco que una los aspectos teóricos y prácticos de lo ecológico, lo técnico y lo social. Se debe entender que ninguna solución tecnológica será sostenible si no considera la equidad, la participación y los límites biofísicos del planeta. Igualmente, las propuestas de justicia ambiental deben considerar las capacidades de la tecnología y las infraestructuras digitales para ser más que solo ideas.

Un marco integrado no pretende unificar todas las visiones en una sola, sino conectar diferentes disciplinas, conocimientos y niveles de acción. Por ejemplo, posibilita relacionar el estudio del ciclo de vida de una tecnología (considerando su gasto energético y materiales clave) con análisis de justicia distributiva y participación democrática en las zonas donde se aplica esa tecnología. Igualmente, ayuda a crear políticas de innovación que valoren la eficiencia técnica y que impulsen procesos de debate, economía solidaria y valorización de saberes tradicionales y locales.

Un elemento que se considera parte de este marco es el concepto de transición justa, el cual ha sido acogido por organismos internacionales, movimientos sociales y sectores académicos como un modo de actuar que garantiza que los procesos de descarbonización y transformación ecológica no generen las desigualdades sociales existentes, ni produzcan nuevas formas de exclusión. La transición justa se plantea como una brújula ética que permita garantizar una distribución equitativa de los costes y beneficios de los cambios tecnológicos y ecológicos e impulsa una capacidad de agencia de las comunidades afectadas para tomar decisiones en los asuntos que les conciernen, pues el medio más eficaz de garantizar una auténtica transición justa, exige la construcción de una arquitectura institucional que articule esfuerzos por parte de los sectores público, privado y comunitario, de la acción de sinergia entre políticas de innovación y políticas de justicia social y políticas de protección medioambiental.

La integración de estos elementos demanda reconsiderar el rol del conocimiento en la creación de tecnologías y políticas. La ciencia y la ingeniería han estado bajo el dominio de epistemologías occidentales[45] y lógicas

[45] La integración de esos elementos supone una reconsideración del papel del conocimiento en la producción de tecnologías y políticas. La ciencia y la ingeniería han estado controladas en base a ciertas epistemologías occidentales, es decir, determinadas formas de comprender y producir conocimiento que emergen de Europa y han predominado en el pensamiento científico moderno. Las epistemologías en términos generales, y las científicas en particular, que en la tradición occidental y en las ciencias exactas hacen que el co-

extractivas, dejando de lado otros saberes y formas de interactuar con la naturaleza. «Existe un sentido en el que el progreso económico rápido es imposible sin ajustes dolorosos. Las antiguas filosofías deben ser descartadas; las viejas instituciones sociales deben desintegrarse; los lazos de casta, credo y raza deben romperse; y un gran número de personas que no pueden mantenerse al ritmo del progreso deben ver frustradas sus expectativas de una vida cómoda. Muy pocas comunidades están dispuestas a pagar el precio completo del progreso económico» (Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Sociales y Económicos 1951, citado por Escobar 1995, p.4) [46].

Se requiere, por lo tanto, un marco integrador que dé cabida a una pluralidad epistémica, donde los conocimientos indígenas, campesinos y comunitarios sirvan como base legítima para la creación conjunta de soluciones tecnológicas y ecológicas, en lugar de ser vistos como datos complementarios. Esta perspectiva es más justa y puede ser más útil, ya que las estrategias construidas en colaboración suelen generar mayor apropiación social, resistencia y adaptabilidad a largo plazo.

Por último, poner en marcha este modelo requiere nuevas herramientas institucionales y formas de hacer las cosas, como evaluar los impactos de la tecnología, crear espacios para que los ciudadanos participen en el gobierno, establecer normas éticas para el diseño de la inteligencia artificial, crear leyes para salvaguardar los datos de la comunidad y dar prioridad a la inversión en tecnologías que beneficien a la sociedad. Para que lo técnico, lo ecológico y lo social trabajen juntos, es necesario que los políticos estén dispuestos a ello, que exista colaboración transdisciplinaria esto es, en las áreas que trabajen en conjunto, y que se produzca un cambio cultural en la forma de pensar y hacer la política pública, la ciencia y la tecnología.

En resumen, la urgencia ecológica, la pérdida de confianza en las instituciones y los peligros de una evolución tecnológica excluyente, hacen necesario un enfoque que una los puntos donde ahora hay separación. Este enfoque debe ser capaz de detectar la complejidad de los problemas de hoy y buscar soluciones que estén unidas, sean justas y puedan mantenerse. Unir la justicia

nocimiento sea entendido como universal y descontextualizado, relegando otras formas de saber tradicionales que tienen que ver con la cultura, la socialidad y el territorio. Dicho punto de vista ha sido cuestionado, dado que ha dejado fuera a las epistemologías no occidentales como los saberes indígenas, comunitarios o ancestrales, que también ofrecen modos de producir tecnologías y políticas más justas, más sostenibles e inclusivas. Repensar el papel del conocimiento supone abrir paso a la pluralidad epistémica y aceptar que existen muchas formas de comprender y transformar el mundo.

[46] Escobar, Arturo. 1995. Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World. Princeton, NJ: Princeton University Press; enlace web: https://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/09/Encountering_Development-The-Making-and-the-Unmaking-of-the-Third-World-by-Arturo-Escobar.pdf

para el medio ambiente, la innovación en tecnología y la sostenibilidad es clave para pensar y crear un futuro donde se pueda vivir de forma sostenible.

IV. DISCUSIÓN

Si bien la cantidad de estudios realizados sobre la aplicación de la inteligencia artificial (IA) a la sostenibilidad ambiental ha aumentado mucho, la investigación existente deja claro que todavía quedan vacíos en la forma en la que se consideran los aspectos éticos, sociales y ecológicos que aparecen en la IA aplicada. A pesar de que los avances técnicos y científicos son relevantes, su ruptura complica el hecho de entender de una forma total el impacto y la utilidad que tienen estas tecnologías en casos reales y por lo tanto, son cuatro áreas básicas en la que este marco conceptual puede ayudar a entender la situación actual y superar las limitaciones expuestas.

1. *Fragmentación disciplinaria*

Una gran parte de la investigación sobre la IA aplicada al medio ambiente viene de campos técnicos como la informática, la ingeniería ambiental y la física del clima. Aunque estos campos son importantes para crear y verificar modelos predictivos y sistemas de monitoreo, a menudo no se conectan directamente con las ideas de las ciencias sociales, las humanidades y los estudios críticos. En particular, no hay vínculos fuertes con las teorías de justicia ambiental, las formas de gobernar con participación y las ideas del sur global, lo que dificulta la comprensión y la evaluación de cómo las tecnologías afectan a las estructuras y a la distribución de recursos (Temper et al., 2015).

Esta división genera un saber especializado que no considera los aspectos sociales, políticos y culturales que influyen en cómo se aplica la IA en el medio ambiente. Por lo tanto, se observa una falta de métodos inter y transdisciplinarios que integren de forma lógica el saber técnico con estructuras sociales y ecológicas complicadas, lo que dificulta una visión completa y crítica de las consecuencias de estas tecnologías.

2. *Invisibilización del impacto ambiental de la propia IA*

Estudios apuntan a que la IA puede ser útil para el medio ambiente, ayudando a bajar emisiones, detectar deforestación o mejorar el uso energético. No obstante, se suelen dejar de lado los impactos ambientales de crear, mantener y desechar la IA (Vinuesa et al., 2020). Se discute poco sobre la huella de carbono al entrenar modelos profundos, la rápida obsolescencia y los nuevos minerales escasos necesarios (litio, cobalto, por ejemplo). Esta carencia

de data dificulta evaluar por completo a la IA como tecnología material y extractiva, lo cual va en contra de la sostenibilidad. Para solucionar esto, se necesita incluir análisis de diseño ecológico tecnológico y economía circular que tengan en cuenta tanto las ventajas funcionales como los costes para el medio ambiente que lleva consigo.

3. *Débil incorporación de justicia ambiental*

En el debate actual sobre IA ética o IA responsable, hay una mayor inquietud por la transparencia, la justicia y la reducción de sesgos en los algoritmos. Pese a esto, son pocos los estudios que usan de forma directa ideas de justicia ambiental para examinar las desigualdades históricas, el colonialismo ambiental y los derechos de las comunidades marginadas en las decisiones y ventajas que ofrece la tecnología (McQuillan, 2022).

En el diseño y uso de sistemas de IA para la gestión ambiental, los enfoques de justicia distributiva, epistémica y de procedimiento aún no se consideran lo necesario. Esto puede llevar a que se mantengan las injusticias existentes y la exclusión política. Es clave preguntarse quién toma las decisiones, quién gana y quién arriesga con la llegada de estas tecnologías, sobre todo donde el ambiente y la sociedad son muy vulnerables. Para asegurar un cambio justo y equitativo hacia la sostenibilidad, es necesario incluir puntos de vista que identifiquen y cuestionen estas relaciones de poder.

4. *Falta de metodologías participativas en el desarrollo de IA*

A pesar de los progresos en ciencia ciudadana, diseño tecnológico conjunto y prácticas colaborativas, las grandes empresas y universidades del norte del planeta (EE.UU. Europa) lideran el desarrollo de la IA. Las comunidades impactadas por problemas socioecológicos a menudo solo actúan como usuarios finales, sin participar en la definición de problemas, el diseño de modelos o la validación de resultados.

La falta de inclusión disminuye la validez y utilidad de las soluciones técnicas. También ignora el conocimiento local que podría mejorar el proceso (Temper et al., 2015). Existe una carencia en la integración de métodos participativos y comunitarios en el desarrollo de la IA ambiental. Llenar este vacío es clave para que la tecnología sea más democrática y transparente, promoviendo la responsabilidad compartida entre creadores y usuarios.

V. CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones recogen los aprendizajes y recomendaciones principales del análisis sobre la IA, la justicia ambiental y la sostenibilidad.

Estas ideas recalcan la importancia de encarar los problemas tecnológicos desde lo legal, social y ecológico, con el fin de promover un progreso tecnológico justo, democrático y respetuoso con el medio ambiente.

Para confrontar los retos y peligros que la IA presenta en el entorno socioecológico, es preciso examinar las normas y los métodos de administración. Se debe asegurar que todos los participantes importantes estén incluidos. La valoración de la IA no debe apoyarse solo en su utilidad técnica o en datos numéricos. Es necesario adoptar una perspectiva completa que tome en cuenta los impactos socioambientales a lo largo de la existencia de la IA. Este desarrollo debe adjuntar la obtención de minerales para la producción de dispositivos, así como la formación, el uso y la eliminación o el reciclaje de las tecnologías. Esta idea ayuda a encontrar y reducir los daños, como el impacto ambiental y las desigualdades sociales, al adjuntar principios de imparcialidad ambiental y sostenibilidad en cada etapa, desde el diseño hasta la implementación de la tecnología.

La justicia algorítmica debe entenderse como una idea que se aplica a muchos niveles: local, nacional e internacional. En el nivel local, es clave que las comunidades perjudicadas participen de forma activa en el diseño y la supervisión de las tecnologías. A nivel nacional, se deben crear reglas que aseguren la honestidad, el seguimiento y la responsabilidad. A nivel internacional, es clave reconocer las diferencias en el poder entre los países en cuanto al avance tecnológico, para buscar una distribución justa de los beneficios y las obligaciones, evitando que el poder se concentre y asegurando que haya soberanía tecnológica y justicia en todo el mundo.

Los datos que se toman de los territorios, sobre todo de comunidades vulnerables, deben ser vistos como bienes comunes protegidos por la ley. Para ello se necesita establecer medios legales que frenen la apropiación de datos sin permiso ni beneficios compartidos, asegurando que la comunidad tenga el control y pueda decidir sobre la tecnología. Las leyes deben fomentar la consulta libre, previa e informada, y asegurar que los datos se manejen de forma que se respeten los derechos colectivos y culturales, evitando nuevas formas de despojo.

Para que las tecnologías de IA sean legítimas, la forma en que se gestionan debe incluir la participación real de diversos grupos sociales, en especial aquellos que han sido marginados. Desde el punto de vista legal, esto implica crear reglas que aseguren los derechos a participar de manera importante, la claridad y transparencia de los algoritmos y formas efectivas de rendir cuentas. La gestión debe ser integradora, reflexiva y adaptable, impulsando un control democrático que una el avance tecnológico con los valores sociales y ambientales, reforzando así la confianza de las personas y la justicia social.

El derecho debe dirigirse hacia reglas flexibles y adaptables que respondan de forma adecuada a la incertidumbre y los peligros propios de las

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 85-120
https://doi.org/10.18543/ed.3576 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

tecnologías que están apareciendo. Tomando como base el principio de precaución, estas reglas deben proteger los bienes comunes importantes y promover la capacidad socioecológica de recuperarse, adaptarse y transformarse ante los problemas que surjan en los sistemas sociales y naturales. Esto requiere integrar procesos de evaluación continua, participación de la comunidad y ajustes en las reglas que permitan gestionar la complejidad y el cambio constante de la tecnología y el medio ambiente.

Solo si hay un marco legal unido que combine la justicia ambiental, social y algorítmica, se podrá construir una inteligencia artificial que verdaderamente ayude a la sostenibilidad y la igualdad en todo el mundo. Esto exige situar la eco-sostenibilidad como un principio prioritario en todas las fases de avance tecnológico, impulsar la diversidad de conocimientos, reconocer los derechos de la naturaleza y asegurar que los pueblos puedan decidir sobre su propia tecnología. Así, la IA puede cambiar de ser una herramienta de explotación y tecnocrática a un instrumento que impulse la libertad y que promueva sociedades más democráticas, integradoras y respetuosas con el medio ambiente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Attfield, R. (2010). La ética ambiental y la sostenibilidad global. En Ética ambiental y políticas internacionales, 69–87. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); enlace web: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000148678_spa.locale=es

Camastra, F. y González, R. (2025). Inteligencia artificial, sostenibilidad e impacto ambiental. Un estudio narrativo y bibliométrico. Región Científica, 4(1), 2025355. doi: https://doi.org/10.58763/rc2025355

Crawford, K. (2021). Atlas of AI: Power, politics, and the planetary costs of artificial intelligence. Yale University Press.

Doshi-Velez, F., & Kim, B. (2017). Towards a rigorous science of interpretable machine learning. arXiv preprint arXiv:1702.08608; doi: https://doi.org/10.48550/arXiv.1702.08608

Escobar, Arturo. 1995. Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World. Princeton, NJ: Princeton University Press; enlace web: https://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/09/Encountering_Development-The-Making-and-the-Unmaking-of-the-Third-World-by-Arturo-Escobar.pdf

Folke, C., Carpenter, S.R., Walker, B., Scheffer, M., Chapin, T., & Rockstrom, J. (2010). Resilience Thinking: integrating Resilience, Adaptability and Trnsformability. Elogy and Society, 15 (4). Article 43; enlace web: https//edepot.wur.nl/174936

Franklin, Ursula M. The Real World of Technology. Rev. ed. Toronto, Ont.: House of Anansi Press, 2004; enlace web: https://ms.z-library.sk/book/2364185/de6a85/the-real-world-of-technology.html

Gabrys, J. (2016). Practicing, materialising and contesting environmental data. Big Data & Society, 3(2). doi: https://doi.org/10.1177/2053951716673391

Meadows, D. H., Meadows, D. L., Randers, J., & Behrens III, W. W. (1972). The limits to growth: A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind. Universe Books; enlace web: https://archive.org/details/limitstogrowthre00mead

Mejías, U.A & Couldry, N. (2019). "Colonialismo de datos: repensando la relación de los datos masivos con el sujeto contemporáneo". Virtualis, 10 (18), 78-97, ISSN 2007-2678.

McQuillan, D. (2022). Resisting AI: An anti-fascist approach to artificial intelligence. Bristol University Press; doi: https://doi.org/10.51952/9781529213522

Raji, I. D., & Buolamwini, J. (2019). Actionable auditing: Investigating the impact of publicly naming biased performance results of commercial AI products. In Proceedings of the AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '19) (pp. 429–435). Association for Computing Machinery; doi: https://doi.org/10.1145/3306618.3314244

Reichstein, M., Camps Valls, G., Stevens, B. et al. Deep learning and process understanding for data driven Earth system science. Nature 566, 195–204 (2019) doi: https://doi.org/10.1038/s41586-019-0912-1

Rolnick, D., Donti, P. L., Kaack, L. H., Kochanski, K., Lacoste, A., Sankaran, K., ... & Bengio, Y. (2019). Tackling climate change with machine learning. arXiv preprint arXiv:1906.05433; doi: https://doi.org/10.48550/arXiv.1906.05433

Schlosberg, D. (2007). Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature. Oxford University Press: enlace web: https://www.referat.am/library/34/58e350c41ae37.pdf

Schlosberg, D. (2011). Justicia ambiental y climática: De la equidad al funcionamiento comunitario. Ecología Política, (41), 25–35.

Schlosberg, D. and Collins, L.B. (2014). From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. WIREs Clim Change, 5: 359-374. doi: https://doi.org/10.1002/wcc.275

Schwartz, R., Dodge, J., Smith, N. A., & Etzioni, O. (2020). Green AI. Communications of the ACM, 63(12), 54–63; doi: https://doi.org/10.1145/3381831

Slack, D., Hilgard, S., Jia, E., Singh, S., & Lakkaraju, H. (2020). Fooling LIME and SHAP: Adversarial attacks on post hoc explanation methods. In Proceedings of the AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '20) (pp. 180–186). Association for Computing Machinery. doi: https://doi.org/10.1145/3375627.3375830

Temper, L., del Bene, D. & Martinez-Alier, J., (2015). "Mapping the frontiers and front lines of global environmental justice: the EJAtlas", Journal of Political Ecology 22(1), 255-278. doi: https://doi.org/10.2458/v22i1.21108

Vinuesa, R., Azizpour, H., Leite, I. et al. The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. Nat Commun 11, 233 (2020); doi: https://doi.org/10.1038/s41467-019-14108-y

IDENTIDAD NACIONAL, NÚCLEO CONSTITUCIONAL EUROPEO E INTANGIBILIDAD DE LOS FUNDAMENTOS COMUNITARIOS. UNA MIRADA AL FUTURO DE LA UNIÓN

National Identity, the European Constitutional Core and the Intangibility of the Union's Foundations: A Look into the Future of the European Union

Alejo Martínez Quiñones[1]
Investigador predoctoral (FPU)
Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración
Universitat de València. España
https://orcid.org/0009-0006-0260-7553

https://doi.org/10.18543/ed.3577

Fecha de recepción: 25.10.2025
Fecha de aceptación: 02.02.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

Se analizan la evolución y tensiones en torno a la noción de identidad constitucional en el marco de la Unión Europea, partiendo del artículo 4.2 del Tratado de la Unión y de su invocación por los tribunales constitucionales nacionales frente a la primacía del derecho comunitario. Se examina el surgimiento de una identidad constitucional europea sustentada en valores fundamentales –dignidad humana, democracia, Estado de derecho y derechos fundamentales– que, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y sobre todo tras los pronunciamientos en relación con Polonia y Hungría, se aproxima a adquirir un carácter inderogable e intangible, y se contrasta con las identidades nacionales, destacando los conflictos normativos que suscita.

[1] Email: alejo.martinez@uv.es

Finalmente, se aborda la construcción doctrinal de un principio de indisponibilidad de los fundamentos comunitarios como mecanismo destinado a salvaguardar la arquitectura constitucional de la Unión frente a riesgos bien internos o bien derivados de su futura ampliación.

Palabras clave

Identidad constitucional, identidad nacional, núcleo constitucional europeo, intangibilidad constitucional, contralímites.

Abstract

This article examines the evolution and tensions surrounding the notion of constitutional identity within the framework of the European Union, with special attention to Article 4.2 TEU and its invocation by national constitutional courts against the primacy of EU law. It explores the emergence of a European constitutional identity, grounded in fundamental values such as human dignity, democracy, the rule of law, and fundamental rights, which has been progressively consolidated by the Court of Justice as an intangible and non-derogable core. The study contrasts this supranational identity with national constitutional identities, highlighting the normative and political conflicts that arise, particularly in the cases of Poland and Hungary. Finally, it advances a doctrinal proposal for a principle of non-disposability of the Union's constitutional foundations, aimed at safeguarding the EU's constitutional order against both internal challenges and those arising from future enlargements.

Keywords

Constitutional identity, national identity, European Union, Court of Justice of the European Union (CJEU), Rule of law, European constitutional core, constitutional intangibility; European integration, counter-limits.

Sumario: I. Introducción. II. Tradición e identidad constitucionales. 1. Una aproximación a la noción de identidad. 2. Identidad nacional e identidad constitucional. III. El despertar de la identidad para los tribunales constitucionales y la construcción de un doble relato. IV. Identidad constitucional nacional… y europea. V. Identidad comunitaria *versus* nacional: la definitiva acogida por el tribunal de justicia de un núcleo jurídico ¿intangible? En los casos de Polonia y Hungría. VI. Sobre la indisponibilidad de lo intangible. Una propuesta de construcción doctrinal para hacer efectiva la intangibilidad de los fundamentos comunitarios. VII. Conclusiones (y una reflexión sobre la ¿posible? inconvencionalidad de las normas convencionales). VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

"Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados"[2]. Con esta claridad, el Tribunal de Justicia sentenciaba el pasado 16 de febrero de 2022 una intrincada problemática que había persistido durante décadas en la doctrina y, en parte, también en su propia jurisprudencia. Por fin, la jurisdicción comunitaria reconocía la existencia de un núcleo jurídico europeo inderogable frente a toda actuación procedente de los Estados miembros, y lo aplicaba severamente frente a Hungría y Polonia por su alejamiento del valor común Estado de derecho. Sin embargo, con ello ha desdoblado inevitablemente una cuestión, la identitaria, que si ya era por sí misma compleja ahora ha de serlo doblemente en aquello que se refiere al proceso de integración europea.

De un lado, la construcción de la Unión ha planteado tradicionalmente importantes desafíos para los Estados en términos de soberanía, preservación de sus tradiciones constitucionales y supremacía del derecho europeo. En este contexto debemos ubicar el concepto esencial del presente trabajo, el de identidad constitucional, consagrado en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE en adelante) como límite frente al proceso de integración e invocado por no pocos tribunales constitucionales para reafirmar la primacía de determinados principios estructurales de sus sistemas. De otro

[2] Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE) de 16 de febrero de 2022, *c. Hungría* (C-156/21) y *c. Polonia* (C-157/21).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 121-158
https://doi.org/10.18543/ed.3577 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

lado, y de la mano del Tribunal de Justicia, irrumpe ahora una suerte de identidad constitucional europea, de elaboración compleja, asentada sobre valores como la dignidad, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, resistente frente a cualquier intento de elusión o de reforma procedente del derecho interno y no lejana a lo que en la teoría constitucional podría calificarse como intangible.

Como es inevitable, la coexistencia entre identidades nacionales e identidad supranacional genera un espacio de fricción, en el que se perfila una tensión jurídica y política entre la profundización del proyecto europeo y el respeto a las esencias constitucionales de los Estados, cuya resolución requerirá alcanzar un razonable equilibrio entre integración y pluralismo. Por añadidura, y como se verá, a pesar de que desde el año 2022 contamos —definitivamente, pues antes ya pueden encontrarse algunos precedentes en esta construcción— con una noción de identidad constitucional europea, pueden identificarse en la práctica de la Unión algunos supuestos en los que su transgresión ha corrido a cargo de las propias instituciones comunitarias, así como imaginar su posible repetición en un futuro.

Ante este estado de cosas, el presente trabajo se estructura necesariamente a lo largo de tres ejes: el primero de ellos, destinado a encarar aquellas cuestiones que afectan a la identidad constitucional de los Estados y a su papel en las dinámicas de integración; el segundo, al análisis de la identidad constitucional que, análogamente, ya se postula respecto de la propia Unión Europea y se sostiene como invulnerable e irreformable; y el tercero, al intento de construcción de una noción propia, la indisponibilidad de los fundamentos comunitarios, capaz de hacer frente a conculcaciones de la identidad europea procedentes del propio derecho de la Unión, en especial a raíz de su ampliación mediante la incorporación de nuevos Estados de fuerte identidad —sobre todo en lo nacional o lo religioso—, cuyas singularidades las instituciones europeas pueden tener la tentación de acoger y salvaguardar en su derecho —y, ya se avanza, en algún caso lo han hecho ya, creando un espinoso precedente a reeditar—.

II. TRADICIÓN E IDENTIDAD CONSTITUCIONALES

1. *Una aproximación a la noción de identidad*

Los latinos llamaban *identitas* a la "cualidad de ser lo mismo". Término que, lógicamente, construían sobre la base de "lo mismo" o *idem*. De aquí tomó el castellano nuestra actual palabra identidad, en la que el sufijo "dad" indica cualidad o estado: la cualidad de ser lo mismo (Corominas i Vigneaux, 1980). Sin embargo, la evolución del término es notable hasta el día de hoy: si originalmente se empleaba para referirse a la igualdad absoluta entre dos

cosas, hoy permite también aludir a la permanencia del ser a través del tiempo, a la autodefinición de una persona o grupo o al conjunto de características que la distinguen; y no es de olvidar el marcado sentido que, en relación con los pueblos y las naciones, cobra desde el siglo XIX[3] —tanto en la línea schmittiana, de identificación a través de las semejanzas externas con los demás, como en la freudiana, relativa al proceso psíquico de pertenencia a un conjunto (Von Bogdandy, 2005, p.14)—.

Como se ve, la identidad no es algo cerrado ni de lectura unívoca, y no ha de extrañar atendiendo a lo complejo de la realidad a la que se trata de poner nombre y definir. Tal es la óptica que trataré de reflejar al abordar una encrucijada que el derecho constitucional ha debido afrontar en los últimos tiempos, primero en el plano nacional y luego en el comunitario. El proceso de irrupción de la misma en el plano sociológico debemos quizás encontrarlo en la obra de ERIKSON (1959) y en el avance de la identidad común o colectiva como objeto de estudio científico. A ello no ha sido ajeno, por supuesto, el ámbito jurídico, que se ha visto implicado en al menos dos dinámicas claras: de un lado, el elemento identitario se haría necesario para la predisposición a la observancia legal; de otro, y a la inversa, la existencia de determinados institutos, principios o valores, especialmente los de tipo constitucional, coadyuvaría a la conformación de una identidad común bien arraigada.

Comenzando por esto último, nos transporta a lo que en el ámbito sociológico se ha denominado *identidad a través de la Constitución*. Parece claro que existe una interdependencia entre una norma fundamental y la autodefinición del individuo en la sociedad, sobre todo desde el punto de vista de algunos roles, mandatos o contenidos axiológicos consagrados en ella. Sin embargo, e invirtiendo la ecuación, existe más discusión acerca de la importancia de la identidad como base para la conformación no ya de un cuerpo que profese un sentimiento de comunidad más o menos intenso, que parece innegable, sino de una entidad político-normativa en un sentido estricto —es decir, la incógnita reside en si resulta necesaria una conciencia común para la observancia de un ordenamiento determinado—. Los estudios desarrollados en los últimos años nos permiten indicar preliminarmente que la respuesta es, por lo general, afirmativa[4], y que podemos hablar de una identidad colectiva

[3] Tales son, en efecto, algunas de las acepciones recogidas en la 23ª Edición del *Diccionario de la lengua española* editado y elaborado por la Real Academia Española.

[4] *Vid*., en relación con una predisposición a la obediencia de las normas gracias a la identidad compartida, Isensee, 1995: 115-116. Otros autores se refieren a presunciones jurídicas de identidad, afirmando que la identidad colectiva puede ser útil para la capacidad de constitución y resistencia de una comunidad político-jurídica (Von Bogdandy, 2004: 27). Deben apuntarse aquí también las tesis habermasianas alrededor de la categoría del *ethnos*, que identificaría los elementos fundamentales de la realidad prepolítica de una

en un sentido jurídico, en particular constitucional. Ahora bien: su ámbito, en principio, se circunscribirá al Estado soberano, dotado de una norma fundamental que lo articula políticamente y que es adoptada en ejercicio de tal soberanía. No ha escapado a la doctrina, sin embargo, sobre todo a aquella más europeísta, la consecuencia que puede derivarse de la exportación de este modelo al ámbito comunitario: desde los inicios del proceso de integración, muchos han creído que una identidad europea podría convertirse en un elemento determinante para permitir a la Unión formar de verdad una comunidad política sólida. En este marco debemos situar los intentos de las instituciones europeas en los últimos tiempos por construir un proyecto identitario común. Puede adelantarse ya su resultado: a tenor de los últimos pronunciamientos, hoy parece posible hablar de una identidad constitucional tanto nacional —en las páginas consecuentes se abordarán todos los matices de este vidrioso concepto— como europea. Entremos, pues, en ello.

2. *Identidad nacional e identidad constitucional*

En el derecho europeo las identidades nacionales tienen una de sus más relevantes plasmaciones en la proclamación de que "la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional" (art. 4.2 del TUE). Esta previsión, una de las pocas que con carácter expreso podemos encontrar en el derecho escrito, exhorta a las instituciones europeas a guardar una deferencia mínima hacia el elemento nacional en cuestiones de especial sensibilidad. Algunos autores han identificado en ella una garantía que, desde su creación, alejaría a la Unión de constituirse en una verdadera federación o comunidad político-nacional (Mouton, 2009, pp. 409-410). Pero, ¿a qué se refiere el Tratado cuando habla de *identidad nacional*?

La primera referencia importante debe encontrarse en el Tratado de Maastricht, que la incorporó al derecho primario (art. F, apartado 1º) —no se trata, sin embargo, de la primera vez que apareció, pues ya estaba presente en una Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno sobre la identidad europea de 14 de diciembre de 1973 que más tarde abordaremos—. Así, el surgimiento del término es coetáneo al de "Unión Europea" y al de "ciudadanía europea", y perseguía en un inicio compensar la influencia de ambos (Cruz Villalón, 2013, p. 503) No obstante, y quizás con la finalidad de colmar la falta de precedentes en relación con la cuestión identitaria, a medida que fue la reforma del derecho de los Tratados fue avanzando pueden encontrarse añadidos a la dicción apuntada: el Tratado de Ámsterdam (art. 6) añadió a la cláusula el inciso "cuyos sistemas de gobierno se fundan en los principios democráticos",

sociedad preexistente, sin los cuales sería imposible hablar de un momento constitucional que necesariamente se inspirará en ellos (Herrero de Miñón, 2019: 428).

y el actual tenor nos ofrece las últimas claves, de entre las que, por ahora, interesa destacar el siguiente extremo: "[identidad] inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos" (art. 4.2).

Así pues, parece claro que la identidad nacional adquiere una connotación política, que trata de homogeneizar sobre la base de fundamentos democráticos las estructuras constitucionales de los Estados miembros o, al menos, de exigir un mínimo común en esta línea —en realidad, el de unos Estados materialmente constitucionales (*ibid*., p. 504)—. Por ello, la doctrina acostumbra a emplear indistintamente las nociones de identidad nacional y constitucional[5], y así lo hace también el propio Tribunal de Justicia[6]. Sin embargo, no se trata de la única interpretación posible de la identidad, motivo por el cual ha de enfatizarse el papel de la Unión Europea a la hora de fortalecer su orientación constitucional frente a otras concepciones más esencialistas o nacionalistas. Adicionalmente, no debe perderse de vista que la identidad aludida en los Tratados encontrará su base y límite, a pesar de la voluntad uniformadora, en la derivada de las normas fundamentales nacionales, bien de modo directo o bien a partir de las formas y procedimientos en ellas establecidas (Von Bogdandy, 2005, p. 30). Así las cosas, parece posible apuntar que, bajo estas premisas, el derecho constitucional adquiere hoy una nueva faceta, superando por objeto único aquello que RUBIO LLORENTE denominó la forma del poder (Rubio Llorente, 2012) y desplazando en cierto modo su clásica caracterización, presente desde los años cincuenta, como una disciplina cerrada y agotada en sus rasgos esenciales (Von Bogdandy, 2005, p. 31).

Es sabido que el auge del proceso identitario encontró uno de sus mayores impulsos en el intento, a mitad camino entre lo convencional y lo constitucional[7], de dotar a la Unión de una conciencia colectiva políticamente más arraigada: a través de lo que pretendió articularse como una retórica próxima a lo constitucional, el Proyecto de Constitución europea de principios de siglo desembocaba en la construcción de una propia identidad comunitaria, emancipada de las nacionales y susceptible de incurrir en fricciones con las mismas. En primer término, trataba de lograrse mediante la identificación de un pasado compartido llamado a vertebrar un sentimiento de comunidad —y en

[5] Sin embargo, algunos autores se han posicionado en contra de este uso como sinónimos, como Martinico y Pollicino, 2020: 228-249. A favor, de entre todos, los distintos trabajos contenidos en Fernández-Miranda y Olaya, 2024.

[6] No debe confundirse, en todo caso, este concepto con la categoría de soberanía, aunque la misma, como a continuación se verá, esté implícita en los preceptos apuntados y guarde estrecha relación con la identidad.

[7] Sobre el mismo pueden verse los múltiples trabajos contenidos en Garrido *et al.*., 2004.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 121-158
https://doi.org/10.18543/ed.3577 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

él tuvieron cabida, a tenor de los Preámbulos, desde Tucídides y la Antigua Grecia hasta las dolorosas experiencias de la Segunda Guerra Mundial—. La retórica del texto se inclinaba, además, por un entendimiento estricto de la identidad constitucional, al hablar de "Constitución" —también de "Tratado", intentando mantener un equilibrio y dejando abiertas ambas vías futuras de concreción— y emplear cierta terminología de corte estatal —"ley" o "democracia"— (Von Bogdandy, 2004, p. 47) para procurar su asunción en el discurso público comunitario. Adicionalmente, y en claro ejercicio de la *manifestfunktion* (Frankenberg, 2001, pp. 513 y ss.), la proyectada Constitución europea incorporaba una serie de valores —los mismos que antes hemos citado— y de objetivos destinados a apuntalar un sentimiento de pertenencia ciudadana, e incluía un conjunto de normas que procuraban fortalecer la identidad a través de la participación política.

Como es sabido, este intento fracasó. Sin embargo, quizás pueda entenderse que no lo hizo desde el punto de vista de la escalada de identidades que, junto con otros objetivos, perseguía. Pocas pruebas pueden ser más claras que el estado de cosas heredado del Tratado de Lisboa, que los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia han terminado de decantar. Ello hace ver que, en realidad, la naufragada Constitución europea sí supuso por sus consecuencias un antes y un después que, ya asumido en el marco lisboeta, ha hecho culminar los esfuerzos de las instituciones comunitarias por establecer una identidad compartida a través del derecho primario.

III. EL DESPERTAR DE LA IDENTIDAD PARA LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN DOBLE RELATO[8]

A la escalada identitaria no han sido ajenas, como se ha dicho, las cortes constitucionales de los Estados miembros. Tampoco lo ha hecho, en paralelo, el Tribunal de Justicia, y en este sentido CRUZ VILLALÓN ha llegado preguntarse si, dadas las divergencias jurisprudenciales que se derivan de los entendimientos contrarios de la identidad constitucional por parte de aquéllas y éste, el propio concepto no carecería en sí mismo de identidad: en ocasiones, la dificultad para encontrar un diálogo entre tribunales en este ámbito es alta[9], y al menos en apariencia, el sentido y función que uno y otras han otorgado a esta noción jurídica parece excluyente. Sin embargo, es necesario desgranar el asunto para poder comprobar si realmente es así:

[8] Ha de hacerse notar que la noción de "doble relato" es de Cruz Villalón, 2013, y es acuñada a mi juicio con tanto acierto que considero adecuado conservarla en esos términos.

[9] *Ibid.*: 502-503.

1. *La identidad desde las jurisdicciones nacionales*

Por lo general, la hermenéutica que los tribunales constitucionales han realizado del artículo 4.2 TUE[10] puede describirse del siguiente modo: ante la necesidad de interpretar las nuevas cláusulas introducidas por el Tratado de Lisboa, y aunque abandonando ciertamente la clave soberanista o estatalista hasta entonces imperante y sustituyéndola por la de la identidad constitucional, las cortes se han erigido en guardianas de la idiosincrasia de sus normas fundamentales frente al derecho comunitario; o, dicho de otra forma, de su singularidad constitucional y de la potestad originaria de sus Estados.

El primer pronunciamiento hay que encontrarlo en el año 2006 y corresponde al Consejo Constitucional francés, que tras un largo periodo de perfil bajo en el marco del diálogo entre tribunales (Burgorbue-Larsen, 2022, p. 413) señaló con claridad que "la transposición de una directiva no puede ser contraria a una norma o a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo con el consentimiento del constituyente"[11]. Su presidente se había referido ya en aquellas fechas, en similares términos, a la identidad "esencial de la República". A partir de entonces daba arranque no sólo la batalla por hacer valer la singularidad constitucional, sino también la reivindicación de la última palabra en su interpretación en tanto que objeto de estudio compartido. En este sentido, y de un modo muy significativo, el Tribunal Constitucional de la República Checa sostuvo desde un inicio su competencia para interpretar y hacer valer la identidad como *ultima ratio* en caso de una invasión de los valores constitucionales procedente del ordenamiento comunitario o de actuaciones *ultra vires* de la Unión[12]. Sin embargo, el establecimiento de un control de identidad[13] alcanzaría su exponente más trascendente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Hasta el año 2009 eran varios sus precedentes sobre esta materia[14], de entre los que

[10] Tomada en un sentido literal del artículo 5 del Tratado constitucional, texto que a la par que caminaba en la construcción identitaria garantizaba el respeto a "las funciones esenciales del Estado".

[11] Decisión del Consejo Constitucional núm. 2006-540, de 27 de julio.

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 26 de noviembre de 2008.

[13] *Vid*. Cruz Villalón, 2013: 508.

[14] Es el caso de las sentencias *Mangold*, del TJUE, al que le había valido amplias críticas entre los constitucionalistas alemanes, y *Lisboa*, de la corte germana y en relación con la entrada en vigor del Tratado homónimo, que había señalado la existencia de límites inmanentes a la integración sobre la base de la identidad constitucional, intangible con base en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental. Respectivamente, STJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04), c. *Mangold* y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009, *Lisboa*.

destaca la sentencia *Honeywell*[15]: inicialmente llamada a apartarse de la línea establecida por el Tribunal de Justicia, la corte de Karlsruhe únicamente matizó el alcance de su doctrina previa, adoptando una posición moderada que, en el marco de un cierto control del respeto de la identidad constitucional alemana por parte del derecho de la Unión, abría la puerta a la compartición de las competencias interpretativas: "de forma previa a una apreciación de actuación ultra vires por parte de los órganos e instituciones de la Unión, debe darse al TJUE la oportunidad, por la vía de una cuestión prejudicial […], de interpretar y decidir sobre la validez de la actuación en cuestión".

Es fácil apreciar una contradicción entre esta jurisprudencia alemana y la de otras cortes europeas: por ejemplo, la del ya citado Tribunal Constitucional checo, que alcanzó su culmen con la sentencia europea *Landtovà*[16] y su correlativa nacional[17] que declaró la actuación *ultra vires* del Tribunal de Justicia, entendiendo que había excedido los poderes que la República Checa había conferido a la Unión. También es patente una línea más próxima a la germana, pero no idéntica, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, que ha apostado prioritariamente por una construcción de la identidad a través del diálogo con el Tribunal de Justicia, reconociendo las raíces europeas del ordenamiento estatal e interpretándolas en armonía con el derecho comunitario en orden a una mutua integración[18] —aunque esto es algo que en ocasiones el Tribunal Constitucional Federal ha refutado en favor de un entendimiento más cerrado de la cuestión, haciendo descansar la *ultima ratio* de su argumentación en el principio democrático y en su única posible realización en el marco del Estado nacional, en el que la identidad constitucional se manifiesta[19]—. En fin, otros tribunales han desarrollado concepciones más excluyentes en este ámbito, como el caso húngaro, en el que se ha redefinido la identidad nacional como un concepto estanco, al margen de todo diálogo europeo, motivando incluso la reforma constitucional que en el año 2018 encomendó su defensa y la de la cultura cristiana a todos los órganos estatales (artículo R.4).

En cualquier caso, y como es sabido, este entramado interpretativo se torna más complejo cuando, frente a las cortes nacionales, el Tribunal de Justicia ha llegado a arrogarse la competencia para interpretar en cada caso la identidad constitucional en tanto que categoría del derecho comunitario:

---

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 6 de julio de 2010, *Honeywell*.

[16] STJUE de 22 de junio de 2011 (C-399/09), c. *Marie Landtovà*.

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa, de 31 de enero de 2012, *K. H.*

[18] *Vid*. STJUE de 5 de diciembre de 2017 (C-42/17), c. *M.A.S. y M.B., Taricco II*.

[19] *Vid*. Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012, *República Italiana c. Alemania.*

2. *La no coincidente visión del Tribunal de Justicia de la Unión. Las tradiciones constitucionales comunes tras el Tratado de Lisboa: contralímites y ¿límites a los contralímites?*

En una primera lectura de la misma, el Tribunal tendió a hacer uso de la identidad constitucional para analizar supuestos de restricciones de derechos, acudiendo a ella en la ponderación y teniéndola en cuenta como un factor más a tal efecto[20]. Ello le ha dado "carta de naturaleza" (Cruz Villalón: 2013, pp. 510-513) como un elemento interpretativo más en el marco del examen de proporcionalidad, relativizándolo a pesar de su aparente importancia: sobre esta base, y sin perjuicio de reforzar el componente nacional en la interpretación del derecho comunitario, se atendería a la identidad principalmente en lo que ataña a tan estrechas circunstancias. Ante esta tesitura, parece lógico pensar que nos encontramos ante una disputa interpretativa en relación con un precepto único, el artículo 4.2 TUE, y que quizás la lectura *prima facie* más natural del mismo sea la que realizan los Tribunales Constitucionales, acudiendo a él en defensa de la singularidad de sus ordenamientos frente a la aplicación del ordenamiento europeo —aunque ya no con base en la soberanía o la estatalidad[21], sino en el propio derecho primario—. Por contra, la hermenéutica del Tribunal de Justicia parece hacer de tal cláusula un elemento más operativo o cotidiano y, por tanto, restar eficacia a la capacidad de las cortes nacionales para oponer resistencias a dicha aplicación.

Desplazada la pugna parcialmente, pues, a la cuestión de los derechos y libertades garantizados en el seno de la Unión, no debe olvidarse una última categoría jurídica: la de las "tradiciones constitucionales comunes" a los Estados. El Tratado de Lisboa se refiere a ellas como "parte del Derecho de la Unión como principios generales", condición que también adquieren los derechos fundamentales en los términos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.3 TUE). Adicionalmente, referencia a los

[20] Algunos de estos casos pueden encontrarse en *Omega* —en relación con la dignidad y la libre prestación de servicios en el mercado interior—, *Ilonka zu Sayn-Wittgenstein* y *Runevic-Vardin* —libertad de circulación— u *O'Brien* —igualdad de trato y no discriminación—. Respectivamente, STJUE de 14 de octubre de 2004 (C-36/02), c. *Omega,* STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-209/09), c. *Ilonka zu Sayn-Wittgenstein,* STJUE de 12 de mayo de 2011 (C-393/10), c. *Runevic-Vardin*, STJUE de 1 de marzo de 2012 (C-393/10), c. *O'Brien*.

[21] La misma se aprecia muy claramente, por ejemplo, en la ya señalada sentencia *Lisboa*, en la que el Tribunal Constitucional Federal afirma: "la identidad de la Constitución, que no cabe delegar ni integrar (art. 79.3 de la Ley Fundamental), encuentra correspondencia en el deber que impone el Derecho de la Unión de respetar el poder constituyente de los Estados miembros en tanto que «señores de los Tratados». En el marco de su competencia, al Tribunal Constitucional Federal le corresponde controlar […] que estos principios (los del art. 79.3) sean respetados".

ordenamientos de los Estados miembros como fuentes del derecho de la Unión la encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales, que en su artículo 52 preceptúa que "en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones". Y en fin, el artículo 67.1 del Tratado de Funcionamiento proclama que "la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros".

En todo caso, puede ya anticiparse que una interpretación sistemática del TUE ha permitido al Tribunal de Justicia encontrar en las previsiones de su artículo 6 un límite a lecturas abusivas de la identidad nacional procedentes de los Estados[22] e ir más allá de la mera ponderación: con el tiempo, y superando sus esquemas iniciales, la cuestión de las tradiciones constitucionales le ha servido para cimentar una jurisprudencia de algún modo oponible a la conocida como *doctrina de los contralímites*[23] —desarrollada por las cortes constitucionales para afianzar su papel en la defensa de los principios básicos del ordenamiento nacional frente a la penetración del derecho de la Unión—[24].

[22] Sobre esta cuestión *vid*. García Roca y Bustos Gisbert, 2022, en especial las conclusiones de la obra respecto de la relación entre las identidades nacional y europea.

[23] Sobre la misma, *vid.* entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974, *Solange I*; sentencia de la Corte Constitucional italiana de 17 de diciembre de 1973, *Controlimiti*; sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993, *Maastricth*; sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, *Lisboa*; sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 11 de mayo de 2005, *The Polish Accession Judgment*; sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 13 de enero de 2012, *Landtová*; sentencia de la Corte Constitucional Danesa núm. 15/2014, *Ajos*. Sobre la evolución de esta doctrina *vid*. Romboli, 2017, con ocasión de STJUE de 8 de septiembre de 2015 (C-105/14), c. *Taricco*, aunque teniendo presente el posterior recaer de STJUE de 5 de diciembre de 2017 (C-42/17), c. M.A.S. y M.B., *Taricco II*.

[24] En este sentido, la doctrina recuerda la capacidad de una identidad entendida en estos términos para entablar límites al ejercicio del poder comunitario y ofrecer resistencia a las mutaciones constitucionales derivadas del principio de primacía (Roca Fernández, 2022), estableciendo un núcleo resistente a toda integración —también se desprende de las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70), *Solange I* y de 12 de abril de 1984 (C-345/82), *Solange II*—. Ejemplos de ello podemos encontrarlos en instituciones o valores considerados constitucionalmente emblemáticos y definitorios de la identidad estatal: para muchas naciones, el carácter de República; en el caso francés, la laicidad estatal; o incluso las disposiciones en materia de ortografía y forma de los apellidos —SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09), cit., en relación con la Ley de abolición de la nobleza austriaca del año 1919, y de 12 de mayo de 2011 (C-391/09), cit., en relación con la ortografía nacional frente a la rusa—; además, destaca el caso búlgaro en relación con la concepción de la familia —14 de diciembre de 2021 (C-

En esta construcción ha tenido un peso importante, sobre todo, el conjunto de valores proclamados en el derecho primario –esencialmente en el artículo 2 del TUE–, que han facilitado el entendimiento de que la noción de tradición constitucional supone quizás una cláusula más abierta que la de identidad constitucional, pues encuentra su razón de ser en la protección de los derechos y sobre esta base permite al Tribunal construir una "comunidad de cultura constitucional" a través de la "confluencia básica entre la[s] identidad[es] constitucional[es]"[25].

Y lo que es esencial: cada tradición constitucional deberá ser identificada por el Tribunal de Justicia, que determinará su condición de común y le otorgará el singular tratamiento de principio general diferenciado del resto del derecho de la Unión. Además, la Corte va incluso más allá de la cuestión de los valores. Frente a la doctrina de los contralímites cabría oponer también una lectura conjunta (Lazari, 2022, pp. 126 y 132[26]) de los artículos 4.3 –"conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados"–, 6.1 –"la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea […], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados"– y el propio 6.3 TUE –tampoco debe olvidarse el compromiso de adhesión al CEDH del art. 6.2–; lectura capaz de situar en el centro de un conjunto (*Kadi I*[27]) los derechos fundamentales afirmados por las Constituciones, mínimo nivel de protección (art. 53 CDFUE) y estándar conforme al cual interpretar la Carta (art. 52.3).

Así pues, y por tanto, sólo en este conjunto y con arreglo a estos parámetros cabría entender, como uno de los diversos elementos que la integran, la identidad de los Estados miembros, por más que, a pesar de la voluntad de diálogo demostrada por Cortes como la italiana a través de la cuestión prejudicial, la posición del juez constitucional en la defensa de las cuestiones que han de ver con los fundamentos del orden político nacional será por naturaleza siempre sólida –como igualmente, en el ámbito de aplicación del

490/20), c. *Pancharevo*—; y especialmente claro resulta, en fin, el supuesto húngaro al reconocer expresamente al cristianismo en su norma fundamental como elemento integrador de la identidad constitucional.

[25] Conclusiones en STJUE de 16 de junio de 2015 (C-62/14), c. *Peter Gauweiler y otros*.

[26] Asimismo recuerda que, en ocasiones, los Abogados Generales han inferido del artículo 4.3 TUE una obligación de respeto a la identidad y estructura constitucional nacionales.

[27] *Vid*. SSTJUE de 3 de septiembre de 2008 (C-402/05 y C-415/05), c. *Kadi I*; de 8 de abril de 2014 (C-293/12 y C594/12), c. *Digital Rights*; y de 16 de julio de 2020 (C-311/18), c. *Schrems II*.

derecho de la Unión, la última interpretación de la identidad constitucional la tendrá el Tribunal de Justicia (Roca Fernández, 2022), circunstancia que está llamada a reforzar el carácter relacional de la misma y a invitar al diálogo entre jurisdicciones–. En cualquier caso, no escapará a nadie que lo que de aquí se hace derivar es, en realidad, una paralela y autónoma identidad europea, un salto argumental cimentado sobre la base de lo que es común a las identidades y tradiciones constitucionales de los Estados, pero que cambia el estado de cosas hasta aquí abordado.

IV. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL... Y EUROPEA: A LA CONSTRUCCIÓN DE UN NÚCLEO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO

Queda claro, pues, que las naciones que componen la Unión Europea constan de una identidad constitucional que la misma reconoce y protege en su derecho primario. La cuestión que ahora debe resolverse es la de la fundamentación de una identidad paralela que, como se ve, ya es categoría jurídica de uso efectivo en el ámbito comunitario. O, en otros términos, ha de esclarecerse cómo y por qué se ha replicado, junto a las identidades nacionales, una identidad normativa de la propia Unión. Ya se ha apuntado que la cuestión estaba presente en el debate público desde mucho tiempo atrás del Tratado de Lisboa –en particular desde el año 1973, aunque quizás resulte adecuado entender que su planteamiento en términos jurídicos nazca en los años ochenta y hasta entonces la identidad postulada fuera más de tipo cultural[28]–. Pero lo cierto es que el contexto surgido tras aquél ha hecho propicio su abordaje y, en todo caso, ha supuesto una revolución en este ámbito, como se desprende de las más de veinte sentencias que han fundado su decisión en la identidad constitucional con posterioridad a 2009, frente a las escasas cuatro recaídas en las décadas previas.

El punto de partida, pues, es la identidad de los propios Estados y sus tradiciones democráticas comunes, de las que bebe la Unión y con las que mantiene una interdependencia. Aunque el argumento más poderoso para rechazar la existencia de una identidad constitucional comunitaria residiría seguramente en sostener que la Unión Europea carece de Constitución, creo que ello puede ser refutado con base en tres razonamientos: en primer término, y si se tiene presente que la identidad de los Estados se corresponde con sus estructuras políticas fundamentales –junto con elementos de tipos histórico y cultural que han dejado un poso esencial en la construcción de su sistema jurídico–, parece claro que se trata de cuestiones igualmente predicables del entramado institucional comunitario (Roca Fernández, 2024). En segundo, no parece necesario

[28] *Vid*. García Ortiz, 2021: 139-162.

constar de una norma fundamental al uso para poder gozar de identidad constitucional, como se desprende, por ejemplo, del caso del Reino Unido, que demuestra que no existe una única fórmula válida. Y en fin, aun en el caso de que la misma existiera, no todos sus elementos constitutivos resultarán explícitos, ni tampoco todos sus contenidos intangibles: baste con pensar que si las normas constitucionales de los Estados miembros pueden encontrar márgenes implícitos de irreformabilidad, la misma podría predicarse también de los tratados de la Unión, y que en tal caso sería difícil negar la existencia de un núcleo que constituya la verdadera identidad de su ordenamiento.

1. *La irreformabilidad de los Tratados como punto de partida*

Del tenor de los textos fundacionales de la Unión no se desprende la existencia de límite alguno en su reforma, que pueda configurarse como una cláusula de intangibilidad expresa. Esta última cuestión ha sido suficientemente estudiada y la doctrina es abundante: son los casos, por ejemplo, de SCHMITT, al señalar que la reforma constitucional procederá sólo bajo el supuesto de que quedaran garantizadas la identidad y la continuidad de la norma fundamental considerada como un todo (1996, p. 119), o de LOEWENSTEIN, al referirse a la existencia de límites tanto explícitos como implícitos para modificarla (1982, pp. 189 y ss.), que responderán bien a interdicciones constitucionales expresas o bien a valores esenciales, inherentes e irrenunciables que determinen una prohibición de reforma.

En realidad, conocidas son las tesis de este último autor acerca de la noción de Constitución material, caracterizada en esencia por una división y contrapeso efectivos entre poderes, un preestablecimiento del procedimiento de reforma constitucional y un reconocimiento de esferas de autodeterminación individual bajo la forma de derechos y libertades fundamentales (*ibid*., pp. 152-154). En este marco, no toda reforma será posible en tanto que en algunos casos se enfrentará con intangibilidades expresamente articuladas para la protección de instituciones constitucionales concretas –es el caso del artículo 79.3 de la Ley Fundamental– y, en otros, éstas se desprenderán del espíritu o *telos* constitucional como límites inmanentes a la reforma. Aunque Loewenstein identifica sus primeras postulaciones en el renacimiento del derecho natural alemán y, en particular, en la escuela vienesa kelseniana, a día de hoy su reconocimiento es más generalizado, e incluso el Tribunal de Karlsruhe ha señalado expresamente la existencia de una jerarquía de valores entre las normas constitucionales germanas[29], algunos de los cuales, los más trascendentales, constituirían su contenido ideológico esencial.

[29] Al respecto puede verse también Maunz, 1959.

Lo cierto es, por tanto, que las tesis de Loewenstein han encontrado continuidad y que al menos una parte de la doctrina ha defendido la noción de identidad constitucional como límite implícito a la reforma de la norma fundamental. En este sentido, algunos autores han identificado disposiciones o principios no expresamente proclamados en la Constitución, pero latentes en ella, como líneas rojas al poder de reforma[30], mientras que otros han defendido que en toda Constitución podemos advertir un núcleo definidor de su identidad (De Cabo, 2003, p. 41) y un compromiso con unos valores mínimos (Carbonell, 1998, p. 264). De una lectura del artículo 48 TUE, único precepto regulador de la modificación del derecho primario, se concluye la ausencia de todo límite expreso a su reforma. Sin embargo, parece lógico entender, esencialmente a partir de los valores y principios fundamentales del derecho de la Unión, y en la línea apuntada, que sí existiría un núcleo convencional inmutable o al menos incorruptible, ni aun por la vía de la reforma, sin el cual el propio ordenamiento comunitario devendría irreconocible y quedaría desnaturalizado[31]:

2. *Antecedentes y fuentes de un núcleo constitucional europeo: una idea doctrinal y prudentes pero progresivos pasos jurisprudenciales*

Al margen de algunas declaraciones políticas que manifestaron la intención de las primeras autoridades comunitarias de alcanzar una identidad colectiva, la cuestión que ahora nos ocupa encuentra su verdadera génesis en la doctrina y es deudora de las posiciones habermasianas del patriotismo constitucional[32], que incardinan en la centralidad del texto fundamental y de sus valores el elemento amalgamador de una comunidad política (Cruz Mantilla de los Ríos, 2022, p. 166) De este modo, ha sido la Academia el lugar donde con más ímpetu y profundidad se ha impulsado el concepto de identidad constitucional europea y se han postulado diversas de sus vertientes, hasta el punto de que el Tribunal de Justicia las haya por fin apuntalado con sus más recientes pronunciamientos.

En realidad, la construcción doctrinal la hemos abordado ya casi en su totalidad. Conviene sobre todo hacer hincapié en los valores compartidos como su principal elemento vertebrador, cuya elevación a base axiológica de la Unión y de sus instituciones permite compartir una identidad que, reconociendo y respetando la nacional, convive con ella. Sus fuentes han de encontrarse en los preámbulos de los textos de derecho primario, de singular valor interpretativo, que proclaman valores como la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado de Derecho –calificados como universales y como

[30] *Vid*. Sáchica, 1999.

[31] Esta vía la abrieron en la doctrina europea, entre otros, Da Cruz y Piçarra. 1993.

[32] *Vid*. Habermas, 1989. Igualmente es de citar en este ámbito Sternberger, 2018.

principios a los que la Unión se adhiere–, la dignidad y los derechos invioalables, la solidaridad, la paz y la seguridad. Del mismo modo, en los preámbulos se contienen alusiones a la intención de alcanzar una realidad política común, aunque ya es sabido que tales previsiones tratan de cohonestarse expresamente con el respeto a la historia, cultura y tradiciones de los Estados[33]. A estos valores podrían añadirse los proclamados en el cuerpo de los Tratados, como los del artículo 2[34], y también algunos de los principios generales del derecho de la Unión que proceden del diálogo entre las normas nacionales y las europeas o, mejor dicho, de la integración de aquéllas en éstas (Lazari, 2022, pp. 101 y ss.).

En cualquier caso, las construcciones doctrinales deben verse refrendadas en la actuación jurisdiccional. Dado lo espinoso del asunto y la no escasa tensión que en algunos momentos ha sostenido con las cortes constitucionales nacionales, suele creerse que el Tribunal de Justicia no ha encontrado la ocasión de apuntalar este camino hasta un momento muy tardío. Sin embargo, la penetración de la construcción identitaria puede encontrarse en realidad desde hace décadas en su jurisprudencia, aunque la misma se haya ido consolidando a paso lento y de forma paulatina. A día de hoy, la existencia de esta categoría jurídica es indubitada a raíz de los casos húngaro y polaco, pero los escenarios previos que debió resolver el Tribunal escapaban a una realidad lo suficientemente clara como para afirmarla expresamente. Es por ello que, con cierta prudencia pero también con claridad, la labor de construcción de una identidad constitucional ha requerido de numerosos y progresivos pronunciamientos.

Aunque lógicamente la afirmación del efecto directo y de la primacía resultaron paso previo indispensable[35], el esbozo inicial de la cuestión puede encontrarse en el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/1991, de 14 de diciembre, por medio del cual analizó la compatibilidad de los Tratados con el acuerdo para la creación del Espacio Económico Europeo. Para ello,

[33] Esta es una cuestión que preside incluso el propio lema de la Unión, "Unidad en la diversidad", que quizás sea la mejor forma de resumir la identidad europea.

[34] En este sentido, reconocerá expresamente el TJUE en sentencia de 10 de diciembre de 2018 (C-621/18), c. *Andy Wightman y otros* la existencia de una red de valores que "se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente […] a los mismos], de modo que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás […] tales valores".

[35] Por cuanto se refiere al primero, sentencia de 5 de febrero de 1963 (C-26/62), c. *Van Gend & Loos*. En relación con el segundo, sentencia de 15 de julio de 1964 (C-6/64), c. *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* La primacía del derecho europeo se predica desde entonces frente a la ley interna, lo que implica, como más adelante confirmaría la sentencia de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), c. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, que el juez nacional deba inaplicarla en cada caso concreto si la misma incurre en una contravención de aquél.

identificó al sistema judicial comunitario como un elemento esencial del derecho de la Unión, en tanto que garante de su aplicación y observancia, diferenciando así entre el "derecho primario ordinario" y los "propios fundamentos de la Comunidad" (Cruz Mantilla de los Ríos, 2022, p. 172), que serían jerárquicamente superiores al resto del derecho originario y, por tanto, irreformables a pesar de la reforma de éste (Passchier y Stremler, 2016, p. 348) –es claro el paralelismo con la línea antes apuntada del Tribunal Constitucional Federal en punto a los valores–. En realidad, no se trataba de la primera vez que el Tribunal de Justicia acudía a esta expresión, pues también lo había hecho, en relación con los principios de igualdad y de primacía, en *Defrenne*[36] y *Simmenthal*[37], pero sí del pistoletazo de salida de una línea jurisprudencial que una vez en marcha ya no se detendría. Tuvo ocasión para respaldarla al abordar el acuerdo mediante el que se pretendió constituir un Tribunal europeo de patentes con competencias para interpretar y aplicar el derecho comunitario, y a través del Dictamen 1/2009, de 8 de marzo, declaró que el sistema previsto por el artículo 267 TFUE –regulador de la cuestión prejudicial–, y en consecuencia las atribuciones de los tribunales nacionales y del propio Tribunal de Justicia, resultaban esenciales para la preservación "de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados". Y también con el Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre, al rechazar la adhesión comunitaria al CEDH, salió en defensa de "las características específicas de la Unión y de su Derecho", de entre las que subrayó, como parte de una estructura normativa específica, las disposiciones convencionales sobre sus instituciones (arts. 13 a 19 TUE) y en particular el principio de atribución de competencias.

De estos tres pronunciamientos podría derivarse, de este modo, una suerte de núcleo constitucional europeo[38] a partir del que, como veremos a continuación, podría proclamarse una capacidad de resistencia frente a toda reforma. Además, el Tribunal no se ha posicionado únicamente a través de dictámenes sobre esta cuestión, pues en otros casos lo ha hecho mediante sentencias, identificando los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos fundamentales como bases fundacionales del ordenamiento europeo, como en *Kadi II*[39], punto de no retorno para un entendimiento de la identidad comunitaria como límite –o contralímite "a la europea", o incluso "contra-contralímite", si se me permite– frente a la conculcación de derechos procedente de otros ordenamientos jurídicos y, más extensiblemente, frente la conculcación de los elementos esenciales del sistema de la Unión.

[36] STJCE de 8 de abril de 1976 (C-43/75), c. *Defrenne*.
[37] STJUE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), cit.
[38] *Vid*. Sarmiento, 2013: 177-204.
[39] STJUE de 3 de septiembre de 2008 (C-402/15 P y C-415/05 P), c. *Kadi II*.

V. IDENTIDAD COMUNITARIA *VERSUS* NACIONAL: LA DEFINITIVA ACOGIDA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE UN NÚCLEO JURÍDICO ¿INTANGIBLE? EN LOS CASOS DE POLONIA Y HUNGRÍA

La argumentación hasta ahora analizada alcanza su culmen dialéctico con los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en relación con los Estados polaco y húngaro, que no sólo vienen a constatar las consideraciones apuntadas respecto de la identidad europea sino que, por añadidura, las enfrentan y delimitan en relación con la que, como se ha dicho, puede considerarse la otra cara de una misma moneda: la identidad constitucional de los Estados miembros. Estos pronunciamientos, relativos a la condicionalidad vinculada a la ejecución de los fondos europeos para Polonia y Hungría[40], pivotan sobre el artículo 2 del TUE y asumen el rol que el artículo 19.1 exige del Tribunal de Justicia –cuya importancia ya hemos apuntado desde la óptica de la salvaguarda de la identidad constitucional comunitaria–. Nos encontramos ante una construcción reforzada de los valores de la Unión, que además hace uso de la interpretación, ya sentada con anterioridad a estas sentencias[41], de que el artículo 49 del Tratado exige el cumplimiento constante de las obligaciones asumidas por los Estados miembros, en particular el respeto a los valores europeos, para poder disfrutar de los derechos inherentes a su condición de tales.

La relevancia de estos pronunciamientos estriba, en primer término, en asumir expresamente, al fin, la noción de identidad constitucional europea, asunción que justifican en que "los valores que recoge el artículo 2 han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten", definiendo así la identidad de la Unión "como un ordenamiento jurídico común" que ésta debe estar en condiciones de defender "dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados". En segundo término, suponen un notable avance respecto de *Kadi II*, pues superan el estricto ámbito de la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales. Además, ahora se proyectan

[40] Se trata de un conjunto de pronunciamientos judiciales, de entre los que conviene destacar SSTJUE de 16 de febrero de 2022 (C-156/21), *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* y de 16 de febrero de 2022 (C-157/21), *Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*; pero también de 16 de noviembre de 2021 (C-748/19 a C-754/19), *W.B.*; de 15 de julio de 2021 (C-791/19), *Comisión Europea c. Polonia*; de 2 de marzo de 2021 (C-824/18), A.B.; y de 22 de marzo de 2022 (C-508/19), *M.F.*

[41] SSTJUE de 20 de abril de 2021 (C-896/19), *Reppublika*, que constató el principio de no regresión en la tutela de derechos, y de 18 de mayo de 2021 (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C 397/19), *Asociaţia Forumul Judecătorilor din România*.

frente al plano de los Estados miembros, particularmente en relación con la cláusula de identidad nacional.

Por otro lado, caracterizan perfectamente el juego conjunto de los artículos 2 y 4.2 del TUE, que tantas dificultades había suscitado hasta ahora: rechazado que el primero suponga una proclamación política de carácter meramente intencional o retórico –en tales términos se habían pronunciado los tribunales constitucionales polaco y húngaro, atribuyéndoles la limitada condición de simples valores–, hacen nacer del mismo obligaciones vinculantes para los Estados y le otorgan un papel orientativo y limitador de la cláusula de la identidad nacional, rechazando así cuantas interpretaciones abusivas de la misma puedan escudar un incumplimiento del valor Estado de Derecho. De este modo, y a través de una defensa decidida del diálogo judicial (Lazari, 2022, p. 130) –en él entrarán ahora en juego, además, el artículo 1 del Tratado, al apostar por una unión cada vez más estrecha de los pueblos europeos, el 3.3, al proclamar el respeto a la riqueza en que consiste la diversidad cultural de los Estados miembros, o el principio de atribución de competencias garantizado en el 4.1–, el Tribunal no solo sale al paso de quienes, desde un discurso iliberal, se muestran contrarios a la efectividad de la cláusula del artículo 2, sino que también cierra la puerta a las interpretaciones de quienes vierten sus críticas sobre el artículo 4.2, al que achacan suponer una cláusula lo suficientemente ambigua e irrestricta como para permitir el éxito de tal discurso[42].

[42] En este sentido, merecen destacarse, algunas de las argumentaciones más esenciales del Tribunal: "[…] el artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que [...] forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común, valores que se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros" (STJUE de 16 de febrero de 2022 (C-156/21), cit., apartado 232). "[…] aun cuando, como se señala en el artículo 4 TUE, apartado 2, la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, de modo que disponen de cierto margen de apreciación para garantizar la aplicación de los principios del Estado de Derecho, de ello no se deriva en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro" (ap. 233). "Los Estados miembros, aun teniendo identidades nacionales distintas, inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, que la Unión respeta, se adhieren a un concepto de «Estado de Derecho» que comparten, como valor común a sus propias tradiciones constitucionales, y que se han comprometido a respetar de forma continuada" (ap. 234). "[…] Aunque es cierto que el [...] Reglamento impugnado no detalla los principios del Estado de Derecho que menciona, no es menos cierto que el considerando 3 [...] recuerda que los principios de legalidad, seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo, tutela judicial efectiva y separación de poderes [...] han sido objeto de una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo mismo sucede con los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación […]" (ap. 236).

Podemos ya, por tanto, desgranar algunos de los elementos constitutivos de la identidad constitucional de la Unión Europea, al menos aquellos sobre los que hasta ahora existen pronunciamientos judiciales que los hayan identificado expresamente o, en su defecto, doctrinales lo suficientemente rigurosos: de un lado, el más desarrollado ha sido el principio de Estado de Derecho, que a su vez comprende los de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, tutela judicial efectiva y separación de poderes, principios a los que los Estados miembros se adhieren con una obligación de resultado –lo mismo podría decirse de los de igualdad y no discriminación–. De otro, ha sido común entre los autores apuntar la democracia representativa como uno de los fundamentos identitarios del ordenamiento europeo[43], así como la justicia social y, genéricamente, los derechos humanos. En el caso de estos últimos, su carácter vinculante ha hecho innecesaria una construcción jurisdiccional capaz de darle el valor material que, a diferencia de los valores del artículo 2, ya tenían (Roca Fernández, 2024). Por añadidura, parece innegable que los elementos históricos y culturales también constituyen un poso importante de la identidad europea, aunque su incardinación normativa resulte más difícil.

VI. SOBRE LA INDISPONIBILIDAD DE LO INTANGIBLE. UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL PARA HACER EFECTIVA LA INTANGIBILIDAD DE LOS FUNDAMENTOS COMUNITARIOS

1. *Una mirada al futuro de la Unión Europea y a sus posibilidades de ampliación al Este del continente. El singularísimo caso griego y el estatuto confesional del Monte Athos como posible precedente a replicar*

Hasta aquí, dos cuestiones parecen claras: los Estados miembros gozan de identidades nacionales que la Unión Europea reconoce y protege, mas la misma consta también de una identidad capaz de entrar en conflicto con elementos jurídicos procedentes de aquéllos y amenazantes de vulnerar el núcleo más esencial del derecho comunitario –máxime si se trata de tutelar derechos bajo un estándar común compartido–. Así las cosas, y si ya se han abordado los casos de Hungría y Polonia, en los que el Tribunal de Justicia ha sabido hacer valer la identidad comunitaria para imponer el respeto al valor Estado de Derecho, debemos sin embargo reparar en que no siempre ha sido así, pues es posible identificar algún caso en el que en el propio seno de las instituciones europeas se ha infringido el núcleo constitucional.

[43] Por ejemplo, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2023). "Identidad constitucional, reforma constitucional y democracia militante", *Justicia*, vol. 28, núm. 44, pp. 127–146.

El más relevante, a mi juicio, debemos encontrarlo en la incorporación de Grecia a una Unión Europea que, por medio de anexo al Tratado de adhesión de la República Helénica, se comprometió a respetar el estatuto jurídico de uno de sus sujetos territoriales, el Monte Athos, región de carácter teocrático en la que, como se verá, muchos derechos fundamentales se excepcionan por expresa permisión constitucional. De este modo, lo que en un principio podría parecer una anomalía en el espacio comunitario está hoy amparada por el ordenamiento de la Unión y, además, ha pasado a formar parte de él, no sólo en el señalado tratado sino también en el derecho derivado y en el plano de la financiación, pues esta región recibe fondos europeos para su mantenimiento y cuenta con privilegios aduaneros y fiscales.

En griego *Agion Oros*, esto es, Monte Santo, se trata de un territorio de 335 kilómetros cuadrados cuya trascendencia religiosa ha determinado la concesión y mantenimiento, durante casi mil años, de un estatus jurídico único en la actualidad[44]: centro espiritual del monaquismo desde la Edad Media y núcleo de resistencia frente al cesaropapismo, cobró especial importancia durante la guerra de independencia helénica, ya que fue en él donde se declaró la secesión en 1821. De este modo, su relevancia no solo es grande en lo espiritual, sino también en lo político, pues goza de un especial simbolismo en la construcción de la identidad nacional griega. Ello ha motivado la preservación de un estatus jurídico de consenso que contiene algunas particularidades profundamente polémicas desde el punto de vista de la garantía de los derechos y que, sin embargo, a pesar de las protestas formales emitidas por algunos europarlamentarios frente a la situación hace ya dos décadas[45], ha recibido muy poca atención más allá de la doctrina griega[46].

[44] La doctrina ha señalado esta especial circunstancia, que en cierto modo se ha intentado equiparar con la de la Santa Sede y el Estado de la Ciudad del Vaticano, aunque en el caso que nos ocupa no media el derecho internacional público, pues el Monte Athos carece de personalidad jurídica internacional. En estos términos, se califica a ambos como "dos situaciones históricas y jurídicas atípicas" en Margiotta *et al,* 1997: 104.

[45] Es el caso de la Resolución de 4 de septiembre de 2003 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en cuyo punto 90 se censuraban las disposiciones penales que castigan la entrada de mujeres al Monte y se instaba su derogación. También del *Informe Izquierdo Rojo* sobre "Las mujeres y el fundamentalismo", y del *Informe Joke Swiebel* sobre "La situación de los Derechos Humanos de la Unión Europea", aprobado por una mayoría muy amplia de la Cámara, que recordó la financiación del territorio con fondos europeos para su preservación. Igualmente, el de algunas preguntas formuladas a la Comisión Europea que subrayaron que el Monte es Patrimonio de la Humanidad de la UNESCO y que las limitaciones de acceso impiden al común de la sociedad disfrutar de sus bienes culturales. La respuesta de la Comisión, sin embargo, fue la de hacer valer los instrumentos de adhesión que protegen el estatuto del territorio.

[46] En efecto, la doctrina internacional es escasa, desactualizada y normalmente no jurídica. En el ámbito español, con carácter monográfico encontramos casi únicamente a

Constituyendo un *nomos* o provincia más de la República Helénica, el instrumento fundamental que lo rige es su Carta Estatutaria, una norma de naturaleza mixta, confesional y civil (Tarodo Soria, 2015, p. 246), elaborada para la recopilación del derecho atonita, que encontró reconocimiento en la legislación estatal en lo que no distó demasiado, a pesar del ejercicio de soberanía griega sobre una parte de su territorio, de un acto bilateral de mutuo reconocimiento de facultades y prerrogativas en lo confesional y lo civil. Este estatuto, que recibe la calificación jurídica de *Politeia* o República Monástica –lo que ha llevado a la doctrina a sostener que se trata del único sistema teocrático sito en territorio de la Unión Europea (*ibid*., p. 299)–, encontraría posteriormente amparo en las sucesivas Constituciones desde 1927 –el artículo 105 de la actual ampara con rango constitucional el contenido de la Carta Estatutaria–. Así pues, podría pensarse que nos encontramos ante una suerte de "Comunidad autónoma confesional" (Bonet Navarro, 2005, p. 101), esto es, una más de las divisiones administrativas del Estado helénico, aunque con totales facultades de autoadministración debido al peculiar y diferencial fenómeno religioso que en ella concurre, que limita fuertemente la dependencia administrativa respecto del Estado –representado en el territorio por un gobernador y únicamente con competencias en materia de seguridad y orden público–.

Pero vayamos a lo esencial: el texto constitucional acoge expresamente algunas de las disposiciones más complejas de la Carta en materia de derechos, pues en primer término proclama que "se prohíbe la morada de personas heterodoxas o cismáticas". Por añadidura, en tanto que la población del Monte es únicamente masculina, pues todos sus habitantes son monjes ortodoxos, y en orden a la preservación de la tradición monástica, su regulación interna afecta severamente a la libertad deambulatoria y proscribe la entrada de mujeres –la legislación estatal impone una pena de prisión de dos a doce meses para cuantas mujeres contravengan la prohibición de acceso[47]– "de acuerdo con las costumbres inmemoriales"[48], limitando la permanencia de los varones cristianos no ortodoxos, que deberán someterse a previsiones específicas[49].

Bonet Navarro, 2005. Es de destacar también su tratamiento previo, aunque no monográfico, en Landete Casas, 2004.

[47] Artículo 43.b) del Decreto Ley 2623/1953/A 268.

[48] En concreto, la prohibición de entrada a las mujeres se remonta a la Carta constitucional de 1045, que prohibía tajantemente la entrada de cualquier mujer (humana, animal o icono). La justificación estriba en una causa estrictamente religiosa, pues la tradición reconoce al Monte –también denominado «el Jardín de la Virgen»– su carácter sagrado por haber sido visitado por la Virgen María, lo que ha conducido al impedimento de la entrada de cualquier otra mujer.

[49] Con arreglo a su artículo 176, habrán de "presentarse ante la Santa Epistasia para solicitar la autorización de visitar los monasterios y sus dependencias", además de [...]

Adicionalmente, en el Monte se proscribe el derecho de asociación, y se limita severamente la libertad de conciencia y religiosa, a lo que debe sumarse la obligatoriedad de confesar las propias creencias para acceder a él. En lo que se refiere a la tutela judicial y al proceso equitativo, quedan conferidos a los tribunales atonitas, sin posibilidad de acudir en última instancia a la jurisdicción estatal, sino en su caso al Sínodo del Patriarcado Ecuménico –sin perjuicio de que en materia penal la competencia corresponda únicamente a los tribunales ordinarios–.

Pues bien: el estatuto del Monte, que ha sido acogido y salvaguardado de un modo muy singular en el derecho comunitario, plantea interrogantes sobre la posibilidad de reeditar este modelo en caso de ampliación de la Unión al Este del continente, donde a través de sus particularidades constitucionales los Estados que aspiran a formar parte de ella podrían hacer valer ciertos elementos políticos, culturales o religiosos –especialmente aquellos de corte ortodoxo o musulmán– enfrentados con lo que con tanto empeño se ha apuntalado hoy como núcleo constitucional comunitario, sobre todo en punto a la garantía de los derechos. Al margen de la especial situación de Ucrania, a día de hoy son candidatos para la adhesión Moldavia, Georgia y los especialmente relevantes a nuestros efectos Estados de los Balcanes Occidentales. Por añadidura, recientemente el Parlamento de Armenia habilitó al Ejecutivo a iniciar conversaciones con las instituciones comunitarias para la adhesión. Ante esta tesitura, y sin perjuicio de la posible existencia de propuestas alternativas como la de la Comisión franco-alemana de expertos para el estudio de la reforma de la Unión[50], ha de subrayarse la enorme diversidad identitaria de los países candidatos a la integración y, atendiendo al claro precedente heleno, se hace necesario desplegar algunas reflexiones:

2. *Una encrucijada ¿única? para el ordenamiento europeo*

La cuestión del Monte Athos evidencia que la tensión entre el establecimiento de un estándar común de protección de derechos y la deferencia hacia

contar con un permiso específico del Ministerio de Macedonia y Tracia [...] El número de visitantes diarios no podrá superar las ciento veinte personas, a las que se autorizará a la permanencia durante sólo cinco días [...]".

[50] La misma apuesta por una modificación de los tratados para diferenciar entre un grupo reducido de Estados que firmarían una suerte de acuerdo complementario para integrar un círculo comunitario más estrecho, otro compuesto por aquellos que integrarían genéricamente la Unión, un tercero del que formarían parte países asociados y, en último término, la Comunidad política europea, alcanzando de este modo diversos grados de integración con arreglo a la cultura política de cada Estado. Al respecto, *vid*. Grupo de expertos franco-alemán sobre las reformas institucionales de la UE – Ministerio Federal de Relaciones Exteriores (*idem*).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 121-158
https://doi.org/10.18543/ed.3577 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

las identidades y tradiciones jurídicas de los Estados miembros ha obligado a la Unión a ponderar unas y otras exigencias e incluso, en algunos casos, a entender legítimas determinadas situaciones que, *prima facie*, excederían los límites de garantía europeos[51]. En el ámbito que nos ocupa, además, la atribución de valor normativo al compromiso de respetar el estatuto interno de las confesiones (art. 17 TFUE)[52] parece reconfigurar la relación entre el derecho de la Unión y los ordenamientos nacionales en materia de libertad de conciencia y religiosa, hasta el punto de hacer necesaria una interpretación que la resuelva en favor de uno o de otros (Llamazares Fernández, 2011, pp. 284-285).

Existen posturas que cierran el conflicto otorgando a la regulación estatal la última palabra, sustentadas en el principio de subsidiariedad y en la cláusula de respeto a la identidad nacional, entendiendo que las instituciones europeas renuncian a toda intromisión en esta materia (Robbers, 1996, p. 333). Por el contrario, y apoyándose en el artículo 6 del TUE, otras abogan por dotar de prevalencia al estándar común de garantía de derechos con base en el valor normativo de la Carta, el compromiso de ratificación del Convenio y la garantía de aplicación de las tradiciones constitucionales comunes en su condición de principios generales (Llamazares Fernández, 2011, p. 284). A mi juicio, esta última es la tesis más sólida, pues encuentra sus pilares básicos en los principios de máxima eficacia e interpretación expansiva de los derechos fundamentales –que obligará a una interpretación restrictiva del artículo 17 del Tratado de Funcionamiento (Tarodo Soria, 2015, p. 269)– y de igualdad y no discriminación –una hermenéutica distinta impondría una contradicción entre el TFUE y el resto del derecho de la Unión y, una vez ratificado en bloque como pretendió el derecho originario, también con el CEDH (Fernández-Coronado González, 2012, p. 311)–. De este modo, y pese a resultar razonable entender que la Unión ha renunciado a establecer un régimen jurídico general de relaciones entre confesiones e iglesias y Estado,

[51] En el ámbito convencional la tensión será menor dado el reconocimiento del margen nacional de apreciación: la jurisprudencia del TEDH ha venido poniendo de relieve, en una línea iniciada precisamente a raíz de pronunciamientos recaídos en relación con el Estado helénico –desde *Kokkinakis* c. Grecia, 23 de mayo de 1993–, la gran diversidad existente en el tratamiento jurídico que los Estados otorgan al factor religioso, aunque haciendo respetar siempre, como límite al mencionado margen nacional, un estándar mínimo de garantía sin el que la libertad de conciencia y religiosa se vería, en todo caso, vaciada.

[52] Que acogió de forma expresa el contenido de la Declaración Anexa 11 al Tratado de Ámsterdam, "Sobre el estatuto de las Iglesias y las organizaciones no confesionales". Sobre la penetración del hecho religioso en el ordenamiento europeo *vid.* Landete Casas, 2004: 317-318, al advertir incluso "una sensibilidad más receptiva hacia [sus] especificidades […] que la actualmente habitual entre los legisladores nacionales".

ello no puede desembocar en sostener que deviene incompetente para toda regulación que afecte al fenómeno religioso ni para la garantía de un estándar mínimo de protección de las libertades, a cuyo mantenimiento viene, por el contrario, facultada y obligada, como también el Tribunal de Justicia al interpretar en su jurisprudencia el alcance de los derechos fundamentales.

Al margen de ello, pues es una particularidad de supuesto de identidades nacionales fuertemente marcadas por lo religioso, nos corresponde ahora terminar de dar una respuesta al conflicto que, a tenor de lo hasta aquí planteado, parecen suscitar casos como el helénico en el derecho comunitario. Para ello es necesario atender a una última previsión normativa: como ya se ha dicho, los Tratados han encerrado una gran contradicción, pues el estatuto particular de Athos fue avalado por la Unión gracias a una afilada labor diplomática del Gobierno griego, que logró, a través de su inclusión en el Acta final del Tratado de adhesión, la firma de una Declaración Conjunta de todos los Estados miembros en la que se reconocía el estatuto del Monte, "justificado exclusivamente por motivos de carácter espiritual y religioso" y que la Comunidad aseguraría tener en cuenta "en la aplicación y elaboración ulterior de las disposiciones de derecho comunitario, sobre todo en lo referente a[l...] derecho de establecimiento"[53]. Adicionalmente, la República Helénica ha perseverado en esta línea, garantizando idénticas previsiones en otros textos, como ocurrió con su adhesión a la Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen y en diversos instrumentos de derecho comunitario[54].

3. *Interpretaciones ante un complejo conflicto normativo*

Estatutos jurídicos como el del territorio griego plantean un doble conflicto: de un lado, y como se ha dicho, suponen la limitación o prohibición del ejercicio de no pocos derechos fundamentales por parte de los ciudadanos griegos y comunitarios, y entrañan evidentes discriminaciones. De otro, no resulta controvertido sostener que la regulación particular del Monte tiene

[53] Ello ha sido interpretado por parte de la doctrina como la constatación de un hecho diferencial (Bonet Navarro, 2005: 117), que encuentra especial acogida en la confesionalidad del Estado griego, y que constituiría una norma especial dentro del Derecho comunitario que confirmaría, de un lado, la importancia del factor religioso en el proceso de integración y, de otro, la aptitud de algunas confesiones para defender sus intereses y tradiciones en el ámbito europeo a través de sus Estados, especialmente en un supuesto en el que la legislación interna es tan rotunda en favor del hecho religioso.

[54] Es el caso de la Declaración Anexa 8 al Tratado de Ámsterdam ("Declaración de Grecia relativa a la Declaración sobre el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales"). Igualmente, de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

plena cabida en el sistema constitucional griego, pues como se ha dicho, la norma fundamental helénica acoge cuantas previsiones incorpora la Carta Estatutaria. De este modo, y desde un punto de vista exclusivamente interno, nos encontramos ante una excepción expresa frente a principios constitucionales muy valiosos, que reconoce al territorio un estatuto especial y lo consagra con rango fundamental. Sin embargo, ello no es óbice para apreciar que plantea un conflicto entre la normativa interna y el derecho de la Unión Europea y del Consejo de Europa, y asimismo que origina una antinomia en el propio seno del primero.

En cuanto a la segunda de estas cuestiones, puede resolverse sintéticamente, pues resulta más sencilla: por más que en ocasiones el TEDH acostumbre a ser generoso en el margen de apreciación con aquellos países de religiosidad más marcada, no existe en el Convenio de Roma previsión similar a la analizada en el ordenamiento comunitario, capaz de hacer valer la singularidad religiosa del territorio. Al contrario, la libertad religiosa y de conciencia deben coexistir con el necesario pluralismo en la sociedad democrática –de nuevo, *Kokkinakis* contra Grecia– y no parece existir una justificación de entre las previstas en el artículo 9.2 CEDH. De este modo, creo que el Estado helénico incumple sus compromisos adquiridos con la ratificación del Convenio, y que asimismo los incumpliría la Unión Europea en caso de adhesión común al mismo, pues difícilmente sus previsiones resultarían compatibles con las cláusulas comunitarias abordadas.

Por cuanto se refiere a la primera, cabe partir de la inclusión de cuantas cláusulas reconocieron el estatuto del Monte en los Tratados. De no existir, la particular situación de Athos habría supuesto una clara vulneración de las normas europeas, y para su adhesión el Estado griego se habría visto obligado a la reforma constitucional y estatutaria o al reconocimiento de la independencia del enclave, alterando con ello el futuro territorio de la Unión (Bonet Navarro, 2005, p. 120). Sin embargo, los esfuerzos diplomáticos helenos cristalizaron en una situación jurídica compleja, en la que el estatuto del Monte encontró acogida en el Tratado de adhesión de Grecia –ratificado por instituciones europeas y Estados miembros– y, por ende, pasó a ser parte integrante del derecho primario con el mismo rango que los Tratados constitutivos. A mi juicio, y es lo primero que debe aclararse, ello configura una relación de excepción normativa o incluso una norma especial respecto del acervo comunitario –bien a modo de regla especial frente a regla general o bien de regla frente a principio general del mismo rango–, que a su vez tolera una situación especial sustentada sobre el hecho religioso y encuentra formalmente cabida en el derecho originario, aunque materialmente podría plantear problemas de compatibilidad con otros Tratados, en particular si se tiene presente la equiparación de la Carta a los mismos en 2009, circunstancia que en el momento de la adhesión griega no concurría ni se previó.

Se trata ahora, por tanto, y por último, de resolver esta compleja circunstancia, para cuyo estudio la situación griega creo que resulta un ejemplo notable, pues esboza la difícil tarea de cohonestar la integridad de los fundamentos de la Unión con la acogida en su seno de Estados de tradiciones constitucionales complejas. O, en definitiva, de poner a prueba la intangibilidad del núcleo constitucional europeo hasta ahora descrita.

4. *Sobre la disposición en la práctica de lo que en la teoría no es disponible: hacia la necesidad de un núcleo europeo de indisponibilidad para hacer valer la intangibilidad de los fundamentos de la Unión*

Sentada ya para el Tribunal de Justicia la existencia de un núcleo constitucional comunitario incorruptible frente a la acción de los Estados miembros, y abierto así el camino para su operatividad en el plano de la reforma de los Tratados –que, se sostiene, serían irreconocibles si el mismo quedara derogado–, creo que es posible llevar un paso más allá la argumentación: el de apostar por la existencia de un *núcleo de indisponibilidad* en el ordenamiento europeo, resistente a cualquier actuación de las instituciones nacionales pero especialmente de las de la Unión, paso que concibo como necesaria consecuencia de la señalada inderogabilidad o, en realidad, como su presupuesto lógico.

Ello lo sostengo porque los hechos analizados en relación con el sistema constitucional griego –y los que puedan derivarse de la futura ampliación comunitaria– nos demuestran que la Unión, de la mano con los Estados, ha conculcado en al menos una ocasión ese núcleo constitucional que hoy defiende con ahínco el Tribunal de Justicia. Se ha apuntado ya que *Kadi I* se refirió a un margen de intangibilidad en el ordenamiento europeo, pero no que su planteamiento era el de rechazar las injerencias procedentes de ordenamientos jurídicos internacionales, al señalar que las obligaciones impuestas por pactos de esta clase "no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado [… de la Unión Europea], entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales". El Tribunal se posicionaba de este modo frente a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a las que negaba una automática eficacia apuntalando, con base en el artículo 351 TFUE, unos inderogables *contralímites internacionales* (Cruz Mantilla de los Ríos, 2022, p. 176) cuya defensa se arrogaba. Posteriores sentencias, como hemos visto, hacen referencia a un similar *contralímite comunitario* o frente al derecho nacional. No obstante, ¿qué ocurriría si las vulneraciones de este espacio intangible procedieran del mismo ordenamiento europeo que, precisamente, se trata de hacer inviolable? Dicho en otros términos, ¿puede la Unión Europea disponer discrecionalmente de su propio núcleo constitucional?

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 121-158
https://doi.org/10.18543/ed.3577 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

No es fácil encontrar una respuesta sencilla. En primer término, no se observa por qué si desde *Kadi I* se reconoce un elemento indisponible *ad extra* – bidireccional, hacia sistemas jurídicos internacionales y nacionales– no podría predicarse también *ad intra*, esto es, en el propio seno comunitario. En segundo lugar, no parece razonable entender que, si aun existiendo disposiciones expresas en los Tratados que favorecen la aplicación del derecho internacional (art. 351 TFUE) se han construido límites inderogables frente al mismo, no se alcance un igual nivel de garantía en el caso del propio derecho europeo, a estos efectos autónomo. Adicionalmente, tampoco se atisba la razón por la que, exigiéndose con arreglo al artículo 49 TUE un compromiso continuo de los Estados con el núcleo normativo comunitario para el disfrute de sus prerrogativas, no ocurra lo mismo en el caso de la propia Unión, máxime si, como hemos visto en el caso griego, avala y acoge –y hasta financia– a través de su ordenamiento incumplimientos nacionales de ese compromiso que de otro modo serían radicalmente antijurídicos. Si el Tribunal de Justicia ha exigido una remoción de los obstáculos opuestos por los Estados frente a las que ha identificado como obligaciones vinculantes derivadas del artículo 2 del Tratado, ¿podría repetirse una situación como la del territorio griego en el futuro, fruto de la integración de nuevos países en la Unión?

Llegamos a una inversión de lo que tradicionalmente se ha denominado como *dilema de Copenhague*[55]: el control de la observancia estatal de los valores comunitarios diferirá en función del momento en que haya de realizarse, siendo *prima facie* más intenso en el momento de la adhesión que con posterioridad, pues entonces se presumirá ya una cierta adecuación a los tratados en todo producto emanado del derecho interno. En el caso de Grecia es evidente que ningún control se efectuó en lo tocante a nuestro objeto de estudio, pues la Unión procedió a resguardar sus particularidades por más que se opusieran al derecho comunitario. Si se trata de apuntar una solución, una aplicación de algunos de los criterios adicionales al propio control judicial de los derechos y valores europeos[56] –no ejercitable hasta que la adhesión se ha producido, pero en su misma línea–, podría resultar útil en estos casos, con el fin de frenar la tentación de la Unión de disponer de su núcleo intangible

[55] Ya se ha apuntado antes que la importancia de la ciudad de Copenhgaue es clara desde la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre la identidad europea de 14 de diciembre de 1973, considerado el primer texto en apostar por la construcción de una identidad común. A raíz de esta Declaración se establecieron una serie de criterios, conocidos como "de Copenhague", que revelaban unas exigencias generales para la adhesión de los Estados a la Unión. Con posterioridad, el Consejo Europeo de Copenhague de 1993 estableció los grandes criterios que se consagrarían finalmente en el artículo 49 TUE.

[56] *Vid*. Faraguna, 2016: 492-578.

como hizo en el caso griego: bien podría tratarse de los mecanismos de control no judicial ejercidos a instancia de uno o varios Estados en el marco de las negociaciones de admisión –que encuentran genéricamente su fundamento en el art. 49 TUE–, o bien de un control previo más intenso que el ejercido hasta ahora, en el que se asumieran de forma efectiva los postulados de la identidad constitucional. Y ello sin perjuicio de que, una vez producida la integración, el Tribunal de Justicia se arrogue un papel protagonista con arreglo al artículo 19.1 TUE, haciendo valer las nociones de intangibilidad en el caso concreto.

No se me olvida aludir, de otro lado, a la previsión que efectúa el artículo 17 TFUE. Si bien en lo que se refiere al tratamiento del fenómeno religioso el Tribunal de Justicia acostumbra a respetar la sensibilidad nacional (Lazari, 2022, p. 135) –máxime si tenemos en cuenta su incidencia en la propia identidad de los países (art. 4.2 TUE)–, la deferencia hacia la misma no podrá ser óbice para la general aplicación, con efecto directo y primacía, del derecho comunitario[57]. Por tanto, y si la pregunta es si la ausencia de armonización en la regulación de lo confesional tiene la suficiente entidad como para condicionar o impedir la efectividad del núcleo intangible europeo, la conclusión será negativa, pues creo además que toda intangibilidad –y también a nuestros efectos, por extensión, indisponibilidad– es por definición absoluta y no admite grados o excepciones.

Por todo ello, a mi juicio es razonable sostener que puede reconocerse –sería labor futura del Tribunal de Justicia–, por exigencias inherentes a la existencia misma de un núcleo constitucional de la Unión –jurisprudencialmente ya empleado en defensa del valor Estado de Derecho y de la garantía de los derechos–, un correlativo núcleo indisponible llamado a evitar contradicciones como la descrita en el caso griego, que sitúan en entredicho la aplicación práctica de aquél prevaliéndose del derecho primario. Sólo así sería evitable una "distancia astronómica"[58] entre la cultura constitucional común y la de algunos Estados miembros, que en ciertos supuestos podrá derivarse legítimamente del juego conjunto de los artículos 2 y 4.2 TUE, pero de la que en otros casos, como el del inveterado estatuto del Monte Athos, asumido como propio por la Unión Europea –y cuya legitimidad en el plano nacional no discuto, cuestionando únicamente su encaje comunitario–, dan buena fe.

En fin, y a los efectos de la futura construcción jurisprudencial en la línea que se propone, pueden refutarse eventuales tesis contrarias a la misma: a la idea de que el núcleo constitucional europeo no solo ha de incorporar obligaciones para los Estados miembros, sino también para la Unión, hasta el punto

[57] Conclusiones en STJUE de 14 de marzo de 2017 (C-157/15), c. *Achbita*.

[58] Conclusiones en STJUE de 16 de junio de 2015 (C-62/14), c. *Peter Gauweiler y otros*.

de que los mismos puedan acudir al Tribunal de Justicia en caso de entender que alguna norma europea vulnera la identidad comunitaria (Menéndez Menéndez, 2013: 579), cabría oponer que este entendimiento operaría más bien en el caso de normas de derecho derivado o de actos de aplicación, resultando inconcebible la impugnación de un tratado. Sin embargo, ello no obsta a que en lo alto de la jerarquía normativa se sigan encontrando, como ya ha señalado el Tribunal, los valores fundamentales europeos, por encima del resto del derecho primario. También podría argüirse, desde un punto de vista interpretativo, que la identidad nacional de los Estados permitiría oponer excepciones o derogaciones a reglas generales de ámbito comunitario; pero como recuerda la doctrina, esta posibilidad, que efectivamente existe, encontraría su límite último en la eficacia del derecho comunitario, que aquí se vería en entredicho (Cruz Villalón, 2013, p. 513). E incluso podría entenderse ciertamente que la normatividad constitucional estricta, cimentada durante el siglo XX como uno de los grandes avances del constitucionalismo, no podría ser predicable de una Unión que carece de un texto constitucional formal; sin embargo, ello en nada cambiaría el hecho de que la misma cuenta, según clara jurisprudencia comunitaria, con unos fundamentos normativos inderogables.

Y es que resulta difícil no entender que, al margen de cuestiones de efectividad –esto es, de la difícilmente efectiva existencia de materias intangibles a la libertad pacticia sin la mediación de una indisponibilidad como la que aquí se propone–, ningún sujeto puede disponer de su identidad sin renunciar a ser quien es, pues ésta es constitutiva del mismo; y que, *a sensu contrario*, si la identidad es disponible, quizás ni siquiera exista en realidad. Creo que esta consideración, que probablemente sea muy sencilla de asumir en cuanto a la identidad de los Estados, puede predicarse también *mutatis mutandis* de la propia Unión. Dadas las dificultades señaladas, probablemente la solución a la problemática que analizamos haya de pasar por fortalecer y hacer más exigente el control de los valores europeos con carácter previo a la adhesión, extendiendo al mismo las construcciones desarrolladas por el Tribunal de Justicia en relación con la identidad constitucional comunitaria[59]. En caso

[59] Tal sería a mi juicio el planteamiento más coherente con el entendimiento de que los criterios de Copenhague, que están llamados a reforzar los elementos integrantes de la identidad constitucional europea, exigen una ausencia de contradicción con la de los Estados que aspiran a formar parte de la Unión. Quizás para algunos una concepción rigurosa de estas tesis condujera a sostener la imposibilidad de que aquélla admita en su seno a algunos de los mencionados países orientales, de fuerte acento religioso o nacionalista, aunque como se ha visto tal no ha sido hasta ahora su posicionamiento, en tanto que les reconoce formalmente el estatus de candidatos a la incorporación. De ser ese el caso, probablemente la única solución posible sería la que propone, como se ha apuntado antes, la Comisión franco-alemana de expertos para el estudio de la reforma de la Unión.

contrario, sólo quedaría acudir, en una línea de razonamiento ciertamente más imaginativa, a las tesis de BACHOF para sostener que, ante tratados como el griego, nos encontramos ante *normas convencionales inconvencionales*.

VII. CONCLUSIONES (Y UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA ¿POSIBLE? INCONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS CONVENCIONALES)

El cariz de estas últimas páginas es el de conclusión, pero también el de reflexión final. De un modo somero cabe quizás concluir lo evidente: la evolución del concepto de identidad constitucional, inicialmente ligado a la noción de identidad nacional, ha experimentado un notable desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el contexto de la integración europea. Tan es así que, a partir de las previsiones del artículo 4.2 TUE, los Estados miembros han construido interpretaciones propias sobre la defensa de sus elementos fundamentales frente al derecho de la Unión, a menudo reivindicando el control último de sus principios estructurales a través de sus tribunales constitucionales. Esta construcción, sin embargo, ha generado una tensión evidente con la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia, que tiende a entender dicha identidad como una cláusula de equilibrio sujeta a diálogo y no como una barrera infranqueable.

Así las cosas, la consolidación de un doble relato –por un lado, el de las jurisdicciones nacionales; por otro, el del TJUE– ha dado lugar a una arquitectura jurídica compleja, que oscila entre el respeto a la pluralidad constitucional y la afirmación de un orden común europeo. Confío en que el análisis efectuado haya puesto de relieve que, aunque subsiste una aparente contradicción entre ambas narrativas, en el fondo existe, al menos en el caso de algunos países, una voluntad compartida de preservar ciertos valores esenciales; voluntad que, como se ha visto, se manifiesta a través de las denominadas "tradiciones constitucionales comunes", que a estos efectos facilitan un espacio de confluencia entre los distintos ordenamientos jurídicos.

En segundo término, y en paralelo a ello, se ha abordado de manera sistemática el nacimiento y consolidación de una identidad constitucional comunitaria, concebida como un núcleo intangible de valores, comunes y resistentes frente a cualquier tentativa de modificación o vulneración por parte de los Estados. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha resultado clave en este proceso, especialmente a partir de los casos húngaro y polaco que han permitido afirmar la existencia de un orden europeo sustentado en principios como la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Esta consolidación no sólo refuerza el carácter vinculante de tales valores, sino que también proyecta un nuevo equilibrio entre el respeto a las

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 121-158
https://doi.org/10.18543/ed.3577 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

identidades nacionales y la defensa de los fundamentos axiológicos comunitarios, dotados de normatividad propia y respaldados por mecanismos jurídicos efectivos que han permitido a la Unión reclamar para sí un papel activo en la salvaguarda de su propia arquitectura normativa.

Y en fin, creo que lo exigible en estas últimas páginas es enfatizar las respuestas que un conflicto como el que nos ha ocupado puede obtener para su aceptable resolución. A mi juicio, son sólo dos, y una de ellas posiblemente no pueda calificarse sino como un último –y algo rebuscado– recurso interpretativo, pues pienso que no resulta del todo sólida si se pretende alcanzar una argumentación definitiva: de un lado, debe profundizarse jurisprudencial y doctrinalmente en la construcción de una indisponibilidad de los fundamentos comunitarios, y a tal efecto este estudio ha tratado de esbozar algunas pautas. En este sentido, se ha desgranado la posibilidad de construir, más allá de la noción de intangibilidad, un auténtico margen de indisponibilidad de los fundamentos de la Unión que opere no sólo frente a los Estados miembros, sino también frente a las propias instituciones europeas. O lo que es lo mismo, una esfera normativa innegociable cuya alteración implicaría una negación de las premisas empleadas por el Tribunal de Justicia al definir el carácter del artículo 2 del TUE.

De otro lado, queda quizás por concluir la cuestión del papel que correspondería a la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales –y, derivada de la misma, de las normas convencionales inconvencionales–, que hemos apuntado como último y dudoso recurso y que, por tanto, creo que es preferible tratar aquí y no en las páginas centrales del trabajo. Citando a los clásicos, *pacta sunt servanda*. O lo que es lo mismo, los tratados de adhesión se incorporan al derecho primario con el mismo rango que los fundacionales, de modo que no existe forma alguna de desplazarlos compatible con la seguridad jurídica[60] ni con la lealtad que debe presidir las relaciones comunitarias; ni siquiera haciendo efectiva la ya consolidada teoría sobre la intangibilidad de los valores del artículo 2 del TUE, pues hemos aclarado que la interpretación que cabe realizar de cláusulas como las referidas al Monte Athos es la de una excepción frente al propio derecho primario, o la de una regla especial

[60] No debemos confundir, pues, la posibilidad doctrinal de entender inconstitucional una reforma constitucional y, por extensión, inconvencional una reforma de los Tratados, que podemos enmarcar en el estudio de los eventuales límites materiales al proceso de reforma, con la de apreciar inválida una norma incorporada a los mismos hace décadas con idéntico rango. En cuanto a la primera de estas cuestiones, es abordada en Cruz Mantilla de los Ríos, 2024, quien apuesta por la autocontención del Tribunal de Justicia a la hora de examinarla, por la deferencia en favor del legislador democrático europeo y por la especial cualificación de la vulneración de los valores comunitarios como estricto canon de inconvencionalidad.

que prevalece sobre la general, o la de una regla que prevalece sobre un principio del mismo rango.

Así pues, y ante este aparente callejón sin salida, con todas las cautelas que correspondan dejemos al menos entornada la puerta a la reflexión sobre esta última cuestión. La aportación esencial en materia de normas constitucionales inconstitucionales se la debemos, como ya se ha dicho, al profesor OTTO BACHOF (2010)[61], quien en una conferencia pronunciada como lección de apertura en la Universidad de Heidelberg, en 1951, la dejó casi íntegramente esbozada. La misma debe ubicarse, al menos a rasgos genéricos, dentro de la renovada tendencia iusnaturalista posterior a la Segunda Guerra Mundial, que especialmente en Alemania abrió paso a postulados sobre la superioridad de ciertos valores y principios frente al resto de normas del ordenamiento y, en particular, frente a las constitucionales. Según Bachof, y trasladando esta premisa al terreno de la distinción entre Constitución material y formal, sería posible identificar algunos valores –explícitos o implícitos– como *supraconstitucionales* y, por tanto, determinantes de un límite al poder de reforma y también, en su caso, de un parámetro de constitucionalidad de las propias normas fundamentales.

Al abordar esta cuestión, parte de nuestra doctrina no se ha mostrado del todo convencida sobre su viabilidad (Díaz Revorio, 1997, pp. 269-290, Díaz y García, 2010) e incluso parece haber apuntado a su actual superación, aunque lo cierto es que inicialmente sí pareció tener cierto éxito en la jurisprudencia constitucional alemana inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 1949, en una línea más tarde abandonada en favor del principio de unidad constitucional. Sobre los requisitos y límites de la posible fundamentación de la inconstitucionalidad de aquellos preceptos constitucionales más alejados de estos valores superiores, acaso constitutivos y vertebradores del ordenamiento en su conjunto, no nos podemos detener aquí y nos remitimos enteramente a la obra citada; sin embargo, sí debemos hacer notar que la antinomia entre el artículo 2 del TUE –particularmente los *supravalores* que, según la jurisprudencia comunitaria, proclama– y algunos tratados de adhesión como el griego plantea un terreno propicio para, al menos, rescatar del olvido esta teoría y trasladarla al plano de lo convencional.

Particularmente, reconozco que no me muestro del todo seguro de estas tesis, especialmente cuando se han esgrimido para sostener la inconstitucionalidad de preceptos como la primacía del varón en el orden de sucesión a la Corona o la especial referencia a la Iglesia Católica en la regulación de la laicidad cooperacionista. A mi juicio, tales son disposiciones constitucionales

[61] Igualmente, Loewenstein se refiere a esta noción (1996: 192), y también lo hacen Maunz, 1959: 216-217 y Dietze, 1956.

que revisten el carácter de norma excepcional frente a principios constitucionales –singularmente la igualdad–, y si se pretende su modificación, cuestión legítima y en el caso de la Jefatura del Estado exigible a tenor del consenso social que existe sobre ella, la solución solo será la reforma constitucional, sin que quepa acudir a las premisas de la inconstitucionalidad ni a otras interpretaciones acaso más imaginativas o artificiosas. Sin embargo, debo admitir que la construcción de Bachof puede cobrar más relevancia, y creo que mayor entidad argumental, en el caso de que una reforma constitucional conculcara gravemente el núcleo material de la norma fundamental[62], esto es, la separación de poderes –puede pensarse, por ejemplo, en el reciente caso mexicano–, el reconocimiento de derechos fundamentales o el principio democrático.

Es evidente que tampoco nos corresponde aquí abordar los límites al poder de reforma, cuestión de indudable valor para la ciencia constitucional pero respecto de la que necesitaríamos un trabajo aparte. Sin perjuicio de ello, referirnos a estas cuestiones sí puede servirnos para adoptar un posicionamiento en relación con la cuestión que nos ocupa: si como decimos la norma en cuestión no es cualquiera sino que se refiere a derechos fundamentales, y tal es el caso griego, quizás no sea descartable que, en el futuro, la doctrina europea realice un acercamiento a las tesis de Bachof para la resolución de la problemática planteada. Aun cuando la forma de hacer valer la posible inconvencionalidad del Tratado de adhesión griego, máxime tantos años después, se antoja prácticamente imposible y dudo que resultara jurídicamente viable, meditar sobre esta cuestión podría resultar favorable, al menos, a tenor del futuro de una Unión que, tal y como hemos desgranado, tendrá que resolverse en un plazo no largo.

En fin, y a modo de cierre, quizás sea conveniente referirse a la que puede calificarse como una oportunidad perdida, advirtiendo sobre la necesidad de no volver a incurrir en el error: en *España c. Reino Unido*[63] pudo producirse un pronunciamiento, al menos parcial, sobre los asuntos que nos ocupan, y sin embargo el Tribunal evitó emitirlo expresamente al dirimir la problemática que planteaba la extensión del sufragio europeo a los ciudadanos gibraltareños –territorio en el que algunos de los derechos comunitarios se veían excepcionados por una previsión similar a la griega en el Tratado de adhesión del Reino Unido de 1972–. Sin embargo, como debido a su condena ante el

[62] De ello se ha ocupado Díaz Revorio, 1997: 286-290. No ofrece duda, por el contrario, la posibilidad de efectuar un control formal o procedimental de la reforma constitucional.

[63] STJUE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006 (C-145/04), c. *España contra Reino Unido.*

TEDH[64] las autoridades británicas hicieron extensible este derecho a los habitantes del Peñón, la antinomia entre los Tratados fundacionales –que garantizan el sufragio a todos los ciudadanos europeos– y el de adhesión desapareció, sin que el Tribunal de Justicia de la Unión llegara a internarse nunca en el fondo de la cuestión. Se trata pues, como ya hemos dicho, de una materia pendiente de acometer para doctrina y sobre todo para jurisprudencia; una materia que, al menos, y a fin de contribuir a su impulso, aquí hemos tratado de abordar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Agudelo Ibáñez, S. J. 2015. "Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India", *Revista Academia & Derecho*, n.º 11: 123-154.

Álvarez Rodríguez, I. 2023. "Identidad constitucional, reforma constitucional y democracia militante", *Justicia*, vol. 28, n.º 44: 127–146.

Bachof, O., Grández Castro P. (ed.), Álvarez Álvarez, L. (trad.). 2010. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores.

Bonet Navarro, J. 2005. "El estatuto especial del Monte Athos ante la tradición religiosa, el Derecho Eclesástico griego y el Derecho comunitario europeo", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 27: 93-120.

Burgorgue-Larsen, L. 2022. "La identidad constitucional en la jurisprudencia francesa: la historia del vals jurisprudencial hexagonal", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 72: 411-430.

Carbonell, M. 1998. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Universidad Nacional Autónoma de México.

Corominas i Vigneaux, J. 1980. *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos.

Cruz Mantilla de los Ríos, P. 2022. "La identidad constitucional de la Unión Europea: una categoría jurídica en construcción", *Estudios de Deusto*, n.º 70 (2): 153-190.

Cruz Mantilla de los Ríos, P. 2024. "European Constitutional Identity as the Unamendable Core of the EU Treaties", *European Constitutional Law Review,* V. 20, I. 4: 545-568.

Cruz Villalón, P. 2013. "La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17: 501-514.

Da Cruz Vilaça, J. L. y Piçarra, N. 1993. "Y a-t-il des limites materielles a la revision des Traités instituant les Communautés européennes?", *Cahiers de Droit Européen*, n.º 39.

De Cabo, C. 2003. *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid, Trotta.

[64] STEDH de 18 de febrero de 1999, c. *Matthews contra Reino Unido*.

Díaz Revorio, F. J., y García Belaúnde, D., "Presentación a "¿Normas constitucionales inconstitucionales?", Bachof, O., Grández Castro P. (ed.), Álvarez Álvarez, L. (trad.). 2010. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores.

Díaz Revorio, F. J. 1997. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dietze, G. 1956. "Unconstitutional Constitutional Norms", *Virginia Law Review*, vol. 42.

Erikson, E. 1959. *Identity and Life Cycle, Psychological Issues*, Nueva York, International Universities Press, Inc.

Faraguna, P. 2016. "Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica", *Costituzionalismo.it*, núm.º 3: 194-254.

Faraguna, P. 2016. "Taking Constitucional Identity away from the Courts", *Brooklyn Journal of International Law*, n.º 41(2): 492-578.

Fernández-Coronado González, A. 2012. "Marco comparado de la libertad religiosa en Europa", *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 11: 279-316.

Frankenberg, G. 2001. "Die Rückkehr des Vertrags", *FS Haberma*.

García Ortiz, A. 2021. "La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en la construcción de la Unión Europea. Un desafío globalizador", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 37: 139-162.

García Roca, J. y Bustos Gisbert, R (coords). 2022. *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

Garrido Mayol, V., García Couso, S. y Álvarez Conde, E. (coords.). 2004. *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Habermas, J. 1989. *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M. 2019. "El valor constitucional de identidad", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 96: 425-437.

Isensee, J. 1995. "Diskussionsbeitrag", *VVDStRL*, n.º 54.

Landete Casas, J. 2004. *El Derecho Eclesiástico Comunitario: influencia del ordenamiento jurídico comunitario en el sistema de fuentes del Derecho Eclesiástico español* [tesis doctoral dirigida por Javier Escrivá Ivars y María Elena Olmos Ortega, Universidad de Valencia]. Disponible en: http://roderic.uv.es/handle/10550/38604.

Lazari A. 2022. "La cuestión de la identidad en el Derecho Internacional, Europeo y Comparado: por una visión relacional del Derecho", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 81: 101-155.

Llamazares Fernández, D. 2011. "Derecho a la libertad de conciencia. Vol. I", C*onciencia, tolerancia y laicidad*, Pamplona, Civitas.

Loewenstein, K. 1982. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona.

Margiotta Broglio G., Mirabelli, C. y Onida, F. 1997. *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al Diritto Ecclesiastico comparato*, Bolonia, Il Mulino.

Martinico, G. y Pollicino, O. 2020. "Use and Abuse of a Promising Concept: What Has Happened to National Constitutional Identity?", *Yearbook of European Law*, Vol. 39: 228-249.

Maunz, T. 1959. *Deutsches Staatsrecht*, Múnich y Berlín, C.H. Beck, 9ª ed.

Menéndez Menéndez, A. J. 2013. "Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones idiosincrásicas a la resistencia constitucional colectiva", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17: 561-580.

Mouton, J-D. 2009. "Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union?", en *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier: La France*, l'Europe et le Monde, París, Pedone.

Passchier R. y Stremler M. 2016. "Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the existence of Substantive Constraints on Treaty Revision", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n.º 5: 337-362.

Romboli, S. 2017. ""Los contra-límites en serio" y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 28.

Robbers G. 1996. "Estado e Iglesia en la Unión Europea", *Estado e Iglesia en la Unión Europe*a, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

Roca Fernández, M. J. 2022. "Tomando en serio la identidad constitucional en el espacio convencional europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 38.

Roca Fernández, M. J. 2024. "La identidad constitucional de la Unión Europea en la jurisprudencia del TJUE: pasado, presente y futuro", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 41.

Rubio Llorente, F. 2012. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed.

Sáchica, L. 1999. *Derecho constitucional general*, Bogotá, Temis.

Sarmiento, D. 2013. "The EU's Constitucional Core", en Saiz Arnaiz, A. y Alcoberro Llivina, C., *National Constitucional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia.

Schmitt, C. 1996. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos.

Sternberger, D. 2018. *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Tarodo Soria, S. 2015. "Relaciones Iglesia-Estado y derecho de libertad religiosa en Grecia", *Derecho y Religión*, n.º 10: 243-300.

Von Bogdandy, A. 2004. "Constitución Europea e identidad europea. Potencialidades y peligros del Proyecto de Tratado por el que instituye una Constitución para Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 72: 25-50.

Von Bogdandy, A. 2005. "Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de lege lata y de lege ferenda", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75: 9-32.

LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LOS TIEMPOS DE LA IA: ¿CABE PROMOVER UN ENFOQUE ESENCIALMENTE NORMATIVO EN TIEMPOS DE RENUNCIA A LA PRIVACIDAD?

Personal Data Protection in the Age of AI: Can an Essentially Normative Approach Be Defended in an Era of Privacy Renunciation?

Federico de Montalvo Jääskeläinen[1]
Profesor propio ordinario de Derecho Constitucional
ICADE - Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. España
https://orcid.org/0000-0002-9272-7359

https://doi.org/10.18543/ed.3578

Fecha de recepción: 24.05.2025
Fecha de aceptación: 18.12.2025
Fecha de publicación en línea: junio 2026

El trabajo algorítmico de cálculo no es narrativo, sino puramente aditivo. Los algoritmos numeran, pero no narran. El paso del mito al dataismo es el paso de la narración a la mera enumeración

Byung-Chul Han

Resumen

La relación entre la IA y el uso secundario de datos es inescindible, de manera que puede afirmarse que los datos son la *energía* que permite que el *motor* de la IA pueda desarrollarse y funcionar. La IA es esencialmente una tecnología de procesamiento avanzado de la información y su proceso completo exige de una primera fase

[1] Email: fmontalvo@comillas.edu

de recolección de datos, previa a las siguientes de construcción e implementación del modelo. Por ello, las cuestiones relativas al derecho a la privacidad y a la confidencialidad de los datos cobran de nuevo una especial relevancia en este contexto. Para su debida protección se ha propuesto un tradicional enfoque normativo que regule tales derechos ante los riesgos y nuevos conflictos que supone la IA. Sin embargo, este enfoque olvida que tales derechos han sido, en gran parte, objeto de renuncia por una gran parte de la población que ha primado la utilidad de las aplicaciones derivadas de las nuevas tecnologías frente a sus derechos a la privacidad y confidencialidad de datos. Por ello, es conveniente un enfoque formativo basado en la denominada alfabetización digital.

Palabras clave

Inteligencia artificial, protección de datos, privacidad, uso secundario, seudonimización, alfabetización digital

Abstract

The relationship between AI and the secondary use of data is inextricable, such that data may be described as the fuel that powers the AI engine. AI is, in essence, an advanced information-processing technology, and its full development necessarily involves an initial phase of data collection, preceding the subsequent stages of model construction and implementation. Accordingly, issues concerning the right to privacy and data confidentiality acquire renewed significance in this context. In response, a traditional regulatory approach has been proposed to safeguard such rights against the risks and emerging conflicts posed by AI. However, this approach overlooks the fact that these rights have, to a large extent, been voluntarily relinquished by a significant portion of the population, which has prioritized the utility of new technological applications over the protection of privacy and data confidentiality. Therefore, a complementary educational approach, grounded in so-called digital literacy, is advisable.

Keywords

Artificial Intelligence, Data Protection, Privacy, Secondary Use, Pseudonymisation, Digital Literacy

Sumario: I. Big Data e IA: una relación inescindible y circular. II. El derecho a la protección de datos personales. III. Garantías legales de protección de la privacidad y la confidencialidad de los datos. IV. La posible falta de virtualidad del marco de garantías asentado, sustancialmente, en el consentimiento informado en el contexto de la IA. V. Otras propuestas para la protección de los datos en el contexto de la IA. VI. La alfabetización digital como gran reto. VII. Bibliografía.

I. BIG DATA E IA: UNA RELACIÓN INESCINDIBLE Y CIRCULAR

La relación entre la IA y el Big Data[2] o uso masivo de datos es inescindible, de manera que puede afirmarse que los datos son la *energía* que permite que el *motor* de la IA pueda desarrollarse y funcionar. Un sistema de IA como "sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue"[3], necesita información de entrada, es decir, datos para generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales. La IA es esencialmente una tecnología de procesamiento avanzado de la información y su proceso completo exige de una primera fase de recolección de datos, previa a las siguientes de construcción e implementación del modelo. La IA vive de los datos insertos previos (Al Hasani Maturano, 2024, p. 30).

En palabras de la Comisión de la UE, para poder desarrollar la IA se precisan enormes cantidades de datos. El aprendizaje automático, que es un tipo de IA, consiste en la identificación de patrones en los datos disponibles y en la aplicación subsiguiente del conocimiento adquirido a nuevos datos. Y cuanto mayor es el conjunto de datos, más fácil resulta descubrir las relaciones entre ellos, incluso las más sutiles. En lo que atañe a la utilización de la IA, los entornos ricos en datos también brindan más oportunidades. Ello se debe a que los datos son los que permiten al algoritmo aprender acerca de su entorno e interactuar con él. Así pues, el acceso a los datos es un factor clave para una IA competitiva[4].

[2] El término Big Data viene referido a los macrodatos y se caracteriza por las denominadas cuatro V, volumen, variedad, velocidad y valor.

[3] Vid. art. 3 del Reglamento UE de la IA.

[4] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Inteligencia artificial para Europa*, 24 de abril de 2018, pp. 11 y 12.

La IA se relaciona, por tanto, de forma clara con el Big Data. Lo necesita para desarrollar sus funcionalidades, ya que se nutre de la gran cantidad de datos recopilados para entrenar modelos de aprendizaje automático y tomar decisiones basadas en patrones y correlaciones. Esta sinergia permite a la IA realizar tareas como el procesamiento de lenguaje natural, la visión por computadora y la toma de decisiones predictivas con un alto grado de precisión (Cotino Hueso, 2017; y Pérez-Ugena, 2024, p. 311). Analizando grandes conjuntos de datos con el objetivo de identificar patrones, la IA trata de imitar ciertos procesos cognitivos típicos de la capacidad humana de resolución de problemas[5].

Preguntarse por la regulación jurídica de la IA exige, pues, ampliar el foco, incluyendo también las cuestiones y riesgos derivados del Big Data, en especial, lo que se refiere a la privacidad y la confidencialidad de los datos. Como dijera Lorenzo Cotino, en las etapas inmediatamente previas a la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) –en adelante, Reglamento UE de la IA–, "hoy por hoy el régimen de protección de datos es la principal respuesta regulatoria frente a los sistemas de IA" (Cotino Hueso, 2023, p. 6).

Los grandes datos son generados por humanos, también biométricamente, producidos máquina a máquina, producto de grandes transacciones o del uso de la web y redes sociales. Billones de mensajes de WhatsApp, correos electrónicos, contenidos en Facebook, Twitter (X), búsquedas en Google, vídeos en YouTube. Los datos masivos se generan por la navegación en internet, las comunicaciones del internet de las cosas, comunicaciones entre máquinas, industrias, estaciones meteorológicas, etc. por lo general vinculadas a medidores y sensores de temperatura, luz, altura, presión, sonido, localización, GPS, así como en el entorno de tecnologías RFID, wifi o bluetooth. A sumar a los datos biométricos, normalmente vinculados al ámbito de seguridad, pero también de sanidad (escáneres de retina, de huellas digitales, o lectores de cadenas de ADN, monitoreos médicos de todo tipo, etc.) (Cotino Hueso, 2017, p. 133). Y ahora también los denominados neurodatos derivados de las nuevas neurotecnologías[6].

[5] Dicasterio para la Doctrina de la Fe y del Dicasterio para la Cultura y la Educación, Nota sobre la relación entre la inteligencia artificial y la inteligencia humana, Ciudad del Vaticano, 28.01.2025. Puede accederse al documento a través del siguiente enlace: https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2025/01/28/280125a.html.

[6] Las Directrices de la Comisión sobre las prácticas de inteligencia artificial prohibidas que se establecen en el Reglamento (UE) 2024/1689 (Reglamento de Inteligencia

La considerable cantidad de datos recopilados y analizados por los usuarios, la ubicuidad y continuidad del proceso de comunicación en el llamado ecosistema móvil (incluidos proveedores, fabricantes, vendedores y usuarios) y la interconectividad y accesibilidad simultánea por una variedad de motores de análisis sin apenas fricción, ofrecen una estructura que facilita el análisis conjunto de todos esos datos y, por tanto, el avance del desarrollo de algoritmos y de la IA. Esta explotación masiva puede llevarse a cabo, además, interconectando e interrelacionando no solo los datos de fuentes oficiales o estructurados, en sentido estricto, sino también los que no son considerados como tales, los no tradicionales o no estructurados, en especial, los que se producen en las redes de consumo ordinario.

Así, destacan ahora los datos que generan nuevas tecnologías como *apps* y *wearables*, es decir, dispositivos electrónicos y aparatos "vestibles", que se incorporan sobre alguna parte de nuestro cuerpo (ropa, gafas, pulseras, relojes, …) para producir datos sobre actividades, conductas o hábitos de vida, producen, cada segundo, millones de datos[7]. Los wearables están dotados de sensores que permiten recoger y emitir datos de forma constante y se pueden clasificar en tres categorías principales: sensores de movimiento (convierten el movimiento mecánico en una señal eléctrica), fisiológicos (utilizan componentes ópticos, eléctricos, acústicos o de detección térmica para medir parámetros vitales como la frecuencia cardíaca, la temperatura, la presión arterial o la saturación de oxígeno en sangre, la actividad bioeléctrica como electrocardiografía o electroencefalografía) y bioquímicos (se utilizan para medir sustancias químicas como la glucosa, electrólitos) (Alós y Puig-Ribera, 2021)[8]. Estas fuentes de información alternativas, provenientes de aplicaciones móviles y generadas por diferentes dispositivos portátiles,

Artificial) recuerda que hay juegos que pueden utilizar neurotecnologías que posibilita la IA e interfaces cerebro-máquina que permiten a los usuarios controlar un juego o partes del mismo con un casco que detecte la actividad cerebral. Y así la IA puede utilizarse para entrenar el cerebro del usuario de forma subrepticia y sin su conocimiento para revelar o extraer de los datos neuronales información que puede ser muy intrusiva o sensible (por ejemplo, información bancaria personal, información íntima, etc.) de un modo que pueda provocarles perjuicios considerables (pág. 25).

[7] Se calcula que existen más de 3,48 millones de aplicaciones móviles disponibles en la plataforma Google Play y 2,22 millones en el Apple App Store, de las que más de un millón están relacionadas con la salud, el estado fisico, la alimentación y el bienestar general.

[8] El Comité Nacional de Bioética de Italia, en su Informe sobre los aspectos bioéticos de las aplicaciones móviles de salud de 28 de mayo de 2015, destaca el papel que ya están ocupando las aplicaciones móviles o *apps* como fuente de generación de datos. Puede accederse a dicho Informe a través de la página web del Comité Nacional de Bioética de Italia, en http://bioetica.governo.it/it/.

además de los mensajes de las redes sociales generales o los metadatos (datos relacionados con la generación de otros datos, como es el caso de la geolocalización de los datos que genera un dispositivo), cada vez cobran más importancia (Alcalde Bezhold y Alfonso Farnós, 2019, p. 61). El Big Data permite a los investigadores integrar y agregar información diversa de múltiples fuentes[9].

Se habla ya de un escenario de altísimo nivel de contaminación digital, debido al volumen de datos que se recolectan y la creciente capacidad de interrelación y analítica en masa, que se encuentra en un punto de no retorno (Castillo Parrilla, 2023, p. 58). Datos hay muchos, quizás, demasiados ya, por lo que la cuestión se centra ahora en su calidad para permitir desarrollar una IA fiable.

La digitalización de la realidad y el protagonismo del dato personal que ello produce han sido, pues, el presupuesto necesario para que la IA haya podido desarrollarse. Sin datos no habría algoritmos y sin éstos no habría IA.

Esta directa relación entre datos e IA se recoge en el propio Reglamento UE de IA cuando manifiesta que "no debe entenderse que el presente Reglamento constituye un fundamento jurídico para el tratamiento de datos personales, incluidas las categorías especiales de datos personales, en su caso, salvo que el presente Reglamento disponga específicamente otra cosa" (Considerando 63), añadiendo que "los datos de alta calidad y el acceso a datos de alta calidad desempeñan un papel esencial a la hora de proporcionar una estructura y garantizar el funcionamiento de muchos sistemas de IA, en especial cuando se emplean técnicas que implican el entrenamiento de modelos, con vistas a garantizar que el sistema de IA de alto riesgo funcione del modo previsto y en condiciones de seguridad y no se convierta en una fuente de algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión. Es preciso instaurar prácticas adecuadas de gestión y gobernanza de datos para lograr que los conjuntos de datos para el entrenamiento, la validación y la prueba sean de alta calidad" (Considerando 67).

El propio Reglamento incluye entre sus definiciones contenidas en el artículo 3, diferentes clases de datos vinculados a la IA:

– "datos de entrenamiento": los datos usados para entrenar un sistema de IA mediante el ajuste de sus parámetros entrenables;
– "datos de validación": los datos usados para proporcionar una evaluación del sistema de IA entrenado y adaptar sus parámetros no entrenables y su proceso de aprendizaje para, entre otras cosas, evitar el subajuste o el sobreajuste;

[9] German Ethics Council, *Big Data and health. Data sovereignty as the shaping informational freedom*, *cit.*, p. 10.

– "conjunto de datos de validación": un conjunto de datos independiente o una parte del conjunto de datos de entrenamiento, obtenida mediante una división fija o variable;
– "datos de prueba": los datos usados para proporcionar una evaluación independiente del sistema de IA, con el fin de confirmar el funcionamiento previsto de dicho sistema antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio;
– "datos de entrada": los datos proporcionados a un sistema de IA u obtenidos directamente por él a partir de los cuales produce un resultado de salida;
– "datos biométricos": los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos;
– "datos operativos sensibles": los datos operativos relacionados con actividades de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos cuya divulgación podría poner en peligro la integridad de las causas penales.

Así pues, el Reglamento UE de la IA no puede considerarse como una norma aislada, sino como una norma que integra un corpus jurídico del que forman parte, principalmente, ésta y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) –en adelante, Reglamento UE de protección de datos–, como normas generales, al margen de otras normas más sectoriales, destacando también el Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea, aunque esta norma, desde la perspectiva del debate que nos ocupa, es menos relevante, ya que la materia objeto de regulación, los datos no personales, no deben plantear cuestiones relativas a la privacidad.

Y como señala el Reglamento UE de protección de datos (considerandos 6 y 7), la rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar

aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.

Por ello, siguiendo con el Reglamento, estos avances requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas.

El Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre IA en sus Directrices éticas para una IA fiable de 2019 señala a este respecto que "la privacidad es un derecho fundamental que se ve especialmente afectado por los sistemas de IA, y que guarda una estrecha relación con el principio de prevención del daño. La prevención del daño a la privacidad también requiere una adecuada gestión de los datos, que abarque la calidad y la integridad de los datos utilizados, su pertinencia en contraste con el ámbito en el que se desplegarán los sistemas de IA, sus protocolos de acceso y la capacidad para procesar datos sin vulnerar la privacidad"[10].

Los riesgos para los derechos fundamentales derivados del tratamiento de datos son también destacados por el Reglamento UE de la IA: "El derecho a la intimidad y a la protección de datos personales debe garantizarse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema de IA. A este respecto, los principios de minimización de datos y de protección de datos desde el diseño y por defecto, establecidos en el Derecho de la Unión en materia de protección de datos, son aplicables cuando se tratan datos personales. Las medidas adoptadas por los proveedores para garantizar el cumplimiento de estos principios podrán incluir no solo la anonimización y el cifrado, sino también el uso de una tecnología que permita llevar los algoritmos a los datos y el entrenamiento de los sistemas de IA sin que sea necesaria la transmisión entre las partes ni la copia de los datos brutos o estructurados, sin perjuicio de los requisitos en materia de gobernanza de datos establecidos en el presente Reglamento" (Considerando 69).

El Dictamen 28/2024 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre determinados aspectos de la protección de datos relacionados con el tratamiento de datos personales en el contexto de los modelos de IA[11] recuerda, además, que si bien "los modelos de IA entrenados con datos personales sue-

[10] Vid. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

[11] Puede accederse al mismo a través del siguiente enlace: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-05/edpb_opinion_202428_ai-models_es_0.pdf.

len estar diseñados para hacer inferencias sobre personas distintas de aquellas cuyos datos personales se utilizaron para entrenar el modelo de IA", algunos de ellos sí "están diseñados específicamente para proporcionar datos personales relativos a las personas cuyos datos personales se utilizaron para entrenar el modelo, o de alguna manera para que dichos datos estén disponibles. En estos casos, dichos modelos de IA incluirán intrínsecamente (y normalmente necesariamente) información relativa a una persona física identificada o identificable, por lo que implicarán el tratamiento de datos personales" (apartado 29). Incluso, los modelos de IA pueden ser capaces de "conservar la información original de esos datos, que en última instancia puede ser extraída u obtenida de otro modo, directa o indirectamente, del modelo. Siempre que la información relativa a personas identificadas o identificables cuyos datos personales se utilizaron para entrenar el modelo pueda obtenerse de un modelo de IA con medios que sea razonablemente probable que se utilicen, puede concluirse que dicho modelo no es anónimo" (apartado 30). Así pues, los modelos de IA suponen un reto cualificado para la protección de datos personales en la medida que las posibilidades de levantar el anonimato son reales.

Pero no sólo los datos y su uso masivo nutren a la IA, sino que ésta también lo hace respecto de aquéllos. Y es que los avances en la elaboración y el análisis de datos que posibilita la IA permiten detectar patrones en el comportamiento y el pensamiento de una persona incluso a partir de una cantidad mínima de informaciones, lo que hace aún más necesaria la privacidad de los datos como salvaguardia de la dignidad y la naturaleza relacional de la persona humana[12].

El uso masivo incrementa el poder tecnológico de la IA y ésta a su vez lo hace respecto de dicho uso masivo. La relación es pues inescindible y circular. Y a este respecto, puede recordarse, también, que la actividad de tratamiento de datos no solo se produce al inicio del proceso de creación de la IA, sino también cuando los algoritmos se aplican a una persona concreta.

Como recuerda Castillo Parrilla, si bien los "perfiles abstractos no son datos personales mientras no están asociados a una persona concreta y, por lo tanto, no les resulta de aplicación las garantías legales del derecho a la protección de datos. Sin embargo, cuando estos perfiles se aplican a una persona concreta ya sí se está realizando un tratamiento de datos personales en la medida en que el perfil abstracto deja de ser tal para convertirse en el perfil en que se ha categorizado a una persona concreta. Esto ya sí es un tratamiento

[12] Dicasterio para la Doctrina de la Fe y del Dicasterio para la Cultura y la Educación, *Nota sobre la relación entre la inteligencia artificial y la inteligencia humana*, Ciudad del Vaticano, 28.01.2025. Puede accederse al documento a través del siguiente enlace: https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2025/01/28/280125a.html.

de datos" (Castillo Parrilla, 2023, p. 80). Y ello, pese a que la versión en lengua española del Reglamento UE de protección de datos hable en su artículo 4.4 de "elaboración de perfiles", mientras que en la versión de lengua inglesa el término sea "profiling", perfilado. Y es que, como señala también Castillo Parrilla, "la aplicación de un perfil abstracto a una persona concreta es una actividad de tratamiento de datos como cualquier otra. Se trata de una operación realizada sobre datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, orientada a evaluar determinadas características de una persona física". Para dicho autor, "da igual aquí si entendemos que la actividad de tratamiento se produce del perfil a la persona o de la persona al perfil", porque "se está estableciendo una relación de semejanza suficientemente relevante entre el perfil abstracto y la persona" (Castillo Parrilla, 2023, p. 80).

Así pues, en este trabajo nos vamos a aproximar a las cuestiones éticas y legales que plantea la IA desde la perspectiva del uso masivo de datos, con los riesgos que ello conlleva para la privacidad de los individuos y la confidencialidad de sus datos. Ello nos permitirá comprobar cómo la principal iniciativa que se está llevando a cabo para proteger tales derechos fundamentales es de naturaleza esencialmente normativa, estableciendo diferentes bases de legitimación y garantías. Sin embargo, muchos de nuestros ciudadanos han renunciado ya a su derecho a la intimidad, primando la utilidad de la aplicación sobre el riesgo de exposición, lo que, como explicaremos al final del trabajo, exigiría complementar el enfoque normativo con un enfoque formativo que permita recuperar una nueva cultura de la intimidad y privacidad. Dicho enfoque formativo sí aparece ya en algunas de las últimas normas sobre la IA, aunque sería preciso acentuar dicho enfoque que, probablemente, sea más eficaz para afrontar los nuevos riesgos que la mera aprobación de normas legales de protección. Una recuperación de la cultura de los derechos.

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Como manifestara hace ya varias décadas el Tribunal Constitucional, los riesgos derivados del exceso, de los errores, o del uso incontrolado de información de carácter personal no pueden ser afrontados eficazmente por los particulares afectados a causa de una información insuficiente, pues los ciudadanos se encuentran inermes por la imposibilidad de averiguar qué información sobre sus personas se almacenan. Y, menos aún, pueden conocer y prevenir o perseguir el uso desviado o la diseminación indebida de tales datos, incluso aunque le causen lesiones en sus derechos o intereses legítimos. De aquí que el Convenio europeo de 1981 no se limite a establecer los principios básicos para la protección de los datos tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11; sino que los complete con unas

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 159-200
https://doi.org/10.18543/ed.3578 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8 (STC 254/1993, FJ 4.º).

Y añade en una posterior resolución que, en previsión de los nuevos riesgos que ello pueda originar para la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos, se dispone en el art. 18.4 C.E. que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Se trata, por tanto, de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (STC 202/1999, FJ 2.º).

Nos encontramos en el ámbito del Big Data con un derecho *ex novo*, surgido al albur del avance de la tecnología, y que tiene naturaleza propia respecto del derecho a la intimidad. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran (STC 292/2000, FJ 5.º).

Y es que el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida (STC 292/2000, FJ 5.º). Con el primero se habilita para oponerse a que los datos personales sean tratados. Pero como recuerda Antonio Troncoso, "el tratamiento de datos personales no supone de por sí una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales pues es el presupuesto del ejercicio del derecho". Tal injerencia "en el derecho fundamental a la protección de datos personales se produce cuando el tratamiento de datos personales no cumple unas condiciones, es decir, no respeta los principios, los derechos y las obligaciones del responsable" (Troncoso Reigada, 2024, p. 500).

De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado (STC 292/2000, FJ 5.º).

Y es interesante recordar que este derecho no es creado por el constituyente, ya que no se proclama expresamente por el tenor del artículo 18.4 que se limita a advertir de los riesgos que la informática conlleva para los derechos y libertades, por lo que "la ley limitará su uso". El derecho se proclama o, en términos más correctos, es deducido por el Tribunal Constitucional de dicho precepto.

En todo caso, como recuerda Antonio Troncoso, el derecho a la protección de datos personales, sin negar su carácter autónomo, en la mayoría de los casos que se aplica "se observa su carácter instrumental en relación con la garantía de otros derechos fundamentales". Para el mismo autor, "esto no es consecuencia únicamente de que el derecho a la protección de datos personales, como todos los derechos fundamentales, tenga su fundamento en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad", sino del hecho de que "el derecho a la protección de datos personales tenga dentro de su naturaleza jurídica su carácter instrumental". La protección de datos personales constituye, pues, "un derecho autónomo, con una sustantividad propia, que en alguna medida también reside en que actúa como garantía institucional de otros derechos" (Troncoso Reigada, 2024, p. 487).

Por otro lado, es importante recordar que el objeto que tutela el derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la

vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo (STC 292/2000, FJ 6.º).

Así pues, el derecho fundamental a la protección de datos personales protege todos los datos personales, sean o no íntimos, incluso aunque sean ya de conocimiento público, ya que, como señala el Tribunal Constitucional Federal alemán, datos insignificantes en sí mismos pueden ofrecer perfiles de personalidad completos mediante sistemas modernos de procesamiento de datos sin grandes gastos de tiempo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar «persona de cristal» –*gläserner Mensch*–[13].

Además, el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 292/2000, FJ 6.º).

Por tanto, el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos

[13] Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983 sobre el censo (BVerfGE 65, 1; 1 BvR 209/83 y otros).

personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos (STC 292/2000, FJ 7.º).

El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin (STC 292/2000, FJ 5.º).

Y añade el Tribunal Constitucional que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta (STC 202/1999, FJ 2.º).

Y, por consiguiente, la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención (SSTC 202/1999, FJ 2.º y 292/2000, FJ 5.º).

Como se deriva de las últimas palabras recogidas en esta Sentencia, las garantías no pueden limitarse a lo que se denomina, comúnmente, uso primario, es decir, cuando la información se obtenga directamente del sujeto participante y el uso de los datos es para los fines para los que se pidió autorización de tratamiento, sino, especialmente, para aquellos otros usos distintos, los denominados usos secundarios, cuando la información provenga de datos ya existentes y recabados para un fin distinto, la reutilización de los datos.

III. GARANTÍAS LEGALES DE PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS

¿Cuáles son dichas garantías que exige la debida protección de estos derechos en el ámbito del uso de datos personales?

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 159-200
https://doi.org/10.18543/ed.3578 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Como puede deducirse de lo expresado por el Tribunal Constitucional acerca de las características y facultades que conlleva el derecho a la protección de los datos personales, la principal garantía sería la del consentimiento informado. El acceso y tratamiento de los datos de un individuo exige, ineludiblemente, que medie la previa autorización expresa del individuo. Ello se expresa en el lenguaje de la protección de datos personales como una base de legitimación, pero, desde la teoría general de los derechos fundamentales y del propio Derecho constitucional (a la postre se trata de derechos fundamentales y de sus límites, lo que permite articularlo en un lenguaje propio de dicha categoría) se trataría de garantías.

E insistimos en esta idea de garantía, porque el consentimiento informado no es un derecho en sí, sino una garantía de otro derecho o derechos que, en el caso de los datos personales se refiere, serían la intimidad, privacidad y la protección de datos considerada como derecho[14].

Así, la Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea consagra en su art. 8 el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, exigiendo que los datos personales se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.

El Reglamento UE de protección de datos establece que el consentimiento del titular de los datos a su tratamiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco, mediante una declaración o una clara acción afirmativa (artículo 4).

El Considerando 32 del Reglamento menciona que el otorgamiento del consentimiento puede incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad

[14] Recuérdese que el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011 nos recordaba que, en el ámbito del tratamiento médico, el consentimiento informado operaba como una garantía del derecho a la integridad proclamado en el artículo 15 CE, lo que es plenamente trasladable al ámbito de la protección de datos personales, siendo, en esencia, la misma garantía aunque de un derecho diferente del abordado en dicho caso por el Alto Tribunal: "las garantías que, desde la perspectiva del art. 15 CE, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente" (FJ 3.º) o "La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental" (FJ 4.º).

de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento", recayendo su prueba en el responsable del tratamiento ("el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales"), según el artículo 7.1.

Eva Gil concluye en su valoración de la regulación del consentimiento contenida en el Reglamento UE de protección de datos que esta norma ha reforzado la figura del consentimiento, "mediante el endurecimiento de los requisitos ya existentes, siendo un claro ejemplo de ello la ampliación de la información que el responsable debe aportar y que está directamente relacionada con el consentimiento informado, que incluye la obligación de comunicar al interesado su derecho a retirar el consentimiento". Y añade, también, "mediante la incorporación de cambios con el ánimo de que supongan garantías adicionales. Entre ellas, la necesidad de que el consentimiento deba prestarse de manera expresa o que el responsable deba ser capaz de demostrar que lo obtuvo" (Gil González, 2020, p. 141).

Cierto es que la garantía del consentimiento informado no es el único instrumento que legitima el tratamiento de datos personales, ya que el artículo 6 del Reglamento UE de protección de datos, relativo a la licitud del tratamiento, recoge junto a éste, otros supuestos legitimadores:

– Cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
– Cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
– Cuando sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
– Cuando sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
– O cuando sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Sin embargo, tras la lectura de estas otras causas de licitud del tratamiento puede comprobarse que realmente existe una única garantía, la del consentimiento informado del titular de los datos, el cual puede operar expresa o tácitamente –mediante una clara acción afirmativa–, y unas excepciones a dicha

garantía que operarían cuando hubiera un conflicto entre el derecho del individuo y el derecho de un tercero o el interés colectivo.

Es decir, las bases de legitimación para el tratamiento de datos personales son varias, pero la garantía del derecho a la protección de datos es única, el consentimiento informado, siendo el resto de bases meras fórmulas de consentimiento tácito o excepciones basadas en conflictos con los derechos de terceros o el interés colectivo. La Ley no puede prever el tratamiento al margen del consentimiento informado, sin que concurra un derecho de un tercero o un interés colectivo que deba prevalecer, superando en estos últimos casos el criterio de la ponderación o el principio de proporcionalidad.

Eso es lo que se deduce de la opinión, por ejemplo, del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Rigas[15], cuando señala que hay tres tipos de bases para el tratamiento de datos: en primer lugar, el consentimiento del interesado. En segundo lugar, las bases descritas en los apartados b)-e), en las que los intereses del responsable del tratamiento se presumen. Por último, la base del apartado f) en la que los intereses legítimos del responsable no se presumen, sino que su existencia debe probarse, y además deben ganar un juicio de ponderación contra los intereses y libertades de los interesados.

La posibilidad de permitir el acceso y tratamiento de datos sobre la base de un fundamento legítimo distinto del consentimiento y previsto por norma con rango de ley debe entenderse, no tanto como una excepción al consentimiento como garantía de la protección de los datos personales, sino como expresión por parte del legislador de la concurrencia de un conflicto entre el derecho a la protección de datos personales y otro derecho fundamental o entre aquél y el interés colectivo. La legitimación por previsión normativa con rango de ley no habilita al legislador a establecer excepciones a la garantía del consentimiento, sino que es expresión de que el derecho a la protección de datos personales, como cualquier otro derecho fundamental, tiene sus límites, pudiendo ceder o verse limitado por obra de la ponderación o de la proporcionalidad. Así, por ejemplo, lo establece nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/2019, en la que se enjuiciaba la inconstitucionalidad de la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, por posibilitar la recopilación por los partidos políticos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos.

Es bueno recordar que el derecho a la protección de datos, como el resto de derechos y libertades, incluidos la intimidad y privacidad, no es ilimitado. En palabras nuevamente del Tribunal Constitucional, esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo o bien pueden

[15] Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017): Asunto C-13/16, Rïgas, Opinión del Abogado General, de 26 de enero. ECLI:EU:C:2017:43, párrafos 56-57.

ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (STC 292/2000, FJ 11º).

Y también es importante destacar relevancia que en este campo tiene el concepto legal de expectativa razonable que recoge expresamente el Reglamento UE de protección de datos personales (Considerando 47). A través del mismo se hace referencia a la posibilidad que tendría el interesado de prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que puede producirse una reutilización de sus datos o que ésta no es algo razonablemente descartable.

Este concepto de expectativa razonable cobra, aún, mayor relevancia en el ámbito de los datos personales y la IA. Así, el ya citado Dictamen 28/2024 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre determinados aspectos de la protección de datos relacionados con el tratamiento de datos personales en el contexto de los modelos de IA[16], recuerda que "las expectativas razonables desempeñan un papel clave en la prueba de ponderación, entre otras cosas debido a la complejidad de la tecnología utilizada en los modelos de IA y al hecho de que puede resultar difícil para los interesados comprender la variedad de usos potenciales de un modelo de IA y el tratamiento de datos que implica". Y, por ello, "la información facilitada a los interesados podrá tenerse en cuenta para evaluar si estos pueden esperar razonablemente que se traten sus datos personales" (apartado 92).

Por otro lado, el ordenamiento jurídico establece un supuesto en el que no operaría el derecho a la protección de datos y, por ende, su garantía a través del consentimiento informado: los datos anonimizados. No es, en sentido estricto, una excepción al consentimiento, sino un contexto *extra legem*, al no tratarse ya de datos personales, de una persona física identificada o identificable. En palabras del Reglamento UE de protección de datos, "los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo" (Considerando 26).

Sin embargo, en la práctica la anonimización más que un supuesto concreto se convierte, habitualmente, en un supuesto creado como alternativa para no verse compelido a cumplir con la garantía del derecho a la protección de datos. El responsable cuenta, por tanto, con dos alternativas, bien tratar

[16] Puede accederse al mismo a través del siguiente enlace: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-05/edpb_opinion_202428_ai-models_es_0.pdf.

datos personales, de persona identificada o identificable, o bien anonimizar los datos y evitar así la operatividad de lo previsto en la regulación. Pero, eso sí, el Reglamento UE de protección de datos aclara que para determinar si una persona física es o no identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Y esta "probabilidad razonable" de reidentificación constituye, como es obvio, un concepto jurídico indeterminado.

Se trata de un sistema de doble opción, en virtud del cual, pueda optarse por el consentimiento o por la anonimización, o lo que viene a ser lo mismo, entre moverse dentro de la normativa de protección de datos personales o quedar fuera de ella.

En todo caso, a estas dos opciones se ha añadido a partir del precitado Reglamento UE sobre protección de datos, una tercera alternativa, la seudonimización que no operaría como excepción o supuesto extra *legem*, como ocurre con la anonimización, sino como garantía alternativa a la del consentimiento informado, aunque, eso sí, acompañada de otros elementos que puedan informar a favor de su utilización en determinados supuestos.

Esta alternativa que incorpora el Reglamento UE de protección de datos es definida por su artículo 4 como "el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable".

Puede considerarse que esta definición de seudonimización resulta algo paradójica, en la medida que es restrictiva pero amplia al mismo tiempo. Es restrictiva en el sentido de que excluye procesos que no pueden garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificable. Sin embargo, es también amplia como decimos ya que la mera separación de la información adicional del dato parece sujetar el tratamiento de éstos a un régimen jurídico muy próximo o casi similar al del dato anonimizado, lo que se traduce en la no exigencia del consentimiento informado.

En todo caso, la seudonimización cobra un singular protagonismo en el Reglamento UE de protección de datos, y ello, creemos, por dos motivos: para promover de una manera ponderada, pero más flexible la innovación que supone el uso secundario de datos y, en segundo lugar, porque existen

dudas acerca de la verdadera operatividad del consentimiento informado como principal garantía de la privacidad del individuo y de la confidencialidad de sus datos. El propio Reglamento habla, literalmente, de "incentivar la aplicación de la seudonimización en el tratamiento de datos personales" (Considerando 29) y señala, también, que "la aplicación de la seudonimización a los datos personales puede reducir los riesgos para los interesados afectados y ayudar a los responsables y a los encargados del tratamiento a cumplir sus obligaciones de protección de los datos" (Considerando 28).

Y debemos recordar que seudonimizar no supone una suerte de *seudoanonimización*, por lo que no puede incluirse, a los efectos de la alternativa entre consentimiento y anonimización, en esta última categoría, sino como una fórmula técnico-legal de recodificación o codificación compleja del dato, sustituyendo unos códigos identificables por otros que no lo sean. Seudonimizar no es anonimización, no es una versión desvirtuada de la anonimización, como ocurre normalmente cuando precedemos la correspondiente palabra con "seudo", sino poner un seudónimo, un código (Romana García y Hernández Pardo, 2018, p. 93). Seudonimizar no puede, por tanto, equipararse a seudoanonimización, como una especie de anonimización algo más débil, sino como la exigencia legal de ocultar el nombre del dato con un seudónimo, es decir, un código, de manera que el concepto equivaldría más al de una disociación más compleja o fuerte[17].

Así, la seudonimización permitiría un uso de los datos, más allá del uso primario, sin un nuevo consentimiento, ya sea expreso o tácito, y sin necesidad de optar por la anonimización. Es, en cierto modo, el modelo que sugiriera hace tres lustros Ohm cuando afirmaba que la anonimización debía abandonarse como objetivo regulatorio, así como la tradicional distinción entre datos personales y no personales (anónimos) (Ohm, 2010, p. 1755).

Las virtudes que ofrece la seudonimización frente a la tradicional estricta anonimización son evidentes desde la perspectiva de determinados intereses notables de la sociedad, siendo un ejemplo paradigmático, al que hace referencia el propio Reglamento UE de la salud de la colectividad, ya que, al mantenerse el vínculo entre el dato y la persona, aunque sea

[17] El Instituto de Medicina de Estados Unidos sostiene que la seudonimización es un método utilizado para reemplazar las identidades verdaderas (nominativas) de individuos u organizaciones en bases de datos por pseudo-identidades (pseudo-identificaciones) que no se pueden vincular directamente a sus identidades nominativas correspondientes, siendo el beneficio de utilizar la seudonimización en la investigación en salud que al mismo tiempo que protege las identidades de los individuos, permite a los investigadores vincular los datos personales a través del tiempo y el lugar. Vid. Institute of Medicine, *Beyond the HIPAA Privacy Rule: Enhancing Privacy, Improving Health through Research*, The National Academies Press, Washington, D.C., 2009, p. 103.

extraordinariamente difícil que un tercero pueda descodificarlo, se permite no sólo ampliar los datos que se utilizan en la investigación a otros que inicialmente podían no considerarse trascendentes (ampliación de datos) sino, lo que es muy importante en el estado actual de la ciencia del Big Data, contrastar los resultados de la explotación de datos con, por ejemplo, la verdadera evolución de los pacientes (verificación de resultados)[18]. La seudonimización es, a la postre, la única garantía frente a las causalidades o correlaciones espurias que es uno de los principales riesgos del Big Data.

Como señala el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre IA en sus Directrices éticas para una IA fiable de 2019, el requisito de la transparencia guarda una relación estrecha con el principio de explicabilidad e incluye la transparencia de los elementos pertinentes para un sistema de IA: los datos, el sistema y los modelos de negocio. Y con el fin de posibilitar la trazabilidad y aumentar la transparencia, los conjuntos de datos y los procesos que dan lugar a la decisión del sistema de IA, incluidos los relativos a la recopilación y etiquetado de los datos así como a los algoritmos utilizados, deberían documentarse con arreglo a la norma más rigurosa posible. La trazabilidad, por tanto, facilita la auditabilidad y la explicabilidad[19]. Ello es compartido por Ohmann, Banzi, Canham, et al., cuando señalan que es recomendable compartir datos seudonimizados y no estrictamente anonimizados, debiendo ser ésta la regla general (Ohmann et al., 2017, p. 11).

El propio Reglamento UE de protección de datos hay que entender que se postula a favor de este nuevo modelo si atendemos a los términos en los que se expresa en sus artículos 6 y 9. Coincide con nuestra opinión, la profesora Vanesa Morente, la cual señala que el Reglamento recoge la posibilidad de tratar datos personales (en especial, de salud) sin la previa obtención del consentimiento cuando el tratamiento es necesario por razones de interés público y cuando el tratamiento tiene como finalidad la investigación científica (Morente Parra, 2019, pp. 26 y 27).

También ha apostado por este nuevo paradigma en la flexibilización del requisito de la anonimización, y ya desde una perspectiva estrictamente ética, el Comité Internacional de Bioética (IBC) de la UNESCO. En su Informe de 2017 sobre Big Data y Salud señala que, si bien el uso secundario de los

[18] Para el Nuffield Council, máximo órgano consultivo en materia de Bioética en el Reino Unido, la seudonimización ofrece tres ventajas en el uso secundario de los datos de salud: "to feed back information to an individual within a cohort who is discovered to be at particular risk, or to validate an analytical procedure, or to enable further data about individuals to be added over time". Vid. Nuffield Council on Bioethics, *The collection, linking and use of data in biomedical research and health care: ethical issues*, Londres, febrero 2015, p. 68.

[19] Vid. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

datos de salud exige un nuevo consentimiento específico, tal regla encuentra una excepción cuando se implementen procedimientos técnicos adecuados que eviten que los investigadores o terceros accedan a los datos personales, como sería la seudonimización: "In case research is intended that falls outside the range of the broad consent that was obtained for the use of this data, specific consent is necessary for secondary data processing. This is an essential principle to guarantee confidentiality and data privacy. However, secondary analysis of data could be ethically admissible without a new informed consent for such secondary use provided that all the following requirements are met: 1) appropriate legal foundation; 2) evaluation by the Research Ethics Committee (REC); 3) adequate technical procedures in order to prevent researchers and third parties from accessing personal data, such as pseudo-anonymisation; 4) overriding public interest in this health research; 5) infeasible to obtain a new consent; and 6) data must have been collected according to ethical and legal requirements" (apartado 59)[20].

En similares términos, se ha expresado igualmente el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec(2019)2 sobre protección de los datos de salud, adoptada el 27 de marzo de 2019, y en la que se establece que "Where scientific research purposes allow, data should be anonymised; where research purposes do not allow this, pseudonymisation of the data – with intervention of a trusted third party at the separation stage of the identification – is among the measures that should be implemented to safeguard the rights and fundamental freedoms of the data subject. These measures must be carried out where the purposes of the scientific research can be fulfilled by further processing which does not permit or no longer permits the identification of data subjects (ap. 15.9).

La Guía sobre seudonimización 1/2025 del European Data Protection Board, aprobada el 16 de enero de 2025[21], señala que el análisis de datos seudonimizados suele ser útil, ya que, en gran medida, aún se puede evaluar el contenido informativo de los datos originales. Además, la inserción de seudónimos permite vincular varios registros de datos seudonimizados relacionados con la misma persona sin necesidad de utilizar información adicional. Así pues, puede mantenerse que nos encontremos ante una garantía más, sino ante la que debiera ser considerada garantía principal en el ámbito del tratamiento de datos, y ello, porque el consentimiento se ha mostrado manifiestamente insuficiente para proteger los derechos del individuo.

Y señala la misma Guía que la seudonimización también puede ser una medida adecuada al tratar datos personales con fines de interés público, fines

[20] Vid. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248724.

[21] Vid. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-01/edpb_guidelines_202501_pseudonymisation_en.pdf.

de investigación científica o histórica o fines estadísticos, en particular para garantizar el respeto del principio de minimización de datos.

Sí es importante recordar, en todo caso, que la seudonimización no opera autónomamente, sino que debe ir acompañada de una serie de elementos en el caso concreto que habilitan para que pueda recurrirse a la misma como garantía suficiente frente al consentimiento o la anonimización de los datos. Así, el artículo 6.4 del Reglamento UE de protección de datos establece que "Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado …", deberán tenerse en cuenta:

a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;
b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;
c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;
d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto[22].

Así pues, parece que se trata de una garantía que operaría, sustancialmente, en un ámbito concreto y respecto de la reutilización de los datos de salud, y ello, porque el conflicto entre la privacidad y la protección de datos y el interés colectivo en el ámbito de la salud se muestra paradójico: por un lado, se trata de datos personales especialmente protegidos por el nivel de afectación de la intimidad y privacidad del individuo, pero, por el otro, su uso masivo, sobre todo, secundario ofrece muchísimas posibilidades de avanzar en la mejora de diagnósticos y tratamientos. La explotación masiva de mis datos puede salvar la vida de otros. Y, de este modo, la seudonimización operaría como una solución proporcional entre la protección del derecho individual y el interés general, permitiendo preservar la confidencialidad de los

[22] Esta garantía se ha desarrollado normativamente, por lo que a nuestro ordenamiento jurídico interno se refiere, en el ámbito de la investigación en salud y biomédica. Así, la Disposición Adicional 17.ª de la Ley Orgánica de protección de datos, dispone que "Se considerará lícita y compatible la reutilización de datos personales con fines de investigación en materia de salud y biomédica cuando, habiéndose obtenido el consentimiento para una finalidad concreta, se utilicen los datos para finalidades o áreas de investigación relacionadas con el área en la que se integrase científicamente el estudio inicial", requiriéndose el informe previo favorable del comité de ética de la investigación competente.

datos a través de la codificación compleja y, al mismo tiempo, satisfacer más adecuadamente el interés de la comunidad. Sí cabría una solución ponderada en la que la limitación al derecho individual pudiera ser capaz de superar el test de proporcionalidad. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto quedaría salvaguardado a través de la seudonimización, al preservar el núcleo esencial del derecho. Un ejemplo de la importancia que el uso secundario de datos tiene en el ámbito de la salud se manifiesta cuando el Reglamento UE de protección de datos personales cita el término "salud" en 42 ocasiones, y, en varias de ellas, referido a excepciones al requisito del consentimiento informado en el caso de la reutilización de los datos de salud.

Como recuerda Barbara J Evans, en el caso de la investigación con datos de salud, no estamos enfrentando integridad física del individuo e interés colectivo, lo que más difícilmente superaría el test de proporcionalidad, y, sobre todo, el límite de la dignidad como núcleo esencial del derecho, sino la intimidad (Evans, 2018, pp. 26 y 27)[23].

Las virtudes que ofrece la seudonimización frente a la tradicional estricta anonimización son evidentes desde la perspectiva del interés de la salud de la colectividad, ya que, al mantenerse el vínculo entre el dato y la persona, aunque sea extraordinariamente difícil que un tercero pueda descodificarlo, se facilita la verificación de los resultados que nos ofrece la correlación. La seudonimización funcionaría para evitar las causalidades espurias que son uno de los principales riesgos del Big Data y, por tanto, de la IA. La indispensable verificación del proceso de desarrollo de los algoritmos exige retrotraerse a los propios datos a partir de los cuales son desarrollados. Por ello, el Reglamento UE de la IA dispone que "Para permitir la trazabilidad de los sistemas de IA de alto riesgo, verificar si cumplen los requisitos previstos en el presente Reglamento, así como vigilar su funcionamiento y llevar a cabo la vigilancia poscomercialización, resulta esencial disponer de información comprensible sobre el modo en que se han desarrollado y sobre su funcionamiento durante toda su vida útil. A tal fin, es preciso llevar registros y disponer de documentación técnica que contenga la información necesaria para evaluar si el sistema de IA de que se trate cumple los requisitos pertinentes y facilitar la vigilancia poscomercialización. Dicha información debe incluir las características generales, las capacidades y las limitaciones del sistema y los algoritmos, datos y procesos de entrenamiento, prueba y validación empleados, así como documentación sobre el sistema de gestión de riesgos

[23] Esta distinción ya fue establecida hace una década por el Instituto de Medicina de Estados Unidos, señalando que habría que distinguir entre "interventional research and research that is exclusively information based". Vid. Institute of Medicine, *Beyond the HIPAA Privacy Rule: Enhancing Privacy, Improving Health through Research*, The National Academies Press, Washington, D.C., 2009, p. 3.

pertinente, elaborada de manera clara y completa. La documentación técnica debe mantenerse adecuadamente actualizada durante toda la vida útil del sistema de IA. Además, los sistemas de IA de alto riesgo deben permitir técnicamente el registro automático de acontecimientos, mediante archivos de registro, durante toda la vida útil del sistema" (Considerando 71).

La seudonimización puede ser un instrumento, pues, muy útil para evitar la opacidad y complejidad de determinados sistemas de IA y cumplir con el deber legal de transparencia.

Sin embargo, como hemos adelantado ya antes, su virtualidad queda reducida actualmente al ámbito de los datos de salud. Y ello no debe interpretarse en el sentido de que estemos postulando ampliarlo con carácter general a cualquier tipo de datos, pero sí evaluar en qué medida, cuando concurre un interés general para la reutilización de los datos, sean o no de salud, no debe operar la seudonimización como garantía principal que satisface tanto la expectativa de privacidad del sujeto como el interés de la colectividad.

También, el modelo ha quedado algo limitado en el ámbito de la salud por obra de la nueva regulación de los datos de salud contenida en el Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847 –en adelante, Reglamento UE del espacio europeo de datos de salud–. En esta normativa sectorial parece volverse a una preeminencia del consentimiento del interesado frente a la seudonimización. Y así el artículo 71 consagra una suerte de derecho de autoexclusión del tratamiento de datos, en virtud del cual, el sujeto puede exigir que sus datos no sean tratados secundariamente, y ello, sin necesidad de exponer motivo alguno. El apartado 3 del precitado precepto dispone, expresamente, que "una vez que las personas físicas hayan ejercido el derecho de autoexclusión, y cuando los datos de salud electrónicos personales que les conciernan puedan identificarse en un conjunto de datos, los datos de salud electrónicos personales que conciernan a esas personas físicas no se pondrán a disposición ni se tratarán de otro modo con arreglo a permisos de datos expedidos de conformidad con el artículo 68 o a peticiones de datos de salud con arreglo al artículo 69 aprobadas después de que la persona física haya ejercido su derecho de autoexclusión".

Por tanto, el nuevo Reglamento UE opta, frente al modelo que permitiría el uso secundario de datos sin necesidad de nuevo consentimiento y a través de la garantía de la seudonimización, por una fórmula de *opt-out* similar a la que, por ejemplo, existe en el ámbito de la donación de órganos, recordando que la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, cuyo artículo 5.3 dispone que "las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido".

Ello supone, en cierto modo, como decíamos antes, una vuelta al paradigma del consentimiento informado, aunque también el Reglamento deja cierto margen de decisión a los Estados a la hora de implementar la norma, los cuales "podrán prever en su Derecho nacional un mecanismo para poner a disposición datos respecto de los cuales se haya ejercido el derecho de autoexclusión, siempre y cuando" se trate de "una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para satisfacer los fines de interés público en el ámbito de los objetivos científicos y sociales legítimos" (artículo 71.4 y 5).

Para ir concluyendo con este apartado, es importante recordar que el consentimiento no operaría como elemento legitimador del uso de los datos cuando nos encontramos ante determinadas categorías de datos, es decir, determinados datos que no pueden tratarse, pese a que mediara la autorización de tratamiento. Así, el artículo 9 del Reglamento UE de protección de datos dispone que "quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexual de una persona física". Sin embargo, el mismo precepto añade unas excepciones a la prohibición general en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en el ámbito judicial, en el ámbito de la salud (pública, preventiva y asistencial), en el de la investigación científica o histórica o con fines estadísticos, cuando el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados, además de las excepciones generales que se derivan del artículo 6.

Por su lado, el artículo 9.1 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, establece que el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. En relación con tales datos deberían implementarse otras garantías adecuadas. El nivel y la naturaleza de estas garantías adecuadas no se pueden determinar de una vez para todas, pues, por un lado, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario y, por otro lado, el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos

peligrosas para los derechos fundamentales. Sin perjuicio de ello, la previsión de estas garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. La predeterminación de sus elementos esenciales, vinculados también en último término al juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental, no puede quedar deferido a un ulterior desarrollo legal o reglamentario, ni tampoco se puede dejar en manos de los propios particulares (STC 76/2019, FJ 8.º).

Y es que la necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad (STC 76/2019, FJ 6.º).

Como conclusión de este apartado, puede afirmarse que los datos personales disponen de una garantía respecto de su tratamiento, el consentimiento informado que debe operar, habitualmente, de manera expresa y específica, admitiéndose, sin embargo, determinados supuestos en los que, no siendo así, sí al menos concurra una clara acción afirmativa. Y no olvidando tampoco que el derecho a la protección de datos como todo derecho o libertad no es ilimitado, pudiendo limitarse cuando concurra en conflicto con el derecho de un tercero o con el interés colectivo.

Así pues, podemos ver como apunta Luciano Floridi que existe una conexión entre la IA y la Bioética (Floridi, 2024, pp. 140 y ss), aunque ésta venga referida al campo de la salud y la biomedicina, incorporándose tanto en el campo de aquélla como en la de éstas el principio de autonomía como principio estelar, siendo la garantía legal de dicho principio el consentimiento informado. Eso sí, es importante también distinguir entre los derechos y valores en juego, dado que, en el ámbito de la IA, en lo que se refiere al uso masivo de los datos, lo que se protege a través del consentimiento es el derecho del sujeto a decidir sobre el uso de sus datos, mientras que en el ámbito de la asistencia sanitaria, el consentimiento es garantía de la integridad física del paciente. Así pues, el principio de autonomía ocupa, a través del consentimiento informado, una posición estelar en ambos ámbitos, pero garantizando diferentes derechos y valores, lo que no debe ser olvidado porque también la relevancia del objeto de protección determina una mayor o menor rigurosidad a la hora de configurarlo y exigirlo. No es lo mismo actuar sobre la privacidad del individuo que sobre su integridad física, por lo que el consentimiento en este último caso debe ser más riguroso que en el primero.

Por otro lado, también es importante tener en cuenta que el consentimiento informado del que estamos hablando es distinto del que se exige para,

en su caso, acelerar el proceso de desarrollo e introducción en el mercado de determinados sistemas de IA de alto riesgo, sin necesidad de participar en un espacio controlado de pruebas para la IA. Así, el Reglamento UE de la IA dispone que "en tales casos, teniendo en cuenta las posibles consecuencias de dichas pruebas para las personas físicas, debe garantizarse que el Reglamento establezca garantías y condiciones adecuadas y suficientes para los proveedores o proveedores potenciales. Estas garantías deben incluir, entre otras cosas, la solicitud del consentimiento informado de las personas físicas para participar en pruebas en condiciones reales". Y añade que "El consentimiento de los sujetos para participar en tales pruebas en virtud del presente Reglamento es distinto del consentimiento de los interesados para el tratamiento de sus datos personales con arreglo al Derecho pertinente en materia de protección de datos y se entiende sin perjuicio de este", siendo conveniente "prever garantías adicionales para asegurarse de que sea posible revertir efectivamente y descartar las predicciones, recomendaciones o decisiones del sistema de IA y de que los datos personales se protejan y se supriman cuando los sujetos retiren su consentimiento a participar en la prueba, sin perjuicio de sus derechos como interesados en virtud del Derecho de la Unión en materia de protección de datos" (Considerando 141).

El consentimiento informado vinculado a la IA, distinto del vinculado a la protección de datos, es definido por el Reglamento UE de la IA como "la expresión libre, específica, inequívoca y voluntaria por parte de un sujeto de su voluntad de participar en una determinada prueba en condiciones reales tras haber sido informado de todos los aspectos de la prueba que sean pertinentes para su decisión de participar" (art. 3).

Y recuerda el mismo Reglamento el problema que, en tales supuestos, plantea, "la transferencia de datos, por lo que conviene también prever que los datos recopilados y tratados a efectos de las pruebas en condiciones reales solo deben transferirse a terceros países cuando existan garantías adecuadas y aplicables con arreglo al Derecho de la Unión, en particular, de conformidad con las bases para la transferencia de datos personales previstas en el Derecho de la Unión en materia de protección de datos y, en lo referente a los datos no personales, existan garantías adecuadas con arreglo al Derecho de la Unión, como los Reglamentos (UE) 2022/868 (42) y (UE) 2023/2854 (43) del Parlamento Europeo y del Consejo" (Considerando 141).

IV. LA POSIBLE FALTA DE VIRTUALIDAD DEL MARCO DE GARANTÍAS ASENTADO, SUSTANCIALMENTE, EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTEXTO DE LA IA

Como vamos a exponer a continuación, este modelo de garantía asentado en el consentimiento, con la excepción de la anonimización, planteó desde

sus inicios problemas. Y es que como apunta Lorenzo Cotino, si bien el derecho de protección de datos personales ha girado estructuralmente en el consentimiento del titular de los datos personales, ello ha quebrado hace tiempo. Las razones de tal quiebra derivan, esencialmente, de que la sociedad no está dispuesta a renunciar al uso de las IT y no tiene una fuerte cultura de la privacidad, lo que lleva a hacer casi irreal o inefectiva la garantía del consentimiento. Éste, en la práctica, "viene masivamente por defecto". Por ello, "no es realista en modo alguno creer que existe un efectivo control de la información personal a través del consentimiento y los derechos que lo complementan. El consentimiento se torna en una carta blanca al descontrol del flujo de los datos personales. El consentimiento acaba configurándose como un simbolismo que conlleva, a la postre, al fracaso de la privacidad pretendida y a la inoperancia del sistema de protección" (Cotino Hueso, 2017, p. 145).

Es lo que se ha denominado, en el ámbito de la protección de datos, el estándar subjetivo del consentimiento que lo analiza desde la perspectiva de aquél que debe prestarlo, y hace referencia al hecho de si un interesado particular es capaz de ejercer su expresión de voluntad autónoma en el contexto específico. Como señala Elena Gil, "en ocasiones, a pesar de que los requisitos formales del consentimiento se respeten, sobre el interesado actúan otros factores que cuestionan la confiabilidad en la manifestación de aquiescencia. Así, en muchas ocasiones puede cumplirse con la función formal pero no material del consentimiento" (Gil González, 2020, p. 156).

Y es que el estado de la técnica actual, caracterizado por prácticas más extendidas, intensivas e impredecibles ha modificado el valor real del consentimiento del interesado. Por ello, como venimos manteniendo, el consentimiento ha mostrado deficiencias, que se agudizan en entornos Big Data que son los que nutren a la IA.

Por otro lado, debe recordarse que la relación entre el presunto cedente de los datos y el cesionario no es siempre o, incluso, habitualmente, una relación caracterizada por la igualdad entre las partes, existiendo una posición de poder o dominio del último. El propio Reglamento UE de protección de datos recuerda en su Considerando 43 que para garantizar que el consentimiento se ha dado libremente, éste no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibro claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Y el Reglamento presume que ello ocurre cuando no se permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la

prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando éste no sea necesario para dicho cumplimiento.

El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 27/2020, relativa al uso de una imagen fotográfica de un individuo por un medio de comunicación como soporte gráfico de una noticia de sucesos, el cual mantenía que la imagen era pública, no siendo necesario, pues, el consentimiento informado, al haber sido incluida voluntariamente en una red social (Facebook), recuerda que "el aumento de popularidad de las redes sociales ha transcurrido en paralelo al incremento de los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. De este modo, los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra –la actual– en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios –usuarios igualmente de la redes sociales en Internet– todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos".

Y añade a continuación que "contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo –por obvio que ello resulte– que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen".

Para el Tribunal, "el entorno digital no es equiparable al concepto de "lugar público" del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE", por lo que "debemos seguir partiendo del mismo principio básico que rige el entorno analógico y afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen", debiendo concurrir "una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular".

Y dado el contexto en el que suele prestarse el consentimiento en el marco de dichas redes sociales, el Tribunal considera que "no puede reputarse como

consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada", ya que "de conformidad con el comportamiento usual de los usuarios en las redes sociales en Internet, y especialmente en aquellas como Facebook, no puede afirmarse que don I.I.L. con la publicación de una fotografía suya en su perfil estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso".

Y es que "las denominadas "condiciones de servicio" incluidas en la "Declaración de derechos y responsabilidades" que necesariamente deben aceptar los usuarios de Facebook para poder utilizar la red revelan que el contrato suscrito por ambas partes es típicamente de los llamados de "adhesión", con la particularidad de que se formaliza mediante un clic en el botón de la aplicación digital previsto al efecto. Es decir, estamos en presencia de un contracto electrónico puro. El uso de condiciones generales empleado en este procedimiento de contratación online, sus características, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella. Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización. A ello hay que añadir que en dicha red social aparece activado por defecto el mayor grado de publicidad, en contraste con el hecho de que el perfil de acceso completamente público supone un grave riesgo para la seguridad de los datos personales de los usuarios, en la medida en que estos serán accesibles por parte de cualquier usuario de la plataforma".

Para el Alto Tribunal, "la información ofrecida en la red social está inmersa en una maraña de cláusulas contractuales contenidas en un prolijo y extenso documento alojadas en lugares del sitio web de difícil acceso para el usuario, reservándose, por otro lado, la plataforma la posibilidad de modificar las condiciones de uso y privacidad en cualquier momento, sin necesidad de preaviso a los usuarios registrados que con anterioridad las hubieran aceptado. Por tanto, hay que concluir que el ciudadano desconoce la mayor parte de las veces el contenido real y las consecuencias del otorgamiento de la autorización exigida para su registro y utilización, pues resultan de no fácil comprensión para cualquier usuario medio que no disponga de conocimientos jurídicos y tecnológicos, por lo que difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable".

A lo dicho por nuestro Tribunal Constitucional habría que añadir que, plantear la validez de un consentimiento como el mencionado en dicho caso, supone tanto como permitir que el sujeto quede expuesto a la exclusión social, partiendo de que, guste o no, las relaciones sociales operan en gran parte a través de tales redes sociales. No es erróneo ni exagerado afirmar que los titulares de datos no reparan en los términos en que se otorga el consentimiento ni su trascendencia individual y colectiva.

El sujeto presta el consentimiento para el tratamiento no por razones directamente vinculadas a lo que se le pide, sino para poder estar o permanecer en la relación social que supone la red, para poder estar informado de la actualidad o para acceder al servicio que necesita. Y es que no debe olvidarse, por otra parte, que el consentimiento al tratamiento de datos sirve también como instrumento de pago en manos del consumidor (en su doble condición de consumidor y titular de sus propios datos personales) para disfrutar de ciertos bienes y servicios en el entorno digital (Castillo Parrilla, 2023, p. 69).

Castillo Parrilla ha afirmado con razón que "el consentimiento informado es la base de legitimación más cómoda y que mayor nivel de seguridad jurídica ofrece desde la perspectiva del responsable del tratamiento de los datos, ya que necesita menor profundidad de estudio y resulta más fácilmente adaptable a cada caso. No menos importante es la (apariencia de) protección de la autonomía individual del interesado que esta base de legitimación genera" (Castillo Parrilla, 2023, p. 68).

En palabras de Eva Gil y Antonio Troncoso, el consentimiento parte de que la persona ha leído la información que se le presenta, la comprende y toma una decisión, lo que sólo se cumple en entornos comprensibles y previsibles. Sin embargo, el consentimiento no funciona bien en entornos cambiantes y complejos, como es el Big Data. En estos ámbitos, el consentimiento se convierte en algo automático e irreflexivo. Además, la regla del consentimiento supone responsabilizar a la persona por la toma de decisiones para las que no está preparada, de forma que al final el consentimiento se vuelve en su contra. Y, por ello, consideran que no hace falta aferrarse al consentimiento como salvoconducto único (Gil González, 2020; y Troncoso Reigada, 2024, p. 487).

Por lo que se refiere a la anonimización, el problema radica en determinar en qué medida ello es realmente posible, es decir, que no pueda establecerse a través de la IA la correlación entre los datos y la persona. Se parte ya de la premisa de que cada vez es más sencillo reidentificar datos previamente anonimizados, e incluso identificar o inferir características de personas a partir de datos anónimos o de perfiles abstractos que no se han nutrido de datos de dichas personas (Castillo Parrilla, 2023, p. 64). El propio desarrollo de la AI ayuda a ello.

V. OTRAS PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS EN EL CONTEXTO DE LA IA

Como hemos expuesto en el apartado anterior, el consentimiento informado no ha operado como una garantía robusta del derecho a la protección de datos, antes al contrario. Por ello, se propone, frente a la garantía del consentimiento, reforzar las obligaciones legales preventivas de privacidad en el diseño y por defecto y de la evaluación de impacto de protección de datos.

Se ha propuesto una suerte de metáfora, de manera que por medio ambiente tecnológico contaminado debe entenderse aquel en el que la ingente cantidad de datos y la potencia de las herramientas de analítica de *big data* no permiten a los individuos desenvolverse en el entorno digital con unas mínimas expectativas de anonimato que garanticen el libre desarrollo de su personalidad (Castillo Parrilla, 2023, p. 64).

Y todo ello sobre la base de tres acciones fundamentales en mejora de una efectiva protección del derecho:

1. Reducir la «emisión de consentimientos» al tratamiento de datos personales durante la fase de recolección de datos.
2. Controlar los estándares de calidad de los datos durante la fase de construcción del modelo (perfil abstracto); teniendo en cuenta la importancia de prevenir los sesgos como criterio de calidad (fases de recolección de datos y de construcción del modelo).
3. Subrayar la necesidad de una aplicación integral del RGPD a toda actividad de tratamiento de datos, tanto la consistente en utilizar los datos (personales o no) para durante el desarrollo del modelo como aquella para la posterior aplicación de perfiles a personas concretas durante la fase de implementación del modelo (Castillo Parrilla, 2023, pp. 67 y 68).

Por otro lado, se ha planteado también la oportunidad de trascender a una visión esencialmente individual del derecho a la protección de datos: la privacidad de grupo.

El derecho a la protección de datos ha tenido como eje central el individuo y no tanto a la colectividad. Y tal visión no solo ha impedido un uso de los datos en garantía del interés colectivo, primando la dimensión subjetiva del derecho, pese a que pudiera superarse el test de proporcionalidad, sino que ha acabo por desproteger al propio derecho al fundamentar la garantía de su eficacia en la figura del consentimiento informado. La visión individual del derecho ni ha atendido al interés general que el Big Data puede satisfacer, ni ha protegido realmente al derecho.

Por ello, Castillo Parrilla "propone promover una dimensión colectiva a este derecho, en la medida en que se han generado nuevos riesgos que afectan

a la sociedad en su conjunto que ya no pueden resolverse *ex post* y de manera reactiva" (Castillo Parrilla, 2023, pp. 59 y 63). Sería una fórmula similar a la seguida desde hace décadas en el ámbito del derecho al medioambiente.

La propuesta es eminentemente práctica, más que ontológica. Ya el Comité de Bioética de España nos recordó en uno de sus informes que la autonomía se ha interpretado en clave meramente individual, como exigencia ética de respetar los deseos del individuo al margen de su condición de miembro de una comunidad en la que convive y se desarrolla, no toma suficientemente en cuenta el entramado de vínculos que atraviesan las posibilidades cognitivas y volitivas de la persona y que le ligan con su entorno. La autonomía se construye con elementos que relacionan al sujeto con otros, así como con escenarios sociales y perspectivas culturales. Por ello, atender a todos estos aspectos que configuran la autonomía no solo con la capacidad racional sino también, en un sentido más amplio y comprensivo, como capacidad relacional, permite una aproximación más certera al tipo de situaciones con las que se enfrenta la persona cuando toma decisiones. Porque, lo valioso no es ser autónomo en un sentido restringido de razonamiento guiado por un ideal de independencia, sino en un sentido amplio de capacidad relacional o referencial para la toma de decisiones. La determinación de qué somos capaces se produce necesariamente en contextos compartidos con otros y tiene un significado de contraste, se lleva cabo en relación y como respuesta a determinaciones que se han adoptado en el medio social y cultural[24].

VI. LA ALFABETIZACIÓN DIGITAL COMO GRAN RETO

Como hemos comprobado a lo largo de nuestro trabajo, el Derecho tiene mucho que ofrecer para salvaguardar nuestros derechos y libertades frente a los usos inadecuados de la IA y, en concreto, para preservar nuestra privacidad y la confidencialidad de nuestros datos personales. Sin embargo, el principio ético-legal en el que se han fundamentado las necesarias garantías, la autonomía, siendo el consentimiento informado su instrumento de protección no parece que realmente esté cumpliendo satisfactoriamente su cometido.

La digitalización no es neutra. Su propósito no ha sido solo el de ofrecer de manera más accesible datos y servicios, sino que ello se ha hecho con el principal propósito de obtener nuestros datos para poder proceder a su uso masivo y a desarrollar los algoritmos que hagan viable la IA. Este propósito ha generado o, mejor dicho, institucionalizado una cultura de la renuncia a la

[24] Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf.

privacidad para poder acceder a los datos y servicios o para, como ocurre con las redes sociales, no quedar al margen del grupo o de la colectividad. Y una sociedad de consumo como la nuestra, en la que los deseos pueden cumplirse inmediatamente a golpe de teclado lo ha acrecentado.

En palabras de Francisco Balaguer, "la escasa preocupación de los nativos digitales por su derecho a la intimidad se explica en gran medida porque han sido "dopados" muy tempranamente por las compañías tecnológicas, con aplicaciones que están destinadas justamente a la exhibición pública y a la búsqueda de reconocimiento a través del uso de las redes sociales. Su cultura no tiene nada que ver con la de la Constitución sino con una visión mercantil de sus propios derechos que se activa solamente cuando consideran que el producto que reciben es deficitario" (Balaguer Callejón, 2022, p. 46). El principal problema es, nos dice Vázquez-Pastor Jiménez, "cómo proteger a quien voluntariamente desvela su intimidad en la red. En efecto, los menores no identifican realmente los riesgos que suponen las redes sociales para su privacidad y otorgan voluntariamente su consentimiento para adherirse a ellas. Este consentimiento tiene un papel fundamental en los distintos usos que se dé a sus datos en el entorno online" (Vázquez-Pastor Jiménez, 2022, p. 1120).

Los derechos se protegen ahora desde la posición de los consumidores. Se trata de "facultades instrumentales de los derechos económicos y se garantizan solamente desde la lógica económica. Ya no conectan directamente con la dignidad sino con la inserción del individuo como una pieza más dentro del contexto económico" (Balaguer Callejón, 2022, p. 115).

También, como recuerda la Oficina C en su reciente Informe sobre redes sociales y menores de 2025[25], las personas menores en nuestro país acceden de forma cotidiana a redes sociales desde edades cada vez más tempranas, incluso antes de la edad mínima de acceso sin consentimiento paterno mediante autodeclaraciones y sin sistemas de verificación de edad efectivos. Según datos de UNICEF más del 90 por ciento de los menores con once años de edad están a esa edad en, al menos, una red social[26].

Para la Oficina C, en el mismo Informe ya citado, la edad mínima de catorce años para acceder a las redes de forma independiente responde más a criterios puramente legales derivados de la regulación de la protección de

[25] Puede accederse a dicho Informe a través de la página web de la Oficina C en el siguiente enlace: https://www.oficinac.es/sites/default/files/informes/2025_10_30_InformeC-Redes-sociales-menores_oficinac-fecyt-congreso.pdf.

[26] UNICEF, Impacto de la tecnología en la adolescencia. Un estudio comprensivo e inclusivo hacia el uso saludable de las TRIC, 2021. Puede accederse a dicho trabajo a través del siguiente enlace: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/Informe_estatal_impacto-tecnologia-adolescencia.pdf.

datos como de la capacidad del menor para firmar contratos, sin implicar realmente un uso seguro por su parte. Su falta de alfabetización digital y mediática, junto con la inmadurez para modular su uso, los hace especialmente vulnerables, más aún, cuando muchas plataformas emplean patrones de diseño persuasivo, basados en principios de la psicología del comportamiento y la economía conductual con el fin de influir más fácilmente en el comportamiento de los usuarios, explotando sesgos cognitivos y vulnerabilidades emocionales y activando circuitos neurales de recompensa mediante distintos elementos de su diseño. Además, los perfiles digitales de niños, niñas y adolescentes son altamente valiosos para las plataformas.

Por ello, considerar que la mejor garantía para afrontar ética y legalmente los retos que nos trae la IA y, en especial, como hemos tratado en este trabajo, para salvaguardar la dignidad, la privacidad y el uso indebido de datos personales sigue siendo el consentimiento informado supone un verdadero autoengaño. No estamos proponiendo, obviamente, excluir del sistema la operatividad de éste, sino evitar caer en el error de considerar que normativizándolo y adaptándolo a estos nuevos retos de la IA resolveremos, en gran parte, los problemas que surgen en relación con nuestros derechos y libertades. Estamos proponiendo, pues, incorporar no solo un enfoque legal o normativo, sino también formativo.

Ya antes hemos recogido alguna de las nuevas fórmulas o propuestas que se ofrecen, añadiendo ahora, a modo de conclusión, la última de ellas: la alfabetización digital.

Y es que resulta harto difícil tratar de imponer la cultura de la privacidad y de la protección de datos personales a través del consentimiento cuando la propia sociedad ha renunciado a ello, no como concepto general o temor social frente a la IA, sino como actitud o conducta diaria.

Y, por ello, parece que el camino es tratar de recuperar o, incluso, crear una nueva cultura que, sin menoscabo de los avances positivos del Big Data y la IA, nos haga conscientes de los valores que están en juego. Habría que construir una narrativa alternativa a la economicista y tecnológica, defendiendo el pluralismo y los valores que han hecho del constitucionalismo y sus derechos y libertades un factor esencial del progreso (Balaguer Callejón, 2022, p. 189).

Como comenta Arias Maldonado, si la imprenta convirtió a todos en lectores potenciales y ello exigió una adaptación de los ciudadanos, la Red nos convierte a todos en transmisores y receptores de información y exige igualmente un periodo de aprendizaje (Arias Maldonado, 2024, pp. 208 y 209), una nueva etapa de alfabetización.

La propuesta de la alfabetización ya la hemos hecho en el entorno del debate frente al anticientifismo que tan de la mano va con los nuevos populismos y con los nuevos enemigos de la democracia constitucional nacida

tras las experiencias de finales de la primera mitad del siglo XX (de Montalvo Jääskeläinen, 2023). También se ha formulado en relación con la IA por autores de prestigio y grandes conocedores de este nuevo contexto como Paolo Benanti. Este nos dice en su análisis de la "era digital" que existe una necesidad urgente de educación mediática (Benanti, 2024, p. 116), como transmisión de los conocimientos necesarios para manejar adecuadamente las nuevas tecnologías, no desde una perspectiva tecnológica, las denominadas skills o habilidades en nuestra lengua, sino desde la de los valores y rasgos esenciales de la sociedad y de la persona en juego. Es decir, luchar contra, permítasenos la expresión, el analfabetismo de los derechos y las libertades en la era de la IA.

En palabras de Nicolás Marín, "la nueva alfabetización tiene dos planos, uno meramente técnico y otro de carácter psicológico y moral y ambos se aprenden y se entrenan en las diversas instituciones educativas con que cuenta la sociedad. Esta dimensión educativa es fundamental para conseguir personas críticas ante la evolución de la sociedad en general y ante el fenómeno de la posverdad en particular. Es la batalla contra el analfabetismo digital, puesto que una sociedad de analfabetos es fácilmente manipulable" (Nicolás Marín, 2019, p. 333).

La UNESCO la ha definido como la capacidad de acceder, gestionar, comprender, integrar, comunicar, evaluar y crear informaciones mediante la utilización segura y pertinente de las tecnologías digitales para el empleo, un trabajo decente y la iniciativa empresarial. Esto incluye competencias como la alfabetización informática, la alfabetización en las TIC, la alfabetización informativa y la educación mediática, que tienen como objetivo empoderar a las personas y, en particular, a los jóvenes, para que adopten una actitud crítica en cuanto a la utilización de las tecnologías de la información y las tecnologías digitales, y para que puedan desarrollar su resiliencia frente a la desinformación, el discurso de odio y el extremismo violento[27].

Para la Oficina C en su reciente Informe ya citado de 2025, la generación de conciencia social sobre los riesgos del ecosistema digital es clave para que las personas puedan identificarlos, ya que, para poder actuar con autonomía en los entornos digitales, se requieren competencias específicas que no se adquieren solo por interactuar con la tecnología.

La propuesta de alfabetización no aparece mencionada explícitamente en el Reglamento UE de protección de datos, pero sí en el de la IA, el cual dispone, literalmente que "Con el fin de obtener los mayores beneficios de los sistemas de IA, protegiendo al mismo tiempo los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, y de posibilitar el control democrático, la alfabetización

[27] Vid. https://www.unesco.org/es/literacy/need-know#:~:text=La%20UNESCO%20define%20la%20alfabetización,decente%20y%20la%20iniciativa%20empresarial.

en materia de IA debe dotar a los proveedores, responsables del despliegue y personas afectadas de los conceptos necesarios para tomar decisiones con conocimiento de causa en relación con los sistemas de IA", añadiendo, a continuación, que "En el contexto de la aplicación del presente Reglamento, la alfabetización en materia de IA debe proporcionar a todos los agentes pertinentes de la cadena de valor de la IA los conocimientos necesarios para garantizar el cumplimiento adecuado y la correcta ejecución. Además, la puesta en práctica general de medidas de alfabetización en materia de IA y la introducción de acciones de seguimiento adecuadas podrían contribuir a mejorar las condiciones de trabajo y, en última instancia, sostener la consolidación y la senda de innovación de una IA fiable en la Unión. El Consejo Europeo de Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, «Consejo de IA») debe apoyar a la Comisión para promover las herramientas de alfabetización en materia de IA, la sensibilización pública y la comprensión de los beneficios, los riesgos, las salvaguardias, los derechos y las obligaciones en relación con el uso de sistemas de IA. En cooperación con las partes interesadas pertinentes, la Comisión y los Estados miembros deben facilitar la elaboración de códigos de conducta voluntarios para promover la alfabetización en materia de IA entre las personas que se ocupan del desarrollo, el manejo y el uso de la IA" (Considerando 20).

Y su artículo 3 define alfabetización digital o en materia de IA en los siguientes términos: "«alfabetización en materia de IA»: las capacidades, los conocimientos y la comprensión que permiten a los proveedores, responsables del despliegue y demás personas afectadas, teniendo en cuenta sus respectivos derechos y obligaciones en el contexto del presente Reglamento, llevar a cabo un despliegue informado de los sistemas de IA y tomar conciencia de las oportunidades y los riesgos que plantea la IA, así como de los perjuicios que puede causar"[28].

Por tanto, alfabetizar es transmitir conocimiento de causa.

Y el concepto sigue siendo mencionado por el citado Reglamento más adelante: "El despliegue de sistemas de IA en el ámbito educativo es importante para fomentar una educación y formación digitales de alta calidad y para que todos los estudiantes y profesores puedan adquirir y compartir las

[28] Y vuelve a referirse al concepto el artículo 4 del mismo Reglamento: "Alfabetización en materia de IA. Los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los colectivos de personas en que se van a utilizar dichos sistemas".

capacidades y competencias digitales necesarias, incluidos la alfabetización mediática, y el pensamiento crítico, para participar activamente en la economía, la sociedad y los procesos democráticos" (Considerando 56).

Recoge, también, una mención expresa a la alfabetización el Reglamento UE del espacio europeo de datos de salud: "Mejorar la alfabetización sanitaria digital de las personas físicas y de los profesionales sanitarios es esencial para la confianza y la seguridad y el uso adecuado de los datos de salud y, por ende, lograr una aplicación satisfactoria del presente Reglamento".

Y ello, porque "la mejora de la alfabetización sanitaria digital es fundamental para facultar a las personas físicas para que ejerzan un verdadero control sobre sus datos de salud, gestionen activamente su salud y su asistencia, y entiendan las implicaciones de la gestión de tales datos para un uso tanto primario como secundario. Los diferentes grupos demográficos tienen distintos grados de alfabetización digital, lo que puede afectar a la capacidad de las personas físicas para ejercer los derechos de control de sus datos de salud electrónicos".

Y añade que este proceso de alfabetización debe "prestarse especial atención a las personas con discapacidad y a los grupos vulnerables, incluidas las personas migrantes y las de edad avanzada" (Considerando 89).

Más adelante, en el artículo 84 el mismo Reglamento regula dicha alfabetización, estableciendo que "los Estados miembros promoverán y apoyarán la alfabetización en materia de salud digital y el desarrollo de las competencias y capacidades pertinentes para los pacientes. La Comisión apoyará a los Estados miembros a este respecto. Las campañas o programas de sensibilización tendrán por objeto, en particular, informar a los pacientes y al público en general sobre uso primario y secundario en el marco del EEDS, incluidos los derechos que se derivan de él, así como las ventajas, los riesgos y los posibles beneficios del uso primario y secundario para la ciencia y la sociedad".

¿Y cómo articular esta alfabetización?

Obviamente, no es tarea fácil. Además, según recuerda la Oficina C, la evidencia empírica sobre su efectividad en población joven aún es limitada, aunque se reconoce que, si bien no reduce necesariamente la exposición a riesgos, sí contribuye a mitigar sus efectos negativos y fortalece la resiliencia digital, ya que los adolescentes con mayor alfabetización digital tienden a gestionar mejor las consecuencias de sus experiencias en línea y adoptan estrategias más eficaces para proteger su bienestar.

Además, ya tenemos modelos en algunos países de nuestro entorno europeo, como Finlandia, Dinamarca, Estonia, Suecia e Irlanda, en un ámbito directamente conectado al que venimos abordando como es el de la alfabetización mediática. Por ejemplo, en Finlandia esta alfabetización se ha implantado en el sistema educativo con carácter transversal, no configurándose una asignatura concreta como tal, sino incorporándose diferentes contenidos en

todas las asignaturas. Se da libertad a los maestros para que adapten el modelo oficial propuesto a sus diferentes materias profesores tienen libertad prácticamente absoluta para adaptar las recomendaciones educativas del Gobierno como consideren más adecuado para conseguir los fines de dicha política pública[29]. Así, los alumnos finlandeses aprenden, desde los seis años, a leer las fuentes informativas de manera crítica, a evaluar y verificar los sitios web, a encontrar las fuentes para saber si una noticia dudosa es verídica o no, o a comprobar lo fácil que es manipular las estadísticas. El objetivo es dotar a los individuos de instrumentos para protegerse frente a los nuevos escenarios de amenaza social, como son la difusión sistemática y selectiva de desinformación, los mensajes antidemocráticos, la creciente frecuencia de los discursos de odio y el acoso sexual mediado, así como las violaciones de la privacidad y la seguridad de los datos. Se persigue, así, inculcar en los ciudadanos, desde muy jóvenes, un interés por el aprendizaje independiente[30]. Y este aprendizaje independiente permite recuperar la conciencia sobre la importancia de la intimidad y privacidad para el individuo.

Así pues, como decíamos, la tarea no es sencilla, pero tampoco imposible. Eso sí, entendemos que en el contexto de desatención hacia la privacidad en el que están desarrollándose las nuevas tecnologías, promoverlo es ineludible y mucho más eficaz que la mera aprobación de normas y garantías específicas.

Y acabamos ya. Como dijera el Papa Francisco, no vivimos una época de cambios, sino un verdadero cambio de época[31], y ello, en palabras ahora de Paolo Benanti supone que concurren dos fenómenos: el agotamiento de un modelo cultural preexistente con su contenido de creencias sobre la realidad y el hombre, y la aparición de una nueva forma de explicar la realidad y lo humano (Benanti, 2024, p. 30).

Pues bien, que este cambio de época no nos haga olvidar el valor que ostentan para la paz y convivencia de la sociedad los derechos y libertades.

Y empezábamos nuestro texto con un filósofo poeta, Byung-Chul Han y lo concluimos con un poeta filósofo, José Luis Borges, quien escribiera en su breve poema titulado "Eternidades", incluido en su obra *La rosa profunda* que

> *"Solo perduran en el tiempo las cosas*
> *Que no fueron de este tiempo"*

[29] Vid. https://www.epe.es/es/internacional/20221202/guardian-finlandes-anti-fake-news-ninos-manipulacion-79274554.

[30] Vid. https://medialukutaitosuomessa.fi/mediaeducationpolicy.pdf.

[31] Discurso del Papa Francisco a la Curia Romana en ocasión de la presentación de las felicitaciones navideñas. 21 diciembre 2019. Puede accederse al discurso a través del siguiente enlace: https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/december/documents/papa-francesco_20191221_curia-romana.html.

Y es que los derechos y libertades no pertenecen a un tiempo que pasó, sino que perduran como lo hace el ser humano y su dignidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Alcalde Bezhold, G. y Alfonso Farnós, I., "Utilización de tecnología Big Data en investigación clínica", *Rev Der Gen H*, núm. Extraord., año 2019, pp. 55 a 83.

Al Hasani Maturano, A., *El impacto de la inteligencia artificial y los derechos fundamentales, Aranzadi*, Cizur Menor, 2024.

Alós, F. y Puig-Ribera, A., "Uso de wearables y aplicaciones móviles (mHealth) para cambiar los estilos de vida desde la práctica clínica en Atención Primaria: una revisión narrativa", *Atención Primaria Práctica*, vol. 3, núm. S1, año 2021, pp. 1 a 5.

Arias Maldonado, M., *(Pos)verdad y democracia*, Página Indómita, Barcelona, 2024.

Balaguer Callejón, F., *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

Benanti, P., *La era digital. Teoría del cambio de época: persona, familia y sociedad*, Encuentro, Madrid, 2024.

Castillo Parrilla, J.A., "Privacidad de grupo: un reto para el derecho a la protección de datos a la luz de la evolución de la Inteligencia Artificial", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 43, julio-diciembre 2023, pp. 53 a 88.

Cotino Hueso, L., "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, año 9 (2017), núm. 24, pp. 131 a 150.

Cotino Hueso, L., "Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con Inteligencia Artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, año 2023, pp. 1 a 22.

de Montalvo Jääskeläinen, F., "¿Cabe limitar en nuestro ordenamiento constitucional el discurso anticientifista?: anticientifismo y libertad de divulgación científica", Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, núm. 4, año 2023, pp. 399 a 439.

Evans, B. J., "Big Data and Individual Responsability", en Glenn Cohen, I., Fernández Lynch, H., Vayena, E. y Gasser, U. (Edit.), *Big Data, Health Law and Bioethics,* Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Floridi, L., *Ética de la inteligencia artificial,* Herder, Barcelona, 2024.

Gil González, E., *El interés legítimo en el tratamiento de datos personales masivos*, tesis doctoral, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2020.

Morente Parra, V., "Big data o el arte de analizar datos masivos. Una reflexión crítica desde los derechos fundamentales", *Revista Derechos y Libertades,* número 41, época II, julio 2019, pp. 225 a 260.

Nicolás Marín, J. A., "Posverdad: cartografía de un fenómeno complejo", *Diálogo Filosófico*, núm. 105, año 2019, pp. 302 a 340.

Ohm, P., "Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization", *UCLA Law Review*, núm. 57, año 2010, pp. 1 a 64.

Ohmann, C., Banzi, R., Canham, S. et al., "Sharing and reuse of individual participant data from clinical trials: principles and recommendations", *BMJ Open,* 7, 2017, pp. 1 a 24.

Pérez-Ugena, M., "La Inteligencia Artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales", *Estudios de Deusto*, *Revista de Derecho Público*, Vol. 72/1 enero-junio 2024, pp. 307 a 337.

Romana García, M.L. y Hernández Pardo, B., "Protección de datos: La "seudonimización" inexistente", *Derecho y Salud*, vol. 28, núm. 1, 2018, pp. 92 a 103.

Troncoso Reigada, A., "Algunos debates dogmáticos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales", en Balaguer Callejón, F., Vidal Prado, C. y Elías Méndez, C. (Coords.), *Estudios sobre Derecho constitucional español, comparado y europeo. Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2024.

Vázquez-Pastor Jiménez, L., "Los derechos de la personalidad del menor de edad en la era digital. La dicotomía entre autonomía y protección", Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 17, año 2022, pp. 1112 a 1153.

EL DERECHO A UN TRABAJO DECENTE. A PROPÓSITO DE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO ANTE LA IRRUPCIÓN DIGITAL[1]

The right to decent work. On the effectiveness of the constitutional right to work in the face of the digital disruption

María Dolores Montero Caro[2]
Profesora Permanente Laboral (Acreditada a Titular) de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba. España
https://orcid.org/0000-0001-9033-620X

https://doi.org/10.18543/ed.3579

Fecha de recepción: 18.09.2025
Fecha de aceptación: 06.11.2025
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

En este estudio se examina el alcance y la efectividad práctica del derecho constitucional al trabajo en España. Para ello se parte del análisis de la configuración constitucional de este derecho enmarcado en el artículo 35 de la Constitución, destacando su carácter dual como derecho subjetivo y deber social, que le lleva a identificarse con una naturaleza "mixta", a caballo entre los derechos fundamentales en

[1] Esta investigación se ha realizado en el marco de una estancia de investigación realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa en el año 2025, financiada por el proyecto de I+D+i Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas [2023-2026] (PID2022-136439OB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa".

[2] Email: mdmontero@uco.es

sentido estricto y los principios rectores de la política social y económica. Se analiza la noción de *trabajo decente* como parámetro de calidad del empleo, que vincula la efectividad de este derecho con la dignidad humana consagrada en el art. 10 CE. Las transformaciones tecnológicas recientes, como las derivadas del auge de la economía de plataformas, de la inteligencia artificial o del teletrabajo, han supuesto una gran incidencia para el mercado de trabajo, por lo que deviene prioritario reforzar, dentro del marco vigente, la implementación efectiva de este derecho constitucional.

Palabras clave

Derecho al trabajo; deber de trabajar; trabajo decente; políticas públicas de empleo; digitalización.

Abstract

This study examines the scope and practical effectiveness of the constitutional right to work in Spain. It begins by analysing the constitutional configuration of this right as set out in Article 35 of the Constitution, highlighting its dual nature as a subjective right and a social duty, which leads it to be identified as 'mixed' in nature, straddling fundamental rights in the strict sense and the guiding principles of social and economic policy. The notion of decent work as a parameter of job quality is analysed, linking the effectiveness of this right to the human dignity enshrined in Article 10 of the Spanish Constitution. Recent technological transformations, such as those resulting from the rise of the platform economy, artificial intelligence and teleworking, have had a major impact on the labour market, making it a priority to strengthen the effective implementation of this constitutional right within the current framework.

Keywords

Right to work; duty to work; decent work; public employment policies; digitalization.

Sumario: I. Introducción. II. Configuración constitucional del derecho humano al trabajo. 1. El derecho y deber de trabajar. 2. Un derecho constitucional "mixto". III. El trabajo decente como índice de crecimiento económico sostenible. IV. La necesidad (y obligación constitucional) de implementar políticas públicas en materia de empleo. V. Las implicaciones constitucionales derivadas de las transformaciones laborales recientes. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. El derecho al trabajo ocupa un lugar destacado en el constitucionalismo social contemporáneo por su relación con la dignidad humana y su inclusión en un Estado social y democrático de Derecho. En España, la Constitución de 1978 consagra en su artículo 35.1 no solo un derecho al trabajo, sino también el deber de trabajar, sin que por ello se pueda considerar un deber constitucional en sentido estricto del término, al carecer de coercibilidad directa. Ciertamente, este deber se muestra como una aspiración de involucrar a la ciudadanía en el bienestar común mediante el esfuerzo laboral.
2. La posición que el derecho al trabajo ocupa en el Título I de nuestro texto constitucional, en la sección 2ª del Capítulo III, le confiere una serie de garantías que difieren de los derechos fundamentales de la sección 1ª y de los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III del mismo Título. Esto ha determinado una configuración constitucional de este derecho con una doble faceta o naturaleza mixta. En este sentido, si bien no alcanza la categoría de derecho fundamental, trasciende la condición de principio programático. En consecuencia, estamos ante un derecho constitucional que vincula directamente a los poderes públicos exigiendo su promoción activa, a la vez que su contenido concreto depende en gran medida del desarrollo legislativo, que podemos encontrar principalmente en el Estatuto de los Trabajadores.
3. Además de lo indicado, se puede hacer un seguimiento de la evolución del mercado de trabajo a través del estudio de lo que se entiende en cada momento por trabajo decente. Este concepto, impulsado por la Organización Internacional del Trabajo, ha sido implementado también por la Agenda 2030 de Naciones Unidas en su ODS 8 y se tiene en consideración en las políticas y reformas laborales. La calificación de un empleo como decente equivale a decir que un empleo es digno o, acotando la expresión al máximo, al menos no es precario.

Igualmente hay que atender al art. 10 CE, que entiende la dignidad como fundamento del orden político y la paz social, calificativo este que le añade una dimensión cualitativa esencial al derecho al trabajo. Así, disponer de un empleo no basta y, tal y como reconoce el propio art. 35 CE y las normas que lo han desarrollado, es preciso que ese trabajo reúna condiciones adecuadas de libertad, igualdad, seguridad y remuneración para evitar la explotación o la precariedad. A todo ello, hay que sumar la importancia creciente del trabajo decente como factor de inclusión social y de progreso económico sostenible de un país.

4. El derecho constitucional al trabajo no se agota con el art. 35 CE, sino que debe ser estudiado de forma conjunta con el resto de los mandatos constitucionales que atribuyen a los poderes públicos obligaciones en materia de políticas de empleo. Así, por ejemplo, el art. 40.1 CE exige orientar la economía al pleno empleo, y el art. 41 CE garantiza la protección frente al desempleo. A la luz de estas consideraciones, se han adoptado medidas en España para fomentar el empleo y mejorar su calidad, como las derivadas del aumento del mínimo interprofesional, o la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en virtud de la cual se prohibió expresamente cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, se instauró la obligatoriedad de crear planes de igualdad en algunas empresas y se reforzó el derecho de hombres y mujeres a la conciliación de su vida laboral y personal, entre otras cuestiones.
5. Este estudio explora también las implicaciones constitucionales de las transformaciones tecnológicas recientes ya que, en todo caso, no pueden obviarse los cambios derivados de la digitalización de entre los que subrayamos los concernientes a la economía de plataformas, la automatización del trabajo con un claro protagonismo de la inteligencia artificial y, también, el teletrabajo, sobre todo desde su fuerte irrupción de la mano de la pandemia. Estos elementos que destacamos están redefiniendo la relación laboral y suponen un claro foco de atención acerca del estudio de la tutela del derecho al trabajo. Así, en esta última sección se abordan fenómenos como el empleo mediante plataformas digitales, la automatización de tareas por algoritmos y la progresiva implantación del trabajo a distancia. Cada uno de estos procesos conlleva afectaciones directas a la efectividad de los derechos laborales que van desde la pérdida de protecciones básicas y la aparición de vacíos de protección jurídica, hasta amenazas a la privacidad, a la igualdad de trato o a la conciliación de la vida personal. De este modo, se analiza cómo el ordenamiento español y el europeo han comenzado a reaccionar –mediante el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del

Estatuto de los Trabajadores "Ley Rider", el reconocimiento legal del derecho a la desconexión digital o el nuevo marco europeo sobre inteligencia artificial– para encauzar estas novedades tecnológicas conforme a los principios constitucionales.

6. Por último, cabe indicar que son numerosos los estudios que han abordado la configuración constitucional del derecho al trabajo, aunque la novedad de este artículo radica en su tratamiento desde un enfoque integral y actualizado a la realidad social, las políticas públicas vigentes y los debates jurídicos iniciados tras las últimas transformaciones laborales acontecidas en los últimos años.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO HUMANO AL TRABAJO

1. *El derecho y deber de trabajar*

El apellido de "decente" o "digno" que se presume del derecho al trabajo ya se vislumbraba en las declaraciones internacionales. Así, el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, en adelante) reconoce el derecho al trabajo, pero no a cualquiera, sino a uno que proporcione el disfrute de unas condiciones laborales justas y satisfactorias, una remuneración equitativa para sí y su familia y que asegure una existencia digna. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) profundizó este reconocimiento al consagrar el "derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado" (art. 6), así como el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluyendo remuneración justa, condiciones de seguridad e higiene y limitación razonable de la jornada (art. 7).

Nuestro texto constitucional reconoce en el artículo 35.1 que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo". Esta fórmula de redacción comprende varios elementos fundamentales que deben ser estudiados de forma independiente.

En primer lugar, en lo que respecta a su titularidad, todo parece indicar que hablamos de un derecho limitado en principio a los nacionales españoles. El constituyente optó, de forma consciente, por la redacción de "todos los españoles" en lugar de "todas las personas" o "todos". Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 107/1984 extendió los derechos laborales, una vez producida la contratación, a los extranjeros indicando que "no existe tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y

extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo –lo hay para la *titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones"* (STC 107/1984, de 23 de noviembre). El Tribunal Constitucional ha interpretado la titularidad del derecho al trabajo del artículo 35.1 en relación con el art. 13.1 CE, el cual reconoce a los extranjeros los derechos y libertades fundamentales, con las mismas condiciones que los españoles, en la medida en que lo dispongan las leyes o los tratados internacionales. Asimismo, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su art. 23 el derecho de todas las personas a trabajar y a ganarse dignamente la vida, constituyéndose, conforme al artículo 10.2 de la Constitución Española, en un criterio relevante para la interpretación de los derechos fundamentales. Se puede inferir por tanto que la única limitación constitucional en el reconocimiento de derechos a ciudadanos extranjeros es la derivada del derecho de participación política (art. 13.2 CE), conociendo así el límite máximo de los derechos de los extranjeros, pero no así su contenido mínimo (Uriarte Torrealday, 2010).

En segundo lugar, destaca la coexistencia de un deber y un derecho al trabajo. Situando el deber en primera posición por delante del derecho, sin que ello por sí mismo suponga una declaración de intenciones del constituyente de priorizar el deber por encima del derecho al trabajo. La Constitución española, al igual que la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano y que otros textos constitucionales, incorpora junto a los derechos una serie de deberes constitucionales. A diferencia de otros deberes constitucionales, como el de defender a España (art. 30 CE)[3] y el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31 CE), el deber al trabajo se considera un deber impropio en la medida en que carece de coercibilidad directa. Se trata, más bien, de un mandato genérico a la ciudadanía de contribuir al bienestar común a través del esfuerzo laboral. En esta línea se sitúa Vigo Serralvo (2023) al defender que el deber constitucional de trabajar comportaría una exigencia concreta consistente en que cada persona se esfuerce por realizar una actividad productiva legítima que le permita mantenerse por sí misma y contribuir al desarrollo económico general. Sin embargo, la falta de cumplimiento de este deber no conllevaría una sanción concreta ya que el empleo

[3] Con la aprobación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas se impulsó la profesionalización de las Fuerzas Armadas dando lugar, posteriormente a la aprobación del Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelantaba la suspensión de la prestación del servicio militar y al Real Decreto 342/2001 de suspensión la prestación social sustitutoria del servicio militar. En virtud de ellas se suspendió en España la prestación del servicio militar obligatorio el 31 de diciembre de 2001. Desde entonces, el deber constitucional subsiste, pero sin exigencia de cumplimiento obligatorio.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

está sometido a las reglas de la economía de mercado. Es por ello por lo que se entiende que su eficacia radica, en todo caso, en una mera orientación interpretativa del derecho al trabajo y de las políticas públicas de empleo. En consecuencia, se duda de la juridicidad real de este deber constitucional al trabajo en la medida que impone, de forma abstracta, un deber jurídicamente inexigible, lo cual ha sido catalogado por algunos autores directamente como un "absurdo" (Rubio Llorente, 2001).

Por lo antedicho, el derecho al trabajo se configura, en puridad, como un derecho de carácter dinámico que va más allá del mero reconocimiento formal como derecho individual, situando a los poderes públicos como sujetos obligados a promover su realización efectiva (STC 22/1981 de 2 de junio). De forma similar, se encuentra la argumentación desarrollada por el art. 1 de la Carta Social Europea (CSE) que establece las obligaciones de los Estados para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Se erige así el que sería el contenido mínimo del derecho al trabajo en el ámbito europeo, no bastando con un mero reconocimiento de la libertad de trabajar, sino con el mandato directo a los Estados para que presten servicios públicos de empleo y formación, y promuevan activamente la generación de puestos de trabajo, especialmente para los grupos con dificultades de inserción (Pérez Domínguez, 2024).

Este mandato directo a los poderes públicos (art. 40.1 CE) se enmarca en la proyección colectiva del derecho al trabajo, que vendrá condicionada, lógicamente, por la coyuntura económica del país. En periodos de crisis económica, como la sufrida a partir de 2008, que trajo consigo altos niveles de paro en nuestro país, resulta cuanto menos utópico que los poderes públicos, siguiendo el mandato constitucional del art. 40.1, puedan acercarse al tan deseado pleno empleo. Pero ello no es óbice para entenderlo como una línea de actuación pública que persigue un fin de interés general. Este carácter programático del art. 40.1 CE es, precisamente, lo que lo sitúa como principio rector de la política social y económica.

En cuanto al contenido específico del derecho al trabajo, el propio texto constitucional lo enumera de la siguiente forma: derecho a la libertad de elección de profesión u oficio, derecho a la promoción a través del trabajo, derecho a una remuneración suficiente y prohibición de discriminación en el empleo por razón de sexo. Todas estas facultades hacen alusión a una visión digna del trabajo. En este sentido, la libre elección de profesión supone la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados, así como la prohibición del Estado de imponer un empleo específico. Por su parte, el derecho a promocionar a través del trabajo hace referencia a la posibilidad de progreso social y económico.

Lo que se encuentra fuera del debate es que la dignidad laboral no es posible si no va unida a una remuneración suficiente para satisfacer las

necesidades básicas del trabajador y su familia, dirigiéndose así un mandato al Gobierno para fijar un salario mínimo interprofesional. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha considerado que "mediante esta intervención estatal, se atiende a un interés social que, sin embargo, no disminuye el papel de las partes sociales en la consecución de otros mínimos salariales por encima de los indisponibles del mínimo interprofesional" (STC 3/1984 de 7 de marzo)[4]. El principio número 6 del Pilar Europeo de los Derechos Sociales aprobado en 2017 indica que "deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales y que, al mismo tiempo, salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo". De igual manera, "deberá evitarse la pobreza de los ocupados, debiendo estar todos los salarios fijados de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales". En este sentido se enmarca la Directiva (UE) 2022/2041, en virtud de la cual se insta a los Estados miembros a adoptar medidas para la fijación de salarios mínimos adecuados. Aunque no impone una cuantía específica, promueve que los salarios mínimos legales se sitúen en torno al 60% del salario mediano nacional, fomentando así la negociación colectiva y la mejora de las condiciones laborales. Los avances en este sentido en España son destacables como lo pone de manifiesto el hecho de que se haya pasado de los 736 euros de 2018 a los 1.184 euros mensuales en 14 pagas en 2025 (Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero).

En último lugar, resulta particularmente relevante que el precepto constitucional mencione expresamente el derecho a la no discriminación por razón de sexo (Agudo Zamora, 2022). Se entiende que ya el propio principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE abarca, de una forma más amplia, la discriminación por razón de sexo, por lo que podría considerarse que el art. 35 CE está siendo reiterativo. Quizás, el constituyente tenía la

[4] El Estatuto de los trabajadores, como ley básica que regula el derecho constitucional al trabajo, incorpora la obligación del gobierno estatal de fijar anualmente un salario mínimo interprofesional, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, teniendo en cuenta:

"a) El índice de precios de consumo.

b) La productividad media nacional alcanzada.

c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.

d) La coyuntura económica general.

Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.

La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel" (art. 27.1 ET).

intención de resaltar la evidente desigualdad de trato hacia las mujeres en el ámbito laboral, más sangrante si cabe en el momento de redacción del texto constitucional, a finales de los años setenta. El propio Tribunal Constitucional amplió las posibles causas de discriminación laboral basadas en circunstancias personales o sociales (STC 31/1984, de 7 de marzo y 74/1998, de 31 de marzo) quedando actualmente reflejadas en el art. 4.1. c) del Estatuto de los trabajadores[5]. La situación de las mujeres, personas con discapacidad o migrantes evidencia que aún existen importantes barreras de acceso a un trabajo decente. En este sentido, los planes de igualdad, la transparencia retributiva y la promoción de la diversidad deben formar parte de las estrategias estructurales para el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España. A este respecto, resulta de especial relevancia la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que recoge, entre otras cuestiones, una serie de obligaciones de información a favor de los trabajadores desde el primer día de la relación laboral. Así, por ejemplo, se exige que se informe con claridad sobre los elementos esenciales del contrato, como la jornada, el salario, los complementos o las condiciones de disponibilidad, reforzando la seguridad jurídica de los trabajadores y facilitando la detección de prácticas discriminatorias o abusivas.

El derecho al trabajo se presenta como un elemento imprescindible para el crecimiento y el desarrollo económico del país, de ahí que se pueda integrar dentro del conjunto de principios constitucionales que ordenan la vida económica de nuestro Estado social y democrático de Derecho, pasando a formar parte de la llamada Constitución económica. El desarrollo normativo de este derecho constitucional viene configurado en el Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) siguiendo la reserva de ley formulada en el art. 35.2 CE. Por todo lo antedicho, coincidimos con González Melgar y Álvarez Arregui (2025) al afirmar que, actualmente "el derecho al empleo sigue siendo un eje fundamental de los derechos humanos como recurso para la lucha contra la exclusión social". Este giro implica que no basta con garantizar el acceso al empleo, sino que el empleo debe realizarse en condiciones que respeten la dignidad.

[5] Sobre desigualdad de género en el ámbito laboral destaca el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 166/1988 de 26 de septiembre. Asimismo, otros supuestos de discriminación en materia laboral son aquellos relacionados con el acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Sobre estos aspectos, la jurisprudencia del TC y la adopción de compromisos internacionales han configurado un marco jurídico en el que se reconoce legitimidad a la implementación de medidas de acciones positivas, como las derivadas de cuotas de reserva de empleo o incentivos, entre otras, que permitan garantizar la igualdad efectiva en el ejercicio del derecho al trabajo.

2. *Un derecho constitucional "mixto"*

La ubicación del derecho al trabajo en el texto constitucional ha generado debates doctrinales respecto a su naturaleza. Su identificación como derecho de carácter social no sigue el mismo tratamiento constitucional que otros con idéntica denominación. Así, por ejemplo, dentro de la categoría de derechos sociales podemos encontrar tres subcategorías diferenciadas en función de su efectividad práctica. Por un lado, se situarían el derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho de huelga como derechos fundamentales en sentido estricto (Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I CE); en segundo lugar, encontramos los llamados "derechos y deberes de los ciudadanos", como el derecho al trabajo, a la negociación colectiva o la función social de la propiedad, (Sección 2ª, del Capítulo II, del Título I CE) que gozarían de un nivel de protección intermedio. Por último, la gran mayoría de los catalogados como derechos sociales se insertan en el Capítulo tercero del Título I de la CE bajo la rúbrica "principios rectores de la política social y económica". Estos últimos, pese a que en muchas ocasiones vienen precedidos de la palabra "derecho", no son auténticos derechos desde el punto de vista estrictamente jurídico del término.

Esto sugiere que el constituyente quiso otorgarle al trabajo la condición de derecho plenamente constitucional, en lugar de mero principio, pese a no alcanzar el estatus de derecho fundamental de la Sección 1ª (arts. 15 a 29 CE). En consecuencia, siguiendo las reglas del art. 53 CE, el derecho al trabajo es susceptible de protección jurisdiccional ordinaria, pero no es directamente invocable en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que queda reservado a los derechos fundamentales. Esta distinción nos permite situar al derecho al trabajo como un derecho constitucional de tipo mixto. Por un lado, vincula directamente a todos los poderes públicos, al igual que ocurre con los derechos fundamentales (Cruz Villalón, 1989, p. 39) y, por otro lado, carece de eficacia inmediata, ya que se trata de un derecho de configuración legal, con un fuerte componente programático, aunque sin llegar a situarse en la posición de los principios rectores (Capítulo III del Título I CE).

No obstante, si miramos más allá de la excluyente consideración de fundamental reservada solo para aquellos derechos situados en la Sección 1ª del Capítulo II, y la ampliamos a aquellos derechos estrechamente vinculados con la dignidad humana, sin duda, la lista sería más amplia. En esta línea se sitúa la tesis sostenida por Herreros López (2011, p. 83) al preguntarse si se estaría respetando la dignidad si no se garantizaran el derecho a la salud, a una pensión o el derecho a la vivienda. Del mismo modo, podemos afirmar que tener un empleo con una remuneración suficiente debe considerarse un presupuesto indispensable para la dignidad humana, pues "permite que cada

individuo desarrolle sus capacidades, tenga un sentido de pertenencia y contribuya activamente a la sociedad; […] a nivel social, el trabajo impulsa el desarrollo económico, pues permite a las personas generar ingresos, acceder a servicios básicos y mejorar su calidad de vida" (Hernández-Infante *et al.,* 2025, p. 174). A este respecto, resulta también relevante la posición mantenida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de las Naciones Unidas (2006), sobre el derecho al trabajo reconocido en el art. 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuando afirma que "el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana" (párr. 1).

Siguiendo con su consideración como derecho de naturaleza mixta, encontramos tanto facetas de derecho subjetivo exigible, como otras en las que se aprecia claramente su carácter de principio programático. Así, por ejemplo, en la ya citada STC 22/1981, el Pleno del TC explicitó el aspecto individual de este derecho al afirmar que éste "se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa". Por su parte, en su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica "un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo" (STC 22/1981, FJ 8). Esta vertiente colectiva conecta con el art. 40.1 CE, que ordena a los poderes públicos acometer una política orientada al pleno empleo, reforzando así su faceta de principio rector al obligar al Estado a procurar que el derecho al trabajo pueda realizarse efectivamente para toda la población. En palabras del Tribunal, si no se promoviese el pleno empleo, *"*el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población llevaría consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte*"*, poniendo de manifiesto la interdependencia entre las dos dimensiones.

A la luz de estas consideraciones puede afirmarse que el derecho al trabajo en España es un derecho social con una doble dimensión. Por un lado, puede ser considerado como un derecho de naturaleza subjetiva en ciertos aspectos fundamentales (igualdad en el acceso al empleo y estabilidad en el mismo, protección frente a despidos, libre elección de oficio, etc.), cuya vulneración puede alegarse ante los tribunales ordinarios e incluso llegar al TC vía cuestión de inconstitucionalidad o amparo indirecto (por violación de derechos asociados, como la no discriminación del art. 14 CE). Por otro lado, pese a no encontrarse en el Capítulo III, del Título I de la CE, es también un principio programático que orienta la acción del Estado hacia el pleno empleo y la mejora continua de las condiciones de trabajo. Esta naturaleza híbrida coincide con la noción de los derechos sociales modernos, que

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

combinan elementos de exigibilidad inmediata con otros de desarrollo gradual y que se materializan como mandatos dirigidos a los poderes públicos con el objetivo de garantizar el carácter social de nuestro modelo de Estado (art. 1.1 CE). Así, por ejemplo, además de la clara dimensión política del derecho al trabajo, encontramos también una dimensión jurídica, cuando se configura como derecho para todas las personas, y una dimensión social, al implicar un salario con el que se posibilita cubrir necesidades básicas (Lugo Garfias, 2016, p. 384).

Otros países de nuestro entorno que también han constitucionalizado el derecho al trabajo en términos similares son, por ejemplo, Italia, Portugal y, de una forma menos categórica, Francia, pues no aparece directamente en la Constitución vigente, sino en el Preámbulo de la anterior Constitución. Así, la Constitución italiana de 1947, en su artículo 4 establece que "la República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan este derecho efectivo. Todo ciudadano tiene el deber de desarrollar, según sus posibilidades y su elección, una actividad o una función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad. Se aprecia, por tanto, la misma terminología de derecho y deber que en la norma suprema española, aunque claramente en el texto italiano se hace un mayor énfasis en el mandato programático que se hace al Estado de las condiciones para la efectividad del derecho. De forma parecida, la Constitución de Portugal de 1976 proclama el derecho al trabajo, "con garantía de la remuneración, la seguridad y la higiene, y el derecho a la asistencia en el desempleo" (art. 58.1), a la vez que encomienda al Estado la ejecución de políticas de pleno empleo (art. 58.2). Por su parte, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 declara: "Todo individuo tiene el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo"**,** habiendo sido interpretado como un objetivo social y no como un derecho exigible individualmente. Teniendo además presente que los principios del Preámbulo de 1946 tienen valor constitucional en Francia, pero su efectividad depende de las leyes que los desarrollen, es una razón más para afirmar que no confieren directamente a una persona el derecho a ser provisto de un empleo por el Estado.

En atención a lo expuesto, la idea de que el derecho al trabajo comporta deberes claros de actuación para el Estado no es algo exclusivo del constituyente español. Las diferentes declaraciones de derechos internacionales, así como otros textos constitucionales de democracias de nuestro entorno, han subrayado esta necesaria actitud proactiva por parte de los poderes públicos en materias como el fomento del pleno empleo, la eliminación de obstáculos que dificulten su acceso o el aseguramiento de condiciones laborales dignas para el trabajador (salario, seguridad, higiene, etc.).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

III. EL TRABAJO DECENTE COMO ÍNDICE DE CRECIMIENTO ECONÓMICO SOSTENIBLE

La expresión de "trabajo decente" tiene su origen en el seno de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) en 1999 con la presentación del informe presentado por el director general de entonces a la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo cuyo título era precisamente ese: "trabajo decente". La OIT entendió el trabajo decente como una búsqueda de varios objetivos: i) la promoción del empleo creando un entorno institucional y económico sostenible; ii) la adopción y ampliación de medidas de protección social sostenibles y adaptadas a las circunstancias nacionales; iii) la promoción del diálogo social y iv) el respeto, promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Se puede asimilar el concepto de decente al concepto de digno y, por tanto, relacionarlo con el presupuesto básico de los derechos fundamentales del art. 10 CE que, tal y como hemos visto anteriormente, son el fundamento del orden político y la paz social. En un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, el trabajo ocupa un lugar central como factor de inclusión social y realización de la dignidad humana. De hecho, los poderes públicos deben aprobar y ejecutar medidas que permitan a la ciudadanía su participación en condiciones de igualdad en la vida económica, evitando así la marginación. En este marco, el empleo es, sin duda, la principal forma de participación económica y obtención de recursos que permite una existencia digna en las democracias actuales. Desde esta perspectiva, tener un empleo no solo proporciona ingresos, sino también un estatus social, autonomía personal, e incluso un sentido de pertenencia social y contribución al bien común. Por el contrario, una situación de desempleo prolongado suele acarrear pobreza, exclusión social y erosión de otros derechos básicos. Es por ello por lo que el derecho al trabajo adquiere en el Estado social una dimensión instrumental respecto de otros derechos, ya que sin trabajo difícilmente puede garantizarse plenamente el derecho a la vivienda, a la cultura, o a la protección de la familia, sobre todo en épocas de crisis económica en las que los poderes públicos ven limitada su acción de promotores de estos derechos sociales por cuestiones de ahorro presupuestario.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a la vivienda en nuestro texto constitucional, que se refiere expresamente a que la vivienda debe ser digna (art. 47 CE), en el art. 35 CE no se habla del trabajo digno o, siguiendo con su sinónimo, trabajo decente. No obstante, si seguimos con esta comparativa, pese a no hacer uso de este "apellido", sí que deja claro cuáles son algunas de las características que hacen del trabajo un trabajo digno o decente, a saber: libre elección de profesión u oficio, promoción a través del trabajo y una remuneración suficiente, sin que en ningún caso pueda hacerse

discriminación por razón de sexo. En la misma línea, el art. 40 CE manda velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario, lo que atañe a la integridad física y moral del trabajador, directamente vinculada a su dignidad. Sin embargo, habría que acudir a la normativa de desarrollo del derecho a la vivienda para poder conocer cuáles son las características que debe tener para ser considerada merecedora del calificativo de digna.

El propio concepto de trabajo decente, o digno, es dinámico y va configurándose en función de la situación económica del país, de las transformaciones laborales que han surgido en los últimos años y las que surgirán en un futuro próximo, así como en función de los propios cambios sociales y generacionales que plantean otra concepción de la dignidad laboral diferente a la de generaciones anteriores. En este contexto, la propia concepción del trabajo decente promulgada en 2008 por la OIT ya difiere de la actual, pues entonces la incursión de la tecnología, en la vida cotidiana en general y en la laboral en particular, no era tan acusada como hoy. Así, por ejemplo, todo lo referente a la digitalización del trabajo, el uso de la inteligencia artificial o los empleos a través de plataformas han reconfigurado el término de trabajo decente (Riaño Casallas, 2024).

El trabajo decente sería la cara de la moneda opuesta a la precarización laboral. En este sentido, se puede afirmar que siempre que existan supuestos de precarización laboral el trabajo adolecerá de su carácter de digno o decente.

En el año 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, un plan que recoge 17 objetivos específicos, los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS, en adelante), orientados a fomentar el progreso económico, social y ambiental de los países y sus sociedades. Desde entonces, gobiernos de distintas latitudes han comenzado a incorporar gradualmente estos ODS en sus políticas públicas. Un ejemplo evidente de ello se observa en nuestro país, donde muchas de las normas o planes que se aprueban incluyen en sus exposiciones de motivos una justificación que las vincula con alguno de los ODS (Montero Caro, 2023, p. 141).

El trabajo y, en particular el trabajo decente para todas las personas, también se ha reconocido como uno de los 17 Objetivos previstos por Naciones Unidas (ODS 8) estrechamente relacionado con un crecimiento económico inclusivo y sostenible. Este reconocimiento no es nuevo en el seno de Naciones Unidas; ya con la aprobación en 2000 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), el antecedente de la Agenda 2030 actual, también se hacía alusión a la búsqueda del pleno empleo y del trabajo decente para todos, incluidos mujeres y los jóvenes (meta 1.b, introducida en 2005), como meta específica del ODM 1 “erradicar la pobreza extrema y el hambre". Como se puede apreciar, con el paso del tiempo se ha dado mayor importancia al

trabajo decente y pleno empleo como instrumentos necesarios para conseguir un desarrollo sostenible a nivel global. En este sentido, han pasado de ser considerados una meta más dentro de un objetivo del milenio, a ser considerados, con la aprobación de los ODS de 2015, un objetivo en sí mismo que posee sus propias metas.

Llegados a este punto conviene detenerse en hacer una pequeña reflexión sobre la conveniencia o no de agrupar el empleo en el mismo ODS que el crecimiento económico. La propia ONU reconoce que el incremento de la productividad laboral y el descenso de la tasa de desempleo es un medio para alcanzar el tan ansiado crecimiento económico sostenido e inclusivo. Efectivamente, la relación entre mejores índices de empleo y mayor crecimiento económico de un país es una realidad incuestionable, pero desde un punto de vista simplista en el cual, por ejemplo, no se tiene en cuenta la idiosincrasia de cada territorio. Por ejemplo, si solo usamos el PIB como indicador de referencia fundamental para medir el grado de crecimiento económico de un país, es bastante probable que no estemos teniendo en cuenta las desigualdades existentes en lugares donde la mayor parte de la riqueza del país se concentra en muy pocas manos (Piketty, 2020). Por ello, otros autores vienen reclamando una nueva forma de medir el crecimiento económico con alternativas como, por ejemplo, el Índice de Desarrollo Humano (Gutierrez Goiria y Herrera, 2021, p. 57).

Por este motivo, entendemos que el crecimiento económico debería configurarse más bien como un principio transversal a todos los ODS y no como un objetivo propio, pues el concepto de "desarrollo sostenible" ya lleva aparejado una concepción de mejora económica sostenible. No obstante, a la hora de definir las distintas metas del que sería un nuevo ODS 8, exclusivamente centrado en la búsqueda del pleno empleo y el trabajo decente, sí que sería necesario identificar cómo las diferentes medidas adoptadas en materia de empleo contribuyen al desarrollo económico.

IV. LA NECESIDAD (Y OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL) DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE EMPLEO

A diferencia de la mayor parte de derechos civiles, basados en una concepción liberal de su ejercicio, los derechos sociales llevan aparejada la asunción de obligaciones positivas por parte de los poderes públicos para su efectividad. Se trata de una consecuencia de la concepción social de nuestro modelo de Estado que persigue unas condiciones de vida digna para sus ciudadanos que contribuyan al tan ansiado Estado del bienestar. El propio marco constitucional previsto en el art. 9.2 CE justifica la intervención del Estado en la economía y el mercado de trabajo para garantizar la efectividad real de los

derechos constitucionales como el del trabajo. Así, en lo que respecta al derecho al trabajo, tal y como ya se ha abordado anteriormente, se requiere una intervención activa tanto del legislador como del poder ejecutivo para crear las condiciones materiales para su ejercicio. Este mandato a los poderes públicos se recoge en la propia Constitución en varios preceptos; el ya mencionado artículo 40.1 CE, encuadrado en los principios rectores, establece que "los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo[6]". Este mandato implica que las políticas económicas generales deberán priorizar la creación de puestos de trabajo suficientes para toda la población activa. Sin embargo, el propio devenir cíclico de las economías o la irrupción inesperada de algún elemento desestabilizador del mercado laboral, como lo fue por ejemplo la situación de confinamiento a raíz de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19, hacen en ocasiones difícil este mandato.

Asimismo, el propio art. 35 CE supone un mandato a los poderes públicos de proteger los contenidos allí reconocidos: la libre elección de empleo, una remuneración suficiente, la promoción en el trabajo, así como garantizar que no se produzcan tratos discriminatorios. En lo que respecta, por ejemplo, a la remuneración suficiente, el gobierno debe revisar anualmente el salario mínimo interprofesional con los agentes sociales con el objetivo de asegurar un nivel digno de ingresos. Del mismo modo, son numerosas las medidas y normas adoptadas en pro de un marco laboral antidiscriminatorio, por citar algunas de ellas, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que prohibió expresamente cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, instauró la obligatoriedad de crear planes de igualdad en algunas empresas y reforzó el derecho de hombres y mujeres a la conciliación de su vida laboral y personal, entre otras cuestiones.

El artículo 41 CE también perfecciona el derecho al trabajo disponiendo que "los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". Con base en este precepto nuestro Estado garantiza la protección de

[6] El pleno empleo es un dato macroeconómico que supone un nivel de paro friccional mínimo, lo cual no significa, como una gran parte de la población piensa de forma equivocada, que la cifra de desempleo sea necesariamente igual a cero. En concreto, el Ministerio de Trabajo y Economía Social define el pleno empleo como la "situación de completa utilización de los recursos productivos de una economía: es lo opuesto al paro. En particular, situación de completa utilización de la fuerza de trabajo". Se considera que se alcanza el pleno empleo cuando se incluye un pequeño porcentaje de paro, generalmente hasta el 4% de la población activa (Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2025).

quienes, por circunstancias diversas, puedan quedar en situación de desempleo. Nos encontramos así con la base constitucional de las prestaciones por desempleo y de otros subsidios o ayudas de inserción (Molina Navarrete, 2025). Precisamente, la efectividad del derecho al trabajo en un Estado social como es el nuestro, no puede derivarse solo por el número de trabajadores, sino también por cómo se socorre a quienes no logran trabajar**,** evitando que una situación de paro se traduzca automáticamente en exclusión social.

El Estado, por tanto, debe desplegar políticas activas de empleo y medidas de fomento laboral que ayuden a colectivos desfavorecidos. En esta línea se sitúan, por ejemplo, los incentivos a la contratación de jóvenes a través del Plan de Garantía Juvenil impulsado junto a la UE; la contratación de mayores de 55 años o de personas con discapacidad; así como los programas de formación para desempleados de larga duración. La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo ha impulsado una serie de políticas activas orientadas a mejorar la empleabilidad y fomentar un mercado laboral inclusivo, ampliando los colectivos de atención prioritaria**.**

No obstante, la efectividad práctica del derecho al trabajo y todas sus implicaciones políticas han sido objeto de crítica desde la transición democrática hasta la actualidad. España ha convivido desde entonces con altas tasas de desempleo estructural, como las vividas con la crisis económica de comienzos de los noventa, la de 2008 o la más reciente vinculada a la paralización global de la actividad económica como consecuencia de la pandemia de la Covid. Situaciones que también han propiciado la aparición de situaciones de precariedad laboral que, al igual que el paro, perjudican de forma notable a jóvenes y parados de larga duración. Esta realidad pone de relieve la distancia existente entre la proclamación jurídico-constitucional del derecho al trabajo y su alcance real. En este sentido, y trayendo nuevamente a colación la concepción del trabajo decente, nunca se debe dejar en segundo lugar los aspectos cualitativos del trabajo, ni aún en épocas de crisis donde parece que lo único importante es bajar de cualquier forma las altas tasas de desempleo. Tal y como afirma Gil y Gil (2020) "hay que evitar la contraposición entre el empleo y los derechos. No basta con crear empleos. El empleo debe ser digno, con derechos".

Tomando como referencia las dos últimas grandes reformas en materia laboral que se han producido en España, la de 2012 y la de 2021, se pueden vislumbrar a grandes rasgos los cambios más significativos que se han llevado a cabo en esta materia y que han puesto de manifiesto como, en un periodo de aproximadamente diez años, el mercado de trabajo en nuestro país ha cambiado de forma notable. En primer lugar, en virtud del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma laboral se adoptaron una serie de medidas con el objetivo de fomentar la contratación y aumentar la flexibilidad interna de las empresas, en un contexto marcado por

la crisis económica y financiera que asolaba por entonces a España de forma severa. Estamos hablando de un periodo en el que la tasa de desempleo llegó a situarse en un 27,16% de la población activa en el primer trimestre de 2013, representando un récord histórico con más de 6,2 millones de personas desempleadas. Entre las principales novedades que supuso esta reforma se encuentran la flexibilización del despido, las nuevas modalidades de contratación con mayor periodo de prueba, la priorización de los convenios de empresa sobre los sectoriales en más ámbitos, así como la mayor flexibilidad en la modificación de las condiciones de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Por su parte, la reforma laboral acaecida en 2021 en virtud del Real Decreto-ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, se aprueba en un contexto totalmente diferente al de 2012. Así, habiéndose ya superado las consecuencias de la crisis económica de 2008 que se tradujeron en unas elevadas cifras de desempleo, nos encontramos en un momento histórico en el que, además de intentar combatir las consecuencias en el empleo provocadas por la crisis sanitaria de 2020, el mercado de trabajo tenía que enfrentarse a nuevas realidades y dificultades que se manifestaban, por ejemplo, en una alta tasa de temporalidad, sobre todo en jóvenes y mujeres. Con esta reforma adquiere, por ejemplo, gran relevancia jurídica y práctica el modelo de contrato fijo-discontinuo como principal alternativa legal al contrato temporal por obra o servicio. Esta nueva regulación que propone la reducción de los contratos temporales responde a las recomendaciones de la UE como parte de la obtención de los fondos *Next Generation* (López Ahumada, 2022). Si bien esta medida ha sido aplaudida por algunos sectores doctrinales como herramienta para reducir la temporalidad del trabajador dotándolo de mayor estabilidad laboral, también puede traducirse en situaciones de inseguridad laboral en los periodos de inactividad, pudiendo, en palabras de Alujas Ruíz (2023, p. 80) aportar precariedad al mercado laboral debido a la indefinición sobre el inicio de la actividad, su duración y las posibilidades de reiteración. No puede obviarse, además, que esta medida puede ser vista por parte de la oposición política como una forma encubierta de "maquillar" las cifras reales de desempleo.

A estas medidas hay que sumarle un nuevo cambio de paradigma surgido a raíz de la reforma laboral de 2021 en lo que a la importancia de los convenios se refiere, ya que supone el fin de la prioridad absoluta de los convenios de empresa sobre los sectoriales en materia salarial. Asimismo, se refuerza el papel de los expedientes de regulación de empleo (ERTE) como mecanismos de flexibilidad interna.

Como suele ser habitual en el ámbito laboral, los intereses de los empresarios y de los trabajadores difieren, quedando en manos de quienes tienen la

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

potestad legislativa y ejecutiva de decantarse por defender los intereses de unos en perjuicio de los otros. Dicho de otra manera, nos encontramos con el eterno dilema de conflicto entre dos derechos constitucionales: el derecho al trabajo (art. 35 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE) en el que es necesario insistir en que el régimen jurídico de las relaciones laborales no puede depender exclusivamente de la situación económica del país, de las presiones de los mercados o de las exigencias que se derivan de una competencia feroz en un mundo globalizado (Naranjo de la Cruz, 2014, p. 132). El uso indiscriminado de la temporalidad para hacer frente a situaciones de excedencia de personal en situaciones de crisis empresariales puede corregirse, por ejemplo, a través del uso de los ERTE (Cruz Villalón, 2022)

V. LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DERIVADAS DE LAS TRANSFORMACIONES LABORALES RECIENTES

La tecnología, por su propia naturaleza, tiene un elemento dinámico que transforma o, al menos erosiona, todo lo que alcanza. Y, desde luego, el trabajo no se iba a librar de esta cuestión. Este tránsito gradual hacia una mayor incidencia en la tecnologización en la vida de las personas acecha al derecho al trabajo desde diversas perspectivas que abordaremos a continuación. Dichas perspectivas pueden concentrarse en tres grandes subsectores, a saber: la economía de plataformas, la automatización del trabajo con todo lo que conlleva la inserción de la inteligencia artificial en el ecosistema laboral y, en último término, la generalización del trabajo a distancia como nuevo modelo de relación laboral.

En primer lugar, todo lo relativo a la economía de plataformas ha supuesto la creación de nuevas modalidades de empleo que tienen como nota característica la conexión directa entre la oferta y la demanda de servicios y, con ello, la aparición de nuevas modalidades de empleo, y subempleo. Como elemento paradigmático encontramos a los *riders* o a los conductores de vehículos VTC (Doménech, 2017). La consecuencia de esta nueva relación era que las plataformas consideraban a estos trabajadores como autónomos basándose para ello en que las plataformas simplemente operaban como facilitadores, como meros intermediarios de carácter tecnológico, generando con ello un beneficio en el modo de prestar el servicio desde el punto de vista del consumidor, reduciendo las asimetrías informativas y los costes de transacción; generando considerables economías de escala y de red; y prestando de manera muy eficiente y rentable el servicio (Doménech, 2021). Pero la consecuencia de ello, desde un prisma jurídico, era la eliminación de garantías en la relación laboral y la pérdida de derechos. De este modo, las protecciones que operan en la relación laboral se difuminaban o, simplemente desaparecían. Así, no disponían de un salario mínimo, no había límite en la jornada

laboral, no se cotizaba para el desempleo y demás cuestiones aparejadas. En estas circunstancias, estaban estos trabajadores en una zona de nadie, un lugar adverso para su protección laboral, todo ello amparado por la dificultad de catalogar la relación laboral que tenían respecto de las plataformas. Y ello porque estas personas disponían de un empleo, virtualmente eran una suerte de emprendedores que realizaban sus tareas, pero en la práctica ese empleo dependía de manera directa de la plataforma en cuestión, trabajando bajo los algoritmos de las plataformas en cuanto a la asignación de las tareas, por lo que se encontraban sujetos a penalizaciones o expulsiones si no se llevaban a término atendiendo a ciertos parámetros.

Esta situación descrita produjo un amplio debate, tanto doctrinal (Doménech, 2019) como jurisprudencial, sobre la verdadera naturaleza del vínculo laboral (Todolí Signes, 2018). Respecto de España, para resolver esta situación destaca la regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, conocida como "Ley Rider"[7], la primera norma en Europa que abordó integralmente esta cuestión y que introducía la presunción de laboralidad para las actividades de reparto mediante plataformas digitales (Todolí Signes, 2020), de modo que, salvo prueba en contrario, los repartidores debían ser considerados como trabajadores por cuenta ajena de la empresa de la plataforma. Esta reforma respondió, en buena medida, a la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre, en la que se reconoció expresamente la existencia de una relación laboral entre un repartidor y la empresa Glovo. El alto tribunal afirmó que el trabajador estaba integrado en la organización de trabajo del empleador y que la empresa ejercía un poder directivo mediante un sistema digital, configurando una relación de ajenidad y subordinación incompatible con el trabajo autónomo.

Además, se añadió el derecho a la información algorítmica (art. 64.4 d ET), otorgando a los representantes de los trabajadores el derecho a conocer los criterios de los algoritmos que afecten a condiciones laborales (Todolí Signes, 2021). El objeto no era otro que alumbrar en cierta manera los criterios de toma de decisiones automatizadas que las plataformas realizaban desde una suerte de caja negra. Esa introducción de la transparencia en esas decisiones aportaba claridad en cuanto al modo en que procedían las

[7] Inicialmente con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, sustituido, aunque con el mismo contenido, por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

plataformas para asignar pedidos, fijar horarios o determinar despidos, que, en esta relación laboral dotada premeditadamente de un carácter especial, se traducía en desactivaciones de cuentas.

Como cabía esperar, las plataformas no han sido muy proclives a adoptar esta normativa, siendo la tendencia efectuar nuevos modelos de implementación del servicio o buscar recovecos legales para tratar de eludir la cuestión matriz en cuanto a la relación laboral de los trabajadores con la plataforma. En cualquier caso, solo el debate doctrinal y la normativa generada para tratar de paliar esta situación ya puede considerarse un hito en la adaptación del derecho al trabajo en lo relativo al avance tecnológico y, en concreto, respecto de la economía digital. Y, en clave constitucional, también cabe destacar que la "Ley Rider" expande las garantías del derecho al trabajo en tanto en cuanto extiende las garantías del derecho respecto de un colectivo que se encontraba en una situación de precariedad al estar excluido de la protección constitucional, además de integrar lo relativo a la defensa de derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación, en este caso en entornos algorítmicos. En esta línea, la Sentencia n.º 2949/2020 del Tribunal Ordinario de Bolonia, dictada el 31 de diciembre de 2020, ya había declarado discriminatorio el algoritmo de asignación de Deliveroo (algoritmo conocido como "Frank"), porque penalizaba indiscriminadamente a *riders* que no se conectaban con frecuencia, sin contemplar causas justificadas (Castillo Parrilla, 2020), provocando con ello una discriminación indirecta hacia quienes, por circunstancias personales, no podían mantener una disponibilidad absoluta (Fernández Sánchez, 2021).

Por otra parte, tal y como se apuntó más arriba, otro elemento a destacar es el relativo a la automatización del trabajo y la abrupta implantación de la inteligencia artificial en los entornos laborales. De este modo, una cuestión que no pasa inadvertida para nadie es que la inteligencia artificial va a redefinir, también, las nociones básicas que se tienen de la concepción del trabajo mismo. No es descabellado pensarlo teniendo en cuenta que su impacto en todos los órdenes de la vida de las personas está siendo gradual. En cualquier caso, hay diferentes perspectivas del asunto. Calvo sostiene que no podemos predecir cuándo las máquinas lo harán todo y el trabajo del ser humano será absolutamente prescindible, pero sin duda ese tiempo llegará (Calvo, 2018, p. 211). No es, ni mucho menos, una posición aislada. Rifkin, en la misma línea, ya afirmaba que en los próximos años nuevas y más sofisticadas tecnologías informáticas basadas en la información y en el empleo de los ordenadores llevarían a la civilización a situaciones cada vez más próximas a la desaparición del trabajo (Rifkin, 2004). Las instituciones son conscientes de ello puesto que en el seno de la UE se considera que "la IA está modificando la naturaleza del trabajo: se crearán nuevos empleos, mientras que otros desaparecerán y la mayor parte sufrirá transformaciones", tal y como se indica

en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Inteligencia artificial para Europa*, Bruselas, 25 de mayo de 2018. COM (2018) 237 final. SWD (2018) 137 final.

Con este esquema surgen varios interrogantes si abordamos la materia desde una óptica constitucional. Así, este desempleo provocado por la evolución tecnológica no es una materia completamente novedosa a lo largo de la historia. En cada avance técnico unos empleos han perecido y otros han aparecido de la mano de la evolución de la tecnología. El problema concreto de la actualidad es que los empleos de índole manual no son superados por otros de carácter intelectual, sino que son los propios empleos con una carga de valor añadido en términos intelectuales los que son fulminados por la inteligencia artificial. La duda razonable que existe en estos términos es en qué nuevo aspecto se van a reciclar los numerosísimos puestos de trabajo que van a desaparecer por la progresión de la inteligencia artificial y su capacidad de procesar información y generar resultados a una velocidad ni soñada por el intelecto humano, sin contar las ventajas añadidas para el empleador con este nuevo tablero de juego en el que la inteligencia artificial se diferencia del trabajador en cuestiones tan sustanciales como la ausencia de remuneración, la eliminación de las posibilidades de organizarse en clave de protección de derechos ni, por supuesto, en la necesidad de proporcionar horas de descanso. Por todo ello, desde un punto de vista de la eficiencia en la realización del trabajo la inteligencia artificial ha irrumpido con gran estruendo en las dinámicas laborales tradicionales.

Ahora bien, desde un punto de vista constitucional, todo esto interpela directamente al Estado en su obligación de política de pleno empleo. Ese es el motivo por el que se exige una respuesta pública que apueste por la formación y la reconversión laboral de carácter masivo para que los trabajadores adquieran competencias digitales y puedan acceder a nuevos espacios laborales. No anticipamos nada que no sea conocido por todos si afirmamos que el derecho al trabajo en una economía tecnológicamente disruptiva demandará una adaptabilidad constante de la fuerza laboral, y es deber público facilitar esa adaptación para prevenir el paro tecnológico de larga duración en ciertos colectivos, que serán, además, los que respondan a los núcleos más vulnerables de la sociedad como las personas con poca formación, aquellas de mediana edad en sectores en declive y, en general, los grupos humanos que presentan una difícil inserción en otros espacios, con el consiguiente problema social que puede desembocar.

La automatización y la inteligencia artificial sustitutiva de puestos de trabajo es, por descontado, un problema de primer orden en relación con el derecho al trabajo. Pero, además, la inteligencia artificial también incide de manera directa en los puestos de trabajo existentes y, en consecuencia, en las

condiciones laborales de los trabajadores. Nos referimos a la expansión de sistemas algorítmicos de control y gestión del trabajo que pueden afectar, sin duda, a derechos de los trabajadores en términos de privacidad, con la monitorización constante del trabajo o la productividad, en términos de dignidad, debido a las decisiones deshumanizadas sin una explicación comprensible y razonable[8] o, incluso, en términos de igualdad, algo improbable teniendo en cuenta los sesgos que presentan habitualmente los algoritmos.

Sobre lo apuntado, como apunta Escajedo (2024, p. 212) según el Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE algunos usos de IA en el ámbito laboral pueden, incluso, estar prohibidos. El ejemplo paradigmático es el uso de sistemas de reconocimiento de emociones en el trabajo: "Se prohíbe el uso de sistemas de IA para inferir emociones de personas físicas en lugares de trabajo [...] salvo fines médicos o de seguridad" (art. 5.1.f del Reglamento). Y, respecto de la monitorización, Todolí ha realizado profundos trabajos en la materia de manera que sostiene que el trabajo en los centros de atención telefónica (*call centers*) se encuentra entre los más afectados por los altos niveles de monitorización. En estos contextos, los algoritmos realizan un control detallado que abarca el número de llamadas gestionadas, su duración, los períodos de pausa e, incluso, el contenido de las conversaciones, mediante el análisis de palabras clave, la entonación y el tono de voz. En este sentido, la empresa *CallMiner* sostiene que su software es capaz de evaluar y calificar la atención brindada durante las llamadas en aspectos como profesionalidad, cortesía y empatía, elaborando además un ranking entre los trabajadores con base en estos criterios (Todolí Signes, 2022, p. 155). De forma análoga, en los supermercados se registra la velocidad con la que cada cajero escanea los productos del carrito de la compra, lo cual permite establecer comparaciones entre empleados. Esta información se utiliza con propósitos vinculados a la retribución, la asignación de turnos, la eventual desvinculación de los trabajadores menos veloces, y para incentivar la competencia entre cajeros con el fin de aumentar el ritmo de trabajo. Asimismo, el trabajo que implica el uso de ordenadores –ya sea en oficinas o en modalidades de teletrabajo– está sujeto a una vigilancia exhaustiva del tiempo laboral y a una evaluación posterior mediante algoritmos que calculan índices de productividad. Un ejemplo de ello lo proporciona la empresa *Crossover*, que dispone de una herramienta denominada *WorkSmart* destinada a la monitorización de ordenadores. Este software contabiliza las pulsaciones de teclado y ratón, registra la actividad en pantalla, supervisa los correos electrónicos enviados e,

[8] Sobre ello Lazcoz apunta que la supervisión humana del art. 14 del Reglamento de Inteligencia Artificial no se agota en una simple revisión técnica, sino que requiere que el operador esté capacitado, tenga poder efectivo de decisión y no actúe de forma meramente simbólica (Lazcoz Moratinos, 2024, p. 691).

incluso, toma una fotografía cada diez minutos a través de la cámara web del dispositivo. De este modo, todo segundo en que no se detecta actividad en el ordenador –aunque el trabajador pudiera estar reflexionando o tomando notas en una libreta– es penalizado (Todolí Signes, 2022, p. 156).

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto Bărbulescu c. Rumanía de 2017, examinó el caso de un trabajador despedido tras ser monitorizadas sus comunicaciones electrónicas por parte de la empresa. El TEDH concluyó que, si bien puede existir cierto margen de control empresarial, este debe ser proporcionado, transparente y conocido de antemano por el trabajador. La falta de información previa clara y la ausencia de una ponderación entre el derecho a la intimidad y los intereses empresariales llevaron al Tribunal a estimar que se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), es decir, al derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Esta doctrina refuerza la idea de que la dignidad del trabajador y su esfera privada subsisten en el espacio laboral, y que la automatización de la relación laboral no exime de cumplir el respeto a los derechos fundamentales.

Además, los trabajos presenciales no se libran de este tipo de controles y rankings de productividad. Existen en el transporte, la limpieza, la hostelería, etc. El ejemplo más conocido es el control que realiza Amazon a los mozos de almacén midiendo el número y velocidad de cajas empaquetadas, los pasos dados en un día dentro de los almacenes, las pausas para ir al baño o socializar, etc. Así, mediante pulseras inteligentes o chips en las botas se realiza un exhaustivo recuento del trabajo prestado y junto a otras variables se elabora un índice de productividad que es usado para generar avisos automáticos (la pulsera vibra o se le envía un mensaje a la misma) o se despide de forma automatizada a las personas que no alcanzan una mínima productividad. De acuerdo con los datos, el 10% de los trabajadores de almacén de Amazon en EEUU han sido despedidos por el índice de productividad (Todolí Signes, 2023).

Y todo ello sin obviar que los propios procesos de selección de personal se realizan ya, en muchos casos, con el auspicio de la inteligencia artificial, arrastrando discriminaciones pasadas de género y raza, que afectan en gran medida a las mujeres. El razonamiento es sencillo, si tradicionalmente las mujeres no han ocupado puestos de enjundia en las empresas, el algoritmo va a replicar esta situación como determinante para no seleccionar a mujeres en determinados puestos de responsabilidad o de perfil técnico, pero no por su falta de valía o cualificación, sino porque la discriminación sufrida en el pasado, que se verá actualizada, va a ser barnizada con la inteligencia artificial. El algoritmo aprenderá que los puestos de responsabilidad han sido desempeñados por hombres, asociando un plus a los hombres para desempeñar

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

determinadas tareas y, en consecuencia, afectando negativamente a las candidaturas de mujeres. El caso del proceso de selección Amazon es el más famoso en este sentido (Chang, 2023). De todos modos, el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, establece un marco jurídico vinculante que, sin llegar a prohibir de forma general el uso de sistemas de IA en los procesos de selección de personal, sí los somete a un régimen especialmente riguroso al calificarlos como sistemas de "alto riesgo" (Presno Linera, 2024, p. 247). Esta calificación se recoge en el artículo 6.2, en relación con el Anexo III, punto 4, donde se incluyen expresamente los sistemas utilizados para la contratación o selección de personas físicas, así como aquellos que influyen en decisiones relativas a su promoción, despido, asignación de tareas o monitorización del desempeño laboral. En consecuencia, cualquier uso de IA con dichos fines debe ajustarse a las exigencias del Título III, Capítulo 2 del Reglamento, que configura un conjunto de obligaciones destinadas a mitigar los riesgos inherentes a este tipo de aplicaciones. Entre estas obligaciones destacan la evaluación previa de riesgos (art. 9), la exigencia de gobernanza de los datos utilizados para el entrenamiento del sistema (art. 10), la trazabilidad y la conservación de registros de funcionamiento (art. 12), la obligación de facilitar una documentación técnica que permita la verificación del cumplimiento normativo (art. 11), así como la implementación de mecanismos que garanticen la supervisión humana efectiva (art. 14) y la transparencia en las decisiones automatizadas (art. 13), incluyendo la necesidad de proporcionar información comprensible tanto a los usuarios como a los afectados.

Como vemos, el legislador europeo no prohíbe de iure el uso de IA en los procesos de selección, pero lo supedita a una serie de garantías que, en la práctica, limitan considerablemente su aplicación si no se dispone de sistemas robustos, auditables y alineados con los derechos fundamentales.

El tercer fenómeno que vamos a destacar en la evolución tecnológica en relación con el derecho al trabajo es la consolidación del teletrabajo o trabajo a distancia, potenciado primero por las mejoras en conectividad y luego súbitamente incrementada por la pandemia de Covid-19 en 2020. En cuestión de semanas, millones de trabajadores pasaron a desempeñar sus funciones desde casa, lo que obligó a improvisar soluciones desde un punto de vista jurídico y organizativo. Así, en muchas ocasiones esta modalidad de trabajo llegó para quedarse, de manera que, reconociendo la permanencia de esta modalidad, España aprobó la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, que estableció un marco específico basado en la voluntariedad por acuerdo entre las partes; el derecho a la compensación de gastos, de modo que la empresa debe sufragar o compensar los gastos en que incurra el empleado por trabajar desde casa como internet, la luz o el material empleado; la igualdad de derechos con los

trabajadores presenciales, con una misma jornada máxima, mismos permisos, acceso a formación y oportunidades de carrera; y la especial atención a la prevención de riesgos laborales en el domicilio con aspectos relacionados con la ergonomía o la desconexión digital para evitar jornadas interminables.

La ley mencionada, junto con el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores sobre intimidad, también refuerza el derecho a la privacidad del teletrabajador ya que el empleador puede adoptar medidas de control de la actividad como instalar software o pedir informes, pero respetando la dignidad y la intimidad del empleado en su hogar.

En términos constitucionales, el teletrabajo presenta algunas cuestiones destacables porque permite la conciliación de la vida personal y familiar al reducir desplazamientos y, también, permitiendo horarios más flexibles, además de que puede integrar en el empleo a personas antes excluidas por barreras de movilidad o geográficas, lo cual es un elemento muy positivo para la integración laboral de personas con discapacidad física que tienen serias dificultades para desplazarse o, sencillamente, se ajusta de manera más adecuada a la vida de trabajadores que son habitantes de zonas rurales con pocas empresas locales pero que pueden trabajar remotamente para una empresa urbana. Desde luego, esto redunda en una mayor realización del derecho al trabajo decente para estos colectivos, por lo que la promoción del teletrabajo accesible se ha visto como una vía de inclusión laboral de personas con movilidad reducida o para mantener en el empleo a trabajadores mayores que prefieren trabajar desde casa algunos días. Ahora bien, el trabajo, además de un mecanismo para garantizar el sustento de las personas evoca a otras realidades puramente humanas, que, si no se contemplan, pierden su razón de ser. Por ejemplo, el hecho de trabajar de forma individual y sin contacto con los compañeros revierte en un mayor aislamiento social del trabajador y, sobre todo, se difumina con ello la frontera entre jornada laboral y vida privada, motivo por el que surge la necesidad del derecho a desconectar al acabar la jornada, reconocido en la Ley 10/2021. Asimismo, se encuentra otro problema añadido en términos de las dimensiones del derecho al trabajo en la posible desprotección sindical puesto que al existir teletrabajadores dispersos estos se podrían quedar al margen de la acción colectiva o la información sindical. Además, no todos los puestos son *teletrabajables*, generando con ello una desigualdad que fue, sin duda, manifiesta durante la pandemia cuando se observó que la posibilidad de teletrabajar se concentraba en trabajos cualificados y de servicios, mientras que sectores manuales o esenciales debían seguir en modo presencial con más riesgo sanitario. Y este es un aviso claro para que el Estado vele por que el teletrabajo no genere trabajadores de "segunda categoría" en términos de derechos, ni nuevas brechas digitales.

La experiencia acumulada durante la pandemia ha puesto de manifiesto que, lejos de garantizar por sí solo una mejora en la calidad de vida, el trabajo

a distancia puede intensificar las cargas, especialmente sobre las mujeres y personas con responsabilidades de cuidados, reproduciendo desigualdades preexistentes. Desde esta perspectiva, el teletrabajo debe una opción condicionada a la existencia de garantías efectivas para cumplir el derecho a la desconexión digital o el respeto al tiempo de descanso. Su regulación debe ser coherente con los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE), dignidad (art. 10 CE) y protección de la salud (art. 43 CE). En definitiva, la irrupción del teletrabajo no puede traer consigo la reproducción de nuevas formas de precariedad laboral bajo formatos aparentemente flexibles.

VI. CONCLUSIONES

1ª Del análisis realizado se desprende que el derecho al trabajo, aunque consagrado como pilar del Estado social, aún no alcanza una efectividad plena en la realidad española. La Constitución de 1978 reconoce este derecho con un contenido amplio y mandata a los poderes públicos a promover el pleno empleo, pero las últimas décadas evidencian una brecha entre la proclamación jurídica y los hechos ya que podemos contemplar diversos elementos que así lo atestiguan, como las tasas estructuralmente altas de desempleo, la precariedad laboral extendida, así como las dificultades de inserción para ciertos colectivos como los jóvenes, los parados de larga duración y los mayores, que han impedido que el derecho al trabajo se materialice plenamente para todos.

2ª El artículo confirma el carácter "mixto" del derecho al trabajo en nuestro ordenamiento, ya que, al no figurar entre los derechos fundamentales estrictos, su tutela no puede reclamarse vía amparo constitucional, pero ello no disminuye su fuerza vinculante para todos los poderes públicos. Lo cierto es que el constituyente quiso dotar al derecho al trabajo de una protección superior a la de un mero principio programático, por lo que de esta manera se entiende que decidiera imponer a los órganos estatales el deber jurídico de facilitar su cumplimiento. Para dar acomodo a esta situación se ha producido un considerable desarrollo legislativo y de políticas públicas que hemos analizado en este estudio y que se sintetizan en la instauración de un salario mínimo, la prohibición de la discriminación laboral o la protección frente al desempleo a través de la Seguridad Social, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 CE.

3ª En cualquier caso, como hemos puesto de relieve, la efectividad de dichas medidas se ha visto limitada ya que España ha sufrido niveles de desempleo superiores a la media europea, poniendo así de manifiesto las mermas estructurales que atesora el modelo productivo y las políticas de empleo de nuestro país. Y ello sin soslayar las crisis económicas que han hecho mella en la vulnerabilidad de nuestro mercado laboral, generando súbitos aumentos

del paro, así como de la precariedad laboral, lo que pone en entredicho la capacidad del Estado para ya no solo cumplir, siquiera aspirar, al mandato de pleno empleo. Desde luego, estas enormes dificultades también han propiciado la generación de importantes reformas, como las ya analizadas en este trabajo de 2012, de corte flexibilizador, así como la de 2021, orientada a reducir la temporalidad. De hecho, los primeros datos sobre esta última parecen sugerir una mayor estabilidad laboral ya que alumbran una disminución de contratos temporales a favor de los indefinidos.

4ª Igualmente, la efectividad del trabajo pasa, inexorablemente, por la generación de un trabajo decente, así que no se cumple con las necesidades laborales si los empleos ofertados son insostenibles o indignos. En este sentido, el mandato constitucional está orientado a un trabajo que respete, sin lugar a dudas, la dignidad humana, enfoque coherente con el de la agenda internacional encabezada por la ONU y la OIT como organismo especializado, y ello implica que aglutine otras dimensiones como la posibilidad de disfrutar derechos laborales efectivos, que se obtenga una remuneración suficiente, que exista seguridad laboral y una total ausencia de discriminación. Todo ello pone sobre el tapete que el artículo 35 CE no es una isla que debe interpretarse de manera aislada con el resto del ordenamiento, sino que guarda una conexión directa con el artículo 10 CE en materia de dignidad de la persona, por lo que no solo es exigible que se den las circunstancias propicias para que existan oportunidades de empleo, sino que la calidad de esas posibilidades debe venir contrastada por esas otras dimensiones apuntadas. El trabajo decente es el que verdaderamente cubre todas esas facetas y es el que requiere de todos los esfuerzos de la administración para que sea estandarizado y puesto al servicio de los potenciales trabajadores.

5ª Otro aspecto ampliamente abordado en este trabajo tiene que ver con las transformaciones tecnológicas que han supuesto una redefinición de muchos aspectos de la relación laboral. Así, la aparición de las economías de plataformas, la automatización mediante el auxilio de la inteligencia artificial y el teletrabajo han tomado protagonismo en cuanto al estudio y análisis del derecho al trabajo. Y el legislador ha sido consciente de ello. La "Ley Rider" es un claro ejemplo, reconociendo la relación laboral de los repartidores de plataformas; al igual que la ley del trabajo a distancia, garantizando derechos y la capacidad de desconexión en el teletrabajo. Todo ello se barniza con una nueva tecnología que lo fagocita todo, como es la inteligencia artificial, y que en la dimensión laboral también presenta una incipiente regulación en el reciente Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE, promoviendo una mayor apuesta por la transparencia, el control humano y la equidad en el uso de algoritmos.

6ª La nota característica de este trabajo es poner el foco en reforzar la efectividad práctica del derecho al trabajo, dentro del marco constitucional. Así, el trabajo decente se presenta como el objetivo fundamental a conseguir,

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 201-232
https://doi.org/10.18543/ed.3579 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

no bastando con reducir el paro, sino apostando por empleos de calidad, estables, bien remunerados y con plenos derechos laborales. Para ello no puede trazarse otro camino que el de intensificar las políticas activas de empleo, invirtiendo más en formación, por supuesto de manera incisiva en la vertiente digital, incentivando la contratación de los jóvenes y de los parados de larga duración y, en último término, potenciando los servicios públicos de empleo para agilizar la intermediación laboral.

7ª A todo lo anterior hay que sumar una mayor protección social del trabajador, con un sólido y eficiente sistema que permita garantizar las prestaciones por desempleo, promover la conciliación de la vida personal con la laboral, jugando en este aspecto un papel clave la política de índole laboral dirigida a las mujeres, así como reforzar la Inspección de Trabajo para contrarrestar y reducir tanto la precariedad como el fraude.

8ª Por último, y no por ello menos importante, debe afrontarse la revolución digital desde una actitud proactiva, de manera que la regulación de los algoritmos que se emplean en la gestión laboral deben participar de forma indubitada de las nociones de transparencia, control humano y de la ausencia de sesgos discriminatorios. En este sentido, se hace necesario establecer mecanismos de auditoría externa para garantizar que los sistemas automatizados utilizados por empresas respetan la igualdad, la proporcionalidad y la transparencia.

9ª Además de ello, hay que seguir apostando por la extensión de la protección de los trabajadores que se ocupan de las formas de empleo digital que aún no han sido cubiertas y aplicar de modo efectivo lo relativo a la desconexión digital para que el teletrabajo no sea sinónimo de aislamiento y discriminación. Para ello, además del actual art. 88.1 de la LOPDGDD, se debería reforzar el derecho a la desconexión digital y a la intimidad laboral, mediante normas que limiten la vigilancia excesiva en el trabajo remoto y que garanticen espacios reales de descanso y vida privada.

10ª Como cierre cabe subrayar la idea de que es posible combinar un empleo de calidad, la inclusión social y la innovación responsable con el crecimiento económico, dando así como resultado un derecho al trabajo ajustado a las necesidades del siglo XXI. Para ello será determinante el compromiso constante de los poderes públicos y su diálogo con los agentes sociales, de manera que se pueda cumplir con el mandato constitucional que garantiza un trabajo decente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Agudo Zamora, M. (2022). La prohibición de discriminación directa por razón de sexo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. *Revista De Derecho Político*, (114), 179-213. https://doi.org/10.5944/rdp.114.2022.34146

Alujas Ruiz, J. A. (2023). Efectos de la reforma laboral de 2021 sobre la contratación y la temporalidad. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (475), 75-106. https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18601

Calvo, M. (2018). *Filosofía para la era digital*. Almuzara.

Castillo Parrilla, J. A. (2020). Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 (Caso Deliveroo): ¿Discriminación algorítmica o discriminación a través de un algoritmo? Derecho Digital e Innovación. *Digital Law and Innovation Review*, 7.

Chang, X. (2023). Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. *Advances in Economics Management and Political Sciences,* 23(1), 134-140. https://doi.org/10.54254/2754-1169/23/20230367

Comisión Europea. (2018). *Inteligencia artificial para Europa*. Comunicación COM(2018) 237 final; Documento de trabajo SWD(2018) 137 final. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0237

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). (2006). Observación general Nº 18: El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *Naciones Unidas*, E/C.12/GC/18. Recuperado de https://www.refworld.org/es/publisher%2CCESCR%2CGENERAL%2C%2C47ebcb332%2C0.html

Cruz Villalón, J. (2022), Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Bienestar Social.* 161, 11-66.

Cruz Villalón, P. (1989), Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 35-62.

Doménech Pascual, G. (2017). "La regulación de la economía colaborativa en el sector del taxi y los VTC", en J.J. Montero Pascual (dir.), *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*. Tirant lo Blanch, 351-401

Doménech Pascual, G. (2019). "Penalty y expulsión. La economía de las plataformas digitales en el sector de los taxis y los VTC", en G. Rubio Gimeno y A. Ortí Vallejo (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Dykinson, 293-310.

Doménech Pascual, G. (2021). Plataformas digitales en el sector de los VTC. *Oikonomics: Revista de Economía, Empresa y Sociedad*, 15, 443-447.

Escajedo San-Epifanio, L. (2024). "El reconocimiento biométrico en el Reglamento de inteligencia artificial: exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo" en L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.) *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, 183-235.

Fernández Sánchez, S. (2021). Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 179-193.

González Melgar, C., y Álvarez Arregui, E. (2025). Empleo Decente como Derecho Humano Universal: Fundamento de una Sociedad Inclusiva y Equitativa. *Revista Derechos Humanos Y Educación*, *1*(11), 47–65.

Gutiérrez Goiria, J., y Herrera, A. F. (2021). ODS 8: El crecimiento económico y su difícil encaje en la Agenda 2030. *Revista Internacional De Comunicación Y Desarrollo (RICD)*, *3*(14), 52-66. https://doi.org/10.15304/ricd.3.14.7859

Hernández-Infante, R. C., Infante-Miranda, M. E., Pupo-Pupo, Y., e Isea-Argüelles, J. J. (2025). El trabajo: Derecho humano fundamental. *Iustitia Socialis*, 10(18), 170–181. https://doi.org/10.35381/racji.v10i18.4382

Herreros López, J. M. (2011). La justiciabilidad de los derechos sociales. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *1*(1), 78–92. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/254

Lazcoz Moratinos, G. (2024). "La vigilancia o supervisión humana en el artículo 14 del Reglamento de inteligencia artificial: ¿un mero requisito obligatorio para los sistemas de alto riesgo?" en L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.) *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, 681-699.

López Ahumada, J. E (2022). La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: análisis del Real Decreto-Ley 32/2021. *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social.* 13, 13-25.

Lugo Garfias, M. E. (2016). El derecho al trabajo. Sus alcances jurídicos e interpretación judicial. *Revista de Derecho De La UNED (RDUNED)*, (19), 379–410. https://doi.org/10.5944/rduned.19.2016.18475

Molina Navarrete, C. (2025). La encrucijada del derecho a una protección social adecuada por desempleo más allá de las emergencias: entre suficiencia prestacional y eficiencia para el retorno al mercado de trabajo. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (484), 20–56. https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24229

Montero Caro, M. D. (2023). *Democracia en transición. Una agenda para su regeneración*. Dykinson.

Naranjo de la Cruz, R. (2014). Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Político.* (89), 91-134.

OIT (2008). *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008*. https://www.ilo.org/es/resource/declaración-de-la-oit-sobre-la-justicia-social-para-una-globalización-0

Pérez Domínguez, F. (2024). "Derecho al trabajo (I): Obligaciones y derechos en materia de empleo (arts. 1.1,1.3, 1.4 de la Carta)", en R Canosa Usera y E. Carmona Cuenca (edits.), *La Europa de los Derechos sociales. La Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*. Tirant lo Blanch, 91-122.

Piketty, T. (2020). *Capital and ideology*. Harvard University Press.

Presno Linera, M.A. (2024). "La prohibición de sistemas de inteligencia artificial que evalúan y clasifican a las personas a partir de datos que no guardan relación con el contexto donde se generaron y que provocan discriminaciones" en L. Cotino Hueso y P. Simón Castellano (dirs.) *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, 237-250.

Riaño Casallas, M. I. (2024). Trabajo decente y nuevas formas de trabajo. Reflexiones y análisis para América Latina y el Caribe. *Documentos de Trabajo nº 98 (2ª época)*, Fundación Carolina.

Rifkin, J. (2004). *El fin del trabajo (Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era)*. Paidós.

Rubio Llorente, F. (2001). Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 11–56. http://www.jstor.org/stable/24883745

Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).Ministerio de Trabajo y Economía Social. s. f. «Pleno empleo». *Glosario*. Consultado el 5 de junio de 2026. https://www.sepe.es/HomeSepe/mas-informacion-contacto/Glosario.html?let=P#

Todolí Signes, A. (2018). Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la gig economy, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51, 443-447.

Todolí Signes, A. (2020). El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas: Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 70.

Todolí Signes, A. (2021). Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos. *Iuslabor*, 2.

Todolí Signes, A. (2022). La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario. Retos del Derecho del Trabajo frente a la dirección algorítmica del trabajo. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, 150-159.

Todolí Signes, A. (2023). *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*. Aranzadi.

Uriarte Torrealdai, R. (2010). El derecho al trabajo y los extranjeros irregulares. *Revista de Derecho Político*, 78, 257-296.

RETOS PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA VIVIENDA. ¿PUEDE UNA RENTA BÁSICA UNIVERSAL CONTRIBUIR A MEJORAR SU ACCESO UNIVERSAL?[1]

Challenges for guaranteeing the right to housing. Can a universal basic income contribute to improving universal access?

Albert Noguera Fernández[2]
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València. España
https://orcid.org/0000-0001-9914-2970

https://doi.org/10.18543/ed.3580

Fecha de recepción: 19.10.2025
Fecha de aceptación: 02.02.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

La Constitución española reconoce, en su artículo 47, el derecho de todas las personas a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sin embargo, a pesar de las políticas públicas desplegadas (Planes Estatales de Vivienda) y de los recientes desarrollos normativos, tanto autonómicos, desde 2013, como estatales, con la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, el acceso efectivo a la vivienda se ha convertido, especialmente tras la crisis de 2008-2014, en uno de los principales problemas

[1] Este trabajo se encuadra dentro del proyecto de investigación *Tensiones entre el derecho a la vivienda y la propiedad privada en las relaciones de arrendamiento. Un enfoque sociojurídico* (TENURE), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco de los proyectos de generación de conocimiento 2022.

[2] Email: albert.noguera@uv.es

sociales del país. El objetivo de este trabajo es analizar si la implantación de una Renta Básica Universal (RBU) podría constituir un mecanismo útil para mejorar, de manera universal, el acceso al derecho a la vivienda. Para ello se adopta un enfoque metodológico que combina: a) el análisis teórico y dogmático del marco constitucional y estatutario; b) el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al contenido y alcance del artículo 47 CE; y c) la revisión de las principales políticas públicas de vivienda y de las propuestas en torno a la RBU. Aunque existen posiciones que consideran que una RBU generaría efectos inflacionistas que encarecerían el precio de la vivienda, sostenemos que, en el contexto de Estados sociales con mercados regulados y con sistemas robustos de derechos y servicios públicos, la RBU puede operar como una herramienta complementaria que refuerce la capacidad material de acceso a la vivienda. Las conclusiones del trabajo subrayan, no obstante, que la RBU no puede sustituir ni la acción normativa ni las políticas específicas de vivienda, pero sí puede contribuir, bajo determinadas condiciones, a una mayor garantía del derecho constitucional.

Palabras clave

Renta Básica Universal, derecho a la vivienda, universalidad de derechos, derechos sociales.

Abstract

The Spanish Constitution recognizes, in Article 47, the right of all individuals to enjoy decent and adequate housing. However, despite the public policies implemented (State Housing Plans) and the recent legislative developments, both at the regional level since 2013 and at the state level with Act 12/2023 on the Right to Housing, effective access to housing has become one of the country's main social challenges, particularly since the 2008–2014 crisis. The aim of this paper is to examine whether the introduction of a Universal Basic Income (UBI) could serve as a useful mechanism to improve universal access to the right to housing. To this end, the paper adopts a methodological approach that combines: a) a theoretical and dogmatic analysis of the constitutional and statutory framework; b) an examination of the Constitutional Court's case law regarding the content and scope of Article 47 of the Constitution; and c) a review of key housing policies and of the main proposals related to UBI. Although some argue that a UBI could lead to inflationary effects that would further increase housing prices, we contend that in social states with regulated markets and robust systems of social rights and public services, UBI can operate as a complementary tool that strengthens individuals' material capacity to access housing. The paper concludes that, while UBI cannot replace either regulatory action or specific housing policies, it may–under certain conditions–contribute to a stronger guarantee of the constitutional right recognized in Article 47, a question that is analysed in light of the current situation in Spain.

Keywords

Universal Basic Income, right to housing, universality of rights, social rights.

Sumario: I. Introducción: las dos formas de la renta básica universal. II. La relación RBU-vivienda en su forma económica. 1. Soluciones focalizadas en la legislación autonómica sobre vivienda. 2. Soluciones focalizadas en la jurisprudencia del TC. 3. ¿La RBU como solución estructural y universal? III. La relación RBU-vivienda en su forma jurídico-constitucional. 1. El derecho al mínimo vital como Derecho-orden. 2. El derecho al mínimo vital como Derecho-acontecimiento. 3. El derecho al mínimo vital como Derecho-desorden. 4. ¿Cómo convertir la RBU en un derecho fundamental? IV. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN: LAS DOS FORMAS DE LA RENTA BÁSICA UNIVERSAL

La propuesta de una Renta Básica Universal (RBU), en los términos que se formula hoy en día, arranca en la década de 1980[3]. Tradicionalmente, su justificación se ha hecho desde distintas ideologías: desde el neoliberalismo (Friedman, 1962), desde el liberalismo igualitarista (Van Parijs, 1996; 2001), desde el marxismo (Veen, 1991) o desde el republicanismo (Domenech, 2001; Casassas, 2006; Raventós, 1999; 2002; 2005; 2007), entre otras.

Este último es el que aquí nos interesa. El republicanismo, desde su versión clásica del s. XVIII (Rousseau, Jefferson) hasta las actuales (Pettit, 1999; Skinner, 2020), lleva a cabo una crítica al modelo de democracia liberal representativa consistente en el simple depósito del voto en una urna cada cuatro años, para apostar por una ciudadanía participativa, deliberativa y comprometida con el bien público y el bienestar de la comunidad. Pero para que todos los ciudadanos gocen, en condiciones de igualdad, de libertad para poder participar políticamente deben, afirma el republicanismo, tener cubiertas sus necesidades básicas y disponer de recursos suficientes para una vida digna. La ausencia de dependencia respecto a otros es lo que otorga la libertad para poder participar plenamente en la vida pública.

En la teoría política republicana, la libertad de un individuo no se hace efectiva por la ausencia de limitación y restricción, a través de no intervenir, sino mediante la intervención de los poderes públicos para garantizar una

[3] El debate actual en torno a la RBU tiene su origen en un trabajo presentado por el Colectivo Charles Fourier, una agrupación de profesores formada por Paul-Marie Boulanger (sociólogo), Philippe Defeyt (economista), Luc Monees (sociólogo y economista) y por Philippe Van Parijs (filósofo), a un premio convocado por la Fundación Rey Balduino en Bélgica sobre *El futuro del Trabajo* en 1984, resultando uno de los cinco textos premiados (Rey Pérez, 2020: 240).

autonomía existencial digna a todos los individuos. Y, en este sentido, la RBU, en tanto instrumento que tiene como fin garantizar la cobertura de las necesidades básicas de subsistencia a todas las personas, conforma un instrumento de fundamental importancia para garantizar esta sociedad libre, democrática y participativa.

Desde esta perspectiva, los autores republicanos han puesto sus esfuerzos en intentar demostrar cómo la RBU contribuye a garantizar la cobertura de los derechos sociales básicos de las personas. Son múltiples los trabajos que han analizado las consecuencias de una RBU sobre el trabajo (Jordan, 1992; Standing, 1986; Van Parijs, 1992; Noguera Ferrer, 2005; Tena-Sánchez, 2018), sobre la violencia machista (Pollos Calvo, 2020), etc. Sin embargo, son muy pocos los que han estudiado la relación entre RBU y derecho a la vivienda. ¿Es la RBU un instrumento útil para garantizar el derecho a la vivienda?

El objetivo del presente texto es, precisamente, responder esta pregunta. Son diversos los autores que han señalado que, en determinados contextos, la asignación de una RBU podría generar un efecto inflacionista que encarecería los precios de los alquileres o las viviendas, lo que produciría un efecto negativo sobre el acceso a este derecho. Por la ley de la oferta y la demanda, más dinero en la sociedad llevaría a los vendedores a aumentar los precios para aprovecharse de esa nueva situación (Garzón, 2015: 70; Rodríguez Rojo, 2020: 113). Sin embargo, en contraposición a estos argumentos, la hipótesis que defenderemos aquí es que, en el interior de Estados de mercado regulado y universalidad de derechos sociales y servicios públicos, la RBU sí podría conformar una herramienta complementaria útil capaz de contribuir a una mayor garantía del derecho a la vivienda. En concreto, lo que explicaré es que lo conforma de manera doble. La RBU puede ejercer una función complementaria garantista del derecho a la vivienda a través de lo que son sus dos formas: económica y jurídico-constitucional.

A pesar de su cotidianidad la palabra "forma" obtiene su sentido de la filosofía. En concreto, a partir del establecimiento de la dicotomía materia-forma desarrollada por Aristóteles en su *Metafísica* (2014) y Kant en su *Crítica de la razón pura* (2023), y que se refiere a la forma como *logos*. Sin poder entrar en sus diferencias, podemos decir que para estos dos autores la forma es la especificidad, la específica existencia de un trozo de materia. En el caso de una estatua de bronce, por ejemplo, esta es estatua por la forma impresa en el bronce como materia, como bronce podría ser otra cosa. La forma es pues, la existencia concreto-efectiva del fenómeno (Noguera Fernández, 2006: 35).

En este sentido podemos decir que la RBU puede adoptar, al menos y para lo que aquí nos interesa, dos formas:

– Una económica, como ingreso monetario regular o renta básica universal.

– Y una forma jurídica o, más concretamente, jurídico-constitucional, como derecho fundamental al mínimo vital. Este es un derecho que se ha construido doctrinalmente como derecho subjetivo autónomo a partir de la interpretación sistemática de la Constitución que tuvo su origen en el concepto afín de *Existenzminimum* o "mínimo existencial" adoptado, originariamente, por la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal alemán en 1954.

A partir de esta distinción entre la forma económica y la forma jurídico-constitucional de la RBU, la pregunta que guía este trabajo es cómo, en cada una de estas dos formas, la RBU puede operar como un instrumento complementario para garantizar el derecho a la vivienda.

II. LA RELACIÓN RBU-VIVIENDA EN SU FORMA ECONÓMICA

La introducción de una RBU, entendida siempre, como después explicaré, como parte de un paquete de medidas, supondría un cambio en la lógica desde la que, en muchos países, se aborda el problema de las dificultades de acceso a la vivienda. Durante las últimas décadas, incluso después de la crisis hipotecaria de 2008-2014, gran parte de los Estados han pretendido hacer frente a este desde lo que podemos llamar una lógica de soluciones focalizadas, pero no desde una lógica de soluciones estructurales y universales.

Llamaremos *soluciones focalizadas* a aquellas que abordan las dificultades de acceso a la vivienda como un problema individualizado. Se trata de soluciones que Andrew Clarke (2023), siguiendo las clasificaciones establecidas originariamente por Richard Titmuss (1981) y Gøsta Esping-Andersen (1990), ubica como propias de los Estados de bienestar liberales. Esta percepción pone el foco de atención en la situación vital particular de determinadas personas o grupos de personas que ocupan posiciones de vulnerabilidad en la sociedad, afirmando que el problema de las dificultades de acceso a la vivienda no es una cuestión de ordenación económica general, sino de las características personales (paro, pobreza, enfermedad mental, adicciones, discapacidades, sinhogarismo, violencia machista, etc.) en que se encuentran determinadas personas y que les impiden acceder a una vivienda. El problema no está en el sistema, sino en la situación particular de individuos concretos. De modo que al ser el problema estas personas, no el sistema, las políticas de vivienda deben focalizar la acción en estos grupos. Esto da lugar a un modelo bicéfalo estructurado sobre dos nexos: un nexo entre población y mercado para la amplia mayoría de la población; y un nexo entre Estado e individuo para la población en situación de vulnerabilidad. Es decir, la mayoría de la población debe cubrir su necesidad de vivienda a través del mercado, mientras el Estado focaliza sus políticas en la población más vulnerable. A

esto es lo que llamamos las "soluciones focalizadas". Son diversos los autores que han estudiado este tipo de modelos (Bullen, 2015; Stuart, 2016; Colburn, 2021).

Por el contrario, llamaremos *soluciones estructurales y universales* a aquellas que abordan las dificultades de acceso a la vivienda como un problema sistémico inherente a la dinámicas socio-económicas propias de un sistema que combina propiedad privada y libre mercado en el marco de un modelo de capitalismo transnacional financiero y que por tanto, plantean la necesidad de abordar el problema de la vivienda a partir de políticas públicas universales, independientemente del mercado, del que se benefician por igual todos los ciudadanos.

Como sucede en muchos otros países, en España se ha pretendido hacer frente al problema de la vivienda desde una lógica, principalmente, de soluciones focalizadas, no estructurales. Ello se pone de manifiesto tanto si analizamos la legislación sobre vivienda dictada en la última década, como la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Constitucional (TC).

1. *Soluciones focalizadas en la legislación autonómica sobre vivienda*

El hecho de que la Constitución recoja el derecho a la vivienda (art. 47 CE) como parte de los principios rectores de la política social y económica incluidos en el capítulo III del título I CE hace que este no se configure como un derecho subjetivo, sino como un mandato o directriz constitucional (SSTC 152/1988 y 7/2010). Tal como indica Fernando López Ramón, "la diferencia entre el principio rector y el derecho estriba en que mientras el primero sólo tiene, en verdad, los contenidos establecidos en la legislación que lo desarrolle, el segundo impone sus propios contenidos al legislador. Un principio director es un límite negativo para la ley, que difícilmente podría infringir las genéricas pautas establecidas en la Constitución, pues prácticamente cualquier regulación podría considerarse no contraria al objetivo constitucional. En cambio, el derecho subjetivo manifiesta un contenido positivo que cada individuo puede exigir" (López Ramón, 2014: 52).

Esta configuración constitucional del derecho a la vivienda como principio rector impide dotar al mismo de obligatoriedad y justiciabilidad ante los tribunales. La nota característica de estos principios estriba en que su vinculación normativa está dirigida únicamente a los poderes públicos (legislativo, judicial y ejecutivo resultan explícitamente concernidos), a quienes imponen deberes y atribuyen poderes que suelen calificarse como objetivos, mandatos o directrices. En cambio, no se permite su exigencia como derechos subjetivos por los ciudadanos al preverse en el artículo 53.3 que "*sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*". Frente a tal limitada naturaleza de los principios

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 233-258
https://doi.org/10.18543/ed.3580 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

rectores y con el objetivo de dotar de mayor protagonismo a este derecho para contribuir así, más eficazmente, a establecer obligaciones a la administración de tener que intervenir para hacerlo efectivo, diversas comunidades autónomas, que son las titulares en España de la competencia de vivienda en régimen de exclusividad (art. 148.1 CE), empezaron a incorporar el reconocimiento de un derecho subjetivo a la vivienda en su legislación. Primero por vía de las reformas de los Estatutos de Autonomía en distintas comunidades entre 2004 y 2011 [Comunidad Valenciana (LO 1/2006), Catalunya (LO 6/2006), Islas Baleares (LO 1/2007), Andalucía (LO 2/2007), Aragón (LO 5/2007), Castilla y León (LO 14/2007), Navarra (LO 7/2010) y Extremadura (LO 1/2011)]. Y, posteriormente, por vía de la aprobación de leyes autonómicas de vivienda destinadas a hacer frente a la emergencia habitacional ocasionada por la crisis de 2008-2014[4].

En cuanto a la titularidad del derecho, el reconocimiento de la vivienda como derecho subjetivo previsto tanto en los Estatutos de autonomía (art. 26 del Estatuto de autonomía de Catalunya, art. 16 del de la Comunidad valenciana, art. 22 del de las islas Baleares, etc.), como en las leyes autonómicas de vivienda aprobadas a partir de 2013 (art. 2.2 de la Ley 2/2017 de la función social de la vivienda de la Comunidad valenciana, art. 7.2 de la Ley 3/2015 de vivienda del País Vasco, etc.), ha limitado la titularidad del mismo a los ciudadanos en situaciones de mayor vulnerabilidad social y económica. Detrás de esta formulación de la titularidad del derecho existe, de forma clara, una lógica de solución focalizada del problema que reproduce el modelo bicéfalo mercado-Estado, antes citado, donde la amplia mayoría de la población debe cubrirse el derecho por vía del mercado.

Y en cuanto a las políticas públicas desarrolladas a partir de este reconocimiento autonómico del derecho subjetivo a la vivienda, podemos decir que a pesar de su incorporación en los Estatutos de Autonomía, hasta la crisis de 2008-2014, la vivienda fue una cuestión absolutamente descuidada, tanto política como legislativamente, por los gobiernos autonómicos. Éstos limitaron sus políticas a la ejecución de los Planes Estatales de Vivienda, esto es a fomentar la construcción de vivienda de Protección Oficial (VPO) en etapas de crisis del sector inmobiliario, y poco más. Es, como decíamos, a partir de la crisis de 2008-2014 que el desarrollo en varios territorios de legislación autonómica reguladora del derecho a la vivienda introduce, por primera vez de manera clara, medidas destinadas a la protección y garantía del derecho. Entre ellas, encontramos: medidas contra los desahucios[5]; medidas para

[4] Sobre la legislación autonómica en materia de vivienda, vid.: Macho Carro, 2024: 273-380; Paleo Mosquera y Quintiá Pastrana, 2020).

[5] Entre ellas se encuentran programas de asesoramiento, negociación y mediación inmobiliaria, la activación de unidades de apoyo en caso de desalojo, ayudas económicas

movilizar viviendas vacías[6]; medidas orientadas a los grandes propietarios[7]; ayudas al alquiler y compra[8]; o la regulación del mercado privado[9]. Algunas de estas medidas introducen, incluso, ciertos aspectos de la lógica de solución estructural y universal, sin embargo, pronto el TC las anuló imposibilitando a las autonomías, a pesar de poseer la titularidad exclusiva de la competencia de vivienda, poder adoptar ningún tipo de políticas que sobrepase la lógica de solución focalizada.

2. *Soluciones focalizadas en la jurisprudencia del TC*

Gran parte de las anteriores leyes autonómicas que introducían medidas intervencionistas de la administración sobre el mercado de la vivienda fueron

---

para evitar desahucios, la provisión pública de viviendas sociales para situaciones de emergencia, la posibilidad voluntaria o la obligación de ofrecer alquiler social y de realojar a personas en riesgo de exclusión residencial, la expropiación temporal de la vivienda en procesos hipotecarios (declarada inconstitucional en diversas legislaciones) o, por último, el Derecho de Tanteo y Retracto (DTR) en casos de ejecución hipotecaria (Verdú, 2018).

[6] Diferentes Comunidades Autónomas han impulsado políticas para fomentar la puesta en alquiler de las viviendas vacías, asegurando así que las propiedades cumplan su función social. Encontramos aquí propuestas como la elaboración de censos de viviendas vacías, incentivos para la puesta en alquiler de viviendas desocupadas, tasas y sanciones económicas en los inmuebles sin habitar o, finalmente, la expropiación temporal de las viviendas vacías (declarada inconstitucional en varios casos) (Verdú, 2018).

[7] En varios casos las legislaciones aprobadas contemplan medidas más estrictas cuando se trata de grandes tenedores de vivienda, definidos como aquellos dedicados a la actividad inmobiliaria y con más de diez viviendas. Comunidades como Aragón, Baleares, Cataluña o la Comunidad Valenciana han aprobado legislaciones que obligan o incentivan a los grandes tenedores a ofrecer alquiler social a personas con necesidad residencial o que aspiraban a conseguir la expropiación temporal de viviendas vacías de grandes propietarios (declarada inconstitucional en algunos casos). En Baleares y la Comunidad Valenciana se trata de medidas orientadas a interceder grandes operaciones inmobiliarias, donde las administraciones pueden ejercer el DTR (Fioravanti, Ariza, López Nicolás y Benlloch, 2023: 13).

[8] Aunque no supone un rasgo diferencial de este nuevo ciclo, hay que destacar también las inversiones dedicadas a las ayudas para el alquiler o compra de vivienda, tanto orientadas a la población en general como a colectivos específicos (personas mayores, jóvenes, personas con discapacidad, etc.). Destaca aquí el papel del Estado, quien ha centrado su política de vivienda de los últimos años en la provisión de ayudas y estímulos fiscales orientados a favorecer la compra o el alquiler de vivienda, a través de los sucesivos Planes Estatales de Vivienda, que desarrollan las Comunidades Autónomas (Fioravanti, Ariza, López Nicolás y Benlloch, 2023: 13).

[9] La Ley 11/2020 de Cataluña, declarada inconstitucional en 2022, introducía topes a los precios de alquiler en áreas con el mercado de vivienda tensionada. Además, podemos incluir aquí también las múltiples medidas municipales de regulación de las viviendas de uso turístico aprobadas en distintas ciudades en los últimos años con el objetivo de frenar la subida de los precios de alquiler (Fioravanti, Ariza, López Nicolás y Benlloch, 2023: 14).

inmediatamente impugnadas por el gobierno del Estado ante el TC. Entre ellas, podemos referirnos, por ejemplo, a la medida del Decreto-Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la Vivienda, que permitía la expropiación temporal de viviendas vacías durante largo tiempo en manos de bancos[10]. O, la regulación de los precios de los alquileres en zonas tensionadas fijada por ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda. La resolución de estos recursos de inconstitucionalidad empieza a partir de 2015, momento en que el TC inició una etapa de numerosos pronunciamientos, en concreto, 18 sentencias, a través de las cuales anula parte de las medidas introducidas por las citadas leyes de al menos 8 comunidades autónomas (Andalucía, Navarra, Canarias, País Valenciano, País Vasco, Murcia, Extremadura, Cataluña, y Aragón)[11].

[10] En octubre de 2013, en Andalucía se incoaron dos procedimientos administrativos que caducaron. Esta información ha sido provista por el Servicio de Atención al Ciudadano de Servicios Centrales, adscrito a la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. Los Decretos de iniciación de los expedientes de expropiación están compuestos por: el Decreto 190/2013, de 15 de octubre de 2013, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Alonso de Ercilla, núm. 7, 3.º B, de Huelva, y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al inmueble, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 16 de octubre de 2013, y el Decreto 236/2013, de 10 de diciembre, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Río Trueba, núm. 5, 1.º A, en Torremolinos (Málaga), y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al inmueble, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2014.

[11] STC 93/2015. Andalucía. Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 16/2018. Navarra. Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; STC 32/2018. Andalucía. Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 43/2018. Canarias. Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda; STC 80/2018. Comunidad Valenciana. Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda; STC 97/2018. País Vasco. Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; STC 102/2018. Murcia. Ley 10/2016, de 7 de junio, de reforma de la Ley 6/2015, de la vivienda, y de la Ley 4/1996, del Estatuto de los consumidores y usuarios; STC 106/2018. Extremadura. Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda; STC 4/2019. Cataluña. Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías; STC 5/2019. Aragón. Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda; STC 8/2019. Cataluña. Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión social; STC 13/2019. Cataluña. Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética; STC 21/2019.

Las referidas sentencias declaran inconstitucionales y anulan estas medidas por entender, entre otros motivos, que suponen una invasión de las competencias estatales del art. 149.1.13ª CE referidas a las "bases y coordinación general de la planificación de la actividad económica", del art. 149.1.8 CE referidas a "las bases de las obligaciones contractuales en materia civil" y del art. 149.1.6 CE referidas a materia hipotecaria. En consecuencia, al decir que la legislación y políticas de vivienda de las autonomías, que son, repito, quienes tienen la competencia exclusiva, no pueden afectar a las bases de la actividad económica, ni a las bases de las obligaciones contractuales en materia civil, ni a materia hipotecaria porque son competencia exclusiva del Estado, el TC está vaciando la posibilidad de que las leyes de vivienda puedan suponer ningún tipo de intervención directa ni indirecta en el régimen económico ni en el mercado, y, por tanto, imposibilita que las primeras puedan tener nunca una lógica de solución estructural, sino simplemente una lógica focalizada en atender a las necesidades coyunturales de aquellos colectivos menos favorecidos (Ponce Solé, 2017).

3. *¿La RBU como solución estructural y universal?*

Lo anterior nos lleva a afirmar que, en España, se ha pretendido hacer frente al problema de la vivienda desde una lógica de soluciones focalizadas, pero no desde una lógica de soluciones estructurales y universales. Y sin embargo, resulta cada vez más evidente que éste no es ni un problema que afecte sólo a sectores vulnerables que están por debajo de un umbral de renta vinculado al indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), que es el índice de referencia para la asignación de ayudas y subsidios en

Aragón. Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda; STC 14/2020. Estado. Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; STC 16/2021. Cataluña. Decreto-Ley 17/2019, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda; STC 28/2022. Cataluña. Decreto-Ley 37/2020, de refuerzo del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia del COVID-19; STC 37/2022. Cataluña. Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda (control de rentas); STC 57/2022. Cataluña. Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda (control de rentas). La Sentencia deriva del Recurso que interpuso el Presidente del Gobierno, a diferencia de la previa STC 37/2022, en la que la interposición fue realizada por el Grupo Parlamentario Popular.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 233-258
https://doi.org/10.18543/ed.3580 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

función de los ingresos. Ni que tenga sus causas en una casuística social o de salud individualizada de determinados grupos de personas. La dificultad de acceso a una vivienda o de poder pagar el alquiler o hipoteca es, hoy, un problema que afecta a una amplia mayoría de la población y que tiene dos causas principales:

Una es el elevado coste de la vivienda o alquiler y la cada vez menor oferta de vivienda asequible para personas de ingresos medios-bajos.

La otra está en la conformación de una nueva clase popular-intermedia mayoritaria con cada vez menor poder adquisitivo y mayores dificultades para llegar a fin de mes. En muchas ocasiones la sociología de las clases sociales ha estudiado los sectores populares desde el trabajo (desde Marx) y las clases medias desde las lógicas de distinción y hábitos de consumo (desde Thorstein Veblen, Max Weber, Pierre Bourdieu). Sin embargo, hace años que los primeros han accedido al consumo a través del crédito y las segundas han visto precarizadas sus condiciones laborales. Y esto, ha desdibujado parcialmente las diferencias entre ellos, creando un sujeto social mayoritario, que ha sido definido por el sociológico Danilo Martuccelli (2021: 19, 41 y 71) como una amplia clase popular-intermedia mayoritaria, con personas y familias que pese a tener ingresos económicos desiguales entre ellos o hábitos de consumo y niveles culturales distintos entre ellos, comparten un conjunto de agobios cotidianos comunes en sus experiencias de vida como la subida del precio de la luz, el gas o la gasolina, la inestabilidad laboral, el difícil acceso a los servicios públicos con centros médicos que te dan hora de visita para dentro de un mes, el tener que dedicar más del 60% del salario mensual al alquiler, la ausencia de tiempo por sí mismos fruto de la difícil articulación entre trabajo, familia y los retrasos constantes del transporte público, etc. que han empeorado sus condiciones de vida y disminuido su poder adquisitivo.

La interacción de estas dos causas, hacen que la única solución real posible al problema de la vivienda sea hoy una solución, no focalizada en determinados colectivos, sino estructural y universal. Y ésta es, precisamente, la potencialidad de la RBU (Clarke, 2023: 870) ¿Puede la RBU conformar una solución universal y estructural que contribuya a solventar el problema de acceso a una vivienda?

Pues depende del contexto en que esta opere. Tal como señalan Tom Malleson y David Calnitsky (2021), si bien en el marco de un Estado abiertamente neoliberal, sin ningún tipo de intervención pública, el reconocimiento de la RBU difícilmente podría contribuir al objetivo aquí descrito. En el marco de un Estado de mercado regulado y universalidad de derechos sociales y servicios públicos, donde la RBU fuera acompañada de un paquete de medidas intervencionistas en el mercado inmobiliario, no cabe duda que sí contribuiría a cumplir tal objetivo. A menor intervención estatal en el

mercado inmobiliario, menor eficacia de la RBU para garantizar la eficacia del derecho a la vivienda.

La implementación de un paquete de servicios o medidas que tenga diferentes patas: 1) una RBU con la lógica distributiva de ingresos que lleva asociada; 2) un amplio parque público de vivienda que incremente la oferta de alquiler asequible; 3) el control o regulación generalizada de los precios del alquiler; y, 4) la existencia de otras medidas antiespeculación, como la obligación de los propietarios a vivir cuatro o cinco años mínimo en las viviendas que compren para evitar la compra de vivienda por parte de fondos de inversión con el objetivo de destinarla al alquiler; conformaría, sin duda, un paquete de solución estructural y universal que contribuiría a mitigar el problema actual de la vivienda.

Es importante recalcar, aquí, que estas patas, necesariamente, deben entenderse conjuntamente para que la RBU pueda producir efectos garantistas sobre el derecho a la vivienda. Como ingreso efectivo regular garantizado, la RBU serviría para complementar los ingresos de las personas y por tanto contribuiría a contrarrestar los efectos de la conjunción entre estancamiento salarial y aumento de los alquileres. Sin embargo, la implementación de una RBU de forma aislada haría que su eficacia dependiera del estado del mercado inmobiliario (Malleson y Calnitsky, 2021). Esto significa que los beneficios que la RBU supondría por el lado de los ingresos podrían fácilmente ser contrarrestados por una inflación de los costes de la vivienda y el alquiler o por una disminución de la oferta de viviendas a precios asequibles (Adkins, Cooper y Konings, 2021; Anglicare Australia, 2022). El impacto positivo y la eficacia de la RBU para contribuir a resolver el problema de la vivienda está directamente condicionada a que su implementación vaya de la mano de otras medidas (Malleson y Calnitsky, 2021; Clarke, 2023), en este caso de las otras patas del paquete que aquí proponemos. De esta forma, sí que podríamos definir la RBU como parte de un paquete de medidas de solución estructural y universal, con capacidad de mejora de las condiciones de acceso a la vivienda para la amplia mayoría de la población.

Lo anterior nos lleva a afirmar que difícilmente hoy en España, donde no existe un parque público de viviendas de alquiler asequible, ni regulación generalizada de los alquileres, ni medidas de intervención sobre el mercado inmobiliario, la simple adopción de una RBU pudiera conducir a una mayor facilidad de acceso a la vivienda para los sectores populares.

Se calcula que, en nuestro país, el parque público de vivienda ocupa sólo el 2% del parque total (Bosch y Trilla, 2022: 143). Esta miserable cifra se debe al tipo de vivienda financiada durante décadas por el Estado por vía de los Planes nacionales de Vivienda: VPO que ha terminado deviniendo de titularidad privada. Del total de más de un millón de VPO financiadas al

amparo de los Planes Nacionales entre 1992 y 2021, el 90% fue vivienda protegida de compra-venta y sólo el 10% VPO de alquiler, pero la obligación de su destino al alquiler solo estaba sujeta a la duración del préstamo, es decir, a un periodo de entre 15 y 25 años según el plan o tipo de préstamo. Terminado el plazo pasó a ser de titularidad privada (Bosch y Trilla, 2022: 153). Ello ha impedido crear un parque público de vivienda de alquiler asequible. Y si bien es cierto que la construcción de VPO se ha ido abandonando desde 2014, a la vez que existe voluntad de la administración estatal y algunas autonómicas de ampliar el parque público, los mecanismos legislativos de los que se disponen para ello: promoción y construcción de vivienda pública directamente por la administración o a través de convenio con el sector privado y comunitario (cooperativas); compra de vivienda por vía del Derecho de Tanteo y Retracto (DTR); concursos de adquisición de vivienda; y, compra directa por emergencia habitacional; hacen, por el alto coste económico que tienen, que los resultados obtenidos en los últimos ocho o nueve años sean irrisorios. Tampoco existe en España, a diferencia de muchos otros países, un control de los precios de los alquileres. La Ley catalana 11/2020, que estableció esta medida en 61 municipios de Catalunya (Noguera Fernández, 2022: 40), fue declarada inconstitucional por el TC (STC 37/2022, de 10 de marzo). En la actualidad, la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[12], recoge esta posibilidad. Sin embargo, a pesar de permitir la regulación del alquiler, no la impone automáticamente. Su implementación depende de que cada Comunidad Autónoma siga el procedimiento fijado en el art. 18 de la ley: 1. Que identifique las zonas que cumplen los criterios generales para ello (Que el coste medio de la vivienda (alquiler o hipoteca) más los gastos básicos/suministros superen el 30 % de los ingresos medios de los hogares de esa zona; y que en los últimos cinco años el precio de compra o alquiler haya subido al menos 3 puntos porcentuales por encima del IPC regional acumulado); 2. Haga la declaración formal de zona tensionada mediante resolución publicada en el diario oficial; y. 3. Establezca o adapte un índice de precios, o utilice el estatal, que sirva para fijar los límites. Y efectivamente, hasta ahora sólo Catalunya (Resolución TER/800/2024, de 13 de marzo, que modifica la anterior TER/2940/2023), Navarra (Orden Foral 157E/2025), País Vasco (Orden de

[12] Sobre el encaje constitucional de la Ley 12/2023 y sus límites competenciales, pueden verse las recientes SSTC 79/2024 y 26/2025, que resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos respectivamente por la Junta de Andalucía y por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular. Aunque ambas sentencias mantienen la mayor parte de la ley en vigor, declaran inconstitucionales diversos preceptos relativos al régimen de vivienda protegida y a modificaciones procesales en materia de desahucios.

3 de abril de 2025, para declarar el Distrito 2 del municipio de Galdaka; Orden de 2 de mayo de 2025, para declarar Donostia; Resolución de 29 de abril de 2025, donde se recogen las declaraciones del primer semestre de 2025 que incluyen los municipios de Lasarte-Oria, Zumaia, Barakaldo e Irún) y Galicia (Resolución de 28 de julio de 2025 que declara el municipio de A Coruña como zona tensionada) han declarado algunos de sus municipios como zona tensionada, pero no todos, y tampoco en el resto de comunidades autónomas.

Todos estos elementos, entre otros, suponen límites importantes para que en España, una RBU por sí sola contribuyera, en la actualidad, a poder solventar el problema de la vivienda. La ausencia de intervención estatal sobre el mercado inmobiliario podría, incluso, como hemos señalado antes, contribuir a que los efectos de la RBU fueran en este contexto contrarios a los deseados, generando un efecto inflacionista sobre los precios.

Sin embargo, en otros países como Holanda donde el nivel de intervención del Estado sobre el mercado inmobiliario es mucho mayor, no cabe duda que el reconocimiento de una RBU sí contribuiría a una mayor garantía de acceso al derecho a la vivienda para amplios sectores de la población. Este país cuenta con un porcentaje de parque público de vivienda del 30% (Bosch y Trilla, 2022: 143), conjuntamente con un control generalizado de los precios de los alquileres (López-Rodríguez y Llanos Matea, 2020: 20) y otras medidas antiespeculación, como la antes citada obligación de los propietarios a vivir un mínimo de cuatro años en las viviendas que compren para evitar el comprar para especular, entre otras.

III. LA RELACIÓN RBU-VIVIENDA EN SU FORMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

En paralelo a su forma económica, la RBU también podría en su forma jurídico-constitucional, esto es, como derecho fundamental al mínimo vital, contribuir a garantizar el derecho a la vivienda.

El reconocimiento pionero de un derecho fundamental a las condiciones mínimas de existencia digna se dio por vía jurisprudencial en Alemania. El primer jurista alemán en el periodo de la Postguerra que identificó un derecho al mínimo existencial fue Otto Bachof (1954: 42-43). Como indica Daniel Wunder Hachem, "la formulación se basaba en el principio de dignidad de la persona, partiendo de la idea de que su realización plena no dependía solamente de la salvaguarda de la libertad, sino, igualmente, de un mínimo de seguridad social, dado que el individuo carente de recursos materiales que le permitieran vivir adecuadamente, no tendría su dignidad respetada. Un año después de la formulación de este autor alemán, en 1954, el Tribunal Federal Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) reconoció a un

ciudadano el derecho subjetivo a los recursos materiales propiciados por el Estado (Alemania. BVerw GE 1, 159 (161 e ss.), 24 de junio de 1954), amparándose en el principio de dignidad humana y en los derechos a la vida y a la libertad" (Wunder Hachem, 2014: 135).

Con posterioridad, este ha sido reconocido en los principales tratados internacionales de derechos humanos [art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, arts. 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)], así como la jurisprudencia constitucional de diversos países. En el año 1975, el Tribunal Constitucional Alemán reconoció la existencia del derecho al mínimo vital para una existencia digna como un derecho fundamental del ciudadano (Wunder Hachem, 2014: 135). Más recientemente, otros tribunales constitucionales como el colombiano, entre otros, han reconocido también la existencia de este derecho subjetivo. En el caso de la Corte Constitucional colombiana podemos identificar tres momentos progresivos de construcción jurisprudencial del derecho al mínimo vital hasta acabar configurándolo como un derecho fundamental autónomo (1º momento: Sentencia T-426 de 1992; 2º momento: Sentencias T-011 de 1998 y SU-995 de 1999; y, 3º momento: Sentencias T-384 de 1998, T-394 de 2001 y T-205 de 2010) (Duque Quintero, Duque Quintero y González Sánchez, 2019; Arango y Lemaitre, 2002; Dalli, 2025).

En España, diversos autores han intentado deducir la existencia de un derecho al mínimo vital de diversos preceptos constitucionales (Jimena Quesada, 1997: 301 y ss; Prieto Sanchís, 2000). En la jurisprudencia del TC español podemos también encontrar algunas referencias al derecho a un mínimo vital. Por ejemplo, en la STC 113/1989, de 22 de junio, se justifica la legitimidad constitucional de la norma que asegura la inembargabilidad de las pensiones en base al respeto de la dignidad de la persona (art. 10 CE) que impide que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Esta misma interpretación se reitera en las STC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio (Carmona Cuenca, 2006: 189).

Ahora bien, y centrándonos en lo que aquí nos ocupa, ¿de qué manera el reconocimiento de un derecho fundamental al mínimo vital puede contribuir a garantizar el derecho a la vivienda?

La hipótesis que defenderemos es que su reconocimiento constitucional como derecho subjetivo autónomo contribuiría a fortalecer la obligación estatal de intervenir el mercado para garantizar el acceso a la vivienda, de tres maneras o desde tres temporalidades diferentes, que son las que denominaré: como derecho-orden, como derecho-acontecimiento y como derecho-desorden.

1. *El derecho al mínimo vital como Derecho-orden*

Entenderemos por Derecho-orden como la inclusión de un nuevo derecho en la Constitución a partir del cual se instituye una nueva realidad con continuidad temporal y que garantiza seguridad jurídica en la materia. Y, por tanto, generadora de nuevos hábitos y statu quo. La nueva normatividad constitucional crea aquí una nueva normalidad u orden constitucional.

El derecho al mínimo vital como un derecho constitucional fundamental autónomo todavía no existe hoy en el constitucionalismo estatal comparado. Es cierto que en ordenamientos intermedios como las Constituciones de los Länder alemanes de Baviera (art. 168), Berlín (art. 14), Bremen (art. 58) y Hesse (art. 28) se reconoce el derecho a la subsistencia en caso de penuria (Alexy, 1993: 420). O que en España, los Estatutos de Autonomía de Cataluña (art. 24.3), Comunidad Valenciana (art. 15), Islas Baleares (art. 21), Andalucía (art. 23.2), Castilla y León (art. 13.9) y Aragón (art. 23.1), han introducido, entre otros derechos sociales de prestación, lo que denominan "derecho a una renta garantizada de ciudadanía" o "derecho a la renta básica", pero en cualquier caso, no podemos considerar esto como el reconocimiento del mínimo vital como un derecho fundamental. En España, la STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía catalán, dejó claro que los derechos estatutarios son distintos a los derechos fundamentales, y que no son, en realidad, derechos subjetivos, sino simples mandatos a los poderes públicos autonómicos vinculados en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma (Carrillo, 2011). Pero además, todas estas comunidades autónomas vinculan esta renta básica a las rentas mínimas de inserción, que no son un derecho universal sino un instrumento de cierre del sistema de protección social destinado a hacer frente a la pobreza y la exclusión.

No obstante, lo que aquí proponemos es la incorporación en la Constitución de un derecho fundamental autónomo al mínimo vital, al que la doctrina ha definido como "la obligación de la administración de garantizar unos recursos mínimos de subsistencia a toda persona, los cuales incluyan la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para moverse en la sociedad" (Jimena Quesada, 1997: 277; Martín Mateo, 1991: 1446; Arango y Lemaitre, 2002). Y no cabe duda de que esto generaría obligaciones a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que pasarían a estar obligados por deber constitucional a intervenir y garantizar su protección.

Reconocer derechos en la Constitución sí sirve. El valor de reconocer constitucionalmente un derecho se fundamenta en que la consagración constitucional del derecho es en sí misma una forma de reconocimiento público de que la protección del derecho es un deber del Estado, y no un mero gesto discrecional de buenas intenciones por su parte, ni depende de las opiniones

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 233-258
https://doi.org/10.18543/ed.3580 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

del legislativo sobre el bien público. Hay mayor igualdad social en aquellas sociedades donde los derechos del ámbito de la igualdad son reconocidos como deberes que como resultado de las meras opiniones o inclinaciones del órgano legislativo de turno. Esto es así porque, en estas sociedades, los ciudadanos no viven a merced de su órgano legislativo y no están sujetos a sus opiniones, deseos y preferencias. Lo que garantiza la igualdad no es el mero hecho de que el poder legislativo proteja los derechos, sino que este órgano esté vinculado por un deber de obrar para que así sea, y los deberes que le obligan son de carácter constitucional.

En resumen, el reconocimiento del derecho al mínimo vital como un derecho fundamental autónomo ayudaría a crear una nueva normalidad constitucional en la que no sólo se exigiera al Legislativo que se abstenga de vulnerar derechos, sino que esté obligado a promover la garantía de los derechos incluidos dentro del mínimo vital, entre ellos la vivienda.

2. *El derecho al mínimo vital como Derecho-acontecimiento*

Hablamos de Derecho-acontecimiento para referirnos a aquellas situaciones en las que el Derecho, principalmente a través de sentencias judiciales, irrumpe de forma imprevista en la realidad introduciendo innovaciones que marcan, de forma clara, un antes y un después en la regulación de determinadas cuestiones. Por ejemplo, la Sentencia del caso *Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483* (1954), donde el Tribunal Supremo norte americano declara la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas públicas, irrumpe inesperadamente en la realidad norteamericana como Derecho-acontecimiento que cambia, de forma radical, la situación de los negros en Estados Unidos.

Pues bien, el reconocimiento constitucional del derecho al mínimo vital como derecho fundamental favorece la posibilidad de que se den episodios de Derecho-acontecimiento en favor del derecho a la vivienda ¿Por qué y en qué sentido?

El hecho de que, como ya hemos explicado, la CE no reconozca el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, ni siquiera como un derecho no fundamental, sino que lo incluya en el art. 47 dentro del Capítulo tercero, como un principio rector de las políticas sociales y económicas, limita enormemente la existencia de instrumentos procesales para su justiciabilidad directa, especialmente durante los más de 35 años en los que este derecho no ha sido desarrollado legislativamente. Esto ha hecho que, en la mayoría de casos, la única estrategia que ha existido para propiciar su justiciabilidad ha sido de forma indirecta, es decir, a través de recontextualizar las vulneraciones del derecho a la vivienda en vulneraciones de otros derechos fundamentales cuya justiciabilidad no está en duda, como son, principalmente, del

derecho a la vida y a la dignidad. De modo que la protección del derecho a la vivienda se activaba por vía de exigir, ante los tribunales, la justiciabilidad del derecho a la vida o la dignidad y alegar que la protección de éstos incluye la obligación de garantizar la vivienda como elemento derivado o que forma parte de la efectividad del primero. Esta estrategia jurídica a veces salía bien, otras no.

Pues bien, si partimos de la premisa de que esta estrategia de propiciar la eficacia del derecho a la vivienda por vía indirecta o mediada, a través de otros derechos, es más o menos eficaz en función de si el derecho palanca que se usa para propiciar la efectividad de la vivienda está más o menos positivamente unido a ese segundo. Podemos decir que el hecho de que tanto el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el art. 11.1 PIDESC, como el art. 30 de la Carta Social Europea revisada refuercen una aproximación social a la vivienda como bien de primera necesidad vinculada estrecha y sistemáticamente con las necesidades vitales mínimas y elementales de la persona y, por tanto, fijen una estrecha interrelación, indivisibilidad e interdependencia entre el derecho al mínimo vital y el derecho a la vivienda, hace que el reconocimiento constitucional del primero como derecho fundamental habilita o permite que, a la hora de resolver un caso relativo a conflictos en el ámbito de la vivienda, los jueces, como intérpretes de la Constitución, puedan extraer consecuencias de la íntima relación entre ambos derechos e integrarlos al servicio de la protección y garantía del derecho a la vivienda. Abriéndose, de este modo, un enorme campo de justiciabilidad para el derecho a la vivienda cuya efectividad pasa a desprenderse directamente del derecho al mínimo vital, que, al ser considerado como derecho fundamental, se convierte en un estándar de impugnación de la actividad estatal y privada no respetuosa con el derecho a la vivienda.

Por eso afirmo que el reconocimiento del derecho al mínimo vital como derecho subjetivo fundamental favorece la posibilidad de que se den episodios de Derecho-acontecimiento en favor del derecho a la vivienda. O dicho de otro modo, la irrupción en la realidad, a partir de procesos judiciales ordinarios, de sentencias que resuelven la protección del derecho a la vivienda, asentando una jurisprudencia acumulada que genera innovaciones en la regulación sobre la materia.

El caso de Colombia es un ejemplo de ello, el reconocimiento por la jurisprudencia del TC del derecho innominado al mínimo vital como derecho subjetivo (Sentencia T-426 de 1992) (Arango, 2012: 231), propició que tal derecho fuera usado, posteriormente con éxito, para exigir la protección del derecho a la vivienda como derecho derivado y vinculado al primero. Un ejemplo de ello es la Sentencia T-011 de 1998. El caso es el de un docente que trabajaba para la Gobernación de Santander que tras ser cesado de su cargo solicita el pago de una indemnización, que no les es concedida por silencio

administrativo. Bajo el argumento de que el dinero de la indemnización sería destinado al pago de una deuda contraída con el Banco Central Hipotecario para la adquisición de su vivienda, alega que la negativa de pago provocará la pérdida de la vivienda familiar. Tras la desestimación de su recurso por parte del Tribunal Superior de Bucaramanga y la Corte Suprema de Justicia, acude en amparo ante la Corte Constitucional alegando que la negativa de pago de la indemnización supone una vulneración de su derecho innominado al mínimo vital. La Corte constitucional, que en su sentencia establece una conexión entre indemnización, mínimo vital y derecho a una vivienda digna, resuelve a favor del accionante obligando a la administración al pago[13].

En consecuencia, la RBU en su forma jurídico-constitucional, como derecho al mínimo vital, opera también como propiciadora de Derecho-acontecimiento que favorece la protección del derecho a la vivienda.

3. *El derecho al mínimo vital como Derecho-desorden*

Y finalmente, podemos decir que el derecho subjetivo al mínimo vital contribuye a garantizar el derecho a la vivienda en su forma de Derecho-desorden. ¿Qué significa esto?

Pues que el Derecho es usado aquí no para generar orden, sino para generar conflicto social, desorden. Y ¿cómo un derecho puede generar desorden? Toda Constitución es la integración dentro del mismo texto, de dos constituciones o dos caras de la Constitución: por un lado, la Constitución como expresión de Poder; y por otro, la Constitución como aspiración de justicia; cuya defensa tiene, respectivamente, consecuencias distinguidas sobre el statu quo: o de conservación, o de transformación.

En este sentido, toda Constitución sería la integración de (Alegre, 2005: 61-77):

Por un lado, una Constitución normativa. Ésta es aquella que podemos identificar con la autoridad, con la voluntad del Poder. Es la visión propia del positivismo jurídico, según el cual el Derecho es el conjunto de reglas establecidas por quienes tienen el Poder para imponerlas al resto. Se identifica el Derecho con los mandatos y decisiones de quienes ocupan el Estado. Se reduce la Constitución a las reglas positivas. Se trata del Derecho tal y como se presenta a través de los actos y omisiones del Estado. La defensa de esta cara de la Constitución es una defensa conservadora del statu quo. Aquí, quien vulnera la Constitución es quien vulnera la legalidad.

Y, por otra parte, una Constitución descriptiva o sociológica. Ni la Constitución, ni su defensa, deben, necesariamente, identificarse como el Poder.

[13] Puede leerse la sentencia en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-011-98.htm

Cuando un Estado emita una norma de la que se deriva mayor precariedad laboral o pobreza para determinados grupos sociales, ¿quién está vulnerando la Constitución? La Constitución y los derechos contenidos en su interior constituyen, también, una poderosa herramienta discursiva y política para mostrar que es el Poder y no los dominados quienes vulneran la Constitución (De la Torre Rangel, 2006: 99-129). Los dominados presentan sus argumentos de emancipación como argumentos jurídicos en base a los derechos constitucionalmente reconocidos. La defensa de esta cara de la Constitución es una defensa transformadora del statu quo. Es una defensa contra el Poder. Aquí, quien vulnera la Constitución es quien emita la legalidad (Noguera Fernández, 2013: 80).

De acuerdo con esto, no cabe duda de que el reconocimiento de un derecho fundamental al mínimo vital, reconocido en la Constitución, conforma una idea-fuerza o un instrumento discursivo y político de primera magnitud para que los movimientos sociales por el derecho a la vivienda puedan fundamentar y desarrollar sus reivindicaciones y movilizaciones en favor de la vivienda (Noguera Fernández, 2022: 50). La existencia de conflictividad no debe ser vista como algo negativo, sino todo lo contrario. El conflicto ha sido, tradicionalmente, la principal vía de ampliación de derechos para los débiles jurídicamente. Los derechos siempre han sido fruto de luchas sociales.

En resumen, podemos decir que es a partir de la combinación e interrelación de estas tres temporalidades inherentes al derecho constitucional al mínimo vital (como Derecho-orden, Derecho-acontecimiento y Derecho-desorden) que el reconocimiento del derecho fundamental al mínimo vital puede contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la vivienda. Y por eso, en su forma jurídico-constitucional, la RBU es también útil en este sentido. Ahora bien, ¿qué procedimientos existirían para lograr convertir la RBU en un derecho constitucional autónomo?

4. *¿Cómo convertir la RBU en un derecho fundamental?*

Las únicas maneras de convertir la RBU en un derecho fundamental al mínimo vital, hoy en España, son a través de una reforma constitucional por vía del art. 168 CE o de la jurisprudencia constitucional. Ambas vías presentan pero, como veremos, dificultades importantes. Encontramos, sin embargo, otros países en los que, a pesar de no incluir el derecho al mínimo vital en su carta magna, este podría devenir en derecho fundamental sin necesidad de reformar la Constitución. ¿Cómo? Podemos mencionar en estos casos, al menos, dos vías de integración extraconstitucional del derecho al mínimo vital en el ordenamiento jurídico:

La primera de ellas se daría en aquellos Estados que incorporan en su Constitución el principio de jerarquía constitucional y aplicabilidad directa

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 233-258
https://doi.org/10.18543/ed.3580 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

de los tratados internacionales de derechos humanos, como Argentina (art. 75.22), Bolivia (art. 256.I), Ecuador (art. 417), etc., y donde Constitución y tratado internacionales de derechos humanos conforman un único bloque de constitucionalidad. En estos supuestos, el reconocimiento en los artículos 25.1 de la DUDH o 11.1. del PIDESC del derecho al mínimo vital implica que el mismo debe gozar de igual reconocimiento y garantías que los demás derechos fundamentales previstos en el texto constitucional. Esta vía de integración extraconstitucional del derecho al mínimo vital dentro del ordenamiento jurídico constitucional no puede darse en España puesto que no existe el principio aquí señalado[14].

La segunda vía se daría a través de la llamada cláusula abierta en el reconocimiento de derechos, reconocida también en algunos de los países citados anteriormente. El art. 13.II de la Constitución boliviana de 2009 establece: "*Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados*". De esta cláusula, presente también en el artículo 11.7 de la Constitución ecuatoriana de 2008, entre otras, aunque no en España, se desprende que todos aquellos derechos vinculados a la dignidad humana de la persona que estén reconocidos en otras fuentes

[14] El art. 10.2 CE establece que los derechos constitucionales "se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". No obstante, al interpretar este artículo, el TC ha dejado claro que con él no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales en cuanto no estén también recogidos en la Constitución. Así, La STC 36/1991, de 14 de febrero declaró que "esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución" (F.J.5). De este modo, en palabras del TC "aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este TC, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad". "Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas" [SSTC 64/1991, de 22 de marzo (F.J.4), 372/1993, de 13 de diciembre, (F.J.7), 41/2002, de 25 de febrero (F.J.2) y STC 236/2007 de 7 noviembre (F.J.5)].

del derecho extranjero o internacional, a pesar de no estar explícitamente previstos en la Constitución nacional, pueden ser alegados ante los tribunales nacionales y deben gozar de igual protección que los sí previstos. Ello conformaría otro mecanismo de integración extraconstitucional del derecho al mínimo vital en el ordenamiento constitucional interno de estos países.

Sin embargo, como hemos mencionado, ninguno de los señalados principios y por ende, ninguna de las dos vías de integración extraconstitucional del derecho que acabamos de citar opera en España. Los únicos procedimientos posibles que permitirían convertir la RBU en un derecho constitucional autónomo dentro del ordenamiento español serían, por un lado, su incorporación explícita en la carta de derechos fundamentales a través de una reforma de la misma por el procedimiento del art. 168 CE. La dificultad de esta vía reside en la enorme rigidez del propio procedimiento.

Y, por otro lado, su reconocimiento como derecho constitucional autónomo, por vía jurisprudencial del TC a partir de la interpretación extensiva de otros derechos fundamentales. Así ha sucedido en Portugal, el TC portugués, al tener que pronunciarse sobre la constitucionalidad de varios preceptos de la Ley de Presupuestos del Estado para 2013, que para cumplir las exigencias de su rescate financiero incluían reducciones de las remuneraciones de empleados públicos, las pensiones y los subsidios por enfermedad o por desempleo, entre otras medidas, resolvió que eran inconstitucionales (Acórdão Núm**.** 187/2013, de 5 de abril) (Ponce Solé, 2015). El TC portugués acordó que estas medidas presupuestarias vulneraban el "derecho a una subsistencia mínimamente digna o a un mínimo de subsistencia", cuya existencia ya había reconocido en sentencias previas de 1991 y 2002, y que si bien no estaba escrito en la Constitución existía fruto de una interpretación extensiva de otros dos derechos fundamentales sí explícitamente reconocidos como el derecho a la dignidad y el derecho a la seguridad social, ambos reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución portuguesa.

La posibilidad de esta opción presentaría mayores dificultades en el caso español. Si bien la CE reconoce la dignidad y la seguridad social, entre otros fundamentos constitucionales análogos que podrían servir para la creación del derecho a la mínima existencia. El hecho de que ninguno de estos fundamentos tenga la categoría, en la Constitución española, de derecho fundamental (la dignidad es un "fundamento del orden político y de la paz social" recogido en el art. 10 CE y la seguridad social un principio rector de las políticas sociales y económicas del Capítulo III del título I), hace que la construcción de un nuevo derecho fundamental a partir de tales materiales no sería tanto un ejercicio de interpretación extensiva o progresiva de un derecho preexistente, sino más bien un acto de ejercicio de la función legislativa por parte de los jueces que plantea, al máximo nivel, el viejo problema de la legitimidad de los jueces para ejercer tal función. A la vez que exigiría una postura de activismo jurisprudencial

activo por parte de los jueces, difícil de percibir teniendo en cuenta la trayectoria conservadora del TC español en este aspecto.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adkins L., Cooper M., Konings M. (2021), "Class in the 21st century: Asset inflation and the new logic of inequality", *Environment and Planning A: Economy and Space*, 53(3), 548-572.

Alegre, M. (2005), "Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?", en Gagarella, R., *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires.

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.

Anglicare Australia (2022), *Rental affordability snapshot, 2022: National report*. Anglicare Australia.

Arango, R. y Lemaitre J. (2002), *Jurisprudencia Constitucional sobre el Derecho al Mínimo Vital*, Ediciones Uniandes, Bogotá.

Arango, R. (2012), "Colombia", en Escobar, G. (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.

Aristóteles (2014), *Metafísica*, Gredos, Barcelona.

Bachof, O. (1954), "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 12, 42-43.

Bosch, J. y Trilla, C. (2022), "¿Un parque de alquiler social en España? Reflexiones para su futura creación", en Noguera, A. (coord.). *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Bullen J. (2015), "Governing homelessness: The discursive and institutional construction of homelessness in Australia", *Housing, Theory and Society*, 32(2), 218-239.

Carmona Cuenca, E. (2006), "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital", Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, 2.

Carrillo, M. (2011), "La sentencia del TC español sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Estudios Constitucionales*, 9(1), 365-388.

Casassas, D. (2006), "La renta básica como proyecto político republicano", *Utopías, nuestra bandera. Revista de debate político*, 210, 201-215.

Clarke, A. (2023), "Can a basic income help address homelessness? A Titmussian perspective", *Journal of Sociology*, 59(4), 860-878.

Colburn G. (2021), "The use of markets in housing policy: A comparative analysis of housing subsidy programs", *Housing Studies*, 36(1), 46-79.

Dalli, M. (2025), *El derecho al mínimo vital. Desarrollo y protección desde una perspectiva multinivel*, Aranzadi, Madrid.

De la Torre Rangel, J.A. (2006), *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, CENEJUS/Facultad de Derecho de la UASLP, San Luís de Potosí.

Domenech, A. (2001), "Sobre el ecumenismo de la renta básica", en D. Raventos (ed.), *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, Barcelona.

Duque Quintero, S.P., Duque Quintero, M. y González Sánchez, P. (2019), "Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial", *Encuentros*, 17(01), 88-95.

Esping-Andersen G. (1990), *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton.

Fioravanti, H., Ariza, P., López Nicolás, M., Benlloch, Ll. (2023), *El dret de tanteig i retracte en el marc de les polítiques d'habitatge públic. Implicacions socials i territorials al context valencià*, Càtedra d'habitatge i dret a la ciutat de la Universitat de València, València.

Friedman, M. (1962), *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago.

Garzón, E. (2015), "Renta Básica, una medida económica con importantes inconvenientes", *Viento Sur*, 140, 66-72.

Jimena Quesada, L. (1997), *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid.

Jordan, B. (1992), "Basic Income and the common good", en Van Parijs. Ph. (ed.). *Arguing for Basic Income*, Verso, Londres.

Kant, I. (2023), *Crítica de la razón pura*, Taurus, Madrid.

López Ramón, F. (2014), "El derecho subjetivo a la vivienda", *REDC*, 102.

López-Rodríguez, D. y Llanos Matea, Mª. (2020), "La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional", *Documentos ocasionales del Banco de España,* 2002.

Macho Carro, A. (2024), *Tutela multinivel del derecho a la vivienda: posibilidades y límites en el ordenamiento español*, CEPC, Madrid.

Malleson T. y Calnitsky D. (2021), "Which way forward for economic security: Basic income or public services?", *Basic Income Studies*, 16(2), 125–167.

Martín Mateo, R, (1991), "La calidad de vida como valor jurídico", en S. Martín-Retortillo. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II., Civitas, Madrid.

Martuccelli, D. (2021), *El estallido social en clave latinoamericana*, LOM, Santiago de Chile.

Noguera Fernández, A. (2006), "Poder y hegemonía política. El sistema cruzado de validez y eficacia derecho-economía", *Espiral*. XVIII (37).

Noguera Fernández, A. (2022), "Regular los alquileres en un escenario hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a una vivienda digna en España", en Noguera, A. (coord.), *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, València.

Noguera Fernández, A. (2013), "Sociedad civil y Estado en la Constitución de 1978: hacia un nuevo constitucionalismo democrático", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 122.

Noguera Ferrer, J. A. (2005), "Renda Bàsica, mercat de treball i incentius laborals", *Revista del Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya*, febrero.

Paleo Mosquera, N. y Quintiá Pastrana, A. (2020), "Las políticas de vivienda desde una perspectiva multinivel: un análisis comparado de la legislación autonómica", en Paleo Mosquera, N. (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch, València.

Pettit, Ph. (1999), *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Paidós, Barcelona.

Pollos Calvo, C. (2020), "Mujeres y el ingreso mínimo vital. Repercusión en la violencia de género", *Diario La Ley*, 9669.

Ponce Solé, J. (2015), "El estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales. La jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 23.

Ponce Solé, J. (2017), "La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional", en Moltó Darner, J. M. y Ponce Solé, J. (Coords.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Aranzadi, Pamplona.

Prieto Sanchís, L. (2000), "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, M., Cruz parcero, J. A. y Vázquez, R. (Comps.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México.

Raventós, D. (1999), *El derecho a la existencia. La propuesta del subsidio universal Garantizado*, Ariel, Barcelona.

Raventós, D. (2002), "La Renda Bàsica i la llibertat com a no-dominació", *Dialègs. Revista d'estudis politics y socials*, 5(18), 11-25.

Raventós, D. (2005), "Propiedad, libertad republicana y Renta Básica de Ciudadanía", *Polis*, 10, 1-14.

Raventós, D. (2007), *Las condiciones materiales de la libertad*, El Viejo Topo, Barcelona.

Rey Pérez, J.L. (2020), "Renta básica universal", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* 19.

Rodríguez Rojo, J. (2020), "Renta Básica, derechos y planificación económica: esbozo para una discusión republicana", Revista Internacional de Pensamiento Político, 15.

Skinner, Q. (2020), *La llibertat abans del liberalisme*, Edicions de la ela geminada, Girona.

Standing, G. (1986), *Unemployment and labour market flexibility: The UK*, International Labour Office, Génova.

Stuart F. (2016), *Down, out, and under arrest: Policing and everyday life in Skid Row*, University of Chicago Press, Chicago.

Tena-Sánchez, J. (2018), "El impacto de la Renta Básica sobre los incentivos laborales", *Andamios*, 15(36), 265-286.

Titmuss, R. (1981), *Política social*, Ariel, Barcelona.

Van Parijs, P. (1992), "The second marriage of justice and efficiency", en Van Parijs, Ph. (ed.), *Arguing for Basic Income*, Verso, Londres.

Van Parijs, P. (1996), *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)*, Paidós, Barcelona.

Van Parijs, P. (2001), "Basic Income: a Simple and Powerful Idea for the 21st Century", *Politics & Society*, 32(1), 7-39.

Veen, R.J. van der (1991), "Basic Income: a Marxian Justification", en *Between Exploitation and Communism. Explorations in the Marxian Theory of Justice and Freedom,* Noordhoff Uitgevers, Groninga.

Verdú, M. T. (2018), "Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, L(197), 577-608.

Wunder Hachem, D. (2014), "Mínimo existencial y derechos económicos y sociales. Distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas", Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, 1(1), 135.

LA LIBERTAD DE CREACIÓN CULTURAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

The Freedom of Cultural Creation as a Fundamental Right

Irene Rufo Rubio[1]
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. España
https://orcid.org/0009-0000-8879-6477

https://doi.org/10.18543/ed.3581

Fecha de recepción: 19.02.2026
Fecha de aceptación: 18.05.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

La libertad de creación, reconocida en el artículo 20.1 b) de la Constitución española como un derecho fundamental autónomo que se ejerce a través de la literatura y el arte, no se agota en la protección individual del creador, sino que cumple una función estructural en el aseguramiento de la cultura. Partiendo de dicha premisa, el trabajo analiza la reciente jurisprudencia constitucional, en particular las sentencias dictadas en 2025, con el fin de precisar el alcance de la libertad de expresión literaria y artística a partir del juego entre realidad y ficción que caracteriza a la creación cultural.

Palabras clave

Libertad de creación cultural; cultura; derechos fundamentales; libertad de expresión artística; libertad de expresión literaria; arte; literatura; realidad; ficción.

[1] Email: irene.rufo.rubio@urjc.es

Abstract

Freedom of creation, recognised in Article 20.1(b) of the Spanish Constitution as an autonomous fundamental right exercised through literature and art, is not confined to the individual protection of the creator, but also performs a structural function in safeguarding culture. Building on this premise, the article examines recent constitutional case law, particularly the judgments delivered in 2025, in order to delineate the scope of literary and artistic freedom of expression through the interplay between reality and fiction that characterises cultural creation.

Keywords

Freedom of cultural creation; culture; fundamental rights; freedom of artistic expression; freedom of literary expression; art; literature; reality; fiction.

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones preliminares sobre «las libertades de expresión» del artículo 20 de la Constitución española. 1. Una explicación previa: derecho fundamental y garantía institucional. 2. Las libertades de expresión e información desde una perspectiva institucional. 3. La dimensión institucional de la libertad de creación. Cultura y garantía institucional. III. La libertad de creación cultural como derecho fundamental. 1. La libertad de expresión literaria. 2. La libertad de expresión artística. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de creación (literaria y artística)[2] constituye una de las manifestaciones más singulares y menos exploradas de las libertades públicas en el Estado democrático. Aunque estrechamente vinculada a la libertad de expresión, su tratamiento jurídico y doctrinal ha sido meramente tangencial. La atención de nuestros operadores jurídicos se ha concentrado en el resto de las libertades comunicativas, dejando a la creación artística en una posición relegada; protegida, pero conceptualmente difusa, en gran medida por la dificultad de conciliar su dimensión irracional con los parámetros tradicionales del discurso jurídico.

En los últimos tiempos, sin embargo, ese panorama parece haber comenzado a transformarse. Aquella libertad, de naturaleza particularmente líquida, empieza a preocupar como objeto específico de análisis jurídico. En el contexto español, diversas controversias en torno a obras literarias y musicales inspiradas en hechos reales han puesto de manifiesto una tensión cada vez más visible especialmente entre los derechos de la personalidad, por un lado, y la libertad creativa del autor, por otro. Controversias que reclaman una respuesta actualizada y coherente con nuestro sistema constitucional.

Pocos ejemplos recientes ilustran con tanta claridad la complejidad de la cuestión a tratar como la novela *El odio*, de Luisgé Martín. La obra se inspira en un suceso criminal real que conmocionó a la sociedad española: el asesinato, en 2011, de dos niños a manos de su padre, José Bretón. El caso alcanzó una enorme repercusión tanto por la naturaleza del crimen como por la forma en que fue inicialmente presentado ante la opinión pública. El 22 de julio de

[2] A lo largo de este trabajo, las referencias a la «libertad de creación» deben entenderse realizadas, de forma específica, a las libertades de expresión literaria y artística. Ello sin perjuicio de que, conforme se desprende del artículo 20.1 b) de la Constitución española, la libertad de creación constitucionalmente protegida comprende asimismo otras manifestaciones, singularmente la creación científica y técnica.

2013, la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia condenatoria, imponiendo a José Bretón una pena de cuarenta años de prisión por dos delitos de asesinato.

Más de diez años después, en 2025, *El odio* retoma aquel suceso por medio de la literatura. En la novela, su autor, a partir de cartas y entrevistas concedidas por Bretón, indaga en la psicología del asesino, en las motivaciones que conducen al crimen y en el dolor que la violencia deja tras de sí. El libro se presenta como el resultado de las conversaciones mantenidas entre el escritor y el condenado; conversaciones, como se valora en la resolución judicial de apelación sobre las medidas cautelares solicitadas, «aderezadas con opiniones y elementos narrativos del escritor, los cuales no excluyen la eventual existencia de elementos de ficción, propios de la creación literaria»[3]. Dicha reconstrucción llevó a la madre de los menores asesinados a defender que el relato constituía una vulneración del honor, de la intimidad y de la propia imagen de las víctimas.

No es posible abordar en este trabajo todas las problemáticas que del referido caso se derivan. Interesantes para el derecho constitucional resultan, entre otras, la complejidad de las medidas cautelares y el riesgo de censura previa en este tipo de supuestos[4]; el peligro de la «autocensura» en una

[3] AAP Barcelona (Sección 4.ª) núm. 116/2025, de 7 de abril, FD 4, que confirma la denegación de las medidas cautelares interesadas para la paralización de la venta de la obra.

[4] El Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Barcelona, mediante auto de 24 de marzo de 2025, denegó la medida cautelar de suspensión provisional de la publicación y distribución del libro *El odio*. Dicha resolución fue recurrida y posteriormente confirmada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto 116/2025 (citado en la nota anterior). Petición de medidas cautelares que, conviene precisar, se presentó antes de la publicación del libro por parte de la editorial, apoyándose únicamente en extractos del texto que habían sido difundidos por la prensa. A este respecto, la Audiencia Provincial señala que «cuando se confrontan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) con las libertades contempladas en el art. 20 CE», resulta necesario proceder «con especial precaución» al adoptar medidas cautelares como las solicitadas, con el fin de «no correr el riesgo de incurrir en la censura previa a que hace referencia la […] STC 51/2008, de 14 de abril». Cuando no se aporta documentación suficiente ante los tribunales, como la obra o una parte representativa de la misma, «es absolutamente imposible poder hacer un juicio provisional e indiciario favorable a la estimación de la tutela que se recabaría en el juicio principal». Tal imposibilidad se produce cuando ni siquiera puede determinarse con claridad el género al que pertenece el libro objeto de la controversia, «siendo ésta una cuestión de especial trascendencia a la hora de ponderar los límites de la libertad de expresión (vertientes de libertad de información o creación artística) en relación con los derechos honoríficos de la persona». En suma, concluye la Audiencia, «el no poder analizar en qué medida ese libro puede conculcar el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores [y de la madre de los mismos], no se puede considerar si existe una medida cautelar alternativa menos restrictiva».

sociedad democrática[5]; la duda sobre si la libertad de expresión protegida es la del escritor o la del condenado que le proporciona el testimonio[6]; o la

[5] Al hilo de la nota anterior, cabe recordar que no es lo mismo hablar de censura previa, prohibida expresamente en la Constitución, que de «autocensura». Nos dice el Tribunal Constitucional que mientras la primera consiste en «cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 52/1983, FJ 5), la segunda se traduce en «la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica» (STC 187/1999, FJ 5).

El libro *El odio* no llegó finalmente a publicarse por decisión de la propia editorial, que, como se desprende de su comunicado de 16 de abril de 2025, optó por autocensurarse: «[…] *De forma voluntaria*, Anagrama decidió paralizar el lanzamiento y la distribución de El odio el pasado 21 de marzo. Después de la denegación judicial posterior, en dos ocasiones, de la petición de medidas cautelares de la Fiscalía que solicitaba esa paralización, la editorial mantuvo voluntariamente la suspensión de la distribución de la obra, que ahora confirma que es definitiva. Desde su fundación en 1969, *Anagrama ha apostado por una literatura que invita a la reflexión y al debate tanto en el ámbito ético como en el social. En este contexto, la editorial cree que, en una sociedad democrática, debe existir un equilibrio entre la libertad creativa como derecho fundamental y otros principios morales. Por ello, considera que las obras que se inspiran en hechos reales requieren de una dosis doble de respeto y sensibilidad*» (las cursivas son nuestras).

[6] Dentro de la literatura pueden distinguirse muchas modalidades, pero aquí interesa contraponer tres. Primero, la obra que se basa en hechos ajenos, ya sean fabulados o referidos a un tercero sin su consentimiento expreso. Segundo, la autobiografía o las memorias, géneros literarios en los que el sujeto narra su propia vida. En ambos casos, la eventual responsabilidad que pudiera derivarse recaería, en todo caso, sobre quien escribe. Tercero, como ejemplifica la novela *El odio*, el supuesto en que un escritor incorpora en su obra lo que otro le ha contado.

En este último escenario, una eventual paralización judicial de la publicación obligaría a determinar cuál es la libertad principalmente afectada: si la libertad de expresión de quien comunica unos hechos o la libertad de creación de quien los integra en una obra literaria. A nuestro juicio, sin poder realizar un examen más detenido, creemos que podría entrar en juego la doctrina del reportaje neutral elaborada por nuestro Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal viene considerando que se aplica dicha doctrina en relación con un medio de comunicación cuando actúa como mero transmisor de declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar su relevancia en el conjunto de la noticia (esto es esencial). No hay reportaje neutral cuando se reelabora la información ni cuando el medio provoca la noticia (STC 62/2025, de 11 de marzo, FJ 2). Así, si el autor reproduce con neutralidad los hechos que le transmite un tercero y lo hace constar de manera clara, el responsable del contenido de las declaraciones reproducidas será su autor material, pero no quien las reproduce (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 4). *Vid*., para una lectura actualizada sobre el reportaje neutral, Bueno Biot (2026).

protección efectiva de las víctimas frente al relato de un condenado cuyo discurso perpetúa su sufrimiento[7]. Queremos, no obstante, detenernos en la que consideramos la pregunta nuclear: ¿cuál es el contenido esencial de la libertad de creación y qué límites pueden legítimamente imponérsele?[8]

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE «LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN» DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La libertad de expresión constituye uno de los pilares estructurales del sistema constitucional español. No se trata únicamente de un derecho subjetivo de ejercicio individual, sino de un elemento consustancial al Estado democrático, en cuanto presupuesto indispensable para la existencia de una opinión pública libre, sin la cual no puede concebirse una sociedad

[7] El artículo 7.8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, califica de intromisión ilegítima en el ámbito de protección de los derechos proclamados en el artículo 18.1 CE: «La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas».

Este apartado octavo fue incorporado por la disposición final 2.2 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En cuanto a su motivación, el legislador señaló: «No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos». Para un estudio en profundidad de la cuestión, *vid*. Grimalt Servera (2011).

[8] Aplicado dicho interrogante a la obra *El odio*, como ha apuntado Teruel Lozano (2025), los verdaderos «límites jurídicos» a debate son «que el libro divulgara hechos relativos a la vida privada de la mujer o de los hijos asesinados de carácter íntimo o afectando a su reputación y buen nombre –teniendo presente que si lo contado es veraz y tiene relevancia pública o ha sido ya revelado en la causa judicial en principio se impone la libertad–».

plural ni un sistema político verdaderamente representativo. En una síntesis doctrinal elaborada a partir de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional puede afirmarse que la libertad de expresión constituye la condición de los demás derechos y fundamento del orden político democrático[9].

Su reconocimiento expreso se encuentra en el artículo 20 de la Constitución española (en adelante, CE), aunque su trascendencia desborda los márgenes de este precepto. La libertad de expresión informa y vertebra el conjunto del orden constitucional, proyectándose sobre otros artículos que la refuerzan y complementan desde distintas perspectivas. Así, el artículo 1.1 CE la sitúa en el núcleo axiológico del sistema, al erigir la libertad y el pluralismo político en valores superiores del ordenamiento jurídico. El artículo 10 CE la enlaza con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, mientras que el artículo 14 CE prohíbe toda forma de discriminación por razón de la opinión.

Junto a esa libertad de expresión en el sentido más estricto del término, la Constitución reconoce otras libertades que comparten su misma raíz comunicativa y expresiva. Entre ellas destacan las libertades de creación artística y literaria [artículo 20.1 b) CE], cuyo ejercicio se adentra en el terreno de la imaginación, la ficción y la creación simbólica.

Pese a su relevancia, las libertades de creación no han recibido un desarrollo doctrinal ni jurisprudencial equivalente al de la libertad de expresión o de información. Su configuración jurídica continúa siendo imprecisa, lo que suscita interrogantes sobre su alcance, sus límites y su posición sistemática dentro del conjunto de derechos reconocidos en el artículo 20 CE. Precisamente esa falta de definición –y la reciente reactivación del debate constitucional en torno a estas libertades– justifican el propósito de este trabajo: examinar el sentido, contenido y protección de las libertades de creación en el marco constitucional español, poniendo especial atención en su interacción con otros derechos fundamentales y en la necesidad de articular un canon propio de protección.

[9] La STC 6/1981, de 16 de marzo, estableció que «el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (FJ 3). En el mismo sentido, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, subrayó la relevancia de las libertades de opinión e información, en cuanto garantizan la existencia de una opinión pública libre, «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático» (FJ 6).

1. *Una explicación previa: derecho fundamental y garantía institucional*

Nuestra Constitución no explica las categorías que podemos encontrar dentro del estudio de los derechos y demás figuras relevantes de su parte dogmática. Así, clasificaciones como *derechos fundamentales*, *derechos constitucionales* o *subjetivos,* o *derechos programáticos* se han identificado principalmente a partir del artículo 53 CE y del distinto nivel de garantía que este precepto ofrece. Lo mismo sucede con la llamada *garantía institucional*. Tampoco está definida expresamente en el texto constitucional, sino que ha sido construida por la doctrina y la jurisprudencia a partir de su función y nivel de aseguramiento. Sin embargo, la distinción entre algunas de estas figuras resulta clave para entender la protección particularmente intensa que han recibido algunas de las libertades del artículo 20 CE. En concreto, debemos precisar qué entendemos por derecho fundamental y qué por garantía institucional, para aplicarlo posteriormente al objeto de nuestro estudio.

El artículo 10.1 de la Constitución nos habla de la dignidad de la persona y de los «derechos inviolables que le son inherentes». De este enunciado se desprende que existe una serie de derechos que, por su vinculación con dicha dignidad –*prius* jurídico–, reciben la denominación de «fundamentales»[10], adjetivo que indica su posición nuclear en el ordenamiento y la especial salvaguardia que les corresponde.

Desde la perspectiva anterior, «en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia» (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2). Atendiendo a este enfoque individual, los derechos fundamentales se presentan como una manifestación directa de la dignidad humana y, por ello, constituyen el «núcleo básico, ineludible e irrenunciable» en cuanto a las libertades que disfrutan los ciudadanos (Solozábal Echavarría, 1991: 88).

Pero el artículo 10.1 CE dice algo más: la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes «son fundamento del orden político y de la paz social». Nuestro Estado constitucional de Derecho ha de entenderse como un Estado «material» y no meramente «formal»; es decir, un Estado dotado de un contenido que se desprende de la garantía de unos valores (la dignidad de la persona y la igual libertad de todos) y los derechos

[10] Ahora bien, como nos recordó la STC 81/2020, de 15 de julio, el reconocimiento del artículo 10.1 CE de la dignidad de la persona «no significa ni que todo derecho le sea inherente –y por ello inviolable– ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad» (FJ 11).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 259-300
https://doi.org/10.18543/ed.3581 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

fundamentales. Derechos que se convierten, así, en la «sustancia del Estado constitucional» (Tajadura Tejada, 2019: 71–72).

De este modo, además de derechos subjetivos, los derechos fundamentales aparecen como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (STC 81/1998, de 2 de abril). Esto es lo que se conoce como la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales, de forma que las garantías de los derechos fundamentales «preservan también los valores subyacentes» (Lucas Verdú, 2009: 119).

Sentado lo anterior, conviene precisar que la dimensión institucional de un derecho fundamental no lo convierte en una garantía institucional, aunque ambos conceptos compartan la idea de preservar elementos esenciales del orden constitucional. Si la dimensión institucional de los derechos fundamentales supone que estos van más allá del interés individual y orientan e informan al sistema en su conjunto, las garantías institucionales, en cambio, protegen la existencia y el contenido mínimo de una institución. Distinción que parece clara en la teoría, pero que en la práctica se complica.

La diferenciación entre la dimensión subjetiva del derecho fundamental y la figura de la garantía institucional no plantea, en principio, grandes problemas. Mientras que en la primera el destinatario es la persona, en la segunda lo es la institución. Así, en el primer supuesto se protege «la libertad», mientras que en el segundo se salvaguarda «el mantenimiento de una configuración concreta en la sociedad o en la estructura política». En consecuencia, el sistema de protección es distinto. El derecho fundamental como derecho subjetivo coloca a la persona en el núcleo del orden constitucional y actúa como barrera frente a las intervenciones injustas del Estado. La garantía institucional «no genera una esfera de libertad a favor del individuo, sino una obligación de los poderes públicos de dotar a una determinada institución, citada en la Constitución, de una regulación precisa que sea compatible con su pervivencia y con su propia naturaleza histórica impidiendo su desnaturalización» (Gómez Sánchez, 2020: 153–154).

Cabe, por tanto, afirmar la existencia en nuestro sistema constitucional de garantías institucionales dotadas de entidad propia. El ejemplo que mejor ilustra dicha posibilidad es la autonomía local a la que se refiere el artículo 137 CE. Siendo esto así, en determinados supuestos, también se ha entendido que un derecho fundamental puede actuar simultáneamente como garantía institucional. En palabras del propio Tribunal Constitucional: «respecto del primer punto, cuyo interés no es sólo teórico, puesto que de una u otra conceptuación derivan importantes consecuencias que las partes destacan […], lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que *buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales*,

aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4 a). Y ello porque, para el Alto Tribunal, la diferenciación entre derecho fundamental y garantía institucional, atendiendo a la «barrera más o menos flexible de disponibilidad normativa», no resulta significativa. ¿Por qué? Porque realiza una equiparación entre el deber de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales que se impone al legislador *ex* artículo 53.1 CE y el «núcleo básico de la institución»[11] que el legislador tampoco puede desconocer.

Mayor complejidad presenta la distinción entre la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales y la garantía institucional, debido a la misión similar que ambas persiguen en nuestro sistema. En este punto, la doctrina suele dividirse en dos posiciones: a) quienes sostienen que la garantía institucional y la dimensión institucional de los derechos fundamentales son categorías distintas e independientes; b) quienes entienden que la garantía institucional se vincula a determinados derechos fundamentales para reforzar precisamente su dimensión institucional.

La primera tesis (Cidoncha Martín, 2009: 184–185) defiende que, aunque se haya intentado unificar en un único concepto la garantía institucional y la dimensión institucional mediante la idea de los derechos como «institutos», esta fusión no resulta posible. Según esta postura, ambas figuras tendrían funciones diferentes o incluso opuestas. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica una «funcionalidad ofensiva»: «los poderes públicos (con el legislador a la cabeza) no sólo deben respetar el contenido de los derechos fundamentales, sino que deben potenciarlos». Al contrario, de la garantía institucional deriva una «funcionalidad defensiva». Si la dimensión objetiva o institucional incita a los poderes públicos a maximizar los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades (salvaguardia positiva), la garantía institucional se comporta como un límite (salvaguardia negativa). No se trata como en el primer caso de una directriz de actuación, sino de evitar que el legislador desfigure determinados objetos (las instituciones).

El segundo posicionamiento (Villaverde Menéndez, 2012b: 115–116) da un paso más. La garantía institucional debe ser entendida en la actualidad como «técnica que objetiva la libertad y la juridifica convirtiendo su contenido no en la abstracta protección de un *agere licere* o de una prohibición de poder público, sino en la ordenación normativa de una determinada realidad». Desde esta perspectiva, la garantía institucional tendría un «efecto de

[11] Entendiendo por tal, siguiendo a la STC 32/1981, de 28 de julio, la obligación de preservación de la institución «en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3).

irradiación» pues «dota de eficacia normativa informadora de todo el ordenamiento jurídico a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales».

La dimensión objetiva de un derecho fundamental –es decir, su función para el conjunto del sistema constitucional– no quedaría limitada solo por la dimensión subjetiva (los derechos individuales de las personas). Dicho con otras palabras, si en circunstancias normales, la ley orgánica desarrolla un derecho fundamental (el legislador concreta cómo se ejercita, cuáles son sus límites…) tomando como referencia la dimensión subjetiva, desde la segunda teoría, existiría algo más que condiciona esa regulación: la existencia de una «garantía institucional». Ello significa que, además del derecho subjetivo, ya existe un núcleo institucional que el ordenamiento protege y que debe respetar. Esa garantía institucional predefine parte del contenido objetivo del derecho y, por tanto, reduce el margen de actuación del legislador. Los poderes públicos no pueden regular y aplicar los derechos libremente por cuanto deben mantener intacta esa estructura institucional esencial.

2. *Las libertades de expresión e información desde una perspectiva institucional*

La importación por el Tribunal Constitucional español de la doctrina alemana sobre la garantía institucional y la dimensión institucional de los derechos fundamentales provocó que las libertades de expresión e información resultaran fortalecidas. Ahora bien, esta operación constitucional presenta algunas incongruencias.

Como es sabido, nuestra Constitución no establece una jerarquía entre los derechos fundamentales que proclama. Sin embargo, ello no ha impedido el reconocimiento de la «posición preferente que ocupa la libertad de expresión cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o con intereses de significada importancia social y política» (STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4 a). Posición preferencial que impone «la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad» (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4; y 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 4).

¿Cuándo opera dicho *privilegio hermenéutico*? Siguiendo a Montilla Martos (2021: 241), para que la doctrina de la posición preferente resulte aplicable, es necesario que concurra alguna de las siguientes condiciones: 1) que el objeto del mensaje verse sobre algún hecho o acontecimiento de interés público o general; 2) que el sujeto pasivo al que se refiere el mensaje tenga relevancia pública; y, en ocasiones, 3) que la condición del sujeto activo o persona que emite el mensaje sea trascendental para el aseguramiento de la creación de opinión pública.

Avancemos. Para proclamar el papel privilegiado que ocupa las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE dentro de nuestro sistema constitucional,

el Tribunal Constitucional las vincula a la protección de una institución esencial. Dicho de otro modo, tales libertades no se agotan en su dimensión de derechos subjetivos, sino que actúan también como garantía institucional. En la mayoría de los casos, esa institución que garantizan se identifica con la «opinión pública libre»[12]; en otros, con el «principio democrático»[13]; o, incluso, con el «proceso de comunicación pública abierto, libre y plural»[14].

Si hablamos de garantía institucional, cabe recordar que resulta preciso acudir al texto constitucional en la medida en que la institución a proteger debe aparecer enunciada de modo explícito en el mismo[15]: «La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. […] Por tanto, nuestra jurisprudencia reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas

[12] Debemos destacar la STC 107/1988, de 8 de junio (FJ 2): «las libertades del art. 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que transciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales». Especialmente esclarecedora resulta la STC 240/1992, de 21 de diciembre (FJ 3): «el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático».

En el mismo sentido: SSTC 121/1989, de 3 de julio (FJ 2); 336/1993, de 15 de noviembre (FJ 4); 132/1995, de 11 de septiembre (FJ 4); y 32/2002, de 9 de diciembre (FJ 4).

[13] STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 8): «la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone […] el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos».

[14] STC 192/1999, de 25 de octubre (FJ 8): «El Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el art. 20.1 CE».

[15] Respecto de la aplicación de la doctrina de la garantía institucional a instituciones directamente reconocidas en la Constitución, *vid*. la autonomía local (SSTC 32/1981, de 28 de julio y 240/2006, de 20 de julio); el régimen foral (STC 76/1988, de 26 de abril); la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio); la familia (STC 116/1999, de 17 de junio) o los colegios profesionales (STC 179/1994, de 16 de junio).

instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 7).

El Magistrado don Manuel Aragón Reyes, en el voto particular concurrente que formula a la STC 198/2012, sobre el matrimonio como institución garantizada por la Constitución, resume bien la idea: «en el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al "ser" para configurar su "debe ser"».

Siendo esto así, los institutos a los que alude la jurisprudencia constitucional en relación con la libertad de expresión –opinión pública libre, principio democrático o proceso de comunicación pública– derivan de diversos preceptos constitucionales, pero no aparecen expresamente previstos en la letra constitucional. Lo cual sugiere que «el Tribunal Constitucional español […] confunde institución con valor constitucional o, mejor aún, con el interés general al que sirve el derecho fundamental». La opinión pública libre constituye el valor o interés general al que responden las libertades de expresión o información, de forma que «sólo la información u opinión que contribuya a formar una opinión pública libre tiene la relevancia pública como para hacer prevalecer tales libertades» (Cidoncha Martín, 2009: 181).

Distinto sería el supuesto, dentro igualmente del ámbito del artículo 20 CE, del requisito de la «veracidad» en relación con la libertad de información. A diferencia de lo anteriormente señalado, la información y la veracidad sí encuentran reconocimiento expreso en la propia Constitución, concretamente en el artículo 20.1 d) CE («Se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»). Sobre esta base, y al hilo de la problemática contemporánea de la desinformación y las *fake news*, parte de la doctrina ha defendido la tesis de la veracidad como garantía institucional de la información que nuestra Norma fundamental pretende proteger (Serra Cristóbal, 2023: 29–30)[16].

En nuestra opinión, el recurso del Tribunal Constitucional a la doctrina de la garantía institucional puede explicarse por la necesidad de encontrar un fundamento adicional a la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Ello a fin de sostener la posición preferente de las libertades de opinión e información, en la medida en que aquella dimensión es común a todos ellos. Habría bastado, pensamos, con una formulación coherente y autónoma de la teoría de la posición preferente de dichas libertades. En consecuencia, las libertades de expresión e información, en cuanto derechos fundamentales, presentan una dimensión institucional y, sin poder calificarse en sentido

[16] Sobre estas problemáticas –veracidad e información y su correcta formulación constitucional– ha reflexionado recientemente en profundidad Vera Santos (2025).

estricto como garantías institucionales[17], cumplen no obstante una función institucional específica de suma importancia.

3. *La dimensión institucional de la libertad de creación. Cultura y garantía institucional*

Como se ha visto, la tesis de la posición preferente se explica, de manera singular, por la consideración de las libertades de expresión y de información como instrumentos esenciales para la formación de una opinión pública libre y, en consecuencia, para la garantía del pluralismo *político*.

Tal concepción encuentra su sólido respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) relativa al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que reconoce la libertad de expresión[18]. El TEDH ha subrayado de forma reiterada que el artículo 10.2 CEDH apenas deja margen para restricciones a la libertad de expresión cuando esta se ejerce en el ámbito del discurso político o de las

[17] Un supuesto criticable en el que el Tribunal Constitucional ha extendido la categoría de garantía institucional apartándose de los rasgos característicos de la misma es el relativo a la tauromaquia. En la STC 134/2018, de 13 de diciembre, el Alto Tribunal se refirió al «espectáculo taurino» en términos de «garantía institucional» en tanto que «manifestación cultural común, con independencia de las variantes territoriales que puedan existir» (FJ 7).

Frente a esta interpretación, en el voto particular formulado a la citada sentencia por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón se sostiene que «no es admisible dispensar a la tauromaquia, o a alguna de sus manifestaciones, la protección propia de la garantía institucional». El voto particular concluye, al cuestionar la definición del núcleo esencial en la que la sentencia basa la recognoscibilidad de la institución, que «se alcanza así un resultado paradójico e inaceptable: *sin gozar de reconocimiento en la Constitución, que ni siquiera la menciona,* se rodea a la "corrida de toros moderna" de una protección de mayor rigidez que la dispensada por la garantía institucional a elementos estructurales y estructuradores del orden constitucional» (la cursiva es nuestra).

[18] El artículo 10.1 del CEDH dispone lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa». Como puede apreciarse, el tenor literal del precepto no contiene una referencia expresa a la libertad artística. Sin embargo, el TEDH ha afirmado tempranamente que el artículo 10 CEDH no distingue entre las distintas modalidades de expresión, por lo que su ámbito de protección comprende también la expresión artística, en la medida en que esta permite participar en el intercambio público de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales (STEDH *Müller y otros c. Suiza*, 1988, § 27).

cuestiones de interés general[19]. Libertad de expresión como catalizador de lo político. Es precisamente esta idea lo que vincula –aunque no en todos los casos, como veremos a continuación– a la libertad de expresión artística con la protección preferente en la doctrina europea.

La Corte europea «utiliza una serie de herramientas que le permiten objetivar el control de la necesidad de las injerencias estatales sobre la libertad de expresión. Entre ellas destaca la idea de que la libertad de expresión cubre "ideas que ofenden, chocan o molestan"; la necesidad de "pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura"; o el concepto de "cuidado razonable" a la hora de recabar datos informativos. Sin embargo, no parece que ése sea el caso para el discurso artístico, ni el valor de la creación o la ficción. Si hay una línea argumental que recorre toda la jurisprudencia relativa al art. 10 CEDH es la protección de las ideas políticas. El Tribunal conecta fuertemente la protección de las libertades de expresión y comunicación con su función política en el Estado democrático. Eso explica que venga manteniendo una doctrina muy restrictiva respecto a las características propias de la obra artística como manifestación diferenciada y protegible de la libertad de expresión» (Urías Martínez, 2020: 357–362).

Como se expone en el *Key Theme – Article 10 Artistic expression*, elaborado por la Secretaría del TEDH y actualizado en agosto de 2025, el Tribunal pone el acento en el contexto de la expresión artística. En particular, cuando una obra de arte se refiere a un debate sobre un asunto de interés público o constituye una expresión política y militante, el Tribunal suele concederle un alto nivel de protección.

Es por todos conocida la STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* (2007), relativa a la prohibición de exhibir un cuadro consistente en un *collage* de diversas figuras públicas, como la Madre Teresa de Calcuta, el cardenal austriaco Hermann Groer y algunos políticos del Partido Liberal Austriaco (FPÖ), en posturas sexuales. Mientras que los cuerpos desnudos de estas figuras estaban pintados, las cabezas y los rostros estaban representados mediante fotografías tomadas de periódicos. Además, los ojos de algunas de las personas retratadas estaban ocultos bajo barras negras. Pues bien, el Tribunal destacó que la obra no pretendía reflejar ni sugerir la realidad, sino

[19] «Siempre que las opiniones expresadas no supongan incitación a la violencia –en otras palabras, a no ser que aboguen por recurrir a acciones violentas o sangrientas, justifiquen la comisión de delitos terroristas para lograr los objetivos de sus defensores o puedan interpretarse como posible incitación a la violencia mediante la expresión de un odio arraigado e irracional hacia determinadas personas– los Estados contratantes no deben restringir el derecho de la sociedad a ser informada de dichas opiniones, incluso sobre la base de los objetivos establecidos en el artículo 10.2» (entre otras, STEDH *Dilipak c. Turquía*, n.º 29680/05, de 15 de septiembre de 2015, § 62).

formular una representación deliberadamente exagerada e irreal. En este contexto, calificó dicha representación como una caricatura con elementos satíricos, recordando que la sátira constituye «una forma de expresión artística y de crítica social» que, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, «busca naturalmente provocar y agitar». Razón por la cual cualquier injerencia en el derecho del artista a este tipo de expresión debe ser examinada con especial cuidado, al quedar comprendida en el ámbito de protección del artículo 10 CEDH (§ 33).

En dicha línea, el TEDH ha advertido que la imposición de sanciones administrativas, incluso de carácter leve, a los autores de expresiones que presentan simultáneamente un carácter artístico y político puede producir un indeseable efecto de desaliento sobre la expresión pública (STEDH *Tatár y Fáber c. Hungría*, 2012, § 41).

Igualmente, en la STEDH *Mariya Alekhina y otras c. Rusia* (2018), relativa a la condena penal de las integrantes del grupo punk *Pussy Riot* por la realización de una *performance* artística de carácter crítico con el poder estatal en el interior de la Catedral de Cristo Salvador (Moscú), el Tribunal europeo subrayó que dicha actuación constituía una forma de expresión artística y política protegida por el artículo 10 CEDH (§§ 203-206), inserta en un debate de interés general (§ 260), e insiste en que la libertad de expresión ampara también aquellas manifestaciones que ofenden, escandalizan o molestan (§ 197), concluyendo que la severidad de las sanciones impuestas generaba un efecto disuasorio incompatible con una sociedad democrática (§§ 256-258 y 272).

Más recientemente, en la STEDH *Bouton c. Francia* (2022), relativa a la condena penal de una activista del movimiento *Femen* por la realización de una *performance* militante consistente en exhibirse con el torso desnudo y consignas pintadas sobre el cuerpo ante el altar de una iglesia, como forma de protesta contra la posición de la Iglesia católica sobre el aborto, el Tribunal recordó que «el artículo 10 puede aplicarse a las formas de expresión artística, al arte y a la creación que contribuyan al intercambio de ideas y opiniones». En coherencia con lo anterior, reiteró que «las "actuaciones" consistentes en una mezcla de expresiones verbales y conductuales, que constituyen una forma de expresión artística y política, caen dentro del ámbito de la libertad de expresión protegida por el artículo 10» (§ 30).

Ahora bien, cuando el TEDH considera que el medio artístico no constituye el cauce adecuado para articular reivindicaciones políticas, la protección reforzada derivada del artículo 10 CEDH decae. Un ejemplo claro lo ofrece la decisión de inadmisión en 2023 de la demanda n.º 27925/21 en el asunto *Pablo Rivadulla Duró c. España*, en la que el Tribunal concluyó que las manifestaciones calumniosas realizadas por el demandante contra el Jefe del Estado, aun formuladas en un contexto musical, no podían beneficiarse de la

tutela propia de la expresión artística-política en los términos del artículo 10 CEDH.

A este respecto, el Tribunal consideró necesario explicar por qué no resultaba aplicable su jurisprudencia anterior en un supuesto igualmente español, distinguiendo expresamente el caso *Pablo Rivadulla Duró* (más conocido por su nombre artístico *Pablo Hasel*) del asunto *Otegi Mondragón c. España*. En Otegi Mondragón, se apreció una violación del artículo 10 CEDH como consecuencia de la condena penal impuesta a un representante político elegido por el pueblo por declaraciones insultantes dirigidas contra el Rey de España en una rueda de prensa, en un contexto de inmediatez propio del debate político y sin posibilidad de reformulación previa. En aquel caso, se concedió un peso decisivo tanto al estatus político del emisor como a la severidad de la pena impuesta. Por el contrario, en el segundo caso, el demandante, observa el Tribunal, «no es un representante político elegido, sino un cantante». Sus mensajes fueron difundidos por escrito y a través de una canción previamente compuesta y grabada. Ello presupone un proceso de elaboración y reflexión, incompatible con la lógica de la crítica política inmediata (§§ 43-52).

En resumen, el Alto Tribunal europeo no ha definido todavía qué debe entenderse por «arte» (hasta el momento: pinturas, esculturas, dibujos animados, obras de teatro, novelas, poemas, arte performativo…). Tampoco ha establecido un criterio general para determinar cuándo una concreta manifestación puede calificarse como artística. El Tribunal ha dejado igualmente abierta la cuestión de si la creación artística merece una protección diferenciada frente a otras formas de expresión[20].

La libertad de creación queda comprendida en el ámbito del artículo 10 CEDH, de modo que su tutela se articula, por ahora, dentro del régimen general de la libertad de expresión, en particular cuando la obra se vincula a cuestiones de relevancia social. La libertad de expresión artística queda sometida así al triple test aplicable a toda injerencia estatal en la libertad de expresión en sentido estricto: en primer lugar, se valora que la injerencia esté «prevista por la ley»; en segundo término, que «persiga uno o varios fines legítimos» en el sentido del segundo párrafo del artículo 10 CEDH; y, finalmente, que resulte «necesaria en una sociedad democrática», requisito que reviste una importancia decisiva en la jurisprudencia del Tribunal.

Desde esta última condición o requisito, la necesidad de imponer límites en una sociedad avanzada al arte, cabe plantear algunos interrogantes: ¿implica el actual marco interpretativo que solo merece una tutela reforzada

[20] Así se detalla por la Secretaría del Tribunal europeo en el documento *Key Theme – Article 10 Artistic expression*, actualizado en agosto de 2025. Puede consultarse en: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/artistic-expression.

aquel arte que resulta útil para vehicular una reivindicación política o social reconocible?; ¿quedan, así, en una posición más débil aquellas manifestaciones artísticas que no se integran de manera directa en un debate de interés general?; ¿son suficientes las categorías tradicionales de la libertad de expresión para captar jurídicamente la especificidad del fenómeno artístico, o resulta necesario acudir a otras *lentes jurídicas* que permitan comprender su valor más allá de su funcionalidad discursiva?; y, en definitiva, ¿a qué nos referimos realmente cuando hablamos de libertad de creación?

El artículo 20 de la Constitución española, además de reconocer la libertad de opinar [artículo 20.1 a) CE] y la libertad de informar [artículo 20.1 d) CE], contempla de manera diferenciada la libertad de crear [artículo 20.1 b) CE]. En concreto, este apartado b) establece: «Se reconocen y protegen los derechos: a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica». De este modo, a pesar de las reticencias iniciales del Tribunal Constitucional[21], es claro que estamos ante un auténtico derecho autónomo que protege «una de las más altas cualidades humanas»: la interpretación, o reinterpretación, de la realidad a través de procesos creativos que no se identifican con la mera exposición de hechos u opiniones (González-Hernández, 2024: 174).

Pero, en lo que al arte se refiere, la Constitución española dice algo más. Si nos adentramos en el Capítulo III del Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, encontramos, en sintonía con la voluntad proclamada en el Preámbulo del texto constitucional, hasta cuatro referencias explícitas a la cultura. El artículo 44.1 CE establece que los poderes públicos han de promover y tutelar el acceso a la cultura, «a la que todos tienen derecho». El artículo 46 CE les encomienda garantizar la conservación y promoción del enriquecimiento del «patrimonio cultural y artístico» de los pueblos de España. El artículo 48 CE, como con carácter general hace el artículo 9.2 CE, orienta la actuación pública hacia la búsqueda de la participación de la juventud en el desarrollo cultural. Y, finalmente, el artículo 50 CE, en relación con las personas de la tercera edad, insta a la creación de un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos también

[21] STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5: «En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la consiguiente prohibición del acceso a los mismos, el Decreto supone una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria y artística garantizadas en el art. 20.1 de la Norma fundamental. En efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, *no es sino una concreción* del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo– a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada» (las cursivas son nuestras).

en el ámbito cultural. Al conjunto de preceptos constitucionales que reconocen derechos y valores vinculados a la creación artística y la cultura la doctrina se refiere como «Constitución cultural» (Tajadura Tejada, 1997; Desdentado Daroca, 2023).

España se aparta así del modelo seguido por los tratados internacionales. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe una referencia expresa a la libertad de expresión artística o la cultura. En cambio, si acudimos, por ejemplo, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, su artículo 27 dispone: «1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Se protegen así, en un mismo precepto, de un lado, los intereses del creador y, de otro, los de quienes reciben la obra, en garantía de la vida cultural de la comunidad.

Por su lado, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, un tratado clave igualmente de la ONU, establece: «1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales».

Existe, por tanto, una correlación incuestionable entre la libertad de creación y la cultura. De modo similar al constituyente español, el constituyente italiano ha optado incluso por descomponer este binomio en tres dimensiones: 1) «il valore estetico-culturale come valore costituzionale primario» (artículo 9 de la Constitución italiana[22]); 2) «l´espressione artistica come libertà fondamentale e diritto sociale» (artículo 33.1 de la Constitución

[22] Artículo 9 de la Constitución italiana: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione».

italiana[23]); y, de forma separada, 3) la libertad de expresión o, como establece el artículo 21 de la Constitución italiana[24], la «libera manifestazione del proprio pensiero».

En la interpretación conjunta de este articulado, se ha dicho que el artículo 9 de la Constitución italiana asume el arte desde la perspectiva de la predisposición de los medios y de los instrumentos necesarios para su más pleno desarrollo y realización. En lo que respecta al artículo 33, la Norma Suprema italiana pone en valor el perfil de libertad que caracteriza a la expresión artística, evocando la libre determinación del método, de los fines y del objeto de la producción artística. Asimismo, parte de la doctrina italiana entiende que la elección del Constituyente de situar el reconocimiento de la libertad del arte en una disposición distinta de la prevista en el artículo 21, avala la tesis según la cual el concepto del arte y la disciplina del fenómeno artístico reclaman la necesidad de excepción o de privilegio en relación con la libertad más general reconocida a la manifestación del pensamiento (Polacchini, 2018: 15–16, 18–27).

Así las cosas, y volviendo al marco constitucional español, si la libertad de expresión y la libertad de información gozan de una posición preferente, la libertad de creación habría de situarse en un plano aún más cualificado, de carácter *superpreferente* (Rufo Rubio, 2025). Esta afirmación se sostiene, fundamentalmente, sobre dos ideas.

En primer lugar, porque la creación artística no se construye necesariamente sobre la realidad fáctica, ni pretende describirla o valorarla en términos de verdad, sino que opera en el plano de la ficción, de la metáfora y de la representación simbólica. Incluso cuando toma elementos de la realidad, lo hace en el marco de un pacto de ficción implícito con el espectador, que en algunos casos puede llegar a atenuar su potencial lesivo para las sensibilidades individuales y colectivas en la exigencia de una mayor tolerancia frente a los excesos expresivos.

En segundo término, porque el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 b) CE no se agota en la protección de una esfera individual de libertad creativa, sino que se orienta estructuralmente al aseguramiento de la cultura como bien constitucionalmente relevante. La libertad de creación se proyecta así más allá del creador, en beneficio del conjunto de la comunidad. Desde este entendimiento se explican propuestas como la consideración de la lectura como «bien humano fundamental». Para Flores Giménez (2025: 47–50) leer presenta un «carácter esencial, vital, para el libre y pleno

[23] Artículo 33.1 de la Constitución italiana: «L´arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

[24] Artículo 21 de la Constitución italiana: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 259-300
https://doi.org/10.18543/ed.3581 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

desarrollo individual y colectivo de los seres humanos», en la medida en que posibilita el ejercicio de otros derechos humanos estrechamente conectados con ella, como «la educación, las libertades de pensamiento, de expresión e información, el acceso a la cultura, la participación política…»

Deteniéndonos en esta última cuestión, el artículo 1.1 CE proclama el pluralismo político como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la libertad de expresión y la libertad de información se configuran como derechos al servicio de dicho pluralismo. Ahora bien, este pluralismo va más allá de su dimensión estrictamente política. Como ha señalado la doctrina, si bien el pluralismo aparece con el apellido «político» en nuestra Constitución, es claro que hoy debemos hablar de un «pluralismo ampliado». De acuerdo con ello, se ha defendido la existencia de un pluralismo cultural como «prolongación del pluralismo político» (Antonino de la Cámara, 2025: 550–553).

Así, las libertades reconocidas en el artículo 20 CE cumplen una función estructural común: hacer posible el pluralismo en todas sus manifestaciones. Nuestro Tribunal Constitucional ha sentado que la Constitución «incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental» (STC 18/1981, FJ 2). Lo anterior supone que la interpretación constitucional ha de orientarse a la realización efectiva de los valores que la propia Constitución proclama. También la libertad de creación del artículo 20.1 b) participa de esa misma finalidad. Ahora bien, en su caso el pluralismo se realiza mediante la preservación y el dinamismo de una institución constitucionalmente relevante: la cultura. De ahí su naturaleza *superpreferencial*.

Como ya hemos señalado, la cultura aparece expresamente reconocida en la Constitución, en particular en el Capítulo III del Título I. Al igual que sucede con otras realidades incluidas en ese mismo capítulo –como la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio) o la familia (STC 116/1999, de 17 de junio)– la cultura podría llegar a ser interpretada en términos de garantía institucional.

El reconocimiento constitucional de la cultura comporta la existencia de un núcleo esencial que el legislador y los poderes públicos deben respetar y preservar, sin perjuicio de su amplia libertad de configuración normativa. Esta lógica, propia de la garantía institucional, no impone un modelo cultural determinado, pero sí exige que la institución conserve una forma reconocible para la conciencia social. En dicho sentido, una restricción excesiva de la libertad de creación artística no solo incidiría sobre la esfera individual del creador, sino que podría incluso desnaturalizar la propia imagen de la cultura, empobreciendo su capacidad expresiva y comprometiendo su función constitucional como espacio de pluralismo, innovación y reflexión. Como sostiene González-Hernández (2024: 176), se debe partir siempre de la máxima de que

los límites a la libertad de creación artística deben ser los menos posibles bajo el peligro de una reducción indeseada del sustrato cultural.

Tal garantía «no puede estar orientada a preservar el contenido sustantivo de una manifestación concreta (como ha ocurrido con la tauromaquia[25]), sino que obliga a los poderes públicos la ordenación de una realidad a través de un deber positivo de protección. En este sentido, un sistema público de cultura podría encuadrarse en el mandato del art. 44.1 CE como una garantía institucional, entendida como un conjunto de normas de procesos y organización que el Estado debe desarrollar desde la dimensión objetiva del derecho, pero que sirven como encuadre para el disfrute de la cultura en su dimensión subjetiva». No solo eso. Al igual que ha venido haciendo la «opinión pública libre», con más razón «el genérico término de "cultura" puede concretar su alcance al conectar el art. 44.1 CE con otros derechos fundamentales que protegen esferas culturales de especial relevancia constitucional como la religión (art. 16 CE), la libertad de creación artística (art. 20.1.b) o la educación (art. 27 CE)» (Antonino de la Cámara, 2025: 542–544; 553–555[26]).

Estas tesis han sido asumidas por la justicia constitucional en la reciente STC 1/2025, de 13 de enero, desde la perspectiva, *a priori*[27], de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (la extensión de la cita resulta necesaria):

---

[25] Sobre la tauromaquia como garantía institucional, *vid*. nota 17.

A mayor abundamiento, la consideración de que «la tauromaquia forma parte del patrimonio cultural inmaterial español» llevó al Tribunal Constitucional, en la STC 93/2021, de 10 de mayo, a declarar que calificar directamente a un torero fallecido, por razón de su dedicación profesional, como «asesino» o como miembro del equipo de los «opresores», debe ser valorado «sin el menor atisbo de duda como una injerencia en su derecho al honor, al suponer un menoscabo de reputación personal, así como una denigración de su prestigio y actividad profesional, con directa afectación a su propia consideración y dignidad individual» (FJ 7).

[26] En relación con la posible configuración de la cultura conforme a la teoría de la garantía institucional, resulta igualmente ilustrativo un estudio anterior de la misma autora (Antonino de la Cámara, 2021), que examina la cuestión a la luz de tres experiencias constitucionales europeas.

[27] Decimos *a priori* porque, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el Tribunal Constitucional, en un ambiguo uso de la categoría institucional, alterna en su doctrina sobre las libertades del artículo 20.1 CE el concepto de garantía institucional y el enfoque institucional de los derechos fundamentales. En tal sentido, como puede observarse en la cita del texto principal de la STC 1/2025, aunque el fundamento jurídico tercero en el que se inserta la misma lleva por título en la sentencia «dimensión objetiva», se afirma que las libertades de expresión e información presentan un «doble carácter de derecho individual y de *garantía* de la posibilidad de la existencia de una opinión pública libre» (*vid.* nota 12, sobre la opinión pública libre como institución), al tiempo que se alude a las libertades de creación y a su «doble carácter de libertad individual y de *garantía* de un plural y universal acceso a la cultura» por parte de lectores y espectadores.

«En la libre circulación de la literatura reside un interés general, pues la divulgación de la obra es condición para que pueda llegar al público, que es un interés vinculado íntimamente al escritor, pero también a la sociedad, pues hace posible la lectura de la obra, garantizando el conocimiento y goce de la literatura como una modalidad del derecho universal de acceso a la cultura que recoge el artículo 44.1 CE, y que está conectado con el mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural y social (art. 9.2 CE).

El concepto de cultura es complejo, pero encuentra su ámbito de manifestación característico en las actividades creativas que como derechos fundamentales enumera el artículo 20.1.b) CE: el arte, la literatura, la ciencia y la técnica –sin perjuicio de que a las dos últimas se refiera de manera separada y específica el artículo 44.2 CE–. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental a la libre producción y creación literaria adquiere una dimensión objetiva en cuya virtud los poderes públicos han de velar por la posibilidad del disfrute por todos de los bienes de la cultura. En nuestro ordenamiento jurídico –y en paralelo a la construcción de los derechos fundamentales a la libre comunicación de información y a la libertad de expresión, dotados de una dimensión especial debido a su doble carácter de libertad individual y de garantía de posibilidad de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 3)–, la libertad de producción y creación literaria tiene también una especial dimensión en razón de su doble carácter de libertad individual y de *garantía de un plural y universal acceso a la cultura por parte de lectores y espectadores*» (FJ 3 c).

A la luz de las consideraciones anteriores y de la vinculación entre los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 b) CE y la cultura, tal vez resulte más adecuado hablar de *libertad de expresión cultural* o *libertad de creación cultural*.

De esta forma se consigue, como hace el artículo 42 de la Constitución portuguesa de 1976, dar «cobertura, a modo de paraguas, bajo el manto ubicuo del concepto de cultura, el conjunto de las manifestaciones propias de la creación artística». Resulta así particularmente significativo que la idea de «creación cultural» estuvo a punto de incorporarse al artículo 20.1 b) de la Constitución española con el fin de englobar en un concepto unitario las distintas materias relacionadas con la libertad artística. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la propuesta tuvo la mala fortuna de ver asociada su suerte en el proceso de debate del texto constitucional a la de otras enmiendas sobre las que existía escaso consenso (Prieto de Pedro, 2023: 75–76).

III. LA LIBERTAD DE CREACIÓN CULTURAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En 2025, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos sentencias[28] sobre el artículo 20.1 b) CE, lo que ha permitido avanzar en la delimitación de unas libertades hasta ahora poco desarrolladas en su jurisprudencia[29]. En particular, la ya citada STC 1/2025 introduce una novedad relevante al perfilar, por primera vez de forma claramente diferenciada, los dos ejes de la libertad de creación: la libertad de expresión literaria y la libertad de expresión artística.

Centrando su análisis en el artículo 20.1 b) CE, el Tribunal parte en la citada resolución de una idea clara. La mención conjunta de la creación literaria, artística, científica y técnica en dicho precepto no implica la identidad de sus respectivos ámbitos de protección. Esta distinción resulta, en buena medida, conocida. La creación científica y técnica se caracteriza por la sujeción a métodos racionales y verificables. La creación literaria y artística, en cambio, carece de fronteras metodológicas estrictas y se vincula al ámbito de la creatividad y de la imaginación. Pero la sentencia no se limita a reiterar esta distinción tradicional.

El Alto Tribunal avanza un paso más y se adentra en la estructura interna de la libertad de creación. Si las libertades de expresión literaria y artística comparten un objeto común («la elaboración de una obra y su posterior divulgación, sea en forma de publicación o de exhibición»), no constituyen una realidad homogénea. Literatura y arte son disciplinas diferenciables. Responden a códigos expresivos distintos. Por ello, no resulta jurídicamente indiferente subsumir una obra en uno u otro ámbito.

---

[28] En la primera de estas resoluciones, la STC 1/2025, de 13 de enero, el Tribunal Constitucional aprecia la especial trascendencia constitucional del asunto por concurrir circunstancias que aconsejan que el Tribunal «profundice en su doctrina sobre la naturaleza, extensión y límites del derecho fundamental a la producción y creación literaria –doctrina que […] no es abundante– y, en particular, [sobre] su interacción con el derecho fundamental al honor». Analizamos esta sentencia *infra*, en el apartado titulado «La libertad de expresión literaria».

En la segunda resolución, la STC 117/2025, de 13 de mayo, dictada por el Pleno, el recurso de amparo fue admitido al apreciarse que la controversia «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal». Analizamos esta sentencia *infra*, en el apartado titulado «La libertad de expresión artística».

[29] En esta materia, hasta 2025, destacan como pronunciamientos de referencia la STC 51/2008, de 14 de abril, sobre la novela «Jardín de Villa Valeria» de Manuel Vicent; y la STC 34/2010, de 19 de julio, sobre la suspensión de la emisión del docudrama televisivo «Sin Hogar».

En efecto, este deslinde conceptual va a tener consecuencias relevantes. Incide, en concreto, en la determinación de los límites de la protección que dispensa el artículo 20.1 b) CE. Así lo subraya expresamente la sentencia. En primer lugar, destaca la presencia de un discurso narrativo, «frecuente en la literatura», pero que «no comparece necesariamente en las múltiples expresiones del arte». En segundo término, pone el acento en el distinto papel que desempeñan el elemento ficcional y las referencias al mundo de la realidad. Estos pueden operar «con rigor como criterio de análisis de la obra literaria». En cambio, resultan «menos adecuados en el universo de la creación artística», caracterizado por la pluralidad de lenguajes, soportes y significados.

Precisamente porque el Tribunal Constitucional realiza esta distinción, el análisis que se desarrolla en este epígrafe abordará de manera separada la libertad de creación literaria y la libertad de creación artística.

1. *La libertad de expresión literaria*

Como ha afirmado Villaverde Menéndez (2012a: 120–150), «un límite de un derecho fundamental, sea cual sea su naturaleza, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental». Dentro de la teoría general de los límites de los derechos fundamentales, a grandes rasgos, cabe distinguir entre los límites «inmanentes» o «internos» y los límites «externos» de tales derechos. En rigor, los límites internos constituyen «criterios de delimitación del objeto del derecho fundamental en cuestión». Por su parte, los límites externos «son aquellos creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución». De este modo, los límites internos no responden –a diferencia de los externos– a un acto de creación normativa, sino a una labor de concreción del contenido del derecho, que normalmente se realiza a través de la interpretación.

Centrándonos en los primeros, si la libertad de crítica se integra en el contenido protegido por la libertad de expresión, el insulto constituye un límite interno o inmanente de esta última. Y ello porque «quedan fuera de la protección del art. 20.1 a) CE aquellas expresiones que, en las concretas circunstancias del caso, sean absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas; es decir, las expresiones ofensivas que no guardan relación con las ideas u opiniones que se expongan o que resulten innecesarias para su exposición, toda vez que el referido precepto constitucional "no reconoce un pretendido derecho al insulto"» (así se reitera en la jurisprudencia más reciente, STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4).

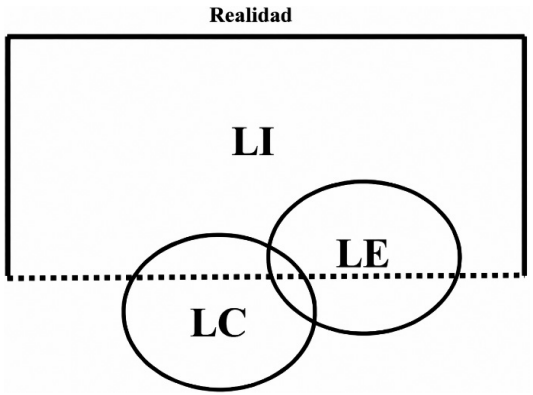
Señalado lo anterior, existen límites internos que derivan de la propia coexistencia con otros derechos fundamentales. Dicho de otro modo, un derecho fundamental no puede amparar vulneraciones de otras libertades de

igual importancia constitucional. Así las cosas, el propio apartado cuarto del precepto que proclama las libertades de expresión, establece que todas las libertades (opinión, información, creación y libertad de cátedra) «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen 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». De acuerdo con ello, y siguiendo la lógica de la conocida teoría del abuso del derecho, nuestro constituyente ha configurado como límite, con singular atención, los derechos fundamentales personalísimos del artículo 18.1 CE (honor, intimidad y propia imagen). Ello implica que tales límites son indisponibles para nuestros operadores jurídicos. Cuestión distinta es determinar cómo han de protegerse cuando se produce un abuso de las libertades del artículo 20.1 CE. En la actualidad, esa protección se articula por la vía civil, mediante la LO 1/1982. También por la vía penal, a través del Título XI del Código Penal de 1995 (delitos de injurias y calumnias).

Comenzamos hablando de límites al abordar la libertad de creación literaria porque, desde un punto de vista jurídico, en el ámbito artístico no procede discutir el buen gusto, la calidad o el resultado final de una obra. El derecho a la libre creación y producción artística «hay que analizarlo desde una vertiente negativa o una operación final: desde los límites a la "libre" creación artística. En el ámbito jurídico, no habría quedado más remedio que definirlo a *sensu contrario*. Es decir, determinar aquello que no entraría dentro de un genérico espacio de libertad creativa, por su colisión o conculcación con otros derechos constitucionales. Por ende, todo lo demás, estará protegido por el artículo 20. 1 b) CE/78» (González-Hernández, 2025: 526).

Cuando el artista se expresa a través de mundos imaginarios o ficcionales, las controversias legales puramente morales carecen de respaldo constitucional. Salvo que la creación incurra en ilícitos específicos, como el discurso de odio, una democracia no debe caer en el error de censurar determinadas expresiones artísticas con el pretexto de proteger una suerte de «hipersensibilización» colectiva frente a ciertos contenidos (Villaverde Menéndez, 2019: 46).

Lo importante del asunto está entonces en el juego ficción-realidad del arte. Si bien pudiéramos decir que la ficción forma parte, por definición, del contenido constitucional de la libertad de creación artística y literaria, el recurso a la realidad actúa como punto de fricción. Explicado gráficamente quizá quede más clara la idea:



Como se puede apreciar en la imagen, las libertades expresivas protegidas en el artículo 20.1 CE participan de manera distinta de la realidad. La libertad de información (LI) aparece situada íntegramente dentro del marco de la «realidad» porque su objeto propio es la comunicación de hechos; esto es, de datos o acontecimientos presentados como susceptibles de contraste externo. De ahí que el ordenamiento constitucional le anude una exigencia específica, la veracidad (artículo 20.1 d CE), entendida no como una verdad material absoluta, sino como el resultado de una diligencia razonable de comprobación.

Al contrario, las libertades de expresión (LE) y creación (LC) mantienen una conexión solo parcial con la realidad. Por lo que respecta a la libertad de expresión, puede distinguirse, como sugiere el esquema, una doble dimensión. De un lado, una parte queda dentro del marco de la realidad: la base factual mínima sobre la que se apoya el discurso, es decir, los hechos o datos de referencia sin los cuales la valoración carecería de soporte. Por otro lado, la parte que queda fuera del marco de la realidad es el núcleo propio de esta libertad: el juicio de valor, la opinión o la valoración crítica, que pertenece al ámbito de la subjetividad. Precisamente por ello, esta segunda dimensión no es susceptible de verificación y, en consecuencia, no se somete al canon de veracidad, que resulta propio de la libertad de información. Cuando, como es costumbre, en la información confluyen descripción de hechos y opiniones, el ámbito de protección queda delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas que resulten innecesarias para el juicio crítico (STC 172/1990, de 12 de noviembre).

Y llegamos a la libertad de creación cultural. También aquí puede advertirse una relación particular con la realidad. Más aún. Existe, en primer lugar, una dimensión que queda fuera del marco de lo real, cuando la obra se nutre exclusivamente de un universo imaginario o ficticio, sin pretensión de referencia fáctica. Según muestra nuestro gráfico, en estos supuestos es cuando

cobra pleno sentido hablar de una libertad especialmente reforzada o *super-preferente*, en la medida en que el artista debe poder disfrutar de las máximas cuotas de autonomía creativa[30]. Ahora bien, lo habitual es que la creación artística no sea ajena a la realidad, sino que parta de ella o se inspire en la misma. Utiliza acontecimientos, conflictos, personajes o experiencias reales. Pero no los reproduce como información.

«Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica» (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5). Hablamos en todo caso, y esto es lo relevante, de libertad de *creación*. Ello quiere decir que, aunque la realidad esté presente en la obra, el primer requisito para que hablemos del derecho fundamental protegido en el artículo 20.1 b) CE es que exista una creación. No se trata de reproducir el mundo, sino de reelaborarlo y transformarlo mediante recursos artísticos. Creaciones que, además, el ser humano ha de poder «transmitir en forma de cultura a sus coetáneos, así como [a quienes] les van sucediendo en el tiempo» (Prieto de Pedro, 2023: 51-55).

Pues bien, cuando un artista trabaja con la realidad empírica, pueden darse dos situaciones: 1) que la creación aluda de forma expresa a personas reales, identificadas con nombres y apellidos; o 2) que la obra se limite a tomar la realidad como fuente de inspiración, mediante referencias indirectas que, no obstante, pueden llegar a resultar identificables en determinados casos.

Es en estos dos supuestos cuando, como se ve en el esquema visual *ut supra*, pueden confluir al mismo tiempo libertad de creación, libertad de información y libertad de expresión. Y es también aquí donde aparece el problema jurídico: incluso cuando se actúa *por medio del arte*, la obra puede terminar afectando a derechos de terceros[31].

En el primer supuesto (el autor se sirve de personas reales), surgida la controversia ante los tribunales, la operación jurídica, partiendo de una

[30] Sin constituir el objeto específico de la controversia constitucional que resuelve, la STC 1/2025, de 13 de enero, se pronuncia sobre este supuesto: «Dado que dentro de la creación literaria existen diferentes géneros y no todos ellos toman distancia en la misma medida y con la misma intensidad de la realidad, cabe entender que, cuanto mayor sea la elevación de la obra literaria sobre la realidad menor será su potencial ofensivo sobre los derechos de terceros que pudieran verse afectados. *Más aún, cuando dicha elevación se traduzca en la carencia absoluta de elementos referenciales –porque la obra se presente con rigor bajo el formato de una ficción pura y ofrezca mundos imaginarios y simulados–, […] cabrá aceptar que estamos ante una obra que resulta inadecuada para lesionar los derechos de la personalidad de sujetos específicos*» (la cursiva es nuestra).

[31] Es lo que el Tribunal Constitucional ha denominado problemática de la «referencialidad» (STC 1/2025, de 13 de enero, FJ 3 d).

presunción a favor del arte (sobre la que volveremos), ha de seguirse atendiendo al contenido. Esto es, si la obra imputa hechos, podrá exigirse una base fáctica suficiente (en términos de veracidad constitucional). Solo un autor de una obra de ficción podrá atribuir a una persona hechos imaginarios que, de ser verdaderos, menoscabarían su honor, bajo la condición de que un lector medio pueda reconocer el carácter ficticio de los mismos. Del mismo modo que si la obra contiene valoraciones, habrá de verificarse que la crítica no degenera en expresiones gratuitamente vejatorias con la clara finalidad de perjudicar el buen nombre (De Verda y Beamonte, 2011: 147).

El segundo supuesto de hecho (creación inspirada en la realidad) es el que resuelve la STC 1/2025, de 13 de enero. El caso trae causa de la publicación en la edición digital de un diario regional, dentro de su sección de ocio (subsección «cuentos de verano»), de un texto presentado como relato de ficción, de tono satírico, en el que se describían conductas de varios cargos públicos municipales (concejales), asociadas a corrupción, así como a situaciones potencialmente lesivas para la reputación. Con posterioridad, el mismo texto fue reproducido en una página web ajena al periódico y al autor, integrado dentro de un artículo genérico de denuncia política sobre la corrupción en la comunidad autónoma correspondiente.

La demandante, que con anterioridad había ejercido un cargo de concejalía con competencias vinculadas a infraestructuras y obras en el ayuntamiento afectado, sostuvo que el personaje de la «concejala de obrillas» resultaba identificable con su persona para el público local y que el relato perjudicaba gravemente su buen nombre. En consecuencia, interpuso demanda civil de tutela de los derechos al honor e intimidad personal y familiar, solicitando la correspondiente condena, indemnización y publicación del fallo.

En escenarios como el descrito, señala el Tribunal Constitucional, el órgano judicial se enfrenta a los siguientes problemas: 1) verificar si la persona que se considera perjudicada está identificada «suficientemente» con el personaje; y 2) determinar si la conducta atribuida a dicho personaje «puede lesionar la reputación» de aquella (FJ 3 d). Se trata, en definitiva, de un razonamiento en cadena: la comprobación previa de la identificación persona-personaje y, únicamente si esta concurre, la realización del ulterior análisis (la ponderación de los derechos en conflicto).

La novedad está, entonces, en la primera fase: ¿qué permite apreciar la identificación entre personaje y persona real? Para saber si la obra literaria contiene «elementos precisos de referencialidad», el Tribunal Constitucional, guiándose por lo dispuesto en dicho asunto en apelación y en casación, propone los siguientes indicios: 1) la concurrencia de *rasgos físicos* o *psicológicos singulares* que permitan reconocer en el personaje a una persona concreta; 2) el *factor relacional*, referido a la coincidencia entre las relaciones

que el personaje mantiene en la obra y las relaciones reales de la persona afectada (de carácter sentimental, familiar, profesional, de amistad…); 3) los *actos, conductas* o *costumbres* atribuidos al personaje, cuando reproducen pautas de comportamiento conocidas de la persona real; 4) la *ocupación* o *profesión* desempeñada, en la medida en que coincida con la actividad de la persona afectada; 5) el *escenario* en el que se desarrolla la narración, atendiendo a la presencia de elementos espaciales que permitan identificar el lugar del relato con aquellos en los que efectivamente se desenvuelve la persona real; 6) la *dimensión temporal* de los hechos narrados, cuando estos se sitúan en un marco temporal coincidente con acontecimientos reales concretos; y; 7) la *identificación por parte de terceros*, apreciable a partir del reconocimiento del personaje como trasunto de una persona determinada por parte de personas externas a la obra.

A los anteriores indicios podría añadirse, pensamos, 8) la *generalización* o *tipificación* del personaje, cuando sus rasgos responden a un arquetipo reconocible y no a una individualización singular –como ocurre, por ejemplo, atendiendo al caso enjuiciado, con la figura del político corrupto–; y, relacionado con lo anterior, 9) la *posibilidad de sustitución del referente*, apreciable cuando el lector puede reemplazar mentalmente a la persona eventualmente aludida por otra distinta sin que el sentido del texto se vea alterado. Si, a partir de la descripción del personaje de corrupto, es posible asociarlo a más de una persona y el texto conserva plenamente su coherencia y mensaje, nos encontraremos ante un indicio de ficción.

En cualquier caso, no resulta suficiente la concurrencia aislada de uno solo de estos indicios. Es necesario, como remarca el Alto Tribunal en varias ocasiones en la sentencia comentada, que la identificación debe darse «de manera notoria y evidente»[32].

2. *La libertad de expresión artística*

Ya dejamos apuntado que la STC 1/2025 introduce una novedosa distinción entre la libertad de expresión literaria y la libertad de creación artística.

[32] En atención a los hechos que dieron lugar a la sentencia comentada, se aprecia una clara inclinación a salvaguardar la creación artística. Así, siendo política la demandante de amparo, al igual que el personaje de la obra literaria en cuestión, el Tribunal Constitucional concluye que «en los términos en que se realiza [la] descripción, *valorados en el contexto del conjunto del texto*, son insuficientes para permitir identificar a la recurrente con la "concejala de obrillas"» (la cursiva es nuestra). Del mismo modo, en lo relativo a la ubicación geográfica de la narración, aunque esta alude a «la rotonda», el hotel «Vanel», la plaza «Circular» y la «carretera vieja de Alicante», a juicio del Tribunal «ninguno de estos datos ofrece a un lector imparcial pistas para conocer si la historia sucede en Murcia, como alega la recurrente» (FJ 5).

Recordemos que, en palabras del Tribunal Constitucional, «arte y literatura son disciplinas diferenciables» y, entre otros aspectos, estas diferencias «se refieren a la presencia de un discurso narrativo –frecuente en la literatura pero que no comparece necesariamente en las múltiples expresiones del arte– o el alcance y relevancia en la obra del elemento ficcional y de las referencias al mundo de la realidad –*que puede operar con rigor como criterio de análisis de la obra literaria y, sin embargo, resulta menos adecuado en el universo de la creación artística*–».

No compartimos, y es lo primero que queremos señalar, la distinción propuesta por el Tribunal. ¿No es la libertad de expresión artística el género del que la literatura constituye una de sus manifestaciones? ¿Por qué habrían de considerarse poco adecuados los criterios utilizados para resolver los problemas de referencialidad cuando se trata de creación artística? ¿Puede afirmarse, con carácter general, que el arte, *lato sensu*, se desarrolla ajeno a la realidad?

El arte, al igual que la literatura, mantiene una relación constante con la realidad[33]. Precisamente en este punto cobra especial relevancia la STC 117/2025, de 13 de mayo, la segunda de las resoluciones a las que aludíamos en este trabajo como particularmente novedosas en la interpretación del artículo 20.1 b) de la Constitución.

Dicha resolución trae causa de la condena penal impuesta al autor de una página web denominada *tourlaManada.com*, en la que se anunciaba un falso tour turístico por los lugares vinculados a una agresión sexual cometida durante los Sanfermines de 2016. Los órganos judiciales apreciaron que el contenido de la web instrumentalizaba el sufrimiento de la víctima, cosificándola y banalizando una experiencia traumática, con un impacto directo y acreditado en su integridad psíquica. Ello condujo a la condena del autor por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 de nuestra ley penal, condena que fue confirmada en las sucesivas instancias y finalmente sometida a control constitucional mediante recurso de amparo.

La vinculación de los hechos descritos con la libertad de creación artística se explica en que el mensaje que el recurrente de amparo afirmaba pretender transmitir –la crítica al modo en que los medios de comunicación habían tratado el caso de «la Manada de Pamplona»– se articuló mediante una *performance* o actuación reivindicativa. En concreto, una web diseñada para simular la oferta del ya mencionado recorrido, incorporando como parte de la puesta en escena la venta de camisetas que reproducían la vestimenta de los agresores y de calcomanías que imitaban el tatuaje de uno de los condenados, buscando

[33] Y a la inversa: ¿cuántas obras literarias crean mundos puramente irreales o ficticios? Desde esta perspectiva, arte y literatura deberían poder someterse a los mismos criterios de análisis a la luz del artículo 20.1 b) CE.

provocar una reacción pública. De este modo, el Tribunal Constitucional incorpora en su jurisprudencia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el arte performativo[34] y el activismo social y político[35].

Ya en la STC 34/2010, de 19 de julio, con ocasión de la suspensión judicial de la emisión de un docudrama, el Tribunal Constitucional introduce expresamente la idea de la «imbricación» entre la libertad de creación artística y otra de las libertades protegidas en el artículo 20.1 CE. Cuando el arte se alimenta de la realidad, no resulta exigible la creación de una obra por completo nueva. De esta forma, sostiene el Alto Tribunal, «los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información». Como consecuencia de ello, aun estando la controversia centrada básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información [artículo 20.1 d) CE], «a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual» (FJ 3).

Pues bien, en el supuesto del «tour de la Manada», el Tribunal Constitucional aprecia la concurrencia y el entrelazamiento de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 a) CE y de la libertad de creación artística del artículo 20.1 b) CE. A partir de esta premisa, el Tribunal realiza, en primer término, un recorrido por su propia doctrina y por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión cuando se proyecta sobre hechos de relevancia penal. Más específicamente, el juicio de constitucionalidad vino enfocado en la exigencia de los órganos judiciales de examinar, con carácter previo a la aplicación de la legalidad penal ordinaria, si el comportamiento enjuiciado constituye un ejercicio legítimo de un derecho fundamental. De no realizarse este examen preliminar, constituye

[34] Pueden citarse las sentencias del Tribunal europeo sobre «arte de acción» o la *performance* dictadas con ocasión de la exposición de ropa sucia en el exterior de un edificio gubernamental (*Tatár y Fáber c. Hungría*, 2012, § 41), de protestas en un monumento conmemorativo de guerra (*Sinkova c. Ucrania*, 2018, § 107, sin violación del artículo 10 CEDH) y, como ya se ha visto, de la interpretación de una canción política en una catedral (*Mariya Alekhina y otros c. Rusia*, 2018, § 206). Más reciente en el tiempo, abordada también *ut supra*, encontramos la STEDH *Bouton c. Francia* (2022), relativa a la condena penal de una activista por la realización de una *performance* militante consistente en exhibirse con el torso desnudo y consignas pintadas sobre el cuerpo ante el altar de una iglesia.

[35] Citada por el propio Tribunal Constitucional, sobre el activismo político y la legitimidad de la llamada al boicot, *vid*. la STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, 2020, § 78.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 259-300
https://doi.org/10.18543/ed.3581 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que se produce, por sí misma, una vulneración de los derechos fundamentales que no hayan sido objeto de consideración.

Sentado lo anterior, aparecen en escena, en la línea marcada desde Estrasburgo, las «ideas vehiculadas a partir de una creación artística» (FJ 5); o, lo que es lo mismo, la protección del arte «en la medida en que vehicula ideas» (Díez Bueso, 2023: 157). ¿Qué elementos debieron haber valorado los tribunales de lo penal para determinar si, atendiendo al caso concreto, la actuación enjuiciada constituía un ejercicio legítimo de la libertad de expresión? El *medio* empleado y el *perfil del autor*.

En cuanto al primer elemento, dice el Alto Tribunal, «resulta reseñable que nos hallamos ante el enjuiciamiento de un mensaje emitido a modo de *performance* por lo que […] debe entenderse como una forma de creación artística». A mayor abundamiento, la actividad artística en cuestión se enmarca «en una corriente cultural reivindicativa, alternativa o crítica (denominada *culture jamming* o sabotaje cultural en español), que se caracteriza por denunciar con ironía las contradicciones de lo que considera como "cultura dominante" y, en particular, el comportamiento de los medios de comunicación de masas».

Por lo que respecta al segundo, resulta igualmente crucial para la Corte constitucional –y también pasado por alto en la vía ordinaria– «la trayectoria previa del recurrente». En el proceso constaba que el demandante formaba parte de un colectivo denominado *Homo Velamine*, conocido por desarrollar acciones satíricas y paródicas. Entre ellas se incluyen la creación de la plataforma «FEA, Feministas con Esperanza Aguirre» o la campaña «Hipsters con Rajoy»; la asistencia a un mitin político disfrazados de clérigos, ampliamente difundida por los medios de comunicación, bajo el titular «Un cura y dos monjas simpatizantes de Podemos apoyan en Vistalegre a Pablo Iglesias»; la participación en una manifestación de apoyo a los condenados en el *procés* portando una bandera de España con el lema «Espanyols pel sí»; así como su presencia, travestidos, en una marcha en contra de la apropiación del concepto de mujer.

Si «la evolución del concepto del arte y su naturaleza profundamente abierta, dinámica y rupturista imponen que, en caso de duda, deba prevalecer un principio de *favor artis*» (Prieto de Pedro, 2023: 73); de igual forma, atendiendo a la condición de artista, ha de imponerse el criterio *in dubio pro artifice* (en caso de duda, a favor del artista). Ese perfil, el de artista, permite identificar, *prima facie*, las intenciones expresivas del creador.

El artista busca provocar, conmover, agitar conciencias, emocionar, abrir el debate, estimular la reflexión, incluso herir para despertar. Sin embargo, su creación no se dirige a la ofensa personal, sino a interpelar al público desde el símbolo, la exageración o la ironía. Juzgar una creación artística exige

comprender su propia lógica expresiva. Así, de forma similar a como los representantes de los medios de comunicación social gozan de un «derecho preferente» de acceso a la información derivado de su función constitucional de intermediación informativa (STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4), podemos hablar de «la necesidad de proteger al artista por encima de un individuo que, ocasionalmente, lleve a cabo una actividad próxima al arte» (Díez Bueso, 2024: 366). La aproximación al problema jurídico no puede ser la misma cuando quien recurre al arte es, por ejemplo, un periodista o un «jefe de opinión política del periódico» –como ocurría en la STC 1/2025–, que cuando lo hace quien cultiva alguna de las bellas artes o las nuevas formas del arte moderno. El artista es el principal actor en el aseguramiento de la libertad de expresión cultural.

No obstante lo anterior, queremos hacer una apreciación que consideramos importante: *no todo lo que hace un artista es arte* ni, en consecuencia, merece una protección constitucional más reforzada que la que reciben el resto de las libertades del artículo 20.1 CE. Si se ha defendido que la delimitación de la libertad artística debería atender, principalmente, al «plebiscito informal» de sus propios hacedores naturales –literatos, humoristas, pintores, músicos…– (Vázquez Alonso, 2023: 51–60), entendemos que la presunción que juega en favor del arte y del artista no puede concebirse sino como *iuris tantum*.

Esta cautela resulta especialmente pertinente en supuestos como el examinado en la STC 117/2025, en los que se invoca un pretendido *pacto de ficción sin ficción*. En el arte performativo, por lo general, «no existe el *pacto ficcional* entre el público y la obra (o la suspensión de incredulidad) que sí se encuentra ante la escenificación de una obra de teatro, o la proyección de una película» (Timón Herrero, 2023: 827).

Cuando arte y realidad se confunden, la interpretación favorable respecto al carácter artístico de la expresión y a la condición de artista de su autor puede desvirtuarse si se constata que se trata de *arte meramente aparente* o *simulado*. Ello ocurre, en particular, al invocarse el arte como coartada destinada a eludir la responsabilidad jurídica que puede derivarse de un discurso ofensivo o violento.

Resulta esclarecedora en dicho sentido la decisión del 20 de septiembre de 2022 del Tribunal europeo en el asunto *Jorge López c. España* (rapero del grupo *La Insurgencia*). La Corte europea estimó, al igual que habían hecho previamente los tribunales españoles, que las letras de sus canciones podían considerarse un llamamiento directo o indirecto o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Más concretamente, a través de la música, se sugería directamente a herir o matar a políticos, a jueces, a policías, a los ricos, a la familia real y a quienes se percibiera como oponentes ideológicos. Así las cosas, el TEDH consideró que las declaraciones del cantante fueron

mucho más allá de lo que podría percibirse como «canciones de protesta», como las describió el demandante, y de los límites aceptables de la crítica (§§ 17-19).

Con posterioridad, en el ya trabajado asunto *Pablo Rivadulla Duró c. España* (rapero *Pablo Hasel*), la Corte europea vuelve a avalar la sanción penal impuesta por el Estado español, en este caso por calumnias dirigidas contra el rey emérito Juan Carlos I a través de una canción. El Alto Tribunal europeo consideró relevante que el rap fuera escrito y grabado con anterioridad a su publicación en el vídeo titulado «Pablo Hasél,,,, Juan Carlos el Bobón», lo que le permitió concluir que las afirmaciones controvertidas fueron el resultado de un proceso de reflexión y elaboración (§ 47).

También resulta pertinente traer a colación la STC 35/2020, de 25 de febrero, sobre la condena por enaltecimiento al terrorismo impuesta a César Montaña Lehman, cantante y letrista de los grupos de rap-metal *Def Con Dos* y *Strawberry Hardcore*. Al basarse en este caso el castigo penal únicamente en los tuits publicados por el cantante, el juicio en sede constitucional se centró exclusivamente en evaluar la sentencia condenatoria de acuerdo con las exigencias derivadas de la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE[36].

[36] Por el contrario, la Sentencia núm. 20/2016, de 18 de julio, de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que absolvió al recurrente en amparo del delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP) por el que venía siendo acusado, declaró como hechos probados los siguientes: «César Montaña Lehman, mayor de edad y sin antecedentes penales, es cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Hardcore. Asimismo, ha publicado cinco novelas y ha desarrollado una actividad relevante en el ámbito del cine y la televisión como guionista, actor, director y productor, siendo también colaborador habitual en distintos medios de comunicación escritos y audiovisuales. Las letras de sus canciones presentan un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, recurriendo a elementos propios de los relatos de terror y acción para vehicular el mensaje subyacente. En sus manifestaciones artísticas mantiene una actitud crítica frente a la realidad social y política, procurando que el público comprenda el carácter metafórico y ficticio de sus obras, cuyo contenido de fondo es siempre pacífico y exclusivamente cultural […]».

La trayectoria artística del acusado resultó, de este modo, determinante para que la Audiencia Nacional concluyera que los mensajes difundidos («el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar… si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco», entre otros) no perseguían la defensa de los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas.

A la anterior argumentación el Tribunal Constitucional parece hacer un guiño en el fundamento jurídico 5 de la STC 35/2020. En el mismo se indica que, en casación, no se ponderó de manera suficiente la intención de los mensajes, al no prestarse la debida atención, entre otros factores, a «la trayectoria profesional como artista y personaje influyente» del recurrente de amparo.

Con todo, volviendo al supuesto examinado en la STC 1/2025 (el falso tour de la Manada), el Tribunal Constitucional toma en consideración diversos elementos que, a la luz de las circunstancias concretas, resultan determinantes para adverar la finalidad artístico-reivindicativa: en el portal web «tourlaManada.com» aparecía el logo titularidad del Gobierno de Navarra en contra de la violencia de género; el portal web permaneció activo y disponible en internet tan solo tres días; posteriormente, el contenido de la web fue eliminado y sustituido por un desmentido titulado «El día en que los medios de comunicación se retrataron a sí mismos»[37]. De este modo, la presunción va a quedar confirmada.

En suma, y a modo de cierre, en un contexto temporalmente próximo a la controversia suscitada por el libro *El odio* –al que dedicábamos las primeras líneas de nuestra investigación–, esta jurisprudencia fija criterios interpretativos decisivos para asuntos de «sustrato […] polémico y poliédrico a partes iguales» (Álvarez Rodríguez, 2025). Queda, sin embargo, mucho que concretar en un terreno inevitablemente casuístico, en el que los *supuestos-límite* seguirán poniendo a prueba la consistencia y previsibilidad de esos criterios.

IV. CONCLUSIONES

La reciente jurisprudencia constitucional sobre la libertad de creación literaria y artística ha marcado un punto de inflexión en la interpretación del artículo 20.1 b) CE. Por ello, además de las conclusiones ya expuestas a lo largo de este trabajo, queremos en estas últimas páginas apuntar algunas líneas de desarrollo futuro orientadas a reforzar la protección de la libertad de creación cultural. Las SSTC 1/2025 y 117/2025 representan, sin duda, un avance significativo, pero también dejan abiertas cuestiones que reclaman respuestas acordes con la función estructural que el arte y la cultura desempeñan en el Estado democrático. Esta exigencia interpela a los operadores

[37] El autor de la web, tras exponer la cobertura mediática que recibió su página durante esos días, afirmaba: «¿qué es verdad y qué es mentira? […] En el auge de las noticias falsas, uno de los pilares de la erosión de nuestra sociedad, los medios tienen que estar a la altura, atrapados entre su código deontológico y la necesidad de obtener *clicks* para vender publicidad en un mundo en el que la actualidad es totalitaria y el Pueblo se ha hecho con el control en volumen de los canales de comunicación a través de las redes sociales. Es la Edad de la Opinión, donde no importa qué es verdad o no: todo es cierto si hay una masa suficiente de personas dispuestas a creerlo. Y cada individuo necesita diariamente la ración de Grasa informativa para poder reforzar su visión del mundo. Nada que no supiéramos, pero que ahora ha quedado demostrado. Nada más. Gracias por llegar hasta aquí. Gracias por leer esta cínica crítica que no propone soluciones. Gracias por ser parte de esta campaña de marketing viral (¿de quién?) que hemos ideado para venderte nuestra Grasa. Gracias por creer en la contradicción. Gracias por tu *click*».

jurídicos españoles, pero también, y de forma especialmente relevante, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta del proceso de apertura interpretativa que impone el artículo 10.2 CE respecto de su jurisprudencia. En este sentido, la STC 117/2025 puede entenderse como una recepción interna de la doctrina emanada de Estrasburgo en relación con mensajes relativos a cuestiones de interés público y que forman parte del debate social, el activismo y la *performance*. Como recoge la propia resolución, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado precisiones de interés en asuntos en los que se transmiten ideas vehiculadas a partir de una creación artística». Una jurisprudencia con la que, según reconoce el propio Tribunal Constitucional, su doctrina se ha situado «en sintonía» (FJ 5).

Lo anterior nos lleva de manera inevitable a preguntarnos si desde las principales resoluciones dictadas en la materia –STC 51/2008, de 14 de abril, sobre la novela *Jardín de Villa Valeria*, de Manuel Vicent; y STC 34/2010, de 19 de julio, sobre la suspensión de la emisión del docudrama *Sin Hogar*–, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de volver a pronunciarse de manera contundente hasta 2025, o si la falta de criterios suficientemente precisos en la jurisprudencia del TEDH sobre la expresión artística ha dificultado la labor de nuestra justicia constitucional.

Así las cosas, en primer lugar, consideramos imprescindible consolidar la autonomía conceptual de la libertad de creación cultural –literaria y artística– frente a las libertades de expresión e información. Como se ha intentado demostrar en este trabajo, el arte no puede quedar subordinado a categorías discursivas y racionales que no responden a su lógica propia. La protección reforzada de la creación artística no debe depender exclusivamente de que la obra vehicule un mensaje político o social reconocible.

Resulta necesario, en este sentido, superar la tendencia que Valero Heredia (2023: 349–351) identifica en su excelente análisis sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y la consideración del discurso artístico pornográfico como *low-value speech*. Conforme a dicha lógica, se habría privilegiado la protección del discurso que apela al intelecto o a la razón, frente a aquel que busca estimular una dimensión no racional o no cognitiva del individuo, a través de sus pasiones o emociones. El valor constitucional del arte trasciende su utilidad comunicativa. Enriquece el pluralismo cultural, contribuye al desarrollo de la personalidad y constituye un ámbito esencial para la construcción de una sociedad libre y plural. Esta autonomía debe traducirse en criterios interpretativos específicos que atiendan a la naturaleza simbólica, metafórica y ficcional de la creación artística.

En segundo término, creemos necesario profundizar en la articulación entre libertad de creación y cultura como garantía institucional. Como tempranamente afirmó el Tribunal Constitucional, «allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural» (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6). Si las

libertades reconocidas en el artículo 20.1 b) CE contribuyen a garantizar la cultura, esta función debe traducirse en consecuencias jurídicas concretas. Al menos, en dos planos.

El primer plano es negativo o defensivo. Los poderes públicos deben abstenerse de interferir indebidamente en el proceso creativo. En esta línea, proponemos una pauta de enjuiciamiento diferenciada. Si, en el ámbito de la libertad de información, la pregunta decisiva es si la información que se ha dado a conocer es veraz; y si, en el ámbito de la libertad de expresión, debe valorarse si las opiniones resultan ofensivas por sí mismas y si contribuyen a la formación de una opinión pública libre; cuando se trata de libertad de creación artística, la cuestión central debería ser otra: *si del discurso artístico se desprende interés cultural*. Si la respuesta es negativa, se abren dos posibles escenarios: bien someter el discurso a los cánones propios de los artículos 20.1 a) o 20.1 d) CE; bien entender que, aun entrando formalmente en el ámbito del artículo 20.1 b) CE, puede prevalecer el derecho o interés constitucional contrapuesto.

El segundo plano es positivo. Los poderes públicos deben asumir deberes de promoción de la diversidad cultural y garantía de acceso de la ciudadanía a la producción artística y literaria. Esta parcela se proyecta sobre las políticas públicas de fomento, el apoyo a la creación y la preservación del patrimonio cultural. Se aprecia así la necesaria conexión entre los derechos de libertad reconocidos en el artículo 20.1 b) CE y los mandatos prestacionales vinculados a la cultura, principalmente recogidos en el artículo 44.1 CE.

En tercer lugar, la definición de los límites de la libertad de creación exige criterios claros y previsibles que permitan llevar a cabo adecuadamente su ponderación con los derechos con los que pueda entrar en conflicto. Los indicios de referencialidad propuestos por la STC 1/2025 constituyen un instrumento útil para determinar cuándo nos encontramos verdaderamente ante una colisión entre los derechos de la personalidad y la libertad de creación. A esos indicios que permiten determinar si una persona real ha sido incorporada, sin su consentimiento, a alguno de los personajes de una obra, cabría añadir, en nuestra opinión, la técnica de *la generalización o tipificación del personaje*. Se trataría de comprobar si su descripción responde a un arquetipo reconocible, y no a una individualización singular. También resultaría relevante la posibilidad de *sustitución del referente*, apreciable cuando el público puede reemplazar mentalmente a la persona eventualmente aludida por otra distinta sin que el sentido de la obra se vea alterado. En cualquier caso, todos los indicios deben aplicarse desde una presunción favorable al arte.

Asimismo, la valoración de la intención del creador y del contexto expresivo –como establece la STC 117/2025– debe convertirse en *un juicio preceptivo* que evite la aplicación mecánica de tipos penales o responsabilidades civiles sin consideración de la naturaleza artística de la expresión. Lo determinante es que

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 259-300
https://doi.org/10.18543/ed.3581 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

el contexto de la obra y su resultado final permitan apreciar que nos hallamos ante el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, teniendo en cuenta, para ello, las especificidades propias de la creación artística.

En cuarto término, la protección de la libertad de creación debe extenderse también a los nuevos formatos y manifestaciones del arte contemporáneo. La *performance*, el arte digital y otras formas de expresión cultural emergentes merecen la misma tutela que las expresiones artísticas tradicionales. Los tribunales deben estar preparados para reconocer el carácter artístico de manifestaciones que desafían los cánones establecidos, aplicando un criterio *in dubio pro artifice* (en caso de duda, debe optarse por la solución más favorable al artista) que respete la evolución constante del fenómeno cultural.

Con todo, la protección constitucional de la libertad de creación exige avanzar hacia mayores niveles de seguridad jurídica. Se trata, en definitiva, de culminar, de una vez por todas, el primer paso dado por el constituyente español en 1978, al reconocer de forma autónoma las libertades creativas en el artículo 20.1 b) CE. Esta tarea, pese a su complejidad, no puede seguir aplazándose. Aunque la doctrina constitucional de 2025 permite ya formular algunas hipótesis, su consolidación exige todavía mayor precisión, al menos, en torno a cuatro cuestiones: qué criterios jurídicos permiten determinar cuándo una obra merece ser considerada artística; qué sujetos gozan de la presunción favorable al arte y si esta opera con la misma intensidad respecto de todos los ciudadanos o de forma reforzada respecto de quienes actúan como artistas o creadores; qué licencias creativas permiten atenuar, en su caso, la ofensividad de determinados discursos artísticos; y cuál es el nivel de protección aplicable a la libertad de creación artística, esto es, si coincide con el de la libertad de expresión, si merece una protección superior o *superpreferente*, y en qué supuestos puede apreciarse.

V. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Rodríguez, Ignacio. 2025. «La libertad artística ampara al creador del falso Tour de La Manada. Apuntes en torno a la STC 117/2025, de 13 de mayo», *Diario LA LEY,* n.º 10770: 1–8.

Antonino de la Cámara, Mar. 2021. «La cultura en tres jurisdicciones europeas: excepción, derecho y garantía institucional». En *Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Internacional: sinergias contemporáneas*, coord. Nuria Saura i Freixes, 349–367. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

—— 2025. «Pluralismo y derecho a participar en la vida cultural: una interpretación deliberativa del artículo 44.1 CE». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 56 (monográfico dedicado a los derechos y nuevas realidades): 529–558.

Bueno Biot, Álvaro. 2026. «La nueva doctrina constitucional sobre el reportaje neutral respecto de la publicación de noticias procedentes de agencias de informa-

ción: un análisis a raíz de la STC 62/2025, de 11 de marzo». *Derecho Privado y Constitución*, n.º 48: 93–132.

Cidoncha Martín, Antonio. 2009. «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 23: 149–188.

De Verda y Beamonte, José Ramón. 2011. «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad». *Derecho Privado y Constitución*, n.º 25: 137–174.

Desdentado Daroca, Eva. 2023. «La cultura en la Constitución: valores, principios, derechos y distribución competencial. La organización administrativa para la cultura. La posición de las ICC en sus relaciones con la Administración». En *El marco legal de la cultura y la creación artística. Un estudio interdisciplinar*, coordinado por Eva Desdentado Daroca, 45–68. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez Bueso, Laura. 2023. «Libertad de expresión y de creación artística en Estados Unidos y Europa: límites y censuras». En *Libertad, arte y cultura: Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 123–163. Madrid: Marcial Pons.

—— 2024. «La libertad de creación artística en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿un derecho autónomo con un régimen jurídico propio?». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53: 349–369.

Flores Giménez, Fernando. 2025. «Leer como derecho humano (una primera aproximación)». *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n.º 52: 43–77.

Gómez Sánchez, Yolanda. 2020. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*. 5.ª ed. Madrid: Sanz y Torres.

González-Hernández, Esther. 2024. «Moda, imagen y Derecho en España: protección constitucional, retos y futuro». *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. Ensayos,* n.º 217: 169–189.

—— 2025. «El derecho a la libre producción y creación artística del 20.1, B) CE/78: empezando por el final para comenzar por el principio», en *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo. Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez*, coord. por Francisco Balaguer Callejón, Carlos Vidal Prado y Cristina Elías Méndez, 513–533. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Grimalt Servera, Pedro. 2011. «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)». *Derecho Privado y Constitución,* n.º 25: 97–136.

Lucas Verdú, Pablo. 2009. «Sobre los valores». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23: 117–132.

Montilla Martos, José Antonio. 2021. «La libertad de expresión». En *Manual de Derecho Constitucional. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, volumen II, coordinado por Francisco Balaguer Callejón, 237–270. 16.ª ed. Madrid: Tecnos.

Polacchini, Francesca. 2018. *La libertà di espressione artistica. Limiti giuridici e politically correct*. Prima parte. Bologna: Paolo Emilio Persiani.

Prieto de Pedro, Jesús José. 2023. «La creación jurídica de la libertad de creación artística». En *Libertad, arte y cultura: Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 49–88. Madrid: Marcial Pons.

Rufo Rubio, Irene. 2025. «Entre la rima y la ofensa. Reflexiones sobre la protección penal de la Corona y la libertad de expresión artística». En *El estatuto jurídico privado y penal de la Jefatura del Estado en la Monarquía Parlamentaria Española*, coordinado por Cristina Cazorla González y José Ancor Viera González, dirigido por Juan Ramón Rodríguez-Drincourt Álvarez y Dulce María Santana Vega, 279–310. Valencia: Tirant Monografías.

Serra Cristóbal, Rosario. 2023. «Noticias falsas (fake news) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo». *Revista de Derecho Político*, n.º 116: 13–46.

Solozábal Echavarría, Juan José. 1991. «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». *Revista de Estudios Políticos,* n.º 71 (enero–marzo): 87–109.

Tajadura Tejada, Javier. 1997. «La Constitución cultural». *Revista de Derecho Político,* n.º 43: 99–134.

—— 2019. «Estado y derechos fundamentales: reflexiones en el cuadragésimo aniversario de la Constitución de 1978». *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales* 9, n.º 1: 69–82.

Teruel Lozano, Germán. 2025. «El caso de "El odio": libertad, censura y protección de las víctimas». *Letras Libres*, 24 de marzo de 2025. Consultado el 14 de octubre de 2025. https://letraslibres.com/politica/el-caso-de-el-odio-libertad-censura-y-proteccion-de-las-victimas/24/03/2025/

Timón Herrero, Marta. 2023. «A vueltas con la *performance*: la insuficiencia del elemento ficcional en la jurisprudencia». En *Libertad, arte y cultura: Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 811–841. Madrid: Marcial Pons.

Urías Martínez, Joaquín. 2020. «La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 46: 343–370.

Valero Heredia, Ana. 2023. «Sexo, arte y pornografía». En *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, coordinado por Jesús José Prieto de Pedro, Roger Dedeu Pastor y María Lorenzo Moles, 343–372. Madrid: Marcial Pons.

Vázquez Alonso, Víctor Javier. 2023. *La libertad del artista: censuras, límites y cancelaciones*. Sevilla: Athenaica Ediciones.

Vera Santos, José Manuel. 2025. «Libertad de información veraz y manipulación algorítmica». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 120: 85–129.

Villaverde Menéndez, Ignacio. 2012a. «Los límites a los derechos fundamentales». En *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 120–150. Madrid: Tecnos.

—— 2012b. «Objeto y contenido de los derechos fundamentales». En *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 103–119. Madrid: Tecnos.
—— 2019. «Encuesta sobre la libertad de expresión». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 44: 13–73.

CONSTITUCIONALIZAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Constitutionalising Artificial Intelligence

Juan Francisco Sánchez Barrilao[1]
Catedrático de Universidad de Derecho Constitucional
Universidad de Granada, España
https://orcid.org/0000-0002-0075-0923

https://doi.org/10.18543/ed.3582

Fecha de recepción: 18.11.2025
Fecha de aceptación: 02.02.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

Este trabajo tiene por objeto la necesidad de integrar la inteligencia artificial en el Derecho constitucional mediante su constitucionalización. Al respecto se analizan, primeramente, las distintas dimensiones que presenta la inteligencia artificial, para luego concretar cómo aquéllas inciden material, formal y contextualmente en el Derecho constitucional. A continuación se analiza la doble consideración de la inteligencia artificial como instrumento y factor de poder, y a su amparo los nuevos paradigmas desde los que afrontar constitucionalmente la inteligencia artificial. Por último se presenta una potencial propuesta de constitucionalización de la inteligencia artificial.

Palabras clave

Inteligencia artificial, Constitución, reforma constitucional, limitación del poder

[1] Email: juanfco@ugr.es

Abstract

This work addresses the need to integrate artificial intelligence into constitutional law through its constitutionalisation. In this regard, it first analyses the different dimensions of artificial intelligence and then specifies how these dimensions affect constitutional law in material, formal and contextual terms. Next, it analyses the dual consideration of artificial intelligence as an instrument and a factor of power, and under its auspices, the new paradigms from which to constitutionally address artificial intelligence. Finally, it presents a potential proposal for the constitutionalisation of artificial intelligence.

Keywords

Artificial intelligence, Constitution, constitutional reform, limitation of power

Sumario: I. Introducción: inteligencia artificial y Derecho constitucional. II. Dimensiones de la inteligencia artificial. III. Incidencias materiales, formales y contextuales de la inteligencia artificial en el sistema constitucional. IV. La inteligencia artificial como *instrumento* y *factor de poder*. V. Nuevo paradigma constitucional ante la inteligencia artificial. VI. La constitucionalización de la inteligencia artificial. VII. Consideraciones finales. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL[2]

La inteligencia artificial (en adelante IA) está en todas partes; casi cualquier cosa parece ser mejor si es con IA, o se ha hecho mediante ésta. Y al hilo de ello que, desde hace algún tiempo, se advierta un boom de la IA, incluso una burbuja (Nvidia, Palantir, etc.)[3]. Con todo, su incidencia seguirá aumentando aún más en el futuro, al amparo del progreso y de los nuevos avances en IA que están por venir (significativamente, Ray Kurzweil, 2012); sólo estamos en los primeros pasos de la IA (de interés, Nasser, 2024: 7-18).

A tenor de las graves consecuencias que la IA comporta para la entera realidad, es inevitable que también incida muy intensamente a nivel jurídico. Y a su sombra que la IA asimismo esté cada vez más presente en los estudios científico-jurídicos (a modo de muestra, *vid.*: Campione, 2020; Hoffmann-Riem, 2022; Muñoz Vela, 2022; Llano Alonso, 2024; y Solar Cayón, 2025), pudiéndose hablar ya (e igualmente) de un boom al respecto, y hasta de cierta burbuja. No en vano, en dicha literatura jurídica se advierte, en más de un

[2] Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el *III Congreso Internacional Perspectivas constitucionales de la regulación de la Inteligencia Artificial* en relación a "La IA como objeto constitucional: concepto y régimen constitucional de la IA", celebrado en Madrid los días 23 y 24 de enero de 2025 (Centro de Investigación de Derecho Constitucional Peter Häberle de la UNED); también algunas de sus ideas se presentaron en el Curso Extraordinario (Universidad de Zaragoza) que sobre *Digitalización, Inteligencia Artificial y fuentes del Derecho* se llevó a cabo en Jaca los días 2 y 3 de julio de 2025, y en torno al tema "Inteligencia Artificial, fuentes del Derecho y Constitución". Ulteriormente, fue terminado ya en el marco del Proyecto "Inteligencia artificial y fuentes del Derecho" (PID2024-161955OB-I00). También quisiera agradecer los comentarios que mis compañeros Guillén López y Azpitarte Sánchez han hecho al borrador de estas páginas, viniendo a enriquecerlas.

[3] *Cfr.* https://forbes.es/actualidad/785916/por-que-las-acciones-de-ia-estan-provocando-en-algunos-inversores-una-sensacion-de-deja-vu-con-respecto-a-la-burbuja-puntocom/ (01/09/2025).

caso, alguna reiteración sobre la condición disruptiva de la IA frente al Derecho y la necesidad de buscar nuevos paradigmas al respecto, mas sin discurrir luego, precisamente, sobre ello; o lo que es lo mismo, en cuáles puedan ser dichas nuevas bases dogmáticas sobre las que avanzar jurídicamente ante la incidencia de la IA en el Derecho.

Esto resulta particularmente relevante en el Derecho constitucional, dado que especialmente afectado por la IA. Piénsese no sólo en la incidencia de la misma hoy en los derechos fundamentales y en los procesos democráticos (*ad e.*, D'Aloia, 2025: 101-114), sino en los propios presupuestos sobre los que el Derecho constitucional aún se erige (Balaguer Callejón, 2024a: 49-82). Pero todo esto, además, cuando el Derecho constitucional se encuentra en crisis desde hace tiempo: recuérdese que el modelo de Constitución normativa, sobre el que todavía gira aquél, se desarrolló tras la IIWW al servicio de la democracia pluralista, los derechos fundamentales y el Estado social, y cómo este modelo entró hace años en recesión a la vista de la globalización al venir ésta a limitar y afectar negativamente en su efectiva capacidad jurídica de ordenación sobre la realidad pública (*vid*. Sánchez Barrilao, 2004: 241 ss.); a lo anterior, a su vez, se le añade de manera más reciente el auge de los extremismos y la crisis medioambiental, agravándose la anterior crisis (*cfr.* Sánchez Barrilao, 2020a: 181 ss.). Ciertamente, aunque éstos son fenómenos diversos, entran en relación entre sí, a la par que con el propio progreso digital y la misma IA, lo que acaba por generar una retroalimentación mutua (con carácter general, nuevamente Sánchez Barrilao, 2024a: 119 ss.).

Ante lo referido proponemos profundizar entonces no ya sobre cómo esté la IA incidiendo hoy en el sistema constitucional (sin perjuicio de que se tenga en cuenta, claro), *sino en la necesidad de integrar definitivamente la IA en el Derecho constitucional*: en una palabra, *en constitucionalizarla*. A tales efectos proponemos aproximarnos, primeramente, a las distintas dimensiones que presenta la IA, para luego detenernos en cómo aquéllas inciden material, formal y contextualmente en el Derecho constitucional; y a continuación, en la doble consideración de la IA como *instrumento* y *factor de poder*, o lo que es igual en las diversas vertientes que al respecto de ésta cabe observar, con la expectativa de alcanzar nuevas vías de interés no sólo para el análisis constitucional de la IA, sino en sus potenciales respuestas ante ella. Es a su luz cuando veremos luego qué nuevos paradigmas quepan abrirse al Derecho constitucional, para finalmente presentar, ahora sí (y al amparo de dichos paradigmas), una potencial propuesta de constitucionalización de la IA (aunque orientada no tanto a concretos contenidos materiales, adelantamos, sino simplemente a cómo debería plantearse aquélla).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

II. DIMENSIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Cuando el Derecho, en general, y el Derecho constitucional, en particular, pretenden centrar su atención sobre algo (a tenor de su transcendencia jurídica), resulta necesario conceptualizar, o al menos delimitar, previa y jurídicamente tal cuestión; sin embargo ello no obvia su oportuna precomprensión desde su primigenia realidad y condición, como así sucede con relación a la IA y su originario carácter científico-tecnológico, por más que luego tal concepto jurídico resulte autónomo (acerca de cómo progresar, aun de manera crítica, al respecto de un concepto constitucional de IA, Bustos Gisbert, 2024: 146 ss.).

En este sentido, desde las matemáticas y las ciencias de la computación o informática se viene buscando, desde hace décadas, *la imitación mediante algoritmos digitalizados de capacidades y facultades humanas*, como son la creatividad, el aprendizaje, el entendimiento, la sensibilidad, la percepción y/o el lenguaje (*vid.* Russell y Norvig, 2022); e incluso, y desde una visión más abierta, *que lo anterior también alcance la propia naturaleza y su funcionamiento*, de modo que la IA asimismo abarque tal realidad (*cfr.* Ciruela Martín, 2008: 81-83.). Ahora bien, desde esta perspectiva no se decanta un auténtico concepto de la IA, al margen de introducir su denominación y un campo nuevo de investigación o disciplina; lo más, se llega a una idea genérica y aproximada sobre la que progresar a nivel científico e informático. Y es que, más que buscarse una definición de qué sea la IA desde la literatura científica y tecnológica, lo que se ha procurado es delimitar un campo científico-tecnológico de investigación.

Con todo, al hilo de lo anterior es que se advierta una actividad humana en pos de dicha búsqueda de emulación artificial de facultades; y una actividad que, en cuanto que de índole científico-tecnológica (no se olvide), resulta encuadrable jurídico-constitucionalmente como manifestación de la libertad pública a la producción y creación científica y técnica (art. 20.1.b CE) (*ad e.*, Fernández de Gatta Sánchez, 2018)[4]. De este modo *la IA nos presenta una primera dimensión jurídica, cual es la de un derecho fundamental* (o derecho humano, conforme arts. 27.1 y 2 DUDH, y 15.1.c y 3 PIESC) esencial para la persona (su dignidad y su desarrollo), y, consiguientemente, requirente de oportuna protección por el Derecho. Otra cosa es, no obstante, que tal actividad se vea, a la postre, altamente condicionada por su elevado coste económico y de la necesidad de fuentes de una financiación preponderadamente privada (dadas las limitaciones hoy de la financiación pública de la actividad científico-tecnológica en razón a sus altísimos costes; Sánchez Barrilao,

[4] También de interés, *vid.*: Rodríguez-Drincourt Álvarez, 2005: 709 ss.; Chueca Rodríguez, 2008; y Gómez Sánchez, 2009: 489 ss.

2017: 344), de manera que acabe conectándose al tiempo y simbióticamente (hibridándose, incluso) con la libertad de empresa, por lo demás, otro derecho fundamental (art. 38 CE).

Por otra parte está también *la consideración de la IA como objeto y producto de la anterior actividad científico-tecnológica*. Más allá de la distinción actual entre IA *específica* o *débil* (como de sus tipos actuales) y la cada vez más próxima *general* o *fuerte* (Kurzweil, 2025), han ido apareciendo diversos conceptos de la misma fuera del propio ámbito tecnológico, pero entroncado con áreas en las que la IA comenzaba a incidir, como es el caso, primeramente, de la economía y el comercio; en este sentido destaca la OCDE y sus *Principios sobre Inteligencia Artificial* (de mayo de 2019), y en los que por aquélla vino a entenderse como un sistema basado en una máquina capaz de hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, respecto a ciertos objetivos definidos por los humanos[5].

En el ámbito del Derecho, y al tiempo, han comenzado asimismo a aparecer conceptos jurídicos sobre la IA. Es el caso del que ofreciera la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial* (de noviembre de 2021), en tanto que «tecnologías de procesamiento de la información que integran modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtuales» (art. 2.a). O en el ámbito europeo, el que ofrece el reciente Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, al referirse a la IA como un sistema basado en una máquina que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de datos que recibe, predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que puedan influir en entornos físicos o virtuales (art. 2) (en torno a éste, *vid.* Presno Linera, M.Á. y Meuwese, 2024: 142 ss.); o los que también están surgiendo al hilo de los incipientes procesos regulatorios que van abriéndose paso al respecto de la IA, como es el que ofrece ahora el Reglamento de Inteligencia Artificial (2024/1689 del

[5] Tales *Principios sobre Inteligencia Artificial* han sido actualizados en diversas ocasiones, destacando la última de mayo de 2024 (en especial a la vista de los progresos dados en IA durante los años previos). En virtud de ésta se entiende por sistema de IA como «un sistema basado en máquinas que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de los datos de entrada que recibe, cómo generar información de salida como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos reales o virtuales. Una vez implementados, los distintos sistemas de IA presentan diversos niveles de autonomía y varían en su capacidad de adaptación».

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024; en adelante RIA), al considerar la IA como aquel:

> «[…] sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales» (art. 3.1 RIA) (en particular, Cotino Hueso, 2024: 113-121).

Sin perjuicio del gran interés que suscitan los anteriores conceptos jurídicos de la IA, consideramos oportuno reflexionar sobre un concepto en Derecho de la IA más abstracto, teórico y dogmático; y ello, dadas las concretas finalidades normativas a las que los otros sirven, como al tipo de IA predominante al momento que pretenden regular y de sus posibles aplicaciones. Es así que, a los anteriores efectos, consideremos adecuado, y especialmente en relación al Derecho constitucional, una aproximación que sea sencilla, abierta y apta para cubrir cualquier manifestación de la IA, a la vez que pueda ir adaptándose mejor a nuevos cambios[6] ; y que entendamos por IA, simplemente, como *aquel proceso informático* (como software o sistema de software) *capaz de aprender e inferir capacidad con la que evaluar información con cierta autonomía*[7]. Y es que, a diferencia de otros programas informáticos, las IAs no se limitan a ejecutar órdenes diseñadas por algoritmos y en los que la solución es única tras un mero procesamiento de datos, como son los sistemas informáticos automatizados (García Majado, 2025: 147 ss.). En la IA, en cambio, y previo aprendizaje y entrenamiento con datos expresamente aportados a tales efectos, se infiere capacidades de evaluación y se examina información, para a partir de

[6] Tal elemento de *adaptación* también aparece en la actualización de 2024 de los referidos *Principios sobre Inteligencia Artificial* de la OCDE.

[7] No en vano, cualquier IA acaba por evaluar información sin perjuicio del proceso de aprendizaje y razonamiento que la guíe (*Machine Learning* o *Deep Learning*), de cómo obtenga la información (pues esta puede ser suministrada por una persona, o ser obtenida automáticamente), de qué pase luego con ello (dado que la evaluación puede limitarse a una valoración o bien dar lugar a concretas decisiones), de si el proceso es singular o compuesto por varias (formando sistemas complejos de IA), de si ella se incorpora o no a una máquina con cierta autonomía (cómo no, un robot), o, e incluso, de si es capaz de abstraer y crear a partir de dicha evaluación de información (música, sin ir más lejos, o pintura). Así tan IA es hoy el personaje secundario que acompaña al avatar del jugador de no pocos videojuegos, como un coche de conducción autónoma de nivel 5, un asistente digital en el hogar o en el móvil, o un software capaz de detectar un cáncer de piel a partir de una foto de un lunar, predecir una situación de riesgo o peligro, o de crear, incluso, una imagen a modo de cuadro en NFT; y ello, con cierta capacidad propia y autónoma de funcionamiento, tal como destaca Barrio Andrés, 2022: 9.

ello construir o procesar de manera artificial y autónoma una respuesta apropiada a algo[8]. De ahí, precisamente, buena parte de la condición disruptiva de la IA para el Derecho, al permitir la primera evaluaciones que inciden directa o indirectamente en el ámbito jurídico no sólo con cierta autonomía de la intervención humana, sino, e incluso, más allá de su propio control y dirección. Por eso es tan importante ser capaces de fiscalizar adecuadamente el diseño, la programación, los datos y el proceso de entrenamiento de una IA, además de explicar el funcionamiento lógico que ha tenido luego el software de ésta; y no únicamente a efectos de dilucidar responsabilidades, en su caso (lo que por sí es muy relevante jurídicamente), sino simplemente para poder conocer cómo efectivamente funciona una IA, y esto ante la dificultad que se viene advirtiendo en no pocos casos a la vista de la conocida como *black box* (*ad e.*, Tejero, 2022: 91 ss.). Esto supone, según se ha adelantado, uno de los cambios más importantes del Derecho, en general, y del Derecho constitucional, en particular[9]; y por esta razón se debe poder estar en disposición de explicar, en principio, cómo razonan las IAs especialmente cuando tengan consecuencias jurídicas, y muy especialmente cuando su funcionamiento y lógica sean parte de una actividad pública pues ésta queda, con carácter abstracto (no se olvide), sujeta a Derecho y bajo control jurisdiccional (sin más, arts. 9.3, 24.1, 103.1 y 106.1 CE) (*vid.* Jiménez López, 2022: 41 ss.)[10].

[8] Decimos *apropiada*, por cuanto que, en caso contrario, el de respuesta inapropiada o inadecuada, no tiene por qué suponer un mal funcionamiento o diseño de la IA. Piénsese en una IA programada para jugar al ajedrez, pues puede perder una partida aun habiéndola jugado bien; otra cosa es que se advierta un problema de programación del algoritmo, de entrenamiento o de los datos con los que esta hubiera aprendido, y entonces que sí se pueda hablar de un mal funcionamiento por un mal diseño; como también es distinto que el algoritmo directamente haya sido diseñado para un fin espurio (recuérdese el escándalo de la *Cambridge Analytica*), y éste al tiempo produzca un daño, pero precisamente porque funciona correctamente (es decir, conforme a lo que había sido diseñado). No en vano, el algoritmo, como expresión matemática que es, y de estar bien formulado y entrenado (claro), nunca puede errar, y más cuando el resultado siempre es expresión y estimación, a su vez, de probabilidades estadísticas. Y es que estamos en el campo de la ciencias y la tecnología (que no del Derecho), y en éste es que las respuestas (salvo en el caso de las leyes naturales) se expresen porcentualmente; sobre el diverso lenguaje de la Ciencia y el Derecho en tal sentido, *vid.* Esteve Pardo, 2015: 33 ss.

[9] Y es que con la IA estamos ante auténticos procesos autónomos de evaluación de información que finalmente pueden incidir en situaciones y bienes de tanto interés constitucional como son los derechos fundamentales, y ello rompiendo, además, con la cadena jurídica causa-efecto que ha de darse siempre entre toda acción pública o privada y su consecuencia jurídica al concebirse aquélla técnica y potencialmente autónoma a la intervención y al control humano. *Cfr.* Goñi Huarte, 2022.

[10] Y así, finalmente, que la aceptación y la viabilidad jurídica de la IA al respecto de su utilización por los poderes públicos dependa, en principio (nuevamente), de su poten-

Con todo adviértase que, aun respondiendo tal aproximación de la IA a los elementos básicos de los otros conceptos presentados antes, en especial al respecto del RIA, el concepto que acabamos de exponer no reconoce todas las características que están presentes en aquél, como es, concretamente, la adaptabilidad que éste expresa a fin de que la IA pueda ir, por sí, mejorando su funcionamiento (nuevamente art. 3.1 RIA)[11]; y esto por más que tal característica parezca haberse visto al tiempo rebajada por la propia Comisión Europea a la luz de las Directrices que ésta ha publicado (el 6 de febrero de 2025) para preservar que la aplicación y el desarrollo normativo que se haga del RIA respete, efectivamente, el concepto de IA ofrecido por él[12].

cial *explicabilidad* (o lo que es igual, de si es o no una IA explicable en tanto que comprensible en su funcionamiento concreto), además del grado de transparencia que ofrezca el propio sector público sobre las IAs que utilice (Cotino Hueso, 2022: 25 ss.; también, *vid.* Boix Palop, 2022: 90 ss.). Sería, por tanto, una exigencia del propio Estado constitucional de Derecho (Greenstein, 2022: 291 ss.); incluso, de un derecho se llega a hablar en relación a la *explicabilidad* (así, Atkinson *et al.*, 2020: 2). Por cierto, la reciente Sentencia 1119/2025 el 11 de septiembre de 2025 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Supremo, resolviendo el recurso de casación 7878/2024, ha zanjado la controversia sobre la obligación de la Administración del Estado de facilitar a una fundación privada el acceso al código fuente de la aplicación informática BOSCO del Ministerio para la Transición Ecológica y con la que las comercializadoras eléctricas comprueba automáticamente si se cumplen los requisitos para recibir el bono social eléctrico. No obstante, que una explicabilidad total de la IA pueda llegar a condicionar su autorización, aun siendo jurídicamente deseable (conforme lo referido arriba), bien podría limitar el uso de IAs particularmente beneficiosas para las personas (como pueden ser las biosanitarias); de ahí, entendemos, que no resulte adecuada una respuesta absoluta al respecto, debiéndose estar a las distintas IAs y sus utilidades (en particular cuando aquéllas supongan riesgos ciertos para la personas, así como cuando, y según lo adelantado, se integren en procesos decisorios de carácter público).

[11] Por adaptabilidad de la IA cabe entender (y conforme a los referidos *Principios* de la OCDE): «la capacidad de mejorar el rendimiento aprendiendo de la experiencia, es decir, la capacidad de seguir evolucionando tras su desarrollo inicial, modificando "su comportamiento a través de la interacción directa con la entrada y los datos antes o después de su despliegue"» (Hernández Ramos, 2025: 18).

[12] Es así que tales Directrices sobre la Definición de Sistema de IA, y aun careciendo formalmente de carácter vinculante, consideren únicamente como IA, a los efectos del RIA (en particular para su desarrollo por particulares), aquellos sistemas que: estén basados en máquinas; presenten cierta autonomía en su funcionamiento; respondan a objetivos concretos (aun cuando puedan ser implícitos); generen inferencias con las que generar resultados; sus resultados puedan llegar a influir en entornos físicos o virtuales; y muestren adaptabilidad o capacidad de autoaprendizaje mientras está en uso, aunque se aclara que no es una condición imprescindible para todas las IAs. Aunque son unos criterios muy básicos, además de fácilmente deducibles del concepto que de la IA hace el propio RIA (nuevamente art. 3.1), y al margen de la interpretación a la que al final pueda llegar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, lo cierto es que la directriz relativa

Pero la IA puede considerarse mucho más, entendiéndose entonces de una forma abierta, compleja y hasta institucionalizada. En este sentido, y siguiendo a Crawford, cabe comprender por IA toda «*una serie de prácticas técnicas y sociales*»; es, incluso, «*instituciones e infraestructuras, política y cultura*» (Crawford, 2023: 29)[13]. De este modo por IA no se va a comprender sólo una tecnología y su producto, sino todo aquello que resulte esencial o entre en estrecha relación con ella, y así que cuando se hable de la IA se acabe haciendo referencia también: al complejo empresarial que viene desarrollando la IA durante estas últimas décadas (principalmente en el caso de Occidente, y sin perjuicio de su apoyo público desde ámbitos como seguridad y defensa), como al mercado que en torno a ella surge; al conjunto de recursos necesarios para su progreso (en especial los mineros), como al contexto geopolítico del que dependen; a los millones de datos que alimentan la IA (en particular los humanos), como a la forma en que se obtienen y se etiquetan; al propio hardware del que depende la IA, como a su progreso y nuevos desarrollos; a la energía que consume la IA, como su repercusión luego en el medioambiente y en el cambio climático; a la instrumentalización de la IA por los Poderes públicos y privados, como a sus consecuencias en los derechos y las libertades; y al impacto de la IA en el sistema económico y en el mercado laboral, como a los cambios sociales que ello ya está originando (Crawford, 2023: *in toto*). Precisamente esta tercera dimensión de la IA entronca con su condición de *factor de poder*, de la que más adelante vamos a hablar.

III. INCIDENCIAS MATERIALES, FORMALES Y CONTEXTUALES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

A la sombra de lo anterior se advierte una compleja e intensa incidencia de la IA en nuestros sistemas constitucionales, con ulteriores consecuencias sobre los mismos, y por tanto que sean múltiples las cuestiones que al respecto se están originando. Sin embargo consideramos adecuado no progresar directamente de este modo, sino, y a la vista de los años de experiencia que

a la adaptabilidad de la IA puede generar en el futuro algún problema, por cuanto que el RIA expresamente incide en tal característica, mientras que la Comisión abre la puerta a cierta disponibilidad de la misma. Lo cierto es que no se entiende bien, pues el concepto de la IA en el RIA tiene como fin, precisamente, dejar fuera del ámbito regulatorio del RIA manifestaciones menos desarrolladas de la IA; una finalidad que, sin embargo, no entendemos tan relevante a efectos de su articulación en el Derecho constitucional, por cuanto que excluyente de sistemas informáticos no automatizados y que, sin embargo (y de hace tiempo) vienen siendo objeto de atención constitucional en razón a su incidencia para el mismo, como es p.e. el sistema Viogén (*cfr.* nuevamente Majado, 2025: 64 ss.).

[13] La cursiva es nuestra.

ya contamos en relación al análisis del impacto de la IA en el Derecho constitucional, partir de cómo se está produciendo dicha incidencia.

Primeramente, y de una manera evidente (según se ha adelantado), *se constata el impacto sustantivo de la IA en los derechos fundamentales* (entre otros: Valls Prieto, 2021; Presno Linera, 2022a; Rebollo Delgado, 2023; Pérez-Ugena, 2024: 307 ss.; y Al Hasani Maturano, 2024), como, e incluso, *en los procesos democráticos* (así, Innerarity, 2020: 87 ss.; Montilla Martos, 2023: 34 ss.; Galindo Vacha, 2025: 159 ss.; Rubio Núñez, 2025: 65 ss.; y Sánchez Barrilao, 2025a); y ello desde una perspectiva material, a tenor de cómo la IA acaba incidiendo en el contenido constitucional de dichas cuestiones. Pero no es sólo que la IA afecte negativamente los derechos y la Democracia, en tanto que su uso los contradiga (vulnerándose así la Constitución), sino que se está ya iniciando procesos de transformación objetiva de los mismos, de modo que ciertos derechos y procesos democráticos quepan entenderse constitucionalmente de manera diversa a como hasta hace poco se estaban concibiendo. De esta forma, y respecto a lo primero, estaría, por ejemplo, el uso de IAs con sesgos en relación a las personas, y dando lugar, consecuentemente, a tratos discriminatorios de unas en relación a otras (*ad e.*, Ferrante, 2021: 27 ss.; Cotino Hueso, 2023: 260 ss.; y Belloso Martín, 2022: 45 ss.); o también, y nuevamente como mero ejemplo, la utilización de IAs capaces de identificar biométricamente a personas en lugares públicos (como reuniones o manifestaciones) a fin de, y bajo la amenaza de sanción o castigo, generar desánimo o desaliento político en la ciudadanía, de forma que las personas no participen en ciertas reuniones o manifestaciones (*ad e.*, Escajedo San Epifanio, 2024: 183 ss.; y Sánchez Barrilao, 2025b: 527 ss.). Y en cuanto a lo segundo (la mera y referida transformación objetiva de los derechos), estaría ahora la incidencia taimada de la IA en nuestra propia *psique*, y al hilo de ello en la conformación de la conciencia, de la voluntad y en el ejercicio incluso de derechos, como los de opinión y participación política (entre otros, vid.: Suárez, 2023; y Beltrán de Heredia Ruiz, 2023. Asimismo de interés, aunque desde la dimensión del crédito social, Arjona Sánchez, 2025); también, los cambios que respecto a la libertad de expresión e información, y hasta de creación artística, supone la IA generativa (entre otros, Fernández Tourné, 2023: 393 ss.; Misseri, 2023; Aba-Catoira, 2024: 187 ss.; Muñoz Vela, 2024: 17 ss.; y Torres Manrique, 2024); o la misma transformación que del propio concepto de privacidad supone la digitalización, en general, y la IA, en particular, al ser la privacidad ya, de por sí, un concepto cultural, de manera que nuestra exposición pública o ante terceros (y al margen, claro, de la indebida intromisión ilegítima que supone la situación de constante vigilancia pública y privada en la que ya nos encontramos) no quepa considerarse igual a la vivida décadas atrás (Sánchez Barrilao, 2025b: 546-548).

Mientras que la anterior incidencia de la IA en el Derecho constitucional es sustantiva, insistimos (al afectar directamente a contenidos propiamente

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

constitucionales, como son los derechos y el sistema democrático), a la par que manifiesta y explícita para la misma ciudadanía (pues le afecta directamente a nivel personal, en sus derechos, libertades y modos de participación política), es que *la IA se despliegue además desde una perspectiva más formal e interna* al respecto del Derecho constitucional, aunque menos evidente para la ciudadanía al actuar ahora sobre la propia articulación jurídica de aquél y su ulterior desarrollo normativo y democrático. Naturalmente ello requiere de una aproximación más compleja y abstracta (que lo anterior), pues es visible a partir de fenómenos que afectan a la Constitución, e incluso a la misma ciudadanía, de manera indirecta, aunque con una gran trascendencia. Es el caso de cómo *la IA incide en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución, y a su sombra en su propia normatividad como al respecto de su interrelación con el principio democrático y el valor del pluralismo político*; y esto al evidenciarse, al margen de la consideración incluso de la IA como potencial fuente del Derecho, que la regulación de la IA está alterando ya nuestros sistemas de fuentes, sin ser nuevo (tempranamente, Sánchez Barrilao, 2005a: 467 ss.) al respecto de un mayor impacto de normas elaboradas por particulares, la proliferación del *soft law*, o la aceleración de los propios procedimientos normativos (a fin de permitir la rápida adecuación normativa al progreso tecnológico). Mas con esto, a su vez, la cuestión no sólo de cómo el Derecho constitucional debiera incidir en la IA para garantizar ciertos contenidos, sino *el propio control democrático del devenir disruptivo de la IA* (Sánchez Barrilao, 2023); y ello especialmente en estos días de embestida neoliberal-digital que se está dando desde los Estados Unidos, y en pos de una regulación absolutamente mínima al respecto en cuanto que límite aquélla del desarrollo informático y con esto del propio progreso humano (muestra de tal pensamiento es, cómo no, Thiel, 2011; y más recientemente, El Grand Continent, 2025). De ahí la nueva postura de la *Administración Trump* sobre la IA, no sólo derogando la exigua regulación que de la IA se había aprobado antes en Estados Unidos (*Executive Order 14179*, de 23 de enero de 2025, *Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence*, frente la anterior *Executive Order* 14110, de 30 de octubre de 2023, *Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* del Presidente Joe Biden), sino promoviendo, directamente, su desregulación (*America's AI Action Plan*, de 23 de julio de 2025); esto, por cierto, contrasta con la posición anunciada por China a favor de una mayor cooperación normativa sobre la IA a nivel internacional (*Plan de Acción para la Gobernanza Global de la Inteligencia Artificial*, asimismo de finales julio de 2025)[14].

[14] Dicho *Plan de Acción para la Gobernanza Global de la Inteligencia Artificial* se presentó por China en el marco de Naciones Unidas en la *Conferencia Mundial sobre Inteligencia Artificial* de 2025 y en la *Reunión de Alto Nivel sobre la Gobernanza Global*

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Por último, y *desde una dimensión* ahora mucho más amplia, *contextual* diríamos, se advierte cómo *la IA está acelerando exponencialmente la transformación digital de la realidad, y a su sombra el marco entero sobre el que se construyera, desarrollara y consolidara la Constitución normativa*; o como dice Balaguer Callejón para referirse a ésta, la *Constitución analógica*, y en contraposición a dicha nueva realidad digital gobernada por y a través del algoritmo (2022a). Esto es importantísimo, pues la IA ya no se limita a incidir en partes esenciales de la Constitución, incluso en su propia naturaleza normativa y democrática, sino, y de forma sistémica, con relación a su misma función por cuanto que incapaz de desplegar su normatividad organizativa al respecto de una realidad que ya no obedece a sus presupuestos, a la par que, entonces, en relación a su misma validez al afectar a su efectividad general (en cuanto que ésta es parámetro de la validez constitucional). Consecuentemente la incidencia de la IA en la Constitución, y a su luz en el Derecho constitucional, es aún superior, más grave, que lo visto anteriormente. De lo que se trata ahora es de cómo la Constitución y el Derecho constitucional entran en una fase de riesgo total ante la IA, puesto que limitados por ella en sus respectivas misiones a las que se deben (fundamentalmente en torno a la organización y limitación del poder a fin de garantizar un marco de libertad para las personas, así como su gobierno por éstas). El riesgo, así, de verse las Constituciones incapaces para resolver y ordenar de manera abstracta, pero efectiva, los nuevos conflictos que surgen en la realidad digital de mano de la IA; y ante esto, entonces, la necesidad de un auténtico reseteo constitucional a la sombra de la IA. De la *Constitución del algoritmo* cabría ahora hablar, según nuevamente Balaguer Callejón (2022a)[15].

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO *INSTRUMENTO* Y *FACTOR DE PODER*

En principio, y según lo visto, la incidencia a la IA en relación al Derecho constitucional se presenta, de ordinario, en tanto que producto tecnológico novedoso que viene interactuando negativamente con aquél. Y esto ya sea de manera dolosa, eventual o meramente accidental, según que: efectivamente

de la Inteligencia Artificial de 26 de julio de 2025; y ello, instando a todos los Estados a adoptar medidas concretas y eficaces para impulsar el desarrollo y la gobernanza globales de la IA con arreglo a los objetivos y principios de la promoción de la inteligencia artificial para el bien y al servicio de la humanidad, respetando la soberanía nacional, ajustándose a los objetivos de desarrollo, garantizando la seguridad y la controlabilidad, defendiendo la equidad y la inclusión y fomentando la cooperación abierta.

[15] También de interés, sobre tal concepción de la IA y el Derecho constitucional, *vid.* Balaguer Callejón, 2025a.

la IA se diseñe o se utilice con el propósito de arremeter directamente contra aspectos constitucionales, como sucede con IAs destinadas o usadas expresamente para limitar la privacidad de las personas (de interés, Álvarez García, 2024: 872 ss.) o en la alteración de procesos electorales (*ad e.*, acerca del referéndum del Brexit y la elección de Trump en 2016: Balaguer Callejón, 2019; y, especialmente, Wylie, 2020.); o bien, y aun sin tener el propósito de vulnerar la Constitución, se acepte que la utilización de la IA pueda originar una lesión a la misma, como en el caso de IAs que intermedian, afectando, la formación de la opinión pública, pero únicamente en pos de una mayor interacción de los usuarios, lo que acaba por fomentar el conflicto y los discursos extremos (*cfr.* nuevamente Balaguer Callejón, 2022a: pp. 113 ss.)[16]; o finalmente, la IA simplemente produzca efectos perniciosos a nivel constitucional (*ad e.*, IAs que al tiempo rezuman efectos negativos en su diseño o funcionamiento, como pueden ser sesgos que afectan a la igualdad de las personas, conforme ya se ha apuntado), o meras transformaciones constitucionales (sin más, la IA generativa al respecto de la libertad de expresión o artística, y según lo señalado también). Pero esto, insistimos, percibido siempre como algo externo a la Constitución y al Derecho constitucional, en tanto que mero *instrumento* de agresión o producto dañoso o transformador en manos de terceros; es decir, como algo que, desde fuera de la Constitución (dado que obra del desarrollo tecnológico), incide en ésta.

En esta perspectiva el Derecho constitucional se ve en la tesitura de buscar nuevas respuestas, en no pocos casos mediante nuevos contenidos, a los numerosos y diversos efectos nocivos de la IA en relación al sistema constitucional conforme éstos se van produciendo a tenor del propio desarrollo del progreso informático; o lo que es igual, cómo el Derecho constitucional se coloca y permanece a rebufo del progreso de la IA, sin perjuicio de cierta visión prospectiva, aun limitada, al respecto (aunque de manera más genérica en relación a la entera tecnología, *vid.* Sánchez Barrilao, 2005b: 257 ss.). Pero, nuevamente, en el entendido de la IA como algo externo a la Constitución y al Derecho constitucional.

Sin embargo la IA, incluso desde tal perspectiva, no es algo totalmente externo a la Constitución; recuérdese que la IA también es una actividad

[16] Por cierto, particularmente interesante está resultando cómo, más allá de la teoría conspirativa del *internet muerto*, ve advierte una creciente intervención de *bots* e IAs en los contenidos (artificiales) que ya circulan por internet (según constatan expertos y empresas en ciberseguridad); *ad e.*, https://www.infobae.com/tecno/2025/09/06/que-es-la-teoria-de-la-internet-muerta-y-por-que-sam-altman-esta-hablando-de-ella/ o https://www.lavanguardia.com/neo/sociedad-neo/20250928/11075241/bienvenidos-internet-muerto-primera-vez-historia-hay-mas-bots-personas-red-tendencia-crecer-infinito.html (16/10/2025).

humana constitucionalmente encuadrable en la libertad de investigación científica y tecnológica, y por tanto fruto de la propia Constitución (nuevamente art. 20.1.b CE). Ello, entendemos, es relevante para estas páginas, pues, al margen de concepciones *ius naturalistas* o *libertarias* de tal derecho, en tanto que contrarias a toda regulación que retrase el progreso (de interés, González Pascual, 2025), permite no sólo la legítima limitación del desarrollo de la IA, sino su propia delimitación constitucional en atención a la dimensión sistémica de esta libertad (de cualquier derecho fundamental) al respecto del entero sistema constitucional (entre otros, *vid.* Villaverde Menéndez, 2004: 120 ss.). Por otra parte, tampoco se olvide la relación que se da entre dicha libertad y la libertad de empresa, asimismo constitucionalizada (nuevamente, también, art. 38 CE), a tenor de los elevadísimos costes que requiere la primera, de forma que el progreso digital resulta hoy en gran parte condicionado a la ulterior explotación comercial de la IA (si bien con carácter general en relación la tecnología y su progresiva dependencia a la financiación privada, *vid.* Sánchez Barrilao, 2005b: 258-259 y 270); y de este modo que la IA, finalmente, no sea sino el fruto híbrido de ambas libertades, y susceptible, en cuanto que constitucionalizadas, de determinación y concreción constitucional. La IA es, así, más que un producto tecnológico.

Pero la IA es más aún si atendemos ahora a su señalada concepción abierta, pues ésta deja de ser mero *instrumento de poder* (que se ejerce por unos frente a otros), para percibirse como auténtico *factor de poder* por sí misma; la IA como nuevo poder a tenor de su propia capacidad para incidir, alterar y transformar la realidad y las personas. Y esto, además, en relación a las grandes empresas internacionales en su condición también de *sujetos de poder* al respecto de la IA (al estar directa o indirectamente implicadas en el desarrollo, comercialización y uso de la IA), pues imponen ante personas y Estados la posición de superioridad y dependencia que precisamente les supone aquélla frente a éstos. Por tanto, si la IA viene siendo vista hasta ahora como materia constitucional en cuanto que incide en la Constitución, desde esta percepción, claramente más abierta, la IA pasa a ser directamente objeto constitucional, pues es poder y el poder es, por antonomasia, objeto del Derecho constitucional (García-Pelayo, 1991: 2269 ss.); y de esta forma que la IA, por sí (por ella misma), quepa considerarse directamente como objeto constitucional.

En cuanto al poder de la IA sobre las personas a tenor de su capacidad transformativa, cabe atender, por ejemplo, al debate abierto con ocasión de la IA generativa y de cómo para su entrenamiento se están utilizando millones de obras de arte sin el consentimiento de sus autores; y es que, a día de hoy, la justicia federal norteamericana únicamente ha exigido que dichas obras o sus reproducciones hayan sido efectiva y legítimamente obtenidas (en propiedad o uso) por las empresas que desarrollan o utilizan la IA (Sentencias

del Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California de 23 y 25 de junio de 2025, en los casos *Bartz v. Anthropic* y *Kadrey v. Meta*) (sobre éstas, *vid.* De Miguel Asensio, 2025). ¿De veras se puede asimilar el aprendizaje que una persona pueda alcanzar a partir de la lectura de cientos de libros (sea previa compra o préstamo) que el que puede alcanzar ahora una IA generativa desarrollada por grandes empresas a partir de su entrenamiento con millones de libros y al hilo de fines fundamentalmente económicos?; ¿es la misma la relación existente entre dicho lector con los cientos de autores cuyos libros ha leído, que la que se da entre una empresa con los miles de autores cuyos libros ha utilizado para entrenar la IA que desarrolla y de la que puede depender miles de millones de dólares o euros en beneficios? Otra cosa es qué pase, luego, con el relato o el libro que pueda generar dicha IA generativa, o si tal creación puede llegar a considerarse, o no, como expresión de la libertad de creación artística; pero incluso esto último también depende de lo que llegue a suponer la IA como *factor de poder*, pues ésta, por sí, no sólo determina la propia posición de la IA ante los autores de los libros, sino la misma consideración de qué se considere ahora como creación literaria. Es la IA, su poder, lo que transforma entonces tanto las relaciones como las actividades a nivel constitucional.

También en cuanto a las personas estaría el poder que la IA conlleva para las empresas con relación a una ciudadanía integrada en un sistema de redes digitales que vienen a sustituir el propio espacio público (*ad e.*, Martínez-Bascuñán Ramírez, 2015: 175 ss.; o Cometta y Marcio Cid, 2023: 101 ss.); y no ya al respecto de la IA como medio de control de las personas (de *imperio* y *capitalismo de la vigilancia* se llega a hablar; respectivamente, Ramonet, 2016, y Zuboff, 2020), puesto que mero *instrumento de poder*, sino a tenor de cómo los derechos y libertades de las personas se ven progresivamente delimitados por su simple condición de consumidores y usuarios (*vid.* Aguilar Calahorro, 2016: 489 ss.) en aquéllas. No es ya cómo el sistema capitalista participa en la delimitación del régimen jurídico de las personas, sino la transformación que para los derechos de éstas supone un espacio digital conformado por una IA capaz de condicionar el ejercicio de tales derechos a partir de las reglas económicas de aquél. Piénsese, sin más, en cómo las nociones de consumidor y usuario no atienden a la *igualdad material* sobre la que se habría construido no sólo el Estado social, sino la propia Democracia pluralista desarrollada desde la segunda mitad del Siglo XX (Azpitarte Sánchez, 2024: 52 ss.); o, e incluso, en cómo la libertad contractual, en la que se basa tal espacio digital, al venir a supeditar la participación en el mismo al contrato, acaba por desmontar la propia *igualdad formal* con la que se construyó históricamente la noción liberal de ciudadanía (Esteve Pardo, 2023). Y así, finalmente, la vuelta a una *Democracia censitaria*, ahora digital (Sánchez Barrilao, 2020: 71 ss.), por cuanto que el interés político, como la

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

participación política, ya no se presume y reconoce respecto a todas las ciudadanas y ciudadanos, sino sólo a aquellas y aquellos que efectivamente participen en dicho espacio digital conformado por la IA bajo el control de grandísimas empresas tecnodigitales (Balaguer Callejón, 2022b: 179 ss.).

Por otra parte, y en relación al poder que supone la IA frente a los Estados, está asimismo la dependencia tecnológica que conlleva una IA en manos privadas respecto de unos Estados que no tienen suficiente capacidad tecnológico-digital para desarrollar sus propias IAs, de modo que tienen que acudir a grandes y poderosas empresas tecnológicas. No es ya el poder primigenio de tales empresas al respecto de la capacidad que les supone la IA ante los mismos Estados (*cfr.* Balaguer Callejón, 2023a: 237 ss.), sino el plus de poder que asumen aquéllas al respecto de unos Poderes públicos incapaces de llevar a cabo por sí funciones tan básicas para ellos como la seguridad nacional o la defensa (de interés, Sánchez Barrilao, 2019a: 295 ss.). ¿Cómo limitar entonces el poder de dichas empresas cuando los Estados dependen tecnológicamente de éstas?

V. NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Lo anterior supone, a nuestro entender, un nuevo paradigma al respecto de cómo abordar constitucionalmente la IA. *No se trata así* únicamente *de adaptar o acompasar los contenidos constitucionales a la IA* (que también), *sino la propia comprensión de la Constitución y del Derecho constitucional a partir de la IA y el poder que* ésta *conlleva por sí directamente y/o al respecto*, especialmente, *de dichas grandísimas empresas digitales* (al punto de que sobre las mismas comience a postularse un nuevo orden mundial más allá de los propios Estados tal como hoy los conocemos)[17]. Si hasta ahora la Constitución normativa ha venido ordenando fundamentalmente el poder público, cuando este poder ha pasado a encontrarse si no sometido, sí que dependiente de grandes empresas digitales de impacto global, es que se pase a requerir un salto en la comprensión de la Constitución a fin de que ésta ordene también el poder privado; empresas, por su parte, cuya posición y poder dependen, precisamente, de la tecnología digital y de la IA a la que se dedican. Ciertamente el constitucionalismo económico y social del Siglo pasado pretendió ya cierta regulación del poder privado, incluso vino a

[17] Al margen de la distopía en la que se marca la serie de televisión sobre Alien estrenada este verano en Disney+ (*Alien: Earth*, 20th Television y Scott Free Productions, 2025), y en la que la organización del mundo queda en manos de cinco empresas tecnológicas y el Derecho comercial (sustituyéndose así a los Estados y el Derecho internacional público), *vid.* Saffo, 2025.

conseguirlo parcialmente (piénsese en las relaciones entre empresarios y trabajadores; así, Maestro Buelga, 2002), mas, al margen de su crisis y ulterior agravamiento de manos de la globalización, no llegó en sus presupuestos a integrar el poder privado y la actividad particular como objeto directo de su ordenación; por supuesto que la Constitución del Estado social y democrático de Derecho (p.e. arts. 1.1 y 9.2 CE) conllevaba la superación de la separación liberal entre lo privado y lo público (también, arts. 33.2 y 128.1 CE), aunque sin suponer la integración de lo primero en la organización y regulación del poder como tal (*ad e.*, Balaguer Callejón, 2002: 89 ss.). Ello, efectivamente, debe de cambiar; pero, ¿cómo hacerlo?, y, no menos importante, ¿hasta dónde? A tales efectos *proponemos tres ejes* sobre los que, por lo demás, ya se observan diversos avances a nivel jurídico: uno es *la determinación de una concreta posición constitucional de aquellas empresas que ocupen una especial posición en la realidad digital y en relación a la IA*; otro giraría sobre *la responsabilidad de tales empresas en relación a los demás sujetos*, tanto privados como públicos; y por último estaría *el propio mercado* en el que aquéllas actúan.

En cuanto a lo primero, y como se ha adelantado, grandes empresas tecnológicas controlan a nivel global el desarrollo de la sociedad digital, en general, y del avance de la IA, en particular; y empresas, por cierto, que a día de hoy son mayoritariamente norteamericanas, sin perjuicio del impulso creciente que se advierte en China, si bien, en este caso, bajo una mayor intervención del propio Estado y desde una consideración crítica, relajada, incluso débil, para los derechos (aunque con algunos años ya, *vid.* Lee, 2020; asimismo de interés, y más actual, Ng, 2025). A partir del poder que ostentan dichas empresas a tenor de la IA, pasan entonces a controlar el desarrollo de la IA no sólo influyendo en la definición del progreso digital y social (en vez de la propia ciudadanía), sino ante las personas, el resto de las empresas e incluso los Estados, al venir a ocupar una posición de preeminencia frente a éstos; o al menos, al respecto de los propios Estados, generando una situación de dependencia tecnológico-digital en su actuación pública (según se ha señalado), lo que limita, condiciona, que los mismos puedan en la actualidad llevar a cabo parte de las funciones que sus propias Constituciones les otorgan (Sánchez Barrilao, 2026). Pero es más, pues, y desde las propias empresas, se reclama la legitimidad de ocupar posiciones de preeminencia en el mercado al respecto de sus respectivos y particulares sectores de actividad (rompiendo así con el liberalismo clásico), por cuanto que desde tales posiciones de preeminencia éstas podrían impulsar, aún más, el progreso digital y de la IA, y por tanto el de la propia humanidad (en tal sentido, cómo no, Thiel, 2014 y, especialmente, 2015); mas esto, claro, al margen de la misma humanidad y las personas, al quedar tal progreso bajo el exclusivo impulso y control de dichas empresas, tal como finalmente está sucediendo en Estados

Unidos (conforme se ha adelantado). En definitiva, una suerte de despotismo digital.

A tales efectos, entonces, resulta oportuno establecer un determinado régimen constitucional para dichas empresas al respecto de la IA, con el que contrarrestar la tan arrogante posición que ocupan en relación al entero sistema constitucional; y así que, con Balaguer Callejón, se debiera reconocer una posición de interés constitucional a tales empresas de IA dada su efectiva y privilegiada capacidad para incidir en los derechos y en las libertades de las personas, como para mediar en la comunicación y en los procesos de discusión política (2022a: 161 ss.), además de en la misma actividad de los poderes públicos.

En tal sentido, está también la posibilidad de reconocer una doble dimensión a los derechos, con Zagrebelsky (2023), en especial cuando corresponden a sujetos en situación de ventaja social, económica o de otro tipo (siempre que sea importante), pues los derechos de éstos acaban por dar cobertura a relaciones de preeminencia (incluso dominio) sobre otros, tal como finalmente se advierte entre las grandes tecnológicas digitales y el resto de la ciudadanía ante tanta asimetría entre ellos (Hoffmann-Riem, 2022: 106 ss.). Entonces, es oportuno reflexionar asimismo sobre cómo tales derechos puedan acabar generando deberes (nuevamente Zagrebelsky, 2023), e incluso sobre el poder mismo de tales empresas de IA al respecto de todo el sistema a nivel económico y político, al amparo de opciones jurídicas a fin de reducir la relación asimétrica que surge entre éstos y los demás (otra vez Hoffmann-Riem, 2022: 109 ss.) en relación a la IA.

Esta perspectiva, por cierto, es desde la que habría partido el Reglamento de Servicios Digitales (2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales; en adelante RSD), al reconocer a dichas empresas una posición crítica de intermediación en la sociedad digital, y al someterlas, consiguientemente, a un régimen jurídico intenso y específico a tales efectos (entre otros, López-Vidriero Tejedor, 2022; asimismo, Ortega Sánchez y Verdeguer Segarra, 2023). El RSD implica así a las empresas digitales en su responsabilidad abstracta al respecto de la posición y función mediadora que ostentan en relación a la información (en general), como en relación a la desinformación, las fake news y otros tipos de contenidos peligrosos para los valores constitucionales que circulan por la red a través de los servicios que ellas ofrecen (en particular); y al hilo de esto cómo, para evitar una responsabilidad sancionadora ahora, que el RSD les apremie a actuar contra los mismos y con mayor transparencia (Castelló Pastor, 2021: 37 ss.)[18]. Por cierto, al hilo del uso como

[18] También, *vid.*: Martínez Nadal, 2022: 387 ss.; y De Miguel Asensio, 2022. Pero lo anterior, sin perjuicio, claro, de la delicada posición que ahora aquéllas asumen en rela-

motor de búsqueda de internet que en ciertas IAs generativas se advierte ya, como sucede con ChatGPT, es que quepa platearse su potencial consideración a los efectos del RSD (p.e. art. 34) (de interés, Prieto-Viertel y Tabarés Gutiérrez, 2025: 161 ss.); no en vano, y al margen del *modo IA* con que se presenta ya el buscador de Google, es que OpenAI haya diseñado su propio buscador (Atlas) a fin de conseguir una mayor operatividad de ChatGPT con otras aplicaciones y programas informáticos[19].

A tenor de la referida responsabilidad ahora de aquellos y aquellas que desarrollan, explotan y usan la IA, y en particular la de las grandes empresas dedicadas a ésta, se plantea también cómo el ejercicio de libertades como la investigación científico-tecnológica y su explotación económica, de las que son fruto la IA, no sólo son la base sobre la que se edifica la referida posición de preeminencia de dichas empresas, sino auténtica causa de afectación directa e indirecta de derechos fundamentales y otros contenidos constitucionales. De esta forma, y en principio, estaría la obligación de los poderes públicos de proteger los derechos y libertades de manera efectiva (además de como manifestación objetiva de los mismos), legitimando la intervención de éstos en el devenir de la IA a fin de establecer restricciones a la misma, como al respecto del esbozo de un sistema amplio y complejo de tutela jurídica y tecnológica de los derechos fundamentales y humanos ante la IA (Simón Castellano, 2023: 153 ss.).

Pero también está un principio jurídico ya clásico en relación al progreso tecnológico y su limitación, cual es el de responsabilidad (Jonas, 2004), construido, por lo demás, en torno al valor jurídico dignidad de la persona (art. 10.1 CE); un principio que, más allá de justificar restricciones al desarrollo y explotación de la IA, viene a implementar un imperativo en la realización de dichas libertades al respecto de su necesaria compatibilidad con las personas, de modo que la IA sea efectivamente compatible con la dignidad y los derechos de éstas a nivel individual y colectivo.

---

ción a la libertad de expresión e información (Santisteban Galarza, 2022: 159 ss.). De este modo es que el RSD promueva, en contrapartida, un marco de exención de responsabilidad de las empresas de servicios digitales a partir de la observancia de cierta diligencia debida (Sarmiento e Iglesias Sánchez, 2024: 65 ss.); no en vano, el cumplimiento formal y técnico de la norma (que puede ser privada) bien puede suponer la exoneración de responsabilidad (en especial de la patrimonial) frente a mayores deberes de cuidado por tales empresas. Esto, realmente, no es algo exclusivo del RSD, sino del modelo regulatorio general que utiliza la UE al respecto de la ordenación de mercados de carácter tecnológico (sobre esto, Esteve Pardo, 2023: 58 ss.), y por tanto extensible también, entendemos, al RIA.

[19] En https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2025-10-23/openai-navegador-inteligencia-artificial-1hms_4233094/ (31/10/2025).

Lo anterior entronca, asimismo, con la protección de los derechos fundamentales frente a otros particulares en el ámbito digital (ya, Sánchez Barrilao, 2023b: 155 ss.), y en especial ante aquellos que ostentan, como acontece con la IA (según lo visto), una situación de superioridad o preeminencia frente a otros. Y a su amparo que quepa especularse directamente con la dimensión horizontal de tales derechos en relación a la IA (*ad e.*, Pollicino y De Gregorio, 2021: 16 ss.), de forma que los particulares queden sujetos, al menos, a algunos de estos derechos; así acontece ya con la referida protección de los datos personales ante la informática (así, Minero Alejandre, 2019: 142), según viene reconociéndose en Derecho comparado (*ad e.*, Alemania; cfr. Hoffmann-Riem, 2022: 116 ss.), o también se postula en el ámbito de las redes sociales (*vid.* Ferreria Mendes y Oliveira Fernandes, 2023: 249 ss.).

Por otra parte, no se olvide la consideración hoy del desarrollo tecnológico como un principio rector, quedando sujeto al interés general (art. 44.2 CE), además de la posibilidad de llegar a desarrollar un derecho a participar en el progreso digital y, en particular, al respecto de la IA; en este sentido, los artículos 27.1, *in fine*, de la Declaración Universal de los Derecho Humanos, y 15.1.b del Pacto Internacional de los Derechos Económico, Sociales y Culturales, vienen a reconocer un auténtico derecho humano al acceso y a participar en el progreso tecnológico (Sánchez Barrilao, 2017b: 335 ss.). También, y conforme a la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, es que el progreso digital haya de centrarse en las personas, de forma que la tecnología sirva y haya de beneficiar «a todas las personas que viven en la UE» y empoderarlas así a fin de «que cumplan sus aspiraciones» (art. 1.1), mientras que la IA deba tender, específicamente, a «aumentar el bienestar humano» (art. 8) (de interés, Barrio Andrés, 2023: 77 ss.). De este modo el progreso digital y en IA deja de ser objeto exclusivo de los derechos de libertad científica y empresa (incluso del de propiedad, conforme art. 33.2 CE), para pasar a ser ahora, como poco, un principio en manos de los poderes públicos para que promuevan progresos digitales y en IA en beneficio de todas las personas y de la entera comunidad, que no de los meros usuarios (asimismo de interés, Vila-Viñas, 2021: 327 ss.), a la par que permitir la ponderación de tales derechos al amparo de una interpretación constitucional horizontal y sistémica.

Para finalizar este epígrafe, y conforme lo adelantado, estaría también la oportunidad de ascender el punto de mira constitucional hasta el mercado mismo de la IA, tal como en el ámbito europeo se plantea con ocasión del RIA, y de acuerdo al cual (art. 1.1):

> «El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos funda-

> mentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA (en lo sucesivo, "sistemas de IA") en la Unión así como prestar apoyo a la innovación».

Y es que el mercado, a la sombra de la globalización económica, se ha convertido en el auténtico espacio de referencia para el poder (tanto para su organización, como para su ejercicio), desplazando al clásico territorio. Sólo grandes Estados que contienen grandes mercados son capaces de mantener cierta posición estratégica a nivel mundial, y al hilo de ello ofrecer suficiente entidad y capacidad (incluso firmeza) como para llevar a cabo sus funciones clásicas de seguridad y conformación social, política y jurídica de la comunidad frente agentes externos. No en vano ésta es la razón de ser, y esperanza, de la propia Unión Europea, ante unos Estados europeos que progresivamente pierden protagonismo político y económico: seguir progresando en la integración económica, política y jurídica entorno a un mercado único y fuerte (*vid.* Sánchez Barrilao, 2012: 71 ss.). Pero con ello, por otra parte, la constatación del aprieto del mismo Estado constitucional como espacio de protección de los derechos si no coincide su territorio físico con un mercado lo suficientemente sólido y amplio, al verse sometido a una mayor incidencia de la influencia externa; y, consecuentemente, la coronación del mercado como espacio de protección de los derechos en su realización, por más que ello suponga el desplazamiento del ciudadano y de la persona al usuario y al consumidor (de lo que ya se ha hablado), debilitando así la protección de los derechos fundamentales ante el mismo mercado (sobre la doble dimensión positiva y negativa que el mercado supone para los derechos en la Unión Europea, *vid.* Sánchez Barrilao, 2024b, pp. 315 ss.).

Siendo evidente entonces que tal salto constitucional hacia el mercado resulta problemático, es que el mercado europeo, con todo (a pesar de lo anterior), y en atención a su condición regulada al hilo del principio democrático y los derechos fundamentales (de interés, sobre el mercado y su potencial adecuación a los valores constitucionales, Häberle, 2006: 11 ss.; y acerca ya del carácter regulado del mercado europeo al respecto de los valores europeos, De La Quadra-Salcedo Janini, 2025: 173 ss.), se esté presentando aún con cierta capacidad de resistencia frente injerencias globales. Precisamente así ha acontecido con relación a la protección de los datos personales y las grandes plataformas digitales a nivel global conforme al Reglamento General de Protección de Datos (2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; en adelante, RGPD); e incluso, al punto de llegar a exportarse, de facto, tal regulación del mercado de los datos personales a buena parte del mundo (el conocido como *efecto Bruselas*; Bradford, 2020).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

No en vano, el RGPD ha servido de modelo para el RIA[20]; otra cosa es si, efectivamente, el RIA va alcanzar o no el efecto global conseguido por el RGPD, en especial, y precisamente, a la vista de la oposición que están mostrando las grandes empresas norteamericanas de la IA, además de la propia *Administración Trump*, a cualquier forma de regulación de la IA (según se viene señalando, y se va a seguir apuntando) (*cfr.* Presno Linera, 2024: 93 ss.). Es más; bajo el palio de un progreso mundial liderado por la tecnología y los estándares estadounidenses, especialmente en IA, a la par que de los derechos soberanos de las naciones ante organizaciones transnacionales intrusivas, la reciente *Estrategia de Seguridad Nacional* norteamericana (NSS-2025) aboga, y en relación a una Europa cuya regulación socava la creatividad y el espíritu emprendedor, por que ésta abandone su obsesión por dicha regulación asfixiante, además de que abra su mercado a los bienes y servicios estadounidenses, garantizando un trato justo a las empresas estadounidenses[21].

Por último, y al margen de los anteriores paradigmas, resulta de interés lo que supone la exclusión (si no total, sí que muy intensa) que el propio RIA hace de las IAs de código abierto en su regulación (art. 2.12). Y es que las respuestas jurídicas con las que atender los retos que abre la IA caben ser distintas en el caso de aquéllas nacidas y desarrolladas en un sistema de código abierto, dada su mayor transparencia y control social, pues ahora sus diseños, usos y desarrollos quedan directa y públicamente en manos de la ciudadanía, que no de las empresas[22]. Esto conlleva, obviamente, sacar a la IA de la

[20] Siguiéndose el antecedente del RGPD, se ha optado directamente por el Reglamento en vez de la Directiva (art. 288 TFUE), a fin de reducir la capacidad normativa de los Estados y con ello garantizar mejor no sólo los derechos de los ciudadanos europeos, sino la seguridad del mercado de la IA en Europa, evitándose así su fragmentación jurídica (Considerando 3 RIA).

[21] Y es que la Unión Europea es vista por aquélla, sin más, como un problema tanto para los Estados Unidos, como para los propios europeos. La única vez que la Unión Europea es mencionada por dicha *Estrategia* es para considerarla responsable de la debilitación de la libertad política y la soberanía de los europeos, y advertir cómo sus políticas migratorias han transformado el continente y vienen creado conflictos, además de censuran la libertad de expresión, reprimir la oposición política, y provocar el colapso de las tasas de natalidad aquí, así como la pérdida de las identidades nacionales y la confianza de éstos.

[22] Considerando 102 RIA: «El software y los datos, incluidos los modelos, divulgados con arreglo a una licencia libre y de código abierto que permita compartirlos abiertamente y que los usuarios puedan acceder a ellos, o a versiones modificadas de dicho software y dichos datos, o utilizarlos, modificarlos y redistribuirlos libremente, pueden contribuir a la investigación y la innovación en el mercado y pueden ofrecer importantes oportunidades de crecimiento para la economía de la Unión. Debe considerarse que los modelos de IA de uso general divulgados con arreglo a una licencia libre y de código

referida relación desequilibrada que se da entre las grandes empresas tecnológicas, las personas y los propios poderes públicos, y justifica, por tanto, regímenes mucho menos intensos para dichas IA, sin perjuicio de que puedan considerarse de alto riesgo (art. 25.4 RIA) o de uso general (art. 53.2 RIA). Ello, a su vez, evidencia la relevancia del modelo económico de mercado en el que surge y progresa la IA al margen de su evaluación tecnológica: o lo que es lo mismo, cómo buena parte de la problemática constitucional de la IA responde hoy más al marco económico en el que ésta progresa (sobre todo a nivel occidental), que al propio desafío tecnológico que efectivamente ella supone. Por tanto, no pocos de los problemas referidos en relación con la IA tienen más que ver con el modelo de explotación económica que poseen algunas de tales empresas tecnológicas de gran impacto global, que a las propias tecnologías digitales y a la IA en sí. Piénsese, sin más (y nuevamente), cómo se plantearía esta cuestión si, en vez de estar ante el vigente modelo de explotación de Internet y de las redes sociales, estuviéramos ante otro basado en las referidas aplicaciones privadas de código abierto, de modo que usuarios e informáticos participasen de manera más intensa en su desarrollo, a la par que, por el propio presupuesto del modelo, la IA acabaría desenvolviéndose en un marco mayor de transparencia sobre el algoritmo y su entrenamiento, lo que, a su vez, repercutiría positivamente en su efectivo control social (Sánchez Barrilao, 2025a).

VI. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La referencia al RSD y al RIA nos lleva también a elevar la tensión entre el Derecho constitucional y la IA a la Unión Europea, sin perjuicio de que dicha regulación de la IA únicamente se prevea hoy a nivel normativo derivado, y no originario; otra cosa es en relación al RGPD, por cuanto que, aquí sí, cabe apreciar un marco jurídico concreto y originario sobre la protección de los datos personales ante los riesgos de la informática (arts. 39 TUE, 16 TFUE y especialmente 8 CDFUE) (de interés, Sánchez Barrilao, 2022c: 419 ss.). De este modo, y como acontece con la informática y los datos personales, debiera también positivizarse cierta protección ante los riesgos de la IA

abierto garantizan altos niveles de transparencia y apertura si sus parámetros, incluidos los pesos, la información sobre la arquitectura del modelo y la información sobre el uso del modelo, se ponen a disposición del público. La licencia debe considerarse libre y de código abierto cuando permita a los usuarios ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, modificar y mejorar el software y los datos, incluidos los modelos a condición de que se cite al proveedor original del modelo, si se respetan unas condiciones de distribución idénticas o comparables».

en el Derecho originario de la Unión, a fin de garantizarla, no ya frente potenciales retrocesos normativos, sino su propia eliminación tal como está sucediendo en Estados Unidos. Y es que el riesgo que pretende ser confinado por el RIA[23] es hoy considerado por las empresas digitales norteamericanas como el reverso natural del progreso humano, de modo que su limitación no puede sino frenar éste, según aquéllas (Borovinsky, 2024.); no en vano la libertad, como motor primario del progreso tecnológico y de la innovación social, tiende por sí a generar situaciones de riesgo que reducen, en contrapartida, los niveles de seguridad (Ridola, 2006: 144), y de ahí, apuntamos, la relevancia no sólo del referido *principio de responsabilidad*, sino del de *precaución* incluso[24].

Pero con lo anterior, además de hacerse referencia al necesario ámbito supraestatal de la IA, se plantea también la hipótesis de la reforma constitucional a nivel nacional, a fin de solventar al más alto grado normativo y de fuentes, precisamente, la tensión que entre el Derecho constitucional y la IA venimos analizando. A esto le vamos a dedicar las siguientes páginas, más allá: obviamente, del concreto debate en España de la plausibilidad real de una reforma constitucional y de su potencial alcance (entre otros, *vid.* Boix Palop, 2019: 44 ss.); así como, por otra parte, de la conveniencia también de otras reformas constitucionales en relación a otras materias igualmente necesarias de constitucionalización de acuerdo al contexto actual, como son el cambio climático, las generaciones futuras, etc. (Sánchez Barrilao, 2024a: pp. 135 ss.).

En principio, por supuesto que caben concretas o puntuales reformas constitucionales al impulso del progreso digital de la IA y de cómo éste está incidiendo ya en la Constitución; al fin y al cabo, es la forma natural de proceder al amparo de cómo los propios derechos nacen a partir de las demandas sociales que se van dando al hilo de la transformación de la realidad (cómo no, Von Ihering, 1881; también, y más recientemente en esta línea, Rodotà, 2010 y, especialmente, 2014), y así se están reclamando, por ejemplo, en

[23] Considerando 5: «Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias relativas a su aplicación, utilización y nivel de desarrollo tecnológico concretos, la IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y los derechos fundamentales que protege el Derecho de la Unión. Dicho menoscabo puede ser tangible o intangible e incluye los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos».

[24] En cuanto que activable una vez que tal riesgo (consecuencia de la investigación tecnológica y del progreso digital) comienza a presentar evidencias ciertas o potencialmente muy graves para las personas; así, sobre el principio de precaución en relación a la IA, *vid.* Sánchez Barroso, 2024: 231 ss. En tal sentido, cabría recordar la moratoria pedida por más de 1.000 expertos en IA con ocasión de la presentación en público de GPT-4 por OpenAI en 2023, a fin de suspenderse temporalmente el desarrollo de la IA generativa; en https://www.bbc.com/mundo/noticias-65117146 (29/10/2025).

relación a los conocidos como *neuroderechos* (en tal sentido, Mascitti, 2022: 149 ss.; asimismo, de interés, Pérez Manzano, 2024). Distinto es, claro, que tal proceder pueda finalmente limitar la reforma constitucional a una opción meramente adaptativa de la Constitución a las singulares necesidades o novedades que vayan surgiendo al impulso de la IA, y sin mayor vocación prospectiva, en especial ante la condición tan disruptiva y azarosa de la IA.

De una manera más abstracta, sistémica y profunda se plantea, en cambio, la constitucionalización del algoritmo que nos habla Balaguer Callejón, al referirse no ya a una realidad a parchear por parcelas en razón al desarrollo futuro de la IA, sino al propio contexto en el que naciera la Constitución, dado que distinto a los presupuestos en los que ésta debería de responder hoy (2022a). Y es que ello supone una propuesta de reforma constitucional mucho más profunda y transversal, pero también mucho más amplia y compleja al requerir un auténtico *reseteo* constitucional en razón a las nuevas necesidades que surgen con la sociedad digital, por lo demás algo más propio de un auténtico proceso constituyente que de una mera reforma constitucional (sin perjuicio de que ésta pueda ser total, a la vista del art. 168.1 CE; de interés, García-Escudero Márquez, 2006: 148).

Como tercera e intermedia opción está una reforma más o menos puntual de la Constitución, pero buscando una alta capacidad de irradiación a la misma, de forma que permita cierta constitucionalización sistémica de la IA. Sería, por tanto, una constitucionalización con la que alcanzar una integración básica, principial y horizontal de la IA en el sistema constitucional, tal como se hiciera en la misma Constitución en 1978 al respecto de la protección de la privacidad y el ejercicio de los demás derechos de las personas ante la informática (art. 18.4) (entre otros, Roig i Batalla, 2004: 107 ss.). Así, frente a una positivización de concretas respuestas constitucionales destinadas a encauzar el funcionamiento y actuación de la IA en relación a las personas y otros elementos de la más alta relevancia constitucional, la constitucionalización que aquí se propone afrontaría de manera general el impacto de la IA en la propia organización constitucional, reorientando su incidencia a nivel abstracto.

Con todo, la Constitución y el Derecho constitucional, en su situación actual, ofrecen un cierto marco regulatorio al respecto de la IA, a pesar de no regularla directamente: sin más, están los propios derechos fundamentales y, muy especialmente, el valor dignidad (art. 10.1). Y en tal sentido cabe entonces reconocer ya un régimen básico de la IA: al fin y al cabo, que la IA no vulnere, incluso que procure no dañar (hasta promueva, *ex* art. 9.2 CE), los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (desde esta perspectiva *vid.*, *ad e.*, Presno Linera, 2022b: 55 ss.). Otra cosa es el alcance y las potencialidades que suponga este marco, y a su sombra sus propias limitaciones, en particular al no responder tal marco constitucional vigente al carácter

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

tan dinámico y disruptivo de la IA. De ahí, precisamente, la conveniencia de esa constitucionalización básica y genérica de la IA con la que permitir cierta adaptabilidad del entero entramado constitucional a aquélla, y en particular a su referido carácter dinámico y disruptivo; y ello, evidentemente, a partir del concepto amplio y sencillo que de la IA hemos presentado en la primera parte de estas páginas.

A mero efecto ejemplificante, el referido artículo 8 de la *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, relativo a las interacciones con algoritmos y sistemas de IA bien puede ser una primera base sustantiva desde la que plantear una positivización de la IA a nivel constitucional en tal sentido: «La inteligencia artificial debe ser un instrumento al servicio de las personas y su fin último debe ser aumentar el bienestar humano». También en una línea similar se manifiesta la *Carta española de los derechos digitales*, según la cual «[l]a inteligencia artificial deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad, perseguirá el bien común y asegurará cumplir con el principio de no maleficencia» (XXV.1)[25]. Sería así (en ambos casos) una constitucionalización sencilla y abierta de la IA, a fin de permitir no sólo una interacción constitucional con la IA constante en el tiempo (a pesar de sus potenciales desarrollos futuros), sino también horizontal en relación al resto del sistema constitucional. En esta línea, aunque sin referirse expresamente a la IA y en una relación más concreta con los referidos *neuroderechos*, está precisamente la reforma de la Constitución chilena de 2021, según la cual (art. 18.1 *in fine*):

> «El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella» (López Silva y Madrid Ramírez, 2022: 39 ss.; y Pino Pino, 2024: 1 ss.).

Por otra parte, y a la sombra del carácter tan dinámico de la IA, como de la entera tecnología digital, no estaría de más una reforma constitucional de

[25] Ya, de manera más concreta, XXV.2: «En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a. Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones y procesos basados en inteligencia artificial. / b. Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. / c. Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad». También XXV.3: «Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial».

los propios procesos productivos de las normas jurídicas tanto a nivel legal, como constitucional. Así, introducir mecanismos acelerados de producción normativa, más con suficientes garantías de intervención del pluralismo político, a fin de permitir eficaces reformas del marco jurídico de la IA tanto al hilo de su mismo progreso tecnológico, como de las novedades normativas que al hilo de ello asimismo vayan dándose a nivel supranacional (Sánchez Barrilao, 2018: 197 ss., y 2024c: 349 ss.).

Por último, la constitucionalización de la IA también debería abarcar, según lo señalado en el apartado anterior, la posición y dimensión de aquellas grandes empresas que controlan el progreso digital y uso de la IA, de modo que éstas se vieran normativa y directamente vinculadas a dicha positivización constitucional de la IA. De alguna forma así viene a permitirlo el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho (2024), al prever que los Estados puedan ratificar el Convenio con la referencia expresa a que éste pase a vincular directamente no sólo a los poderes públicos, sino a los mismos particulares (art. 3.1)[26], a pesar del carácter esencialmente principialista de la regulación que ofrece este Convenio (de interés, Hernández Ramos, 2024: 9 ss.).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Para terminar sólo nos queda insistir en la constitucionalización de la IA y en que ésta tenga carácter normativo-constitucional directo (Cap. II, Tít. I CE), y no meramente programático (Cap. III, Tít. I CE, conforme art. 53.3

[26] «El objetivo del presente Convenio es garantizar que las actividades durante el ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial sean plenamente coherentes con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Para ello: a) Cada Parte aplicará el presente Convenio a las actividades dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial llevadas a cabo por autoridades públicas o agentes privados que actúen en su nombre. b) Cada Parte abordará los riesgos e impactos derivados de las actividades realizadas por agentes privados dentro del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial en la medida en que no estén contemplados en la letra a) de manera conforme con el objeto y la finalidad del presente Convenio. / *Cada Parte especificará en una declaración presentada al Secretario General del Consejo de Europa, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cómo pretende aplicar esta obligación, ya sea aplicando los principios y obligaciones establecidos en los capítulos II a VI del presente Convenio a las actividades de los agentes privados o adoptando otras medidas apropiadas para cumplir la obligación establecida en el presente párrafo*. Las Partes podrán modificar sus declaraciones en cualquier momento y de la misma manera. / Al aplicar la obligación prevista en el presente párrafo, una Parte no podrá establecer excepciones ni limitar la aplicación de sus obligaciones internacionales contraídas para proteger los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho». La cursiva es nuestra.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

CE). Lo contrario supondría relegar los nuevos paradigmas constitucionales de los que hemos hablado en relación a la IA, y quedarnos en una cota similar a la existente hoy: mantener la vinculación jurídica de tales empresas a las normas que los Poderes públicos constituidos definan en cada momento, y por tanto bajo las presiones y limitaciones que promuevan, precisamente, dichas empresas ante éstos. Unas empresas que: por un lado, ocupan ya una posición de la que dependen los propios Estados (lo que dificulta, obviamente, la capacidad de éstos para limitarlas); y por otro, están a favor, como mucho, de meros códigos éticos, y en ningún caso de regímenes jurídicos intensos y menos si están al más alto nivel normativo. No en vano tales empresas, en especial las norteamericanas, no sólo han conseguido (bajo el amparo de la *Administración Trump*) que la Unión Europea desista en la aprobación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (COM/2022/496 final, de 28 de septiembre de 2022)[27], sino que promueven cierta paralización del desarrollo normativo del RIA, incluso una potencial reforma del RIA a fin de rebajar su nivel de regulación[28]; esto último, entiendo, sería más difícil de conseguir si hubiera un marco jurídico de la IA a nivel originario del Derecho de la Unión Europea (tal como también se ha sugerido en páginas previas)[29].

[27] Retirada por la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de trabajo de la Comisión 2025 Avanzando juntos: Una Unión más audaz, más sencilla y más rápida, de 11 de febrero de 2025), según parece, ante la situación de incertidumbre que para el mercado internacional está suponiendo la diabólica y errática política arancelaria de la nueva *Administración Trump*, y en particular su conflictiva relación con la Unión Europea. La cuestión queda así bajo el paraguas de la más genérica Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo) y su implementación normativa a nivel nacional.

[28] *Cfr*. https://www.xataka.com/robotica-e-ia/europa-lucha-sus-normas-ia-eeuu-esta-apostando-contrario-relajacion-normativa-precedentes (08/10/2025). De interés, acerca de cómo las grandes empresas digitales y la *Administración Trump* están hostigando a una Unión Europea en recesión, *vid.* Balaguer Callejón, 2025b.

[29] Por más que, y sin embargo, esto no parece ser suficiente en relación a las reformas que en materia medioambiental y sobre cambio climático se están llevando últimamente en la Unión Europea, también a la sombra de la instigación que la *Administración Trump* viene realizando al respecto. En tal sentido destaca el giro dado por la Comisión de la Unión Europea en febrero de 2025 al hilo su nuevo plan de *simplificación* de las reglas medioambientales de la Unión Europea en pro de una mayor competitividad de la industria aquí, el paquete Ómnibus de simplificación sobre agricultura presentado el 14 de mayo de 2025 por la Comisión Europea, o la retirada también por ésta, este mismo junio, del proyecto de la Directiva de Declaraciones Ambientales de la Unión Europea. Por cierto, y al respecto del creciente impacto medioambiental que la IA está generando dados sus altos costes energéti-

Por otra parte, y de nuevo a la luz del Derecho europeo, es que cupiera rebajarse, sin embargo, la necesidad de una constitucionalización en España de la IA, al ser aquél el marco jurídico básico y prevalente de la IA en toda la Unión Europea y, por tanto, en nuestro Estado. Sin embargo recuérdese cómo no todo lo relativo a la IA es competencia de la Unión Europea, según acontece en materias constitucionalmente tan relevantes como es la seguridad nacional (art. 4.2 TUE), de manera que ésta resulta expresamente excluida del RIA (Considerando 24 y art. 2.3) (*cfr.* Gómez de Ágreda, 2024: 137 ss.)[30]; por no decir, o recordar, que el RIA no tiene por objeto directo la regulación de la IA en relación a los derechos fundamentales de la Unión, sino sólo el mercado europeo de una IA, eso sí, respetuosa con éstos (nuevamente art. 1.1 RIA) (Aguilar Calahorro, 2024: 107 ss.). Y en cuanto a la posibilidad de que tal potencial reforma constitucional pueda entrar en conflicto con un ulterior desarrollo normativo europeo de la IA, es una cuestión que debiera de resolverse en ese hipotético momento futuro, y no de manera preventiva simplemente no haciendo nada por lo que pueda pasar.

Por último no está demás volver a insistir en que la condición disruptiva de la IA está afectando ya de manera muy intensa nuestros sistemas constitucionales, y como en el futuro esta presión va a ser todavía más intensa. Cierto es que, ante las dificultades que aquí se advierten en relación a la reforma constitucional, la ley, en no pocas ocasiones, termina por desarrollar una función políticamente paraconstitucional al respecto de la determinación del marco jurídico de materias especialmente sensibles para el propio sistema (Guillén López, 2024: 209 ss.)[31]; pero ello no obvia la necesidad de la reforma constitucional. Como tampoco la obvia cómo en vía interpretativa quepa aún cierto margen para una adaptación progresiva de nuestra

cos y de consumo de agua (por más que se hable de *Green Data*), resulta preocupante la ampliación de la actividad de las empresas digitales al campo energético y la extensión al mismo de su capacidad de intervención política; *cfr.* https://www.xataka.com/energia/ia-primero-fueron-teraflops-luego-parametros-importa-bragawatts (10/11/2025).

[30] Por ello nos resulta tan excesivamente exigua la regulación que de la IA propone el ya comentado Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial, no sólo por limitarse a desarrollar el RIA en España, sino por no asumir el compromiso y la responsabilidad de regular el impresionante riesgo que para los derechos fundamentales puede suponer una IA en manos de los servicios de seguridad nacional dado el carácter secreto con el que además actúan; sobre esto último, de interés y con carácter crítico, Sánchez Barrilao, 2019b: 309 ss.

[31] Otra cosa es también, y por el contrario ahora, que el Anteproyecto de Ley que para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial ha propuesto por el Gobierno (11/03/2025) no parezca asumir tal perspectiva, al limitarse a desarrollar el RIA en España en vez de optar por regular aquellos ámbitos de la IA expresamente excluidos por el propio RIA (en especial art. 2.3 y 2.6, dada su potencial riesgo para los derechos fundamentales).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 301-340
https://doi.org/10.18543/ed.3582 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Constitución normativa (*cfr.* Balaguer Callejón, 2024b: 149) a la *era de la IA* en la que ya estamos en ciernes (*ad e.*, Kissinger *et al.*, 2023)[32], pues tal recurso va a resultar muy limitado en poco tiempo a tenor de los cambios tan profundos que está suponiendo la IA en los presupuestos constitucionales, afectando así no sólo a los contenidos constitucionales (como tales), sino a la misma validez de una Constitución y del sistema que se erige sobre ella (Balaguer Callejón, 2022c: 150 y ss., y 202 ss.); una Constitución normativa, y su respectivo sistema jurídico, por lo demás en crisis, tal como se ha señalado a lo largo de estas páginas. De ahí, por tanto, la conveniencia, insistimos, de constitucionalizar la IA, por más que hoy ésta resulte (políticamente) altamente improbable.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Aba-Catoira, A., «Respuestas normativas ante la inteligencia artificial generativa: ¿son suficientes?», en Caamaño-Domínguez, F.M. y Jove Villares, D. (dir.), *Tecnologías abusivas y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 187 ss.

Aguilar Calahorro, A., «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en García Herrera, M.Á. (dir.), *Constitucionalismo crítico:* Liber amicorum *Carlos de Cabo Martín (I)*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 489 ss.

Aguilar Calahorro, A., «La identificación biométrica, la inteligencia artificial y el efecto desaliento en reuniones y manifestaciones», en Balaguer Callejón, F. y Escajedo San-Epifanio, L. (dir.), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 107 ss.

Al Hasani Maturano, A., *El impacto de la inteligencia artificial y los derechos fundamentales (Un desafío a la sociedad)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.

Álvarez García, H., «La invasión de la privacidad por la inteligencia artificial», Pérez Calle, R.D. (coord.), *Economía, Derecho y Empresa ante una nueva era: digitalización, IA y competitividad en un entorno global*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 872 ss.

Arjona Sánchez, M.J., *El Derecho en bits*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2025.

Atkinson, K. *et al.*, «Explanation in AI and Law: Past, Present and Future», *Artificial Intelligence*, núm. 289, 2020.

Azpitarte Sánchez, M., «La Constitución del pluralismo y sus contradicciones internas», en Balaguer Callejón, F. *et al.* (coord.), *Estudios sobre el Estado social y democrático de Derecho:* liber amicorum *Gregorio Cámara Villar (I)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2024, pp. 37 ss.

[32] Y especialmente, sobre los desconcertantes tiempos que están por venir para el Derecho constitucional a la sombra del impulso de una IA en plena expansión y desarrollo, *vid.* también (hace casi una década y en esta misma revista) Sánchez Barrilao, 2016: 225 ss.

Balaguer Callejón, F., «El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social», en Molina Navarrete, C. *et al.* (coord.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 89 ss.

Balaguer Callejón, F., «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 32, 2019.

Balaguer Callejón, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2022a.

Balaguer Callejón, F., «O impacto dos novos mediadores da era digital na liberdade de expressão», *Espaço Jurídico: Journal of Law*, núm. 23/1, 2022b, pp. 179 ss.

Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022c.

Balaguer Callejón, F., «Desafíos globales de las grandes compañías tecnológicas», en Aragón Reyes, M. *et al.* (coord.), *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2023, pp. 237 ss.

Balaguer Callejón, F., «La constitución del algoritmo y las transformaciones culturales en la sociedad digital», en Caamaño, F. y Jove Villares, D. (ed.), *Tecnologías abusivas y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024a, pp. 49 ss.

Balaguer Callejón, F., «La Constitución», en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional (I)*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2024b, pp. 115 ss.

Balaguer Callejón, F. (coord.), *La constitución del algoritmo. Recensiones, presentaciones y entrevistas*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2025a.

Balaguer Callejón, F.: «Prólogo» y «La regulación digital europea en el nuevo contexto global», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 43, 2025b.

Barrio Andrés, M., «Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 14 ss.

Barrio Andrés, M., *Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e Iberoamérica*, Colex, Madrid, 2023.

Belloso Martín, N., «La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género) ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?», en Garrido Martín, J. *et al.* (dir), *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Laborum, Madrid, 2022, pp. 45 ss.

Beltrán de Heredia Ruiz, I., *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

Boix Palop, A., «Reforma constitucional posible frente a reforma constitucional necesaria en España», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 80, 2019, pp. 44 ss.

Boix Palop, A., «Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 90 ss.

Borovinsky, T., «Peter Thiel: tecnología, aceleración y fin de los tiempos», *Panamá Revista*, 2024, en https://revistasupernova.com/nota/peter-thiel-tecnologia-aceleracion-y-fin-de-los-tiempos (09/09/2025).

Bradford, A., *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

Bustos Gisbert, R., «El constitucionalista europeo ante la inteligencia artificial. Reflexiones metodológicas de un recién llegado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 131, 2024, pp. 146 ss.

Campione, R., *La plausibilidad del Derecho en la era de la inteligencia artificial (Filosofía carbónica y filosofía silícica del Derecho)*, Dykinson, Madrid, 2020.

Castelló Pastor, J.J., «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, J.J. (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 37 ss.

Chueca Rodríguez, R.L., «El derecho fundamental a la investigación científica», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 6, 2008.

Ciruela Martín, S., «La sabiduría de la Naturaleza. Ciencia Cognitiva», *Revista Electrónica de Divulgación*, núm. 2/3, 2008, pp. 81 ss.

Cometta, M. y Marcio Cid, I., «The new agora: The space of public debate in the digital age», *Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, núm. 20/1, 2023, pp. 101 ss.

Cotino Hueso, L., «Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial. Elementos conceptuales, generales y de género», en Cotino Hueso, L. y Castellanos Claramunt, J. (coords.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25 ss.

Cotino Hueso, L., «Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público», en Gamero Casado, E. y Pérez Guerrero, F.L. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 260 ss.

Cotino Hueso, L., «¿Qué es "inteligencia artificial" para el reglamento?: Análisis, delimitación y aplicaciones prácticas», en Cotino Hueso, L. y Simón Castellano, P. (dir.), *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 113 ss.

Crawford, K., *Atlas de la IA (Poder, política y costes planetarios de la inteligencia artificial)*, Díaz Klaassen, F. (trad.), 3ª ed., Ned Ediciones, Barcelona, 2023.

D'Aloia, A., Inteligencia artificial, derechos fundamentales y democracia, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 55, 2025, pp. 101 ss.

De La Quadra-Salcedo Janini, T., «Las normas que regulan la actividad económica en el mercado interior», junto a Arzoz Santisteban, X. y Azpitarte Sánchez, M., *La Constitución económica de la Unión Europea*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025, pp. 165 ss.

De Miguel Asensio, P.A., «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: El Reglamento (UE) de Servicios Digitales», *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022.

De Miguel Asensio, P.A., «Modelos de IA y propiedad intelectual: resoluciones sobre fair use», 2025, en https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2025/07/modelos-de-ia-y-propiedad-intelectual.html (15/10/2025).

El Grand Continent, «El transhumanismo según Peter Thiel: la IA, Marte y la geopolítica», 2025, en https://legrandcontinent.eu/es/2025/07/03/el-transhumanismo-segun-peter-thiel-la-ia-marte-y-la-geopolitica-x/ (03/10/2025).

Escajedo San Epifanio, L, «El reconocimiento biométrico en el reglamento de inteligencia artificial: Exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo», en Cotino Hueso, L. y Simón Castellano, P. (dir.), *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 183 ss.

Esteve Pardo, J., «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», en Darnaculleta i Gardella, M.M. *et al.* (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 33 ss.

Esteve Pardo, J., *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2023.

Fernández de Gatta Sánchez, D., *Creación científica e innovación tecnológica: una aproximación desde el Derecho público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Fernández Tourné, S., «Los derechos de autor de las obras empleadas para el entrenamiento de las herramientas de inteligencia artificial generativa», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2023, pp. 393 ss.

Ferrante, E., «Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos: ¿Por qué deberían importarnos?», *Nueva Sociedad*, núm. 294, 2021, pp. 27 ss.

Ferreria Mendes, G. y Oliveira Fernandes, V., «La efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas en internet. El dilema de la moderación de contenidos en las redes sociales desde una perspectiva comparada Brasil-Alemania», en Balaguer Callejón, F. *et al.* (coord.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 249 ss.

Galindo Vacha, J.C., «La inteligencia artificial (IA) en el marco de la democracia digital», *Revista de Derecho Político*, núm. 122, 2025, pp. 159 ss.

García Majado, P., «Los sistemas automatizados en el ordenamiento jurídico: tipos de programación, riesgos y control», *Revista de Derecho Político*, núm. 123, 2025, pp. 147 ss.

García-Escudero Márquez, P., «Consideraciones sobre el procedimiento agravado de reforma de la Constitución», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 27, 2006, pp. 147 ss.

García-Pelayo, M., «Derecho constitucional», en *Obras completas (III)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2269 ss.

Gómez de Ágreda, A., «La exclusión de los sistemas inteligencia artificial de seguridad nacional, defensa y militares del Reglamento y el Derecho aplicable», en Cotino Hueso, L. y Simón Castellano, P. (dir.), *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 137 ss.

Gómez Sánchez, Y., «La libertad de creación y producción científica: especial referencia a la Ley de Investigación Biomédica», *Revista de Derecho Político*, núms. 75-76, 2009, pp. 489 ss.

González Pascual, A., «Progresismo libertario y largoplacismo en piloto automático», *Cinco Días*, 2025, en https://www.esade.edu/es/articulos/progresismo-libertario-y-largoplacismo-en-piloto-automatico (24/10/2025).

Goñi Huarte, E., «La causalidad incierta en la responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 58, 2022.

Greenstein, S., «Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence (AI)», *Artificial Intelligence and Law*, núm. 30, 2022, pp. 291 ss.

Guillén López, E., «Constitución y ley. De la Constitución como marco de la ley a la ley como definitoria de la constitucionalidad», en D'Atena, A. (coord.), *Las fuentes del Derecho treinta años después. Estudios con motivo de la nueva edición de Fuentes del Derecho de Francisco Balaguer Callejón (CEPC, 2022)*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2024, pp. 209 ss.

Häberle, P., «Siete tesis para una teoría constitucional del mercado», Azpitarte Sánchez, M. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, pp. 11 ss.

Hernández Ramos, M., «El marco jurídico regulatorio europeo de la inteligencia artificial. La relación de complementariedad entre el Reglamento de la UE y la Convención Marco del Consejo de Europa», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 92, 2024, pp. 9 ss.

Hernández Ramos, M., «Encuesta sobre inteligencia artificial y derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 55, 2025, pp. 11 ss.

Hoffmann-Riem, W., *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, Knörr Argote, E. (trad.), Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Innerarity, D., «El impacto de la inteligencia artificial en la democracia», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 109, 2020, pp. 87 ss.

Jiménez López, J., «Oscuridad algorítmica en el sector público», en Vestri, G. (dir.), *La disrupción tecnológica en la Administración Pública. Retos y desafíos de la Inteligencia Artificial*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 41 ss.

Jonas, H., *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, Fernández Retenaga, J.M. (trad.), 2ª ed., Herder, Barcelona, 2004.

Kissinger, H.A. *et al*, *La era de la Inteligencia Artificial y nuestro futuro humano*, 2ª ed., Señarís Cejas, L. (trad.), Anaya, Madrid, 2023.

Kurzweil, R., *La singularidad está cerca: Cuando los humanos transcendamos la biología*, García Hernández, C. (trad.), Lola Books, Berlín, 2012.

Kurzweil, R., *La singularidad está más cerca: Cuando nos fusionamos con la IA*, Casanovas López, A. (trad.), Deusto, Zalla (Bizkaia), 2025.

Lee, K.F., «Superpotencias de la inteligencia artificial: China, Silicon Valley y el nuevo orden mundial», Vaquero Granados, M. (trad.), Deusto, Zalla (Bizkaia) 2020.

Llano Alonso, F.H., *Homo ex Machina (Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

López Silva, P. y Madrid Ramírez, R., «Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena», *Prudentia iuris*, núm. 94, 2022, pp. 39 ss.

López-Vidriero Tejedor, I., «Novedades que introduce el paquete del reglamento de servicios digitales y algunos de sus paralelismos con el RGPD», *Derecho Digital e Innovación / Digital Law and Innovation Review*, núm. 14, 2022.

Maestro Buelga, G., *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002.

Martínez Nadal, A., «Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales», en Blanco Sánchez, M.J. (dir.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 387 ss.

Martínez-Bascuñán Ramírez, M., «Democracia y redes sociales: el ejemplo de Twitter», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 168, 2015, pp. 175 ss.

Mascitti, M., «El rango constitucional de los neuroderechos como una exigencia de justicia», *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 46, 2022, pp. 149 ss.

Minero Alejandre, G., «Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 52, 2019, pp. 125 ss.

Misseri, L.E., «Autoría e inteligencia artificial generativa: presupuestos filosóficos de la función del autor», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 59, 2023.

Montilla Martos, J.M., «Inteligencia artificial y derechos de participación política», De lege ferenda. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 2023, pp. 34 ss.

Muñoz Vela, J.M., *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial (Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica)*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Muñoz Vela, J.M., «Inteligencia artificial generativa. Desafíos para la propiedad intelectual», *Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 2024, pp. 17 ss.

Nasser, F., «Un repaso a la historia de la inteligencia artificial: acordes y desacuerdos», *Tabanque. Revista Pedagógica*, núm. 36, 2024, pp. 7 ss.

Ng, A., «IA: ¿Está China superando a Estados Unidos?», *El Grand Continent*, 2025, en https://legrandcontinent.eu/es/2025/09/10/ia-esta-china-superando-a-estados-unidos/ (10/09/2025).

Ortega Sánchez, O. y Verdeguer Segarra, M., «El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales: regulación de las plataformas digitales en la nueva era tecnológica», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2023.

Pérez Manzano, M., «¿Un estatuto constitucional singular para el cerebro y las neurotecnologías?: sobre los neuroderechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 41, 2024.

Pérez-Ugena, M., «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto*, núm. 72/1, 2024, pp. 307 ss.

Pino Pino, F.A., «Neuroderechos y dogmática constitucional: aproximación crítica desde el artículo 19 N°1, inciso 5°», *Revista Justicia y Derecho*, núm. 7/1, 2024, pp. 1 ss.

Pollicino, O. y De Gregorio, G., «Constitutional Law in the Algorithmic Society», en Micklitz, H. *et al.* (ed.), *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 16 ss.

Presno Linera, M.Á., *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022a.

Presno Linera, M.Á., «Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación», *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 45, 2022b, pp. 55 ss.

Presno Linera, M.Á., «Análisis del origen y desarrollo de la propuesta de "ley de inteligencia artificial" europea», en Caamaño, F. y Jove Villares, D. (ed.), *Tecnologías abusivas y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 93 ss.

Presno Linera, M.Á. y Meuwese, A., «La regulación de la inteligencia artificial en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 54, 2024, pp. 142 ss.

Prieto-Viertel, G. y Tabarés Gutiérrez, R., «El reto de la moderación de contenidos en inteligencia artificial generativa: ChatGPT bajo el marco regulatorio de la Unión Europea», *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, núm. 22/2, 2025, pp. 161 ss.

Ramonet, I., *El imperio de la vigilancia*, Clave Intelectual, Madrid, 2016.

Rebollo Delgado, L., *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2023.

Ridola, P., «Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo», en Nania, R. y Ridola, P. (coord.), *I diritti costituzionali (I. Parte prima – Libertà e diritti nel sistema costituzionale)*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 3 ss.

Rodotà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Greppi, A. (trad.), Trotta, Madrid, 2010.

Rodotà, S., *El derecho a tener derechos*, Revuelta, J.M. (trad.), Trotta, Madrid, 2014.

Rodríguez-Drincourt Álvarez, J.R., «El derecho a la creación y producción científica», en Aguiar de Luque, L. (coord.), *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional: Libro homenaje al profesor Gurmesindo Trujillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 709 ss.

Roig i Batalla, A., «La protección de la privacidad: el derecho al honor y la intimidad personal y familiar, y los límites al uso de la informática (arts. 18.1 y 18.4 CE)», en Gavara de Cara, J.C. (coord.), *Constitución desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 107 ss.

Rubio Núñez, R., «El uso de la inteligencia artificial en las campañas electorales y sus efectos democráticos», *Revista de Derecho Político*, núm. 122, 2025, pp. 65 ss.

Russell, S.J. y Norvig, P, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4ª ed., Pearson, Hoboken, 2022.

Saffo, P. (2025), «El nuevo momento Grocio», *El Grand Continent*, 2025, en https://legrandcontinent.eu/es/2025/08/22/el-nuevo-momento-grocio/ (11/09/2025).

Sánchez Barrilao, J.F., «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 ss.

Sánchez Barrilao, J.F., «Tecnología, democracia y fuentes del derecho», en García Herrera, M.Á. (coord.), *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003) (I)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Universidad del País Vasco, Madrid, 2005a, pp. 467 ss.

Sánchez Barrilao, J.F., «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005b, pp. 257 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «La constitucionalización de la integración regional europea: ¡más Europa! de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, núm. 60/2, 2012, pp. 71 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, núm. 64/2, 2016, pp. 225 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «Los fundamentos del "progreso informático" en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 335 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «Artículo 85», en Gómez Sánchez, Y. (coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 197 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019a.
Sánchez Barrilao, J.F., «Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de los derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019b, pp. 309 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «La crisis del Derecho constitucional multinivel», en Häberle, P. *et al*. (coord.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020a, pp. 181 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «El internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad», *Estudios en Derecho a la Información*, núm. 9, 2020b, pp. 71 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «Innovación digital, ciudadanía e integración europea», D'Amico, M. *et al*. (ed.), *Europa società aperta (I. Problemi attuali e prospettive future)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022c, pp. 419 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «Inteligencia artificial y fuentes del Derecho», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 39, 2023a.
Sánchez Barrilao, J.F., «Transformaciones en la protección pública de los derechos fundamentales frente a particulares en la era digital», en Uscanga Barradas, A. *et al*. (coord.), *Los derechos como límites al poder*, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2023b, pp. 155 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «El constitucionalismo del siglo XXI», *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*, núm. 6/2, 2024a, pp. 119 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «Disonancias en la Europa de los derechos», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, núm. 72/2, 2024b, pp. 315 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «Las fuentes del Derecho en el Siglo XXI», en D'Atena, A. (coord.), *Las fuentes del Derecho treinta años después. Estudios con motivo de la nueva edición de Fuentes del Derecho de Francisco Balaguer Callejón (CEPC, 2022)*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2024c, pp. 335 ss.
Sánchez Barrilao, J.F., «El impacto de la inteligencia artificial en los procesos democráticos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 43, 2025a.

Sánchez Barrilao, J.F., «La identificación biométrica, la inteligencia artificial y el efecto desaliento en reuniones y manifestaciones», en Balaguer Callejón, F. y Escajedo San-Epifanio, L. (dir.), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2025b, pp. 527 ss.

Sánchez Barrilao, J.F., «La protección de los derechos en un mundo que cambia», en *La costituzione al tempo delle transizioni (II)*, en Papa, A. (coord), Editoriale Scientifica, Napoli, 2026, pp. 1267 ss.

Sánchez Barroso, B., «¿Puede aplicarse el principio de precaución en el campo de la Inteligencia Artificial?», en Cernada Badía, R. (coord.), *Respuestas jurídicas al desafío tecnológico: nuevas perspectivas del Derecho Digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 231 ss.

Santisteban Galarza, M., «Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 2022, pp. 159 ss.

Simón Castellano, P., «Taxonomía de las garantías jurídicas en el empleo de los sistemas de inteligencia artificial», *Revista de Derecho Político*, núm. 117, 2023, pp. 153 ss.

Solar Cayón, J.I., *Inteligencia artificial e imperio de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

Sarmiento, D. e Iglesias Sánchez, S., *La regulación europea de los contenidos en la red. El Reglamento de Servicios Digitales*, Marcial Pons, Madrid, 2024.

Tejero, J., «Unwrapping black-box models: A case study in credit risk», *Estabilidad Financiera*, núm. 43, 2022, pp. 91 ss.

Torres Manrique, J.I., «La transformación de la inteligencia artificial y las tecnologías de la información. A la luz de la transformación de los derechos fundamentales y la interdisciplinariedad», *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, núm. 5, 2024.

Suárez, J.L., *La condición digital*, Trotta, Madrid, 2023.

Thiel, P., «The End of the Future», *National Review*, 2011, en https://www.nationalreview.com/2011/10/end-future-peter-thiel/ (07/09/2025).

Thiel, P., «Competition is for losers (If you want to create and capture lasting value, look to build a monopoly)», *The Wall Street Journal*, 2014, en http://www.csun.edu/~vcact00f/497CapStone/Peter%20Thiel_%20Competition%20Is%20for%20Losers%20-%20WSJ.pdf (10/09/2025).

Thiel, P., *Cero a uno: Cómo inventar el futuro*, Maestro Cuadrado, M. (trad.), Gestión 2000, Barcelona, 2015.

Valls Prieto, J., *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

Vila-Viñas, D., «Derecho a la ciencia. Libertad de investigación, acceso, participación y promoción de la ciencia en el ordenamiento español», *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 45, 2021, pp. 327 ss.

Villaverde Menéndez, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en Bastida Freijedo, F.J. *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 120 ss.

Von Ihering, R., *La lucha por el Derecho*, Posada y Biesca, A. (trad.), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881.
Wylie, C., *Mindf*ck: Cambridge Analytica. La trama para desestabilizar el mundo*, Roca Editorial, Barcelona, 2020.
Zagrebelsky, G., *Derechos a la fuerza*, García Mayo, A. (trad.), Trotta, Madrid, 2023.
Zuboff, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Santos Mosquera, A. (trad.), Paidós, Barcelona, 2020.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE AL DESPIDO EN EL MARCO DE LA AGENDA 2030 COMO GARANTÍA DEL TRABAJO DECENTE (ODS 8) Y SU IMPACTO EN LA SALUD MENTAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS (ODS 3)

Legal protection against dismissal in the 2030 Agenda as a guarantee of decent work (SDG 8) and its impact on workers' mental health (SDG 3)

Beatriz Sánchez-Girón Martínez[1]
Personal investigador en formación
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas, Madrid. España
https://orcid.org/0000-0001-8850-5983

https://doi.org/10.18543/ed.3583

Fecha de recepción: 03.02.2026
Fecha de aceptación: 25.03.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

Esta reflexión estudia el régimen jurídico del despido en clave internacional y su vínculo con la Agenda 2030, con especial atención al ODS 8 (Trabajo Decente) y al ODS 3 (salud y bienestar). Se emplea una metodología dogmático-interpretativa: se analizan el Convenio núm. 158 OIT y la Carta Social Europea y su recepción en el Derecho interno, lo que obliga a considerar el control de convencionalidad y la incidencia del contexto socioeconómico actual en su aplicación. El trabajo contrasta, de forma expresa, dos modelos de tutela frente al despido: el indemnizatorio, que admite

[1] Email: bsanchezg@comillas.edu

el despido sin causa mediante compensación, y el reforzado, que prioriza la exigencia de causalidad y la readmisión. Tras revisar las sucesivas reformas laborales inspiradas en la *flexiguridad*, se sostiene que la estabilidad en el empleo y las garantías efectivas contra el despido arbitrario son indispensables para el Trabajo Decente y para proteger la salud mental.

Palabras clave

Convenio núm. 158 OIT, Carta Social Europea, despido, salud mental, protección frente al despido, objetivos de desarrollo sostenible

Abstract

This research examines the legal regime of dismissal from an international perspective and its connection with the 2030 Agenda, especially SDG 8 (decent work) and SDG 3 (health and well-being, including mental health). The methodology is legal-dogmatic and interpretative, focused on international instruments–primarily ILO Convention No. 158 and the European Social Charter–and their incorporation into domestic legal systems, with particular attention to Spain and the use of conventionality control. The study contrasts two models of protection against dismissal: a compensation-based model, which in practice tolerates unjustified dismissal in exchange for monetary remedies, and a strengthened model that prioritises causation and reinstatement. Finally, it reviews the successive labour reforms enacted in Spain, starting from the *flexicurity* approach, job stability and effective safeguards against arbitrary dismissal are considered as essential conditions for both decent work and the protection of mental health.

Keywords

ILO Convention No. 158, European Social Charter, dismissal, mental health, protection against dismissal, Sustainable Development Goals.

Sumario: I. Introducción. 1. Planteamiento del tema: el despido. 2. Metodología. II. Apuntes sobre la regulación del despido. 1. Nociones básicas sobre la protección del derecho del trabajo frente al despido. 2. Instrumentos internacionales de protección frente al despido. 3. La incorporación de las garantías frente al despido en el derecho nacional español. 4. Tendencias en materia de regulación del despido: la discutida estrategia de *flexiguridad*. 5. Un cambio de paradigma hacia el reforzamiento de las garantías frente al despido. III. El reciente diálogo del ordenamiento español con el artículo 24 de la Carta Social Europea. IV. Apuntes sobre la Agenda 2030. 1. La Agenda 2030 y el trabajo decente. 2. La garantía de la salud mental en el epicentro de la agenda global. 3. El tratamiento de la salud en el marco de la relación laboral. V. La estabilidad en el empleo y su impacto positivo en la salud mental. 1. Ideas básicas. 2. Mirando al futuro. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

A modo de introducción, se expondrán las razones que justifican la elección del tema a abordar en este estudio. Para la doctrina científica *iuslaboralista*, el despido siempre interesa en la medida en que constituye la piedra angular de la regulación de la relación del contrato de trabajo. Asimismo, la metodología empleada en este artículo reviste especial interés, pues evidencia que incluso una institución tan asentada y aparentemente consolidada como el despido continúa siendo susceptible de análisis crítico, reinterpretación y mejora.

1. *Planteamiento del tema: el despido*

El estudio de la institución jurídica del despido es un tema clásico y recurrente en el ámbito del Derecho del trabajo, pero no por ello exento de interés. La complejidad de esta figura, su constante evolución y su trascendencia social justifican sobradamente la pertinencia de seguir profundizando en su análisis. Téngase en cuenta que el despido constituye toda extinción del contrato de trabajo que emana de la voluntad unilateral de la parte empresarial. Sería, por tanto, incorrecto incluir en esta categoría únicamente a los despidos de carácter disciplinario, que son aquellos que nacen de la reacción empresarial frente a un incumplimiento contractual grave y culpable de la persona trabajadora, dado que también hay que acoger bajo la noción de despido aquellas decisiones adoptadas por la empresa voluntariamente por motivos objetivos o externos al comportamiento doloso, negligente, grave y culpable de la persona trabajadora, pero que afectan a la organización y

funcionamiento de la empresa. En opinión de la más autorizada doctrina académica española, representada en el maestro Dr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer:

> *Por despido entiendo, con la mejor doctrina, el acto unilateral del empleador, que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la relación de trabajo. Se excluye así el acto unilateral por parte del propio trabajador (dimisión) y se incluyen todos los supuestos extintivos en lo que, al margen de la diferencia de regulación o de denominación, el efecto constitutivo extintivo derive en última instancia de una declaración de voluntad unilateral y recepticia del empleador es un negocio dispositivo de éste* (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer 1968, 6).

La razón de esta interpretación amplia del concepto de despido es sencilla: la unilateralidad de la decisión no desaparece en estos casos, ya que la parte empresarial es quien termina por decidir, entre la diversidad de instrumentos jurídicos que el ordenamiento laboral pone a su disposición para adaptar la fuerza de trabajo a las necesidades productivas, extinguir la relación contractual, –o lo que es lo mismo el despido–, frente a otras medidas de flexibilidad interna.

Es un hecho incuestionable que la figura del despido reviste de una importancia más que crucial como pieza clave en el entramado que forma el sistema de relaciones laborales, ya no solo a nivel jurídico, sino también en la esfera individual de la persona trabajadora, pues perder involuntariamente el trabajo implica, normalmente, sumirse en una etapa de gran incertidumbre y malestar. La pregunta a la que se intenta dar respuesta en estos apuntes relaciona ambos aspectos. ¿Afecta la garantía de un régimen jurídico a nivel internacional que proteja frente al despido a la consecución de los objetivos de la Agenda 2030, en concreto, al Objetivo de Desarrollo Sostenible, en adelante, ODS 8, relativo al Trabajo Decente, y al ODS tercero, relativo a la mejora de la salud mental?

Una vez atendida esta cuestión, que adelantamos no va a ser susceptible de ser respondida con una afirmación o negación categórica, interesa ir un paso más allá y examinar si la hoja de ruta que diseña la Agenda 2030 deja o no indemne el régimen jurídico de protección frente al despido actual. Igualmente, se va a interpretar en qué medida las tendencias que siguen en la evolución de la regulación del despido responden a una determinada conciencia social que habría quedado en la referencia que consolida dicha agenda.

Huelga recordar que toda actuación internacional ha de integrarse en el marco de los diecisiete ODS que la Agenda 2030 ha fijado para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la ONU. Estos objetivos poseen un marcado carácter trasversal y consideran de forma simultánea las dimensiones social, económica y ambiental, con el fin

de conseguir un desarrollo que incluya todos estos aspectos, sin dejar de lado ninguno de ellos.

2. *Metodología*

La metodología seguida en este trabajo ha consistido, *grosso modo*, en una reflexión de carácter jurídico-dogmático, basada, fundamentalmente, en el análisis del texto normativo y en el estudio de la literatura que a su vez la ha explicado. De ello, se han deducido unas conclusiones. Se trata, por tanto, de un estudio de naturaleza interpretativa que pretende poner en relación la norma con el contexto histórico-social en el que se inserta.

Esta forma de interpretación puede ser entendida, como así lo dijo el reconocido jurista Luis Díez-Picazo, (Díez-Picazo y Ponce de León 1969, 720) en *recrear*, que no crear; el sentido y alcance de las disposiciones legales positivizadas conforme al criterio hermenéutico de quien haya sido llamado a aplicarlas e interpretarlas. Crea la norma el legislador, pero la *recreación* es labor que sí puede encomendarse a la academia, doctrina o juristas, o en general a cualquier sujeto llamado a aplicarla. La norma objetiva se enmarca en un contexto cambiante por lo que descubrir la voluntad inmanente de la ley implica mirar más allá de su literalidad. Como señala el mismo Díez-Picazo, "la norma sólo encuentra su explicación a través de unos condicionamientos culturales e históricos: los que existían cuando apareció y los que existen cuando es aplicada".

Para que se entienda mejor: el presente estudio se propone analizar el régimen jurídico internacional del despido, que no puede tildarse de novedoso, pero como aportación lo sitúa en el contexto actual marcado por las directrices y objetivos de la Agenda 2030, más recientes. La impronta de ésta última se proyecta sobre la configuración del Trabajo Decente, lo que puede incidir en la protección frente a la pérdida injustificada del empleo y a su vez en la garantía del bienestar de todas las personas, que, como preocupación multifactorial, se ve condicionada de manera significativa por el empleo y por las condiciones en que este se desarrolla.

II. APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO

Esta primera parte del trabajo se centra en la regulación del despido, tomando como punto de partida los textos internacionales aplicables en el ordenamiento jurídico español. Sin llevar a cabo un examen exhaustivo del régimen vigente, se ofrecerá una visión panorámica de las principales tendencias que lo han configurado y a los objetivos que parecen orientar la actuación del legislador. En este sentido, se pretende *sacar una fotografía* del estado actual de la cuestión, identificando los debates más relevantes y

algunos de los problemas que, a día de hoy, permanecen abiertos en torno a la tutela frente al despido, en especial, el despido sin causa y arbitrariamente injusto.

1. *La protección del Derecho del trabajo frente al despido*

El Derecho del trabajo nace para cumplir una función tuitiva. Afirmarlo no supone, desde luego, enunciar una idea innovadora, pero nunca está de más recordar al lector que la finalidad esencial de esta rama del ordenamiento jurídico consiste en compensar el desequilibrio de poder existente entre las dos partes que protagonizan la relación laboral: de un lado, la empresa, titular de una superioridad económica y jurídica; y, de otro, la persona trabajadora, situada en una posición de subordinación y vulnerabilidad estructural.

Puede decirse que el despido representa la forma más paradigmática de este desequilibrio de poder (Baylos Grau y Pérez Rey 2009, 44 y ss.). Cuando una persona trabajadora es despedida sufre una serie de consecuencias vitales que no pueden desatenderse desde un Derecho, como es el Derecho laboral, cuya preocupación es lograr, en última instancia, justicia social. La expulsión del ciclo productivo empresarial puede suponer todo un *trauma* para la persona trabajadora ya que sus consecuencias a veces son realmente significativas, y llegan a las diferentes parcelas de su vida. No puede esperarse algo diferente de un contrato de tracto sucesivo, naturaleza sinalagmática, y que nace con una expectativa de permanecer en el tiempo, como es el caso del contrato de trabajo.

No en vano, el derecho a la protección frente a la extinción del contrato de trabajo se ha consolidado como uno de los derechos sociales por excelencia, pues a través de él se afirma uno de los principios fundacionales del Derecho del trabajo: el trabajo no es una mercancía ni un artículo de comercio. Esta es una idea que viene de antiguo, pero que sigue proyectando en la actualidad toda su vigencia como límite ético y jurídico frente a las lógicas del mercado. Ahora bien, el Derecho del trabajo se enfrenta a un escenario profundamente transformado en comparación con el que lo vio nacer, como alerta el académico francés Alain Supiot: "La dificultad que surge ahora es que, si bien los principios sobre los que se fundó entonces la justicia social no han perdido ni un ápice de su valor, las condiciones para su aplicación han cambiado profundamente (Supiot 2021, 4)".

Estas nuevas condiciones a las que se ha aludido pueden resumirse en dos planos: por un lado, las condiciones materiales, marcadas por la digitalización de la economía, la automatización de procesos y el avance vertiginoso de las tecnologías, que han alterado sustancialmente la organización del trabajo y las formas de empleo (Cruz Villalón 2017, 16 y ss.) Por otro, las condiciones subjetivas, que son sobre las que se centrará especialmente este

estudio, vinculadas a la hegemonía de un discurso neoliberal que cuestiona las medidas tradicionales de protección del trabajo y del empleo, y reinterpreta la realidad social en términos predominantemente economicistas, priorizando la eficiencia y la competitividad sobre la justicia social y la tutela de la persona trabajadora (Baylos Grau y Pérez Rey 2009, 37).

Sea como sea, no es casual que el despido constituya uno de los ámbitos de mayor conflictividad en el Derecho del trabajo ni que el modo en que debe articularse su regulación haya ocupado, y continúe ocupando, un lugar central en las reflexiones de la doctrina jurídica y en los análisis de la teoría económica. Desde esta última perspectiva, se sostiene que el buen funcionamiento del mercado de trabajo, y en consecuencia los niveles de empleabilidad, dependen en gran medida del modo en que el ordenamiento jurídico regula el despido Aun cuando no nos corresponde pronunciarnos sobre la veracidad de esta afirmación, sí es cierto que la cuestión ha suscitado un enfrentamiento entre dos posiciones que pueden considerarse antagónicas, cuya relevancia se ha manifestado de forma recurrente a lo largo de la historia. Por un lado, se sitúan quienes defienden un modelo más proteccionista que refuerce las garantías frente a la extinción unilateral del contrato; y por otro, quienes abogan por una liberalización de su régimen jurídico en aras de favorecer una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las condiciones del mercado laboral

2. *Instrumentos internacionales de protección frente al despido*

Las distintas instituciones del Derecho del trabajo se encuentran sometidas a una protección de carácter multinivel, de modo que su regulación resulta del entrecruzamiento de diversos sistemas jurídicos de ámbito interno, supranacional, porque se trata de un orden jurídico que integra a Estados sin limitarse a una cooperación internacional –como sería el Derecho de la Unión Europea (UE) o del Consejo de Europa–, e internacional –que trasciende de una región concreta y se aplica con vocación global. La necesidad de articular normas que superen el marco estrictamente estatal obedece al propósito de blindar las garantías existentes y evitar la desaparición de los derechos laborales progresivamente conquistados (Palomeque López 2020, 33)

Sirva de sustrato normativo para este trabajo los dos textos internacionales que regulan la materia de despido que serán objeto de análisis en las subsiguientes páginas: el Convenio núm. 158 de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982; y la Carta Social Europea, aprobada en el seno del Consejo de Europa, en 1961, y que fue revisada y ampliada en 1996, en adelante CSE.

De la lectura de ambos textos, el Convenio núm. 158 y la CSE, se desprende que su principal finalidad es garantizar que ninguna persona trabajadora sea despedida de manera arbitraria y que, de suceder esto, cuente con una protección eficaz frente a tal despido injustificado. A primera vista podría parecer que su contenido no resulta especialmente exigente y que cualquier Estado miembro de una u otra organización, al menos los referidos al continente europeo, estaría en condiciones de cumplir sin mayor dificultad los requisitos previstos.

De hecho, en el momento de la entrada en vigor del Convenio núm. 158, los tribunales laborales españoles entendieron que las garantías previstas en los citados artículos de aquel ya estaban, de alguna manera, recogidas en el ordenamiento español, el cual ya era suficientemente protector con el trabajador y no necesitaba modificación alguna para ajustarse al contenido de referido convenio (Mella Méndez 2019, 91). Sin embargo, las tasas de ratificación del Convenio se mantienen relativamente bajas y la efectividad de las garantías que articula, en conexión con las recogidas en la CSE, continúa siendo hoy una cuestión muy discutida, en la medida en que depende en gran medida de la tradición jurídico-laboral que cada ordenamiento nacional haga de ellas (Molina Navarrete 2019, 128).

El eje central de este debate desborda del ámbito estrictamente jurídico-laboral para situarse en una cuestión propia de del Derecho internacional: la efectividad de los tratados internacionales en el ordenamiento interno y las condiciones de su aplicación. Sin embargo, en la medida en que el contenido de estos tratados es laboral, la discusión concierne también a los *iuslaboralistas*. En España, el artículo 96.1 CE junto a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Acuerdos Internacionales[2], en adelante LTA, determinan que existe un sistema monista (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2024, 13). De manera sucinta, esto viene a significar que los tratados internacionales ratificados, como es el caso de los Convenios de la OIT o la CSE, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno sin necesidad de ser incorporados mediante una ley específica, pudiendo, por tanto, ser aplicados directamente por los tribunales nacionales, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española, en adelante CE: "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". Del artículo 28.2 LTA se infiere algo similar: "los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la

[2] BOE (Boletín Oficial del Estado) núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor".

Esta forma de aplicar el derecho internacional, propia de los sistemas monistas, que legitima a jueces y tribunales a ello, a través de la llamada técnica de control de convencionalidad de carácter difuso, se mueve en una delicada tensión. Por un lado, puede ayudar a fortalecer el cumplimiento de los derechos laborales (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2024, 14). Por otro, exige ciertas cautelas, pues un control de convencionalidad sin límites claros corre el riesgo de desembocar en una suerte de "gobierno de los jueces" (Goerlich Peset 2021, 13). Esta cuestión se analizará con mayor detalle en el apartado siguiente, dedicado a examinar cómo se han articulado en la práctica estas garantías en el Derecho español.

3. *La incorporación de las garantías frente al despido en el Derecho nacional español*

La protección internacional frente al despido (*ex.* Convenio núm. 158 y art. 24 CSE) se articula en torno a dos garantías fundamentales: (i) El derecho a no ser despedido salvo que existan causas válidas, objetivas y justificadas; y (ii) en caso de haberse producido tal, el derecho de la persona trabajadora a obtener una compensación adecuada u otra reparación apropiada, como puede ser la readmisión en las mismas condiciones anteriores al despido. Ello, además, se armoniza con el artículo 35 CE, relativo al derecho al trabajo, cuyo contenido no se agota en el mero acceso al empleo, sino que comprende también, en su vertiente individual, una cierta garantía de estabilidad en la relación laboral.

La exigencia de causalidad en el despido se erige como regla absolutamente fundamental en este modelo de protección, pues en ausencia de ella, la empresa dispondría de una facultad prácticamente ilimitada para decidir a quién expulsar de su organización, con la consiguiente pérdida del empleo, que en la mayoría de los casos equivale a privar a la persona trabajadora de su principal fuente de ingresos y subsistencia. Ahora bien, tan esencial como asegurar un control suficiente sobre las decisiones extintivas es reconocer que, dentro de ciertos límites, toda empresa ha de conservar un margen legítimo para adoptar decisiones organizativas que le permitan gestionar adecuadamente su empresa (art. 38 CE).

La normativa internacional a la que aquí nos estamos refiriendo fija unos estándares mínimos de protección frente al despido, pero son los Estados firmantes los que deben, o deberían conforme al compromiso jurídico y político adquirido –*pacta sunt servanda*– desarrollar un modelo de tutela acorde con estos parámetros. Y, como ya advierte el profesor Cristóbal Molina Navarrete, la ratificación de estos textos apenas ha tenido impacto en las

legislaciones nacionales, puesto que ha primado la convicción, aunque no siempre fundada, de que los ordenamientos internos ya cumplían con las exigencias derivadas de tales textos (Molina Navarrete 2019, 127).

Tanto el Convenio núm.158 como la CSE se refieren a una posibilidad alternativa entre dos opciones que se sitúan al mismo nivel, sin dar preferencia a ninguna sobre otra (Cruz Villalón y Orellana Cano 2025, 191). En el Convenio núm. 158 se dice que en caso de que la terminación de la relación laboral sea arbitraria, los organismos encargados de tutela, "tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada" (art. 10 Convenio núm.158) y en la CSE se lee algo similar, "el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada" (art. 24 CSE). Es decir, confieren a los Estados un amplio margen de apreciación en la configuración de su sistema de protección frente al despido, lo que permite opciones normativas diversas.

En este marco, los ordenamientos nacionales pueden optar por dos modelos, simplificadamente hablando. Un modelo de tutela débil, que en la práctica tolere el despido sin causa siempre que vaya acompañado del pago de una indemnización económica; o por un modelo de tutela reforzada, que hace prevalecer el principio de causalidad en la extinción contractual y prioriza la readmisión de la persona trabajadora como forma de reparación frente al despido injustificado (Molina Navarrete 2019, 152). España se aproxima al primer grupo.

Si el órgano judicial aprecia algún defecto en el cumplimiento de los requisitos formales o cualquier problema de fondo que afecte a la veracidad, existencia o suficiencia de la causa alegada, el despido será declarado judicialmente improcedente. La improcedencia, en la mayoría de los casos, comporta que la persona trabajadora tenga derecho a una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, con un máximo de 24 mensualidades. Para los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, la indemnización se calcula de forma mixta: 45 días de salario por año de servicio por el tiempo trabajado hasta dicha fecha y 33 días por año por el tiempo posterior[3].

Por su parte, la nulidad del despido implica su ineficacia jurídica y conlleva la obligación de readmitir a la persona trabajadora en su puesto, con el correspondiente abono de los salarios dejados de percibir. No obstante, esta

[3] Decimos en la mayoría de los casos porque la elección entre readmisión o pago de la indemnización corresponde al a empresa, que habitualmente se decanta por esta última. En el caso de los representantes de los trabajadores legales o sindicales, excepcionales, elige la persona trabajadora.

consecuencia opera hoy únicamente en supuestos tasados, vinculados a la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como a infracciones del derecho a la igualdad de género y, por extensión, a aquellas situaciones en las que se ve comprometida la protección derivada del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (arts. 51.1, 53.4 y 55.5 del ET, con remisión del art.108.2, 122.2 y 124.13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social[4])

En la práctica, la centralidad del sistema indemnizatorio se traduce en un modelo que acaba legitimando, en la realidad, una amplia libertad empresarial de rescisión del contrato a cambio del abono de una indemnización. Tal y como reconoce el profesor José Gil y Gil: "[Únicamente] la anulación del despido y la readmisión garantizan la seguridad del empleo, pues permiten al trabajador recuperar el empleo, y le ofrecen la posibilidad de conservar los derechos que ha adquirido durante los años de servicios (Gil y Gil 2017b, 25)".

En consecuencia, el debate en torno al grado de cumplimiento de las garantías internacionales de protección frente al despido en el ordenamiento jurídico español y, que, por extrapolación, también puede plantearse respecto de otros ordenamientos nacionales, se ha convertido en una cuestión recurrente, que reaparece de forma constante y se reconfigura en función de los distintos momentos históricos y coyunturas económicas.

4. *Tendencias en materia de regulación del despido: la discutida estrategia la* flexiguridad

Durante la primera década de este siglo, se impusieron en Europa, especialmente desde el marco de la Unión Europea, los principios de la llamada *flexiguridad* que, como puede inferirse de su nombre, pone su énfasis en la construcción de un modelo regulatorio de las relaciones laborales que apuesta por la flexibilidad. Más concretamente, lo que se pretende es facilitar que las empresas puedan gestionar más libremente su fuerza de trabajo y adecuarla a las fluctuaciones que pueda tener el mercado, ya sea tanto a través de herramientas de flexibilidad interna, como externa, lo que incluye, como no podría ser de otra manera, la figura de despido (Cabeza Pereiro 2024, 56).

La propuesta por el modelo de la *flexiguridad* seguramente se entienda mejor si se pone en su contexto. Por aquel entonces, las trasformaciones económicas y tecnológicas se manifestaban con especial incidencia en Europa y comenzaban a hacerse evidentes las consecuencias de la globalización económica, la deslocalización productiva y la fuerte competencia internacional.

[4] Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

De este modo, el tradicional modelo de mercado de trabajo, centrado primordialmente en garantizar elevados niveles de empleo, entró en una profunda crisis que exigía una readaptación del mismo. La respuesta se articuló, en buena medida, atendiendo a las demandas empresariales, que reclamaban un mayor margen de flexibilidad para gestionar su mano de obra y reducir costes laborales (Prieto y Miguélez 2009, 276-78).

El término *flexiguridad* también se compone de la palabra *seguridad,* que hace referencia a la contrapartida que obtiene como beneficio la persona trabajadora de implantación de este modelo. Se refiere a la seguridad que ha de tener en la permanencia en el mercado laboral, que no en su puesto, otorgando un papel estratégico y fundamental a los sistemas de seguridad social para que puedan amortiguar las consecuencias económicas que puedan derivar de los procesos de inactividad, así como a las políticas activas de empleo como pieza clave para fomentar el aprendizaje y capacitación de todas las personas trabajadoras, haciendo que así su contratación sea algo atractivo.

La UE ya presentó esta idea en la estrategia de Lisboa del año 2000, donde puede verse reflejada una clara preocupación por los cambios económicos y un interés por incrementar la competitividad del mercado europeo, que más tarde se concretaría en la comunicación de la Comisión Europea *Hacia los principios comunes de la flexiguridad*[5] (2007).

Ahora bien, ¿cómo se proyecta esta estrategia económica y política en el ámbito jurídico? Entre otras cosas, y la que aquí nos interesa, a través de la reducción de las restricciones al despido. Resulta particularmente ilustrativo el caso español, que constituye el referente más cercano de análisis y que, en la actualidad, sitúa la regulación del despido en el epicentro de un intenso debate jurídico y doctrinal en nuestro país. El resultado de las reformas legislativas aprobadas en tal contexto[6], sucintamente resumido, es el abaratamiento del coste del despido, tanto por la reducción de la cuantía de la indemnización en caso de improcedencia como por la agilización del procedimiento extintivo. Todo ello se sostuvo en la creencia de que las reformas legales serían capaces de contener los efectos de una crisis económica en la que nuestro país se veía sumido desde 2008. Sin embargo, parecen prevalecer posturas escépticas respecto de esta solución adoptada, pues las causas y

[5] (COM(2007) 359 final, 27.6.2007)

[6] Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2002, y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 341-371
https://doi.org/10.18543/ed.3583 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

manifestaciones de esta crisis desbordaban ampliamente el ámbito de la regulación (Cabeza Pereiro 2024, 53), y más tenían que ver con el modelo productivo de nuestro país que aún hoy se sustenta en sectores económicos con una acusada inestabilidad[7].

> "*La situación ha cambiado con la crisis financiera y económica que España conoce desde 2008. La banca se vio particularmente afectada y los gobiernos sucesivos hubieron de tomar medidas para dar confianza a las instituciones internacionales y gobiernos extranjeros que aceptaron conceder préstamos. Decidieron flexibilizar el mercado de trabajo, en particular la protección contra el despido, cuando el desempleo aumentaba dramáticamente y la pobreza se difundía incluso dentro de la población extranjera* (Servais, 2017, 2)

En la práctica, la lógica de la *flexiguridad* se traduce en el predominio de los objetivos de carácter economicista, y la devaluación de los derechos de las personas trabajadoras. Detrás del concepto de *flexiguridad* subyace una premisa, ciertamente discutible: la consideración de que la eliminación de obstáculos jurídicos y formales a la contratación e igualmente al despido, contribuye a impulsar la economía de un país y, con ello, a generar puestos de trabajo. Puede decirse entonces que la flexibilidad laboral no sólo es vista como estrategia empresarial para lograr la adaptación a las circunstancias del mercado, sino que se contempla también como un instrumento para hacer frente al desempleo, lo que encuentra su fundamento en el análisis neoclásico del mercado de trabajo (Quintana Hernández 2012, 134).

Nada más lejos de la realidad, pues los despidos al menos en España, aumentaron durante el tiempo que estuvieron vigentes las reformas laborales fruto de la *flexiguridad,* así como también lo hicieron las tasas de temporalidad en el empleo (Martínez Veiga 2016), sin olvidar que el carácter eminentemente de la contratación de duración determinada es algo endémico del mercado laboral nacional (Montoya Medina 2022, 15). Y, con ello, la sensación de inseguridad y precariedad, pues se ha dicho que, en definitiva, este sistema carga sobre las personas trabajadoras el peso de la incertidumbre o inseguridad del proceso. Quizás en su origen, dicho modelo pudo encontrar justificación como mecanismo para paliar los efectos de la crisis (Molero Manglano 2013, 51 y ss.); sin embargo, una década después puede apreciarse cómo la orientación de las más modernas reformas laborales parece sugerir la vuelta a un enfoque que conceda mayor protección a los derechos de la persona trabajadora (Gil y Gil 2017b, 77).

[7] Como por ejemplo el sector turístico o la agricultura, en (Montoya Medina 2022, 20)

5. *Un cambio de paradigma hacia el reforzamiento de las garantías frente al despido*

El paradigma de la *flexiguridad*, aunque no se ha abandonado por completo, se ha ido dejando paulatinamente de lado. En su lugar, han ido apareciendo diversas actuaciones que ponen de manifiesto el interés por recuperar aspectos de la protección del despido y devolver así el valor social que tenía esta institución. Sorprende que hayan servido como respaldo jurídico para ello los mismos instrumentos jurídicos que estuvieron vigentes en un momento de recesión, el Convenio núm. 158 y la CSE, lo que pone de relieve una idea ya anticipada en este comentario: la necesidad de interpretar las normas jurídicas atendiendo a su contexto.

Desde la UE, el cambio de enfoque lo representa el Pilar Europeo de Derechos Sociales[8], en adelante PEDS, proclamado en el año 2017. Sin abandonar del todo los postulados propios de la flexibilidad laboral, pues reconoce explícitamente la necesidad de adaptar el trabajo a las necesidades del mercado, el PEDS, garantiza unas condiciones de trabajo, y con ello también de vida, mínimas, basadas en la garantía de derechos equitativamente, a la vez que se construye un sistema fuerte de seguridad social.

En la actualidad, aunque la reciente reforma laboral del año 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo[9]) ha vuelto a poner el acento en los objetivos tradicionales de promover el pleno empleo y fomentar la contratación indefinida a largo plazo –al menos, así se desprende de la lectura de su preámbulo (Montoya Medina 2022, 19)–, el sistema de protección frente al despido apenas ha experimentado modificaciones. Otra cosa es que dichos resultados se estén logrando, algo también cuestionable, quizás por el diseño demasiado ambicioso de sus pretensiones (Montoya Medina 2022, 48). No obstante, en última instancia consideramos que lo verdaderamente positivo de esta reforma no está tanto en sus resultados concretos, sin que ello sea una cuestión desdeñable por supuesto, sino en el cambio que introduce en el modelo legislativo laboral español, que, en aras de combatir la precariedad laboral, se orienta hacia la promoción de una mayor estabilidad en el puesto de trabajo (López Ahumada 2022, [versión en línea]).

No se abordarán aquí las medidas concretas introducidas, sino los objetivos *en abstracto* que persigue esta reforma –y de otras normas que se han aprobado en relación con ella. Empero, antes conviene destacar lo que a

[8] Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales (DOUE L 113, 4 de mayo 2017).

[9] BOE núm. 313, de 30 de noviembre de 2021.

nuestro parecer es especialmente preocupante y es que, en la actualidad, la diferencia de cuantía indemnizatoria entre el despido ajustado a derecho y el declarado improcedente por no serlo se mantenga dentro de unos márgenes tan reducidos, que difícilmente permiten cumplir la función disuasoria que debería corresponderle (Cruz Villalón 2012, 141). Y, en consecuencia, se alejan de hacer efectivo el contenido del Convenio núm. 158 OIT y de la CSE, cuyos compromisos nuestro país asumió en su día.

Pese a la inacción del legislador, que no ha revisado el sistema de cálculo de la indemnización por despido improcedente establecido en la reforma laboral de 2012, el aumento de la conciencia social y la creciente invocación de los estándares internacionales han propiciado un renovado cuestionamiento del modelo predominantemente indemnizatorio, así como de la suficiencia y capacidad disuasoria de las cuantías que resultan de su aplicación (Molina Navarrete 2021, 235). No es *rara avis* que en la práctica los empleadores barajen la posibilidad de acudir a un despido sin causa fraudulentamente (Beltrán de Heredia Ruiz 2018, 261), como una medida de gestión empresarial más. Además, y no menos importante, las cuantías indemnizatorias resultantes pueden ser muy reducidas y distan de ser adecuadas, especialmente en aquellos supuestos en los que la persona trabajadora ha estado contratada por un período breve y percibiendo una remuneración baja. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el sistema de cálculo de estas indemnizaciones es sumamente simple y atiende únicamente a dos factores: la antigüedad y el salario.

Encontramos resoluciones en las que, los tribunales menores –porque, en contraposición a tal criterio, el Tribunal Supremo parece pretender cerrar la utilización de esta vía, al insistir en que el sistema indemnizatorio español se sitúa dentro de los límites que impone la normativa internacional[10]–, haciendo uso de su facultad de control de convencionalidad, que compete a los tribunales ordinarios y aplicando el Convenio núm. 158 y el artículo 24 CSE, han incrementado la cuantía indemnizatoria que correspondería de la aplicación de los baremos legalmente tasados para dar cumplimiento a su obligatorio requisito de adecuación. La resolución del Tribunal Supremo fue duramente criticada por la doctrina

La indeterminación que presenta el término "indemnización adecuada" ha permitido que, cuando se estime oportuno, por considerarse insuficiente el importe resultante de aplicar las reglas tasadas de la indemnización por despido improcedente, los tribunales procedan a su incremento. Esta forma de proceder ha generado un notable revuelo entre la comunidad jurídica, que advierte de la profunda inseguridad que provoca un escenario en el que se

[10] STS de 16 de julio, núm. sent 736/202.

aplica, como si lo fuera, una norma que no nació con vocación de ser *self-executing*.

Con todo, el debate que aquí resulta más relevante, al margen de los criterios de aplicación del Derecho internacional –¿control de convencionalidad difuso, aplicación directa, sí o no?–, nos sitúa ante una cuestión propiamente laboral: la adecuación del sistema sancionador previsto en el Estatuto de los Trabajadores cuando el despido carece de causa justa, así como la correlativa obligación de garantizar una indemnización adecuada, conforme a los términos empleados por los principales instrumentos internacionales.

Sin embargo, el origen de esta discusión hunde sus raíces en la confrontación entre dos modelos antagónicos: de un lado, el que propugna la desregulación del mercado de trabajo en aras de una mayor flexibilidad económica y, de otro, el que aboga por la consolidación de un sistema orientado a la protección efectiva de los derechos sociales. En última instancia, la efectividad de la prohibición del despido arbitrario depende del modelo de tutela que adopte cada ordenamiento, esto es, de si se opta por un sistema meramente indemnizatorio o, por el contrario, por uno que restablezca la relación laboral mediante la readmisión de la persona trabajadora afectada, dotando así de auténtico contenido al principio de causalidad en la extinción contractual.

III. EL RECIENTE DIÁLOGO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL CON EL ARTÍCULO 24 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Una de las cuestiones que mayor debate ha suscitado recientemente reside en determinar si el sistema español de protección frente al despido se adecua a las exigencias derivadas del artículo 24 CSE, así como en dilucidar si, caso de que se entienda por negativa la respuesta, la normativa interna puede verse desplazada o reinterpretada a la luz de tales compromisos internacionales. La CSE emplea fórmulas abiertas que precisan de cierta determinación, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que se trata de textos internacionales llamados a ser concretados por los Estados firmantes (García Viña, 2025, 76). En consecuencia, son numerosas las dudas sobre si los sistemas internos cumplen realmente los estándares internacionales de protección. No es posible profundizar aquí en esta cuestión, porque exigiría un análisis mucho más amplio. No obstante, sí creemos útil exponer brevemente algunas ideas para situar el estado del debate.

Para abordar la situación actual, es obligatorio detenerse en la interacción que mantiene la regulación del despido y, en particular, el régimen de determinación y cómputo de la cuantía indemnizatoria, con el artículo 24 CSE. Se trata de una conexión que atraviesa actualmente un momento de diálogo especialmente intenso. Dicho artículo, como se ha indicado, recoge "el

derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada".

El ya mencionado debate sobre si es adecuada la forma de calcular las cuantías de dicha indemnización ha sido objeto de debate planteado ante el CEDS, el Comité Europeo de Derechos Sociales, encargado de interpretar y supervisar la CSE. Ha sido a través de decisiones, como resultado de reclamaciones colectivas planteadas por los sindicatos más representativos de nuestro país, UGT (Unión General de Trabajadores) en la reclamación núm. 207/2022, y CCOO (Comisiones Obreras), en la reclamación núm. 218/2022.

La pugna entre ambas partes es clara, pues si bien el Gobierno español sostiene que el sistema indemnizatorio tasado es adecuado porque repara el daño causado y, además, persigue una finalidad loable –proporcionar seguridad jurídica y permitir realizar un balance coste-beneficio en materia de despidos. Por otro lado, quienes cuestionan esa tesis sostienen que la "adecuación" de la reparación no puede agotarse en la mera fijación legal de una cuantía uniforme, sino que exige completar el modelo para que la respuesta indemnizatoria cumpla realmente una función resarcitoria plena y efectivamente disuasoria, especialmente cuando la indemnización tasada no cubre los perjuicios concretos derivados del despido sin causa justificada.

Aunque la cuestión de fondo pueda considerarse, en lo sustancial, zanjada y el sistema indemnizatorio reclame de manera apremiante una reforma, no resulta igual de evidente cuál sea la fórmula más idónea para articular y hacer efectivo, en la práctica, ese cambio. Al margen del debate social y de la presión que pueda rodear a este asunto, el carácter vinculante de las resoluciones del CEDS debería actuar como motor de impulso (Jimena Quesada, 2024, 7), especialmente ante la inactividad del Gobierno. En efecto, lo deseable es que, en atención a los compromisos jurídicos asumidos, se reforme el sistema de indemnizaciones, pues constituye la vía más adecuada para hacer efectivos los derechos sociolaborales consagrados en la CSE (Jimena Quesada, 2025, 21).

Empero, no ha sido así, y el Tribunal Supremo parece haber adoptado una actitud reticente a reconocer efectos aplicativos al art. 24 CSE, como evidencia la sentencia de 2025 citada supra. Este enfoque no ha resultado plenamente convincente para la doctrina (Molina Navarrete, 2025), pues, aun admitiendo que puedan suscitarse dudas acerca del eventual carácter programático de la Carta, no sería la primera vez que el ordenamiento y la jurisprudencia dotan de operatividad a mandatos formulados en términos abiertos mediante su concreción judicial. En esa línea, nada impediría articular, cuando concurran daños efectivamente acreditados, cauces resarcitorios complementarios –como el reconocimiento de una indemnización adicional sobre la tasada– para garantizar que la reparación sea realmente adecuada y no meramente nominal.

En todo caso, con independencia de las controversias técnicas que ha generado esta cuestión, puede afirmarse con claridad una conclusión: el debate ha cristalizado en una demanda cada vez más consistente de reforma del régimen jurídico del despido. Lo verdaderamente relevante, más allá de la discusión sobre la aplicabilidad de la CSE o el alcance del control de convencionalidad, es la constatación de que la regulación vigente es percibida por amplios sectores doctrinales y sociales como insuficiente para garantizar una reparación efectiva y una función disuasoria real frente al despido sin causa justificada. En consecuencia, la cuestión central ya no es solo interpretativa, sino legislativa: se reclama un cambio normativo que adecúe la respuesta indemnizatoria a los estándares de justicia reparadora y de tutela efectiva.

IV. APUNTES SOBRE LA AGENDA 2030

En esta tercera parte del trabajo se va a situar régimen jurídico del despido en el marco de la Agenda 2030, entendida como uno de los principales, si no el principal, referente normativo y político que orientan, o, al menos, deberían orientar, las transformaciones sociales y económicas del mundo actual. Una vez expuesta la relevancia estructural del despido y delimitadas las líneas que han guiado su regulación, resulta necesario examinar en qué medida la Agenda 2030 y actúa como motor de cambio. Se trata, en definitiva, de analizar la conexión entre la tutela frente al despido y los objetivos globales vinculados al Trabajo Decente, la estabilidad en el empleo y el bienestar, valorando hasta qué punto dicho marco ofrece criterios para reorientar las garantías frente al despido arbitrario.

1. *La agenda 2030 y el Trabajo Decente*

Puede calificarse como un hecho histórico y trascendental la aprobación de la Agenda 2030 por parte de la comunidad internacional. Se trata del resultado del compromiso asumido en el año 2015 en el seno de las Naciones Unidas para afrontar los retos de la globalización desde una perspectiva sostenible; esto es, de manera que puedan satisfacerse las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propia. Con el fin de dotar de contenido operativo a este objetivo, en apariencia abstracto, la Agenda 2030 se articula en torno a 17 objetivos, los ODS, desglosados a su vez en 169 metas de carácter más específico.

Ahora bien, aunque su naturaleza es primordialmente política, y no puede considerarse un instrumento propio del *hard law*, y su cumplimiento no es jurídicamente exigible en sentido estricto, la asunción de la Agenda 2030 implica un firme compromiso político por parte de los Estados y de las

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 341-371
https://doi.org/10.18543/ed.3583 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

instituciones internacionales. El fomento y la progresiva implementación de la Agenda 2030 se han convertido en una referencia constante. De hecho, el PEDS y el conjunto de reformas legislativas adoptadas bajo su vigencia han de leerse necesariamente a la luz del enfoque de dicha Agenda.

Se advierte, por tanto, que la efectiva consecución de estos objetivos depende, fundamentalmente, de la voluntad y del grado de implicación de todos los agentes sociales, no solo de los poderes públicos, sino también de los actores privados, interpelando de manera directa a las empresas y al conjunto de organizaciones económicas (Pinillos et al. 2019, [versión en línea]). Ahora bien, el margen real de actuación de estos sujetos viene condicionado tanto por la amplitud con que se formulan los objetivos y las metas de la Agenda 2030, como por las concretas posibilidades de intervención y los recursos disponibles en cada país, lo que introduce un importante componente de variabilidad en su grado de implementación.

Estas reflexiones pretenden arrojar cierta luz sobre esta cuestión, profundizando, como se ha adelantado, en la relación existente entre el régimen jurídico del despido en el plano internacional y las distintas posibilidades interpretativas que se abren en torno a sus conceptos y cláusulas abiertas. Consideramos que en esta tarea es particularmente adecuado seguir la hoja de ruta marcada por la Agenda 2030, en la medida en que ello permite dotar de coherencia la reflexión jurídica con la actuación coordinada y cooperativa de la comunidad internacional frente a los desafíos presentes y futuros.

En este contexto, el ODS 8, relativo a la promoción del Trabajo Decente, adquiere una relevancia singular. Dicho objetivo concibe el trabajo como una actividad productiva y justamente remunerado, desarrollado en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. Conviene subrayar que la noción de Trabajo Decente no constituye una creación *ex novo* de la Agenda 2030, sino que se inscribe dentro de la línea de actuación que previa del a OIT, que ya había hecho de este concepto el eje vertebrados de sus políticas globales (Servais 2017:38).

En última instancia, el ideal de trabajo decente representa los propios objetivos fundacionales de la OIT, en tanto aspira a superar una visión reductiva del Derecho del trabajo como mera regulación del empleo desde parámetros estrictamente economicistas y reivindica, ya desde sus orígenes, una perspectiva más humana y social del trabajo. Sin embargo, el trabajo decente impulsado únicamente por la OIT parecía haber sido insuficiente y no había logrado adaptarse a las demandas actuales del mercado laboral (Gil y Gil 2017a, 39), por lo que su incorporación al ámbito de la ONU hace esperar una influencia más amplia y mayores resultados.

La noción de trabajo decente se proyecta sobre un amplio abanico de actuaciones que pueden desplegarse tanto dentro como fuera de la empresa. Ello abarca, entre otras medidas, la promoción activa de la diversidad y la

igualdad en las condiciones de trabajo de toda la plantilla, la adopción de políticas empresariales orientadas al uso de recursos renovables y ambientalmente sostenibles, la mejora continua de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como el impulso de iniciativas formativas que faciliten el acceso al empleo y el desarrollo profesional de colectivos especialmente vulnerables o en riesgo de exclusión.

El trabajo decente parece ser el contrapeso frente a aquellas prácticas asociadas a la precariedad laboral (Gamero Requena 2011, 117), en cuanto impulsa su progresiva eliminación y sustitución por unas condiciones de trabajo más respetuosas con los derechos que, a la postre, garanticen un mejor nivel de vida. No obstante, hay que ser conscientes de que la efectividad de este objetivo no puede desvincularse de las posibilidades materiales, institucionales y económicas de cada uno de los Estados comprometidos con la Agenda 2030.

Con el fin de evaluar dicho grado de cumplimiento, se han diseñado diversos indicadores estadísticos específicos. Entre ellos, reviste particular importancia el relativo a la estabilidad y seguridad en el empleo, lo que resulta especialmente razonable si se tiene en cuenta que la precariedad laboral se ha vinculado con la temporalidad, la elevada rotación en los puestos de trabajo y la facilidad para la expulsión de la persona trabajadora de la relación laboral (Prieto y Miguélez 2009, 285). Esta perspectiva pone de manifiesto, además, que los principios de la denominada *flexiguridad* se encuentran hoy más que nunca en entredicho: la Agenda 2030, y en particular el ODS 8, no desatiende las legítimas necesidades empresariales (Pinillos et al. 2019, [versión en línea]), prueba de ello es que lleve título "trabajo decente y crecimiento económico", pero exige reconducir dicho crecimiento bajo parámetros compatibles con la garantía de empleos estables, seguros y dignos.

2. *La garantía de la salud mental en el epicentro de la agenda global*

A lo largo de este trabajo hemos aludido al concepto de bienestar. Este debe entenderse como una realidad mucho más amplia que la mera ausencia de enfermedad o la sola salud física, en la medida en que la OMS lo vincula a la existencia de un entorno social adecuado y al disfrute de una buena salud mental. El bienestar se configura, así, como una condición integral que incorpora dimensiones físicas, psicológicas y sociales. Por ello, cuando se hace referencia a la salud y al bienestar, como sucede en el ODS 3, que persigue "garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades", ha de tenerse siempre presente esta triple dimensión, evitando lecturas excesivamente reduccionistas centradas únicamente en los aspectos médicos (Esposito, s. f.). En la actualidad, sin embargo, la salud mental ha adquirido

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 341-371
https://doi.org/10.18543/ed.3583 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

una visibilidad sin precedentes, hasta el extremo de que ya no se concibe ninguna política de salud pública que no haga referencia expresa a ella.

Tristemente, se ha venido constatando un preocupante deterioro de la salud mental de la ciudadanía que comienza a hacerse particularmente visible a partir del impacto de la crisis financiera de 2008, pero que, en los últimos años, se ha intensificado de manera acusada como consecuencia de la inseguridad y la incertidumbre generadas por la crisis derivada de la pandemia de la COVID-19, la cual ha afectado a un número cada vez mayor de sectores y grupos poblacionales –en especial la infancia y la juventud (Robles-Sánchez 2021), La crisis financiera dio lugar a una profunda recesión económica que condujo a la configuración de un mercado de trabajo muy precarizado, no solo por la inestabilidad inherente a los empleos de corta duración, sino también por la conjunción de una regulación laxa del despido y de una gran facilidad para recurrir a la contratación temporal, factores que contribuyeron, a su vez, a engrosar de manera sostenida las cifras de desempleo. El sociólogo británico Guy Standing acuñó el término *precariado* para referirse a aquellas personas trabajadoras, empleadas o no, que vivía una situación de inseguridad y falta de derechos laborales[11]. En semejante contexto, no resulta en absoluto sorprendente que el grado de insatisfacción con la propia situación laboral alcanzara niveles muy elevados, incluso entre quienes se encontraban ocupados, pero observaban cómo sus condiciones económicas y profesionales distaban notablemente de responder a sus legítimas expectativas (Álvarez Aledo et al. 2013, 87).

A diferencia de lo que ocurrió con la crisis económica, la reciente crisis sanitaria, en líneas generales, no tuvo un impacto tan trascendental en mercado de trabajo, aunque por supuesto, quienes estaban vinculados mediante relaciones laborales más inestables, marcadas por la temporalidad, difícilmente podrían confirmar plenamente esta afirmación (Malo 2021). Sin embargo, uno de los efectos colaterales de aquella experiencia insólita a escala mundial fue el acusado deterioro de la salud mental. Este fue el impulso definitivo para que la salud mental sea el epicentro de muchas de las preocupaciones globales y de las políticas, medidas o de cualquier herramienta que las aborde. Precisamente, las múltiples aristas que conforman este concepto hacen que la salud mental deje de vincularse únicamente con las políticas de salud pública para atravesar, de forma transversal, numerosos ámbitos de la vida. El bienestar tiene que ver con el acceso a los servicios esenciales, a una educación de calidad, a una vivienda digna, a la cultura (Ferri y Leahy 2025, 11 y ss.), y, como no podría ser de otro modo, a un trabajo decente.

[11] (Standing 2013): "Hoy, la clase masiva es el precariado, caracterizada por trabajo inestable, ingresos bajos e impredecibles y pérdida de derechos de ciudadanía".

La insatisfacción laboral constituye, en sí misma, una dimensión relevante del bienestar psíquico y, en consecuencia, un componente esencial de la salud mental (Vargas Jiménez y Pérez Ramos 2019, 144). Es evidente que unas condiciones laborales precarizadas tienen un impacto negativo en salud psicológica y emocional de las personas, y a la inversa, un trabajo con unas ciertas garantías jurídicas suficientes constituye un factor de salvaguarda del bienestar psíquico, al reducir la incertidumbre y los efectos psicosociales asociados a la inseguridad laboral.

3. *El tratamiento de la salud en el marco de la relación laboral*

El inicio del periplo que ha seguido la salud mental para ser tratada jurídicamente en el ámbito laboral suele situarse en su reconocimiento como riesgo psicosocial: un factor capaz de generar daño y, por tanto, susceptible de prevención, evaluación y corrección en el marco de la normativa de seguridad y salud**.** En ese itinerario, el primer gran hito ha sido tradicionalmente el acoso (en sus distintas manifestaciones), respecto del cual se han consolidado con relativa fuerza instrumentos de detección, prevención y reparación. Sin embargo, el propio desarrollo de la categoría riesgo psicosocial ha ido expandiéndose hacia dimensiones más complejas y menos visibles de las condiciones de trabajo, en las que no siempre es sencillo aislar un factor desencadenante ni diseñar medidas preventivas eficaces. Precisamente por ello, hoy resulta cada vez más relevante incorporar al análisis variables como la falta de autonomía, las malas condiciones laborales y, de manera muy significativa, la gestión del tiempo de trabajo y su impacto sobre los tiempos de vida (Álvarez Alonso 2025, 276). Precisamente a un enfoque más general es a lo que hace la legislación en materia de prevención de riesgos laborales[12].

En ese marco, la ordenación del tiempo –horarios irregulares, imprevisibilidad, excesiva flexibilidad empresarial o dificultad para garantizar descansos efectivos– se proyecta como un elemento decisivo: no solo determina el desgaste físico, sino que incide directamente en el malestar psíquico como el estrés, ansiedad, depresión o burnout, especialmente cuando la persona trabajadora no puede atender responsabilidades familiares o de cuidados sin sufrir penalizaciones formales o informales. Este punto es clave porque desplaza el foco desde un enfoque patológico centrado en el individuo hacia una lectura en la que la salud mental se relaciona con la estructura y organización del trabajo.

[12] Art. 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE núm. 269, de 10 de octubre de 1995, que se refiere al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en el trabajo.

Ahora bien, que la salud mental se haya incorporado al Derecho del trabajo *como riesgo psicosocial* ha sido un paso crucial, pero no agota las posibilidades de tutela. El marco preventivo ofrece un pilar normativo potente: el deber empresarial de protección es amplio y exige garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud, lo que implica no solo reaccionar ante el daño ya producido, sino anticiparse mediante medidas de prevención y organización adecuadas. En nuestra opinión, la salud mental no puede quedar reducida a intervenciones puntuales, sino que exige integrar la prevención en la propia arquitectura de las condiciones de trabajo: cargas, ritmos, control del desempeño, disponibilidad digital, descansos y conciliación.

Un segundo paso se encuentra, de forma implícita, en la garantía de unas condiciones de trabajo transparentes y previsibles, tal como propone la Directiva 2019/1152[13]. La aportación de esta norma es especialmente valiosa porque introduce contrapesos frente a los modelos de patrón imprevisible: deberes de información, exigencias de preaviso, y, en su caso, el derecho a rechazar encargos sin penalización cuando no se respeten esas garantías. Es decir, no se trata únicamente de limitar horas, sino de reducir la incertidumbre organizativa que erosiona el control sobre la propia vida, y que constituye un vector de precariedad con impacto directo en la salud mental.

Un tercer paso tiene que ver con reforzar la dimensión colectiva del tratamiento de la salud mental real (Álvarez Alonso 2025, 284): no solo como derechos colectivos, en abstracto, sino como exigencia funcional para que la sea efectiva. La detección de factores psicosociales, la discusión sobre ritmos y cargas, la regulación de la desconexión o la vigilancia de los algoritmos de control requieren interlocución, seguimiento y contrapesos; y ahí la representación legal y sindical aparece como pieza de cierre. Si se asume la dimensión organizativa y colectiva del problema, la intervención puede orientarse a corregir condiciones que impactan negativamente sobre la persona trabajadora (García García 2023, 285).

En la actualidad resulta imprescindible que, más allá del desarrollo ordinario de la relación laboral, el debate jurídico incorpore de forma expresa la salud mental también en el momento de su finalización. Las garantías que rodean la extinción no deban entenderse únicamente como límites formales al poder empresarial, sino como instrumentos de tutela de la dignidad, la integridad psíquica y el bienestar de la persona trabajadora.

[13] Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, núm. 186, de 11 de julio de 2019.

V. LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y SU IMPACTO POSITIVO EN LA SALUD MENTAL

Con el fin de dar respuesta a la cuestión planteada, resulta necesario analizar en qué medida la garantía de un régimen jurídico de protección frente al despido, reconocido en el ámbito internacional, incide en la consecución de los objetivos de la Agenda 2030, especialmente del ODS 8, relativo al trabajo decente, y del ODS 3, centrado en la mejora de la salud y el bienestar.

Como broche final, antes de concluir estas reflexiones, el estudio se cierra con una serie de proposiciones sobre los mínimos que, a nuestro juicio, deberían tenerse presentes si se pretende que la legislación avance de forma coherente con la hoja de ruta que proyecta la Agenda 2030.

1. *Ideas básicas*

La tutela frente al despido constituye uno de los ejes vertebradores del Derecho del Trabajo, en la medida en que a través de ella se garantiza no solo la justicia social, sino también la efectividad del principio de estabilidad en el empleo como presupuesto de una relación laboral equilibrada. Aunque el despido se configura jurídicamente como una decisión empresarial, sus efectos trascienden el plano estrictamente organizativo, pues inciden de forma directa en el bienestar de la persona trabajadora, en su proyecto vital y en su estabilidad psíquica, dimensiones que no pueden considerarse ajenas a la lógica protectora propia de esta rama del ordenamiento. El peso que se ha venido dando a la garantía de la salud mental de los ciudadanos viene conectado con la importancia que a la vez se da, o al menos debería de darse, a los riesgos psicosociales que se derivan del trabajo. Al margen del estrés laboral, que casi con total seguridad puede decirse que es el principal factor de riesgo laboral, existen multitud de factores que pueden contribuir a que la persona trabajadora padezca algún tipo de trastorno mental.

La creciente atención que en los últimos años se ha venido otorgando a la salud mental de la ciudadanía se encuentra estrechamente vinculada con la relevancia –aun insuficientemente desarrollada– de los riesgos psicosociales derivados del trabajo. Más allá del estrés laboral, existe una pluralidad de elementos relacionados con la organización del trabajo, la inseguridad contractual o la incertidumbre respecto a la continuidad en el empleo que contribuyen de manera significativa al deterioro de la salud mental de las personas trabajadoras.

No resulta, sin embargo, sencillo establecer una relación causal lineal entre un determinado factor de riesgo laboral y el daño psicosocial finalmente desencadenado. De hecho, muchas situaciones de menoscabo del bienestar mental permanecen invisibilizadas, en la medida en que no

alcanzan la entidad clínica necesaria para ser calificadas como enfermedad y, por tanto, para activar plenamente los sistemas jurídicos de prevención, protección y reparación. Esta circunstancia pone de manifiesto una importante *zona gris* en la tutela de la salud mental, especialmente relevante desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Esta es precisamente la situación estudiada que tiene que ver con el difícil encaje de una determinada situación como factor de riesgo y daño.

La precariedad laboral, entendida como fenómeno difuso, a menudo normalizado y no siempre explícito, guarda una relación directa con la merma de la salud mental, en la medida en que genera condiciones de vida inseguras que limitan la capacidad real de elección de las personas respecto del proyecto vital que desean desarrollar. Esta inseguridad estructural no solo afecta a la esfera profesional, sino que se proyecta sobre la autonomía personal y la percepción de control sobre su propia vida.

En esta línea, numerosos autores coinciden en las conclusiones que se han venido sosteniendo a lo largo de este trabajo. Así lo pone de relieve el Informe *Precariedad laboral y salud mental*[14]*, al evidenciar la clara conexión existente entre una reducción significativa del grado de protección que el Derecho del trabajo ofrece frente a la pérdida del empleo y, en particular, frente a los despidos arbitrarios o insuficientemente justificados y el incremento del riesgo de precarización, con el consiguiente impacto negativo sobre la salud mental de las personas trabajadoras. La debilitación de las garantías frente al despido se traduce, por tanto, en un aumento de la inseguridad subjetiva y objetiva en el empleo.*

El abandono progresivo del paradigma de la flexiguridad se presenta como un cambio difícilmente eludible para dar respuesta tanto a las demandas sociales como a los compromisos internacionales asumidos. Bajo la óptica del trabajo decente, la tendencia desreguladora debe invertirse: no cabe concebir un empleo verdaderamente decente sin una atención efectiva a los riesgos psicosociales, en la medida en que estos constituyen hoy uno de los vectores centrales del deterioro del bienestar en el trabajo.

Si se apura, la finalidad perseguida con una intervención orientada a reforzar dichas garantías es triple. En primer lugar, promueve condiciones de prestación de servicios compatibles con la protección de la salud mental. En segundo término, contribuye a la mejora del rendimiento organizativo y, con ello, a un incremento de la productividad, dimensión que también integra el objetivo de crecimiento económico sostenible asociado al ODS 8.

[14] Ministerio de Trabajo y Economía Social. *Precariedad laboral y salud mental: conocimientos y políticas* (Informe PRESME). Madrid, Gobierno de España, 2023. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf.

Finalmente, refuerza la cohesión social y la estabilidad de las trayectorias laborales, reduciendo la incertidumbre y los efectos disfuncionales vinculados a la inseguridad en el empleo.

Más allá de la evidencia aportada por estudios empíricos y académicos que recomiendan atender de forma prioritaria los riesgos psicosociales y las condiciones de trabajo, la Agenda 2030 opera como un relevante motor jurídico-político capaz de impulsar la materialización de estos cambios tanto en las prácticas empresariales como en el propio diseño normativo. Mirar al futuro –en alusión con el apartado *infra*– exige, por ello, situar en el centro la garantía efectiva de la salud mental y del trabajo decente, lo que, entre otras exigencias, presupone un marco que favorezca la estabilidad en el empleo y unas condiciones laborales dotadas de garantías suficientes.

2. *Mirando al futuro*

A nadie se le escapa que las condiciones de vida y las condiciones de trabajo se explican, en buena medida, como realidades interdependientes y, por ello, deben analizarse de manera conjunta. En estas páginas se ha hablado del despido como ejemplo paradigmático, pero pueden pensarse en otros ejemplos como lo fundamental que es adecuar el tiempo de trabajo a las necesidades vitales. La reducción de la jornada máxima ordinaria suele apoyarse en la idea de que, si se trabaja menos, se vivirá mejor[15]. La formulación es, desde luego, excesivamente simplista; sin embargo, contiene una verdad indiscutible: existe una relación directa entre el trabajo (y la forma en que se organiza y se presta) y el modo en que las personas desarrollan su vida, con efectos relevantes sobre su bienestar.

Hace ya tiempo que la salud laboral dejó de limitarse a evitar daños físicos derivados del desempeño de las tareas, y a la correlativa disminución de la siniestralidad, para incorporar, con creciente centralidad, la prevención de riesgos de naturaleza psicosocial. En la actualidad, además, se ha consolidado el discurso del *wellbeing* o bienestar corporativo, entendido como el conjunto de políticas y prácticas empresariales orientadas a promover la salud física, mental y emocional de las personas trabajadoras. A la postre, la conclusión vuelve a ser la misma: la salud mental se ha convertido en una preocupación transversal, y por ello las condiciones de trabajo se ven directamente interpeladas, resultando cada vez más difícil imaginar un futuro que abandone tal percepción.

Ahora bien, el ideal de garantizar un trabajo plenamente estable, en el que el despido apenas tenga cabida, constituye una aspiración utópica. No defendemos en absoluto prohibir el despido, pues ello implicaría restringir de

[15] Lema empleado por el Gobierno para ha usado explícitamente en el debate reciente sobre la reducción de jornada.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 341-371
https://doi.org/10.18543/ed.3583 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

forma desproporcionada la libertad de empresa. El despido, en efecto, es una eventualidad inherente al sistema de relaciones laborales y, aun dentro de los márgenes de la legalidad, es posible que una persona trabajadora pierda su empleo por una decisión empresarial causalmente justificada. Con todo, la propuesta más básica, y quizá la más inmediata, pasa por reforzar la preparación preventiva frente al riesgo. Si se asume que la percepción de inseguridad o inestabilidad laboral puede operar como un factor psicosocial, y si se articulan medidas preventivas orientadas a gestionar la incertidumbre que dicha percepción genera, se avanzará, aunque sea de forma modesta, en la tutela de la salud mental de las personas trabajadoras.

Por último, y no por ello menos importante, resulta imprescindible revisar el régimen jurídico del despido sin causa en nuestro país. La literatura científica ha abordado de forma extensa esta cuestión, como se ha ido señalando a lo largo del trabajo, y ha quedado meridianamente claro que el sistema de cálculo de la indemnización por despido improcedente requiere una reformulación. Se han propuesto diversas alternativas y criterios de ponderación, ninguno desdeñable. Sin embargo, para cerrar estas reflexiones conviene subrayar la propuesta que, a nuestro juicio, se impone con mayor evidencia, a la vista de la insuficiencia del tope máximo actualmente vigente, en la línea de lo advertido por el CEDS y por una parte significativa de la doctrina. Suprimir sin más cualquier límite podría resultar arriesgado; ahora bien, mantener el tope actual equivale, en la práctica, a consolidar un modelo con efectos escasamente disuasorios, perpetuando una percepción social de pérdida del empleo con consecuencias limitadas para quien despide. Ello contribuye, por esa vía, a intensificar la vivencia de inseguridad y, con ello, a agravar problemas vinculados a la salud mental.

VI. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, las ideas conclusivas que se derivan de estas reflexiones son las siguientes:

(i) El despido no es solo una figura jurídica o una medida de organización empresarial, sino que es un punto de fricción estructural del sistema de relaciones laborales. En él, se manifiesta el desequilibrio de poder entre las partes que participan en ellas, y de manera inevitable produce normalmente efectos intensos en la vida de la persona trabajadora. La pérdida del empleo implica incertidumbre material y deterioro del bienestar, de modo que la tutela frente al despido se conecta directamente con la función tuitiva del Derecho del Trabajo y con la justicia social.

(ii) La centralidad del despido y la dimensión humana del conflicto explican que se regule en el marco del Derecho internacional. El Convenio

núm. 158 OIT y la CSE articulan dos garantías esenciales: causalidad (prohibición del despido arbitrario) y reparación "adecuada" o readmisión. Sin embargo, al dejar margen de apreciación a los Estados, la eficacia real de esos estándares se juega en el diseño interno: un sistema predominantemente indemnizatorio puede tolerar, en la práctica, el despido sin causa. España se aproxima a una tutela débil: la centralidad de la improcedencia del despido no ajustado a derecho, con indemnización tasada atendiendo solo a salario y antigüedad, en detrimento de la nulidad, genera compensaciones a veces exiguas y escasamente disuasorias, especialmente en trayectorias cortas o salarios bajos.

(iii) El carácter monista del sistema español determina que los tratados internacionales válidamente ratificados, como el Convenio núm. 158 OIT y la CSE, se integren directamente en el ordenamiento interno y resulten vinculantes para todos los poderes públicos. Esta aplicabilidad directa, reforzada por la técnica del control de convencionalidad, convierte al Derecho internacional del trabajo en un parámetro interpretativo ineludible en materia de despido. De ahí la controversia existente en torno a si las cuantías indemnizatorias previstas en el Derecho interno cumplen efectivamente el requisito internacional de *indemnización adecuada*, así como el auge del control de convencionalidad, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica.

(iv) Las reformas inspiradas en la *flexiguridad* han tendido a reducir restricciones al despido y abaratarlo, bajo la premisa discutible de que ello incentiva el empleo. El análisis realizado pone de manifiesto que esta lógica puede traducirse en mayores niveles de rotación, temporalidad e inseguridad laboral, y que la precariedad opera como un factor de riesgo psicosocial que erosiona la salud mental de las personas trabajadoras, incluso cuando dicho deterioro no aflora como patología clínicamente reconocible.

(v) La salud mental ya no puede tratarse como una preocupación periférica o exclusivamente sanitaria: se integra en la noción contemporánea de *bienestar* y atraviesa, de forma transversal, las políticas públicas y las dinámicas empresariales. Una parte relevante del sufrimiento psíquico ligado al trabajo no se manifiesta como enfermedad diagnosticable, lo que dificulta activar mecanismos clásicos de protección y reparación.

(vi) La Agenda 2030 es la nueva hoja de ruta: estabilidad, trabajo decente y salud mental exigen reforzar las garantías jurídicas en materia de despido de los Estados parte de la ONU. La respuesta a la pregunta de partida es afirmativa: un régimen internacional robusto de protección frente al despido contribuye al ODS 8 (trabajo decente) y al ODS 3 (salud y bienestar) al reducir la incertidumbre y favorecer trayectorias laborales dignas. Mirando al futuro, la coherencia con la Agenda 2030 apunta a revisar el despido sin causa y reconfigurar el sistema reparador para que sea realmente adecuado y disuasorio, sin desconocer el margen legítimo de organización empresarial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, Manuel, María Emilia Casas Baamonde, y Enrique Alonso García. 2013. *Introducción al derecho del trabajo*. Thomson Reuters Aranzadi.

Álvarez Aledo, Carlos, María Ángeles Davia Rodríguez, y Nuria Legazpe Moraleja. 2013. "Impacto laboral de la crisis económica: privación de empleo y precariedad". *Papeles de economía española*, núm. 135: 83-98.

Álvarez Alonso, Diego. 2025. "Trabajo, precariedad laboral y salud mental". *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* núm. 6 (3): 272-85.

Baylos Grau, Antonio, y Joaquín Pérez Rey. 2009. *El despido o la violencia del poder privado*. Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho. Trotta.

Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. 2018. "Flexiseguridad, despido y reestructuración de la empresa". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 135: 243-74.

Cabeza Pereiro, Jaime. 2024. "El devenir del despido disciplinario en el derecho español". *Revista justicia & trabajo*, núm. Extra 1: 13-63.

Cruz Villalón, Jesús. 2012. "Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23: 121-47.

Cruz Villalón, Jesús. 2017. "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía". Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138: 13-47.

Cruz Villalón, Jesús, y Ana María Orellana Cano. 2025. *El control de convencionalidad y la garantía internacional de los derechos fundamentales en materia laboral en el ordenamiento español*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. 1969. "La interpretación de la ley". *La Ciencia Jurídica Española en los últimos años. Facultad de Derecho de San Sebastián*, 711-38.

Esposito, Roberta. s. f. "Caring for the Mind: A Chance for the Renewed EU Institutions to Take the Elephant Out of the Room". *Ideas in ALL. A Blog by the ALL Institute: Connecting Research and Real Life*. Accedido 11 de diciembre de 2025. https://www.ideasinall.com/caring-for-the-mind-a-chance-for-the-renewed-eu-institutions-to-take-the-elephant-out-of-the-room/.

Ferri, Delia, y Ann Leahy. 2025. *Dismantling Barriers and Advancing the Right of Persons with Disabilities to Participate in Cultural Life: A Socio-Legal Analysis*. Taylor & Francis.

Gamero Requena, Julio. 2011. "De la noción de empleo precario al concepto de trabajo decente". *Derecho & Sociedad*, núm. 37: 117-25.

García García, Ana. 2023. "La Guía de Información Algorítmica en El Ámbito Laboral como Instrumento Para Garantizar El Derecho Al Trabajo (Decente)", *Anais de Artigos Completos do VII CIDHCoimbra 2022,* Volumen 3, 273-287.

García Viña, Jordi. 2025. "La controversia sobre la indemnización tasada en el despido improcedente". Análisis desde el punto de vista de la jurisprudencia", *Revista Justicia & Trabajo,* 6, 2025.

Gil y Gil, José Luis. 2017a. *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*. Cinca.

Gil y Gil, José Luis. 2017b. "Trabajo decente y reformas laborales". *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 7: 21-78.

Goerlich Peset, José María. 2021. "(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?" *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 2 (1) 4-17.

Jimena Quesada, Luis. 2024. "La decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales UGT c. España de 20 de marzo de 2024: su obligado cumplimiento normativo y el respaldo explícito al subsidiario control de convencionalidad". Lex Social, Revista De Derechos Sociales, núm 14(2),1–1

Jimena Quesada, Luis. 2025. "La nueva decisión vinculante del Comité Europeo de Derechos Sociales (CCOO c. España): su insoslayable asunción por el Tribunal Supremo. Lex Social, Revista De Derechos Sociales, núm. 15(2),1–24

López Ahumada, José Eduardo. 2022. "La reforma laboral española de 2021-2022 y su orientación a la estabilidad laboral y a la transformación del mercado de trabajo". *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 7 (21): 265-81.

Malo, Miguel Ángel. 2021. "El empleo en España durante la pandemia de la Covid-19". *Panorama social* 33 (Los estragos sociales de la pandemia ante el horizonte post-COVID): 55-73.

Martínez Veiga, Ubaldo. 2016. "La reforma laboral de 2012 y el aumento del despido y desempleo en España". *Revista Andaluza de Antropología*, núm. 11: 44-66.

Mella Méndez, Lourdes. 2019. "El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, mayo 7, 57-95.

Molero Manglano, Carlos. 2013. "La Reforma laboral: Aspectos generales. Un estudio sobre sus antecedentes, gestación, recepción, características jurídicas, fundamentos, contenidos y valoración". *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 88: 51-80.

Molina Navarrete, Cristóbal. 2019. "Actualidades y críticas del convenio 158 OIT en los derechos europeos: ¿El renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 7 (0): 124-80.

Molina Navarrete, Cristóbal. 2021. "El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, febrero 7, 230-46.

Molina Navarrete, Cristóbal. 2025. No, no está escrita la última palabra jurisdiccional sobre la indemnización adecuada por despido arbitrario. Laboral-Social.com. https://www.laboral-social.com/despido-arbitrario-indemnizacion-adecuada

Montoya Medina, David. 2022. "Estabilidad en el empleo y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 10 (3): 11-51.

Palomeque López, Manuel Carlos. 2020. "La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147: 27-49.

Pinillos, Alberto Andreu, José-Luis Fernández-Fernández, y Joaquín Fernández Mateo. 2019. "Pasado, presente y futuro de los objetivos del desarrollo sostenible (ODS). La tecnología como catalizador (o inhibidor) de la Agenda 2030". *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 108.

Prieto, Carlos, y Fausto Miguélez. 2009. "Trasformaciones del empleo, flexibilidad y relaciones laborales en Europa". *Política y Sociedad*, mayo 14, 275-87.

Quintana Hernández, José Manuel. 2012. "¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?" *Lan harremanak*, núm. 26.

Robles-Sánchez, José Ignacio. 2021. "Salud Mental en tiempos de pandemia: la pandemia paralela". *Sanidad Militar* 77 (2): 69-72.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. 1968. "El régimen jurídico del despido (II); Leyes de contrato de trabajo y de jurados mixtos". *Revista de Política Social*.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. 2024. "El control de convencionalidad en el ordenamiento español, con especial referencia a la normativa laboral". Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 172: 11-24.

Servais, Jean-Michel, "España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia", Gil y Gil, José Luis. 2017a. *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*. Cinca: 27-58.

Standing, Guy. 2013. El precariado: una nueva clase social. Pasado y Presente.

Supiot, Alain. 2021. "El trabajo no es una mercancía: contenido y sentido del trabajo en el siglo XXI". *Revista Internacional del Trabajo*.

Vargas Jiménez, Esperanza, y Sara Paola Pérez Ramos. 2019. "El trabajo precario y el trabajo decente: Su impacto en la salud y en el desarrollo sostenible". *Revista Interamericana de Psicología Ocupacional (RIPO)* 38 (2): 138-47.

CONSTITUCIÓN Y BIOINTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL NEOHUMAN-AI Y LA PROMESA (O EL RIESGO) DE UNA CONSTITUCIÓN POSTHUMANA

Constitution and artificial biointelligence: the NeoHuman-AI and the promise (or the peril) of a posthuman constitution

José Sánchez Hernández[1]
Investigador predoctoral
Universidad de Salamanca. España
http://orcid.org/0009-0001-6755-4329

https://doi.org/10.18543/ed.3584

Fecha de recepción: 19.02.2026
Fecha de aceptación: 25.03.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El concepto de biointeligencia mejora la calidad de vida humana, acelera la investigación genética y impulsa el avance de la medicina. Si bien el objetivo de perfeccionar la especie humana y superar enfermedades o condiciones disfuncionales es loable, prácticas como el mejoramiento genético impulsado por inteligencia artificial, la manipulación genómica algorítmica y la edición genética inteligente plantean profundas preocupaciones éticas. Estos desarrollos cuestionan nociones fundamentales como la autonomía, la identidad humana y el consentimiento informado, al tiempo que introducen riesgos asociados a la intervención genética, incluida la posible erosión de la unicidad e irrepetibilidad de la condición humana y la necesidad de salvaguardar el patrimonio genético de la humanidad. En este marco, la presente investigación examina el concepto de dignidad posthumana, entendido como un modo emergente de existencia en el que los algoritmos y la biotecnología desempeñan un papel central en la configuración de un paradigma neohumano. Este

[1] Email: jose_jsh@usal.es

paradigma plantea una condición humana híbrida que integra dimensiones biológicas y tecnológicas, desafiando así los límites tradicionales de lo que entendemos por humanidad.

Palabras clave

Biointeligencia artificial; *biosynthAI*; *genfusionAI; EditGen-AI; NeoHuman-AI*.

Abstract

The concept of biointelligence enhances human quality of life, accelerates genetic research, and advances medical science. While the aim of improving the human species and overcoming disease or dysfunctional conditions is commendable, practices such as AI-driven genetic enhancement, algorithmic genomic manipulation, and intelligent gene editing raise profound ethical concerns. These developments challenge fundamental notions of autonomy, human identity, and informed consent, while also introducing risks associated with genetic intervention, including the potential erosion of the uniqueness and irreproducibility of the human condition and the need to safeguard humanity's genetic heritage. Within this framework, this research examines the concept of posthuman dignity, understood as an emergent mode of existence in which algorithms and biotechnology play a central role in shaping a neo-human paradigm. This paradigm envisions a hybrid human condition that integrates biological and technological dimensions, thereby challenging the traditional boundaries of what it means to be human.

Keywords

Artificial biointelligence; *biosynthAI; genfusionAI; EditGen-AI; NeoHuman-AI.*

Sumario: I. Introducción. II. Ensayos clínicos inteligentes y mejora genética. 1. Eugenesia genética de mejora: del ADN al biosynthAI. 2. La insuficiencia de la autonomía de la voluntad como principio bioético inexcusable. 3. La naturaleza singular del consentimiento informado en la mejora genética. III. Aspectos básicos sobre la manipulación genética: del derecho a la procreación humana al *genfusionAI*. IV. Clonación y *EditGen-AI*, ¿un riesgo para la identidad genética? 1. Sobre el derecho a la originalidad genética del ser humano adulto. 2. El derecho a la identidad del clon y la necesidad de aceptar la preferencia por la no-existencia. V. A modo de conclusión: dignidad posthumana y *NeoHuman-AI*. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La "biointeligencia" artificial es ya toda una realidad palpable, posibilitada con el firme propósito de optimizar la calidad de vida humana y su supervivencia, acelerar la investigación científica con designio de edición, diseño y mejora genéticas y de abrir las puertas a una medicina más precisa, accesible y eficiente. La manipulación del código genético ha sido una condición perseguida, primero, a fin de la comprensión de la herencia genética y la corrección de los múltiples defectos o mutaciones causantes de enfermedades y condiciones genéticas disfuncionales, y, ahora, en búsqueda de trascendentes avances como el descubrimiento acelerado de fármacos, la optimización de herramientas de edición genética como *CRISPR* o el desarrollo de sistemas autónomos capaces de analizar datos biológicos a gran escala y con una precisión extraordinaria.

Con estos avances la biointeligencia artificial no solo está redefiniendo nuestra comprensión de la vida, sino abriendo nuevas posibilidades para mejorar la salud, la longevidad y el patrimonio genético de la humanidad. Si bien la relación entre *dignitatis humanae* e ingeniería genética ha pasado por unos momentos complicados, no podemos negar que prácticas como la eugenesia genética de mejora, la manipulación de embriones para su diseño a medida o la clonación humana se sirven de avanzadas técnicas combinadas con programación algorítmica y sistemas de inteligencia artificial (también, IA) generativa. Efectivamente, la nueva genética tiene implicaciones para el bioderecho y la bioética, hasta el punto de que desdibuja los marcos normativos y éticos que rigen en la investigación y aplicación de la tecnología genómica.

Por ello, la presente investigación se estructura en una serie de capítulos que abordan de manera integral los principales temas relacionados con la ingeniería genética, la bioética y las implicaciones jurídico-filosóficas de los

avances científicos en la biotecnología humana. Así, el capítulo II profundiza en los ensayos clínicos inteligentes y de mejora genética, destacando la exploración tradicional de la eugenesia genética de mejora para posteriormente mostrar una transición clara del ADN humano al propuesto *biosynthAI*, y abordar, primero, la insuficiencia de la autonomía de la voluntad como principio bioético en la materia; y, segundo, examinando la naturaleza singular del consentimiento informado en el ámbito del perfeccionamiento genético.

Por su parte, el capítulo III aborda los aspectos ético-jurídicos de la reproducción médicamente asistida, con un enfoque especial en la gestación por subrogación y su relación con la manipulación genética. Se analiza si existe un derecho a la procreación humana, en especial tras los avances hacia la *genfusionAI*, esto es, la integración del algoritmo en el proceso de mejora genética, que permite no solo la edición precisa del ya secuenciado ADN humano, sino la personalización de características genéticas de acuerdo con preferencias sociales, éticas e, incluso, comerciales. El capítulo IV se centra en aspectos trascendentales sobre la clonación y la *EditGen-AI* –o edición genética impulsada por IA–, reflexionando sobre los riesgos que estas prácticas pueden implicar para la identidad genética del ser humano y entrando en discusión sobre temas tradicionales como el derecho a la originalidad genética o a la identidad del clon.

Finalmente, el capítulo V explora los límites de la ingeniería biónica desde una perspectiva posthumanista, reflexionando sobre temas fundamentales como la originalidad e irrepetibilidad de la especie humana, hacia el concepto de dignidad posthumana, que sugiere una transformación en la naturaleza humana hacia una nueva forma de existencia en la que el algoritmo y la biotecnología desempeñan un papel central. Este avance puede dar paso al *NeoHuman-AI*, una especie híbrida que combina características biológicas y tecnológicas, desafiando los límites tradicionales de la humanidad tal como la conocemos. La dignidad posthumana no solo implica una mejora física o cognitiva, sino una expansión de la conciencia humana, en la que la interacción con el algoritmo remite a debates sobre justicia social, acceso equitativo a tecnología o la preservación de lo que define a la humanidad frente a un futuro donde lo biológico y lo artificial podrían volverse indistinguibles.

La metodología empleada en esta investigación se fundamenta en un enfoque jurídico-analítico y comparado, articulando la dogmática constitucional con el análisis emergente del bioderecho y la inteligencia artificial aplicada. Se recurre a una revisión sistemática de la normativa internacional, europea y española en materia de biotecnología, derechos fundamentales y protección de datos genéticos, complementada con el examen crítico de la doctrina bioética y la jurisprudencia relevante. Asimismo, se realiza una aproximación interdisciplinar que integra perspectivas filosóficas y

tecnocientíficas, con el propósito de ofrecer una interpretación coherente y normativamente sólida de los desafíos que plantea la biointeligencia artificial al marco jurídico vigente y a la noción clásica de dignidad humana.

II. ENSAYOS CLÍNICOS INTELIGENTES Y MEJORA GENÉTICA

La cuestión históricamente desafortunada (Mariño Hernández, 2015: 428) ha culminado en una serie de exigencias con el fin de asegurar el rigor ético y un oportuno proceso de investigación clínica (Martín Urunga, 2022: 617). Parte de la doctrina apunta acertadamente que la investigación científica constituye una de las actuaciones fundamentales del sistema de salud (Álvarez-Cienfuegos Suárez, 1993: 48), al ser un signo distintivo relevante de progreso (Rodellar Torras, 2016: 47), por lo que requiere del establecimiento de un compromiso real mediante marcos de comportamiento que permitan ser considerados como buenas prácticas (Ruiz-Bernal, 2023: 213). Sin duda, se articula a través del ensayo clínico, estándar de oro de prueba para la seguridad y eficacia científica, y parte crucial en el avance de la medicina y la ciencia.

El potencial de eliminar enfermedades genéticas hereditarias o mejorar la salud y calidad de vida de las personas se combina con dudas acerca de la equidad en el acceso a estas tecnologías, el riesgo de aumento de las desigualdades sociales y/o la posibilidad de crear una brecha aún mayor entre quienes pueden permitirse estas mejoras y quienes no. Por eso, la modificación genética plantea cuestiones como: ¿dónde trazamos la línea entre la curación de enfermedades y la "mejora" genética para rasgos no relacionados con la salud? ¿Qué impacto tendría esto en la evolución humana, en nuestro patrimonio genético o en nuestra comprensión de la diversidad?

El primer límite lo establece la dignidad (artículo 10.1 de la Constitución, CE), al tiempo que el afectado debe tener un papel activo, a fin de consentir libremente y de forma consciente de los riesgos que una experimentación científica implica para su cuerpo, su genómica y el patrimonio genómico colectivo. Si el ensayo clínico, definido en el Reglamento (UE) 536/2014 y en el Real Decreto 1090/2015, será todo estudio genético que prevea una estrategia terapéutica, terapia de diagnóstico o de seguimiento que vayan más allá de la práctica clínica tradicional; entonces, no deja de ser un estudio de investigación controlado, aleatorizado (Lazcano-Ponce, 2004) y de carácter experimental y prospectivo en el que se evalúa la eficacia y seguridad de las intervenciones y protocolos genéticos, tales como el uso de disruptivas instrucciones, dispositivos médicos o terapias conductuales, con el objetivo de mejorar la atención médica y el bienestar de los pacientes.

La irrupción proliferativa del algoritmo ha acelerado la capacidad de personalización y predicción, al tiempo que ha abierto una serie de interrogantes

en cuanto a la falta de transparencia, interpretabilidad y explicabilidad del sistema de IA (Sánchez Hernández, 2025: 205), la dudosa aplicación del mecanismo de supervisión humana como *human in the loop* con la correlativa y escasa fiabilidad y auditabilidad de su toma de decisiones, o las dudas relativas a los cauces de rendición de cuentas, responsabilidad o equidad social. Esa condición queda desvirtuada aún más en el sector genómico, donde la interacción entre algoritmos y modificación genética plantea desafíos sin precedentes.

Por consiguiente, vía artículos 18.1, 18.4 y 43 CE los ensayos clínicos: a) resultan fundamentales para el avance de la medicina y el desarrollo de nuevos tratamientos para enfermedades y afecciones médicas; b) constituyen el elemento básico que permite que la farmacología sea comercializada con garantías; c) permiten investigar nuevas formas de clínica médica más eficientes; y d) generan conocimiento que desarrolla herramientas terapéuticas que mejoran las existentes. Pero, han de ponerse limitaciones.

Primero, porque esa falta de transparencia para el tratamiento e interpretación de datos genéticos da como resultado decisiones erróneas o sesgadas, en las que los datos de salida generados pueden no reflejar con precisión las complejidades inherentes al código genético de cada individuo. Sin una comprensión clara de cómo los algoritmos procesan los datos y llegan a sus conclusiones, existe el riesgo de que los resultados sean influenciados por sesgos inherentes en los datos de entrada o en los modelos utilizados. Esto podría llevar a que ciertos grupos o características genéticas sean subrepresentados o mal interpretados, afectando negativamente la personalización de los tratamientos y las decisiones sobre modificaciones genéticas.

Segundo, porque la controvertida interpretabilidad y explicabilidad del modelo algorítmico se traduce en la incapacidad de entender cómo se llegaron a determinadas conclusiones, lo que mina la confianza en el sistema y dificulta la toma de decisiones informadas por parte de los profesionales de la salud y los pacientes. El uso del *human in the loop* como mecanismo de supervisión humana se enfrenta a una implementación compleja en el ámbito genómico, donde la rapidez de las decisiones y la escala de datos hacen difícil garantizar que la especie humana tenga el control efectivo sobre las decisiones algorítmicas.

Y tercero, porque la fiabilidad de los sistemas y su capacidad para manejar la incertidumbre genética y sus implicaciones a largo plazo se ven comprometidas, ya que incluso mínimos errores en la interpretación del código genético tendrían consecuencias profundas e impredecibles. El patrimonio genético de la humanidad, la originalidad e irrepetibilidad de la especie humana entrarían en un declive y debilidad irreconocibles, puesto que el algoritmo, al ser utilizado para modificar y personalizar características genéticas de los individuos, podría llevar a una estandarización de la biología

humana. Al permitir que las decisiones sobre la edición genética se basen en parámetros predeterminados y controlados por algoritmos, podríamos perder la riqueza de la diversidad genética que ha caracterizado a la humanidad durante milenios.

1. *Eugenesia genética de mejora: del ADN al biosynthAI*

El pretexto básico de la ingeniería genética eugenésica consiste en alterar los rasgos humanos más complejos (inteligencia, personalidad, formación de los órganos del cuerpo...), a fin de crear un individuo humano completo y genéticamente mejorado (García Peregrín, 2019: 125). Ciertamente la selección genética ha tenido una importancia en la biopolítica del siglo XX, al punto de que se ha tomado cual discurso de poder (Rico Chavarro, 2021: 47) y con paradigma de individuos perfectos. Sin embargo, no sería conveniente remover los viejos fantasmas del nazismo, donde la eugenesia fue utilizada como una justificación pseudocientífica para promover la selección genética y la eliminación de grupos considerados inferiores. Recordar mínimamente este oscuro capítulo de la historia nos recuerda la importancia de abordar la mejora genética con una perspectiva ética y humanitaria, evitando cualquier forma de discriminación o supremacía racial.

Con la evidencia del respeto absoluto del Informe de Belmont de 1978, esto es, los principios éticos básicos de respeto por la persona, beneficencia, no maleficencia (o *primum non nocere*) y justicia, el genoma humano puede ser mejorado con condición *sine qua non* de respeto íntegro de la dignidad y autonomía del individuo y de la humanidad. Si bien la secuenciación del ADN humano a través del Proyecto de Genoma Humano finalizado en 2003, el desarrollo de la técnica CRISPR-Cas9 en 2012, la posibilidad de edición genética de embriones humanos en 2018 o el almacenamiento masivo de bancos de genes y biobancos a inicios de milenio han constituido avances de excelencia, las nuevas técnicas de *biosynthAI* (o de mejora genética algorítmica) abren un abanico de posibilidades aún más vasto, llevando la biotecnología a fronteras impensadas: la síntesis personalizada de genes, la creación de ADN, organismos y tejidos sintéticos, la posibilidad de modelos predictivos de enfermedades raras, la resistencia genética de especies, la elaboración de medicamentos genéticos personalizados basados en perfiles genéticos únicos o el desarrollo de terapias génicas avanzadas, con simulaciones computacionales de interacciones moleculares.

Estos loables logros científicos, sin embargo, no solo afectan a la esfera del individuo en sí considerado, sino también de la especie humana como sujeto y titular de derechos. Dichos avances tienen un impacto profundo en el bienestar colectivo, generando correlativas responsabilidades éticas y sociales, ya que pueden paralelamente mejorar la calidad de vida y abrir

nuevas fronteras de conocimiento, y plantear desafíos inéditos en términos de equidad, justicia social y seguridad biológica. La posibilidad de modificar aspectos esenciales de la condición humana, como la salud, la genética o el comportamiento, exige una reflexión rigurosa sobre sus implicaciones y, en todo caso, debe ser gestionada de manera que se respeten los derechos fundamentales y la sostenibilidad para las generaciones futuras.

Por ello mismo, la presente investigación advierte que en los ensayos clínicos genéticos el principio de autonomía de la voluntad y el consentimiento informado adquieren una relevancia crucial. Primero, porque es fundamental garantizar que los participantes comprendan plenamente los riesgos, beneficios e implicaciones éticas asociadas con su participación; y segundo, porque el consentimiento informado debe abordar específicamente cuestiones relacionadas con la confidencialidad de los datos genéticos, la posibilidad de descubrir información incidental sobre predisposiciones genéticas a enfermedades, y las limitaciones en cuanto a la reversibilidad de los cambios genéticos introducidos. En última instancia, el respeto por la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado resultan fundamentales para proteger los derechos y la dignidad de los individuos que participan en ensayos clínicos genéticos.

En todo caso, lo anterior debe verse con una perspectiva colectiva e integradora, ya que, si de por sí el algoritmo es opaco, difícil de explicar y auditar e impredecible en los resultados de salida que ya de por sí pueden estar desviados, sesgados o imperfectos, la cuestión transciende a algo más allá de lo personal, de una decisión tomada con consciencia y voluntariedad, pues la alteración del patrimonio genético de la humanidad y la conservación de su originalidad e irrepetibilidad plantea una amenaza directa al sistema democrático. Esta alteración, al involucrar la manipulación de aspectos fundamentales de la identidad humana, inquieta la diversidad biológica y cultural que constituye la base de nuestra sociedad, modificando elementos esenciales que no solo definen al individuo, sino también a la colectividad. La irrepetibilidad del ser humano y la singularidad de cada individuo y de la humanidad como objeto deben ser protegidas, garantizando que los avances científicos no pongan en peligro los principios fundamentales de dignidad, igualdad y libertad que sustentan una sociedad democrática y justa. Por lo tanto, es imperativo que las decisiones sobre el uso de tecnologías que puedan alterar el patrimonio genético sean tomadas no solo atendiendo a motivos tecnocráticos, sino en un marco jurídico-ético que permita la deliberación y el consenso social para saber hacia dónde queremos avanzar y hasta dónde queremos ensanchar nuestro bienestar común, máxime cuando ni el Reglamento (UE) 2024/1689 de IA: entró en vigor el 1 de agosto de 2024 y se aplica de forma gradual: prohibiciones y alfabetización desde el 2 de febrero de 2025; obligaciones de modelos de IA de uso general desde el 2 de agosto de 2025; aplicación general desde el 2 de agosto de 2026; y ciertos sistemas

de alto riesgo desde el 2 de agosto de 2027 y con efectos parciales prácticos desde febrero de 2025 ni el Anteproyecto de ley para el buen uso y la gobernanza de la IA aluden de forma deliberada a esta cuestión a lo largo de su articulado.

2. *La insuficiencia de la autonomía de la voluntad como principio bioético inexcusable*

La Ley 41/2002, en su artículo 9.5, establece que la práctica de ensayos clínicos se regirá por lo establecido en las disposiciones especiales de aplicación. Si bien, el Considerando 30 del Reglamento (UE) 536/2014 parte de la premisa de que el sujeto de ensayo debe dar su consentimiento informado por escrito; facilitando que pueda a) recibir información durante entrevista previa en un lenguaje que pueda entender fácilmente; b) tener la oportunidad de formular preguntas en todo momento; o c) concederse un plazo de tiempo adecuado para que reflexione acerca de su decisión. Eso sí, el Considerando 83 deja claro que han de respetarse los derechos y observarse los principios reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE – 2010/C 83/02), concretamente la dignidad, integridad de la persona, los derechos del menor, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal o la libertad de las artes y de las ciencias (Sarrión Esteve, 2016: 256).

Es evidente que el artículo 10 de la Ley 41/2002 mantiene un corto alcance, pues no basta con que al sujeto de ensayo se le ofrezcan meramente las contraindicaciones, los riesgos relacionados con su salud o conforme a la experiencia y al estado de la ciencia. Precisamente, el paciente debe tomar conciencia de someterse o no a una determinada práctica genética experimental, sobre la base de libre desarrollo de su personalidad y la dignidad que le es inherente; por lo que esa información debe administrarse de una manera progresiva y adaptada a la condición y actitud del paciente para aceptarla y asumirla (Sánchez Rubiales y otros, 2016: 72). Es más, la práctica clínica no puede acabar recurrentemente en una exoneración de responsabilidad (Rodellar Torras, 2016: 45), pues los aspectos técnicos inherentes a la experimentación clínica y el latente estado de necesidad no pueden conducir a situaciones indeseadas. Por ello mismo, el consentimiento informado debe ir precedido de una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención (Álvarez-Cienfuegos Suárez, 1993: 45), más aún cuando la Convención de la Organización de las Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989 incardina, entre sus principios, el amparo y la responsabilidad de los progenitores y la protección de la autonomía del menor, garantizando, en su artículo 11.1, que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

En resumidas cuentas, el derecho a la información médica es una manifestación prioritaria del bioderecho, en general, y del derecho genómico, en particular. El artículo 4 de la Ley 41/2002 integra acertadamente el derecho de información sanitaria como una manifestación de la autonomía de la voluntad, en la que los pacientes tienen derecho a recibir información precisa y actualizada sobre su estado de salud, incluyendo diagnósticos, pronósticos, opciones de tratamiento, riesgos y beneficios asociados; información que deberá ser completa, comprensible, adecuada y verdadera (apartado segundo). Es más, se dejará constancia en la historia clínica, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (apartado primero), e integrará efectos sobre *lex artis ad hoc* (apartado tercero), pues para el médico responsable será un deber que atenderá a lo largo de todo el proceso asistencial.

Sin embargo, bajo un marco realmente protector establecido prematuramente por la Directiva 2001/20/CE (*vid.* Considerando 3 y artículo 4) y por el ya derogado Decreto 223/2004 (artículo 4), el régimen jurídico del derecho a recibir información sanitaria ha evolucionado notablemente en las últimas décadas. Por escrito, fechado y firmado por el sujeto de ensayo clínico o por representante legalmente designado (artículo 29.1 del Reglamento (UE) 536/2014), la información facilitada por escrito (artículo 29.3) deberá permitir entender, entre otros, la naturaleza, objetivos, beneficios, riesgos e inconvenientes del ensayo genético, los derechos y garantías del sujeto (en especial su derecho a negarse a participar y a abandonar en cualquier momento), las condiciones en las que se llevará a cabo o las posibles alternativas de tratamiento (artículo 29.2 a); información que será completa, sucinta, clara, pertinente y comprensible para una persona lega (artículo 29.2 b), facilitándose una entrevista previa (artículo 29.2 c), incluyéndose información sobre el mecanismo aplicable de indemnización por daños y perjuicios (artículo 29.2 d), y conteniendo el número UE de ensayo, así como la información sobre la disponibilidad de los resultados (artículo 29.2 e).

A mayores, el artículo 32.1 del Reglamento (UE) 536/2014 establece una serie de condiciones específicas respecto de los ensayos clínicos con menores, en particular la obtención de consentimiento informado por representante legalmente establecido, y la recepción de la información mediante un enfoque adaptado a la edad y madurez mental del menor, proporcionada por investigadores o miembros del equipo de investigación con formación o experiencia en el trato con menores. También, según el artículo 5 del Real Decreto 1090/2015, esta última parte del consentimiento informado deberá contar entre sus miembros con expertos en pediatría, o haberse recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría. Y, más evidente resulta el respeto minucioso de las obligaciones establecidas por el Reglamento General de Protección de Datos, en

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 373-402
https://doi.org/10.18543/ed.3584 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

especial la forma en la que hay que conseguir el consentimiento explícito (*vid.* Dictamen 3/2019 sobre las preguntas y respuestas acerca de la relación entre el Reglamento sobre ensayos clínicos (REC) y el Reglamento general de protección de datos (RGPD) [artículo 70, apartado 1, letra b)] adoptado el 23 de enero de 2019) y la garantía de los principios de minimización y proporcionalidad en el tratamiento de los datos (Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD núm. 2021-0038, de 10 de junio, sobre la legitimación del monitor para el tratamiento de datos en ensayo clínico).

Sentado el marco normativo aplicable, lo cierto es que el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial lo completa de forma tímida, al punto de que su Considerando 27 alude de forma sucinta al respeto de la dignidad humana y la autonomía personal. En este sentido, es necesario establecer que la autonomía de la voluntad en las técnicas de *biosynthAI*, tal y como la entendemos con los instrumentos jurídicos que tenemos a nuestra disposición, es insuficiente ya que no solo están en juego aspectos individuales del sujeto de estudio de ensayo clínico, sino de la sociedad en su conjunto y, en definitiva, de la humanidad como titular de un original patrimonio genético. Y no solo nos referimos a que el algoritmo no nos permite conocer todos los riesgos asociados a una práctica de mejora genética o que no conozcamos con exactitud las predicciones realizadas por un sistema generativo de inteligencia artificial o si estas son correctas o cuentan con una probabilidad aceptable, nos referimos a que la falta de comprensión total o parcial de cómo funciona el algoritmo en sus fases de pre-entrenamiento y entrenamiento ya es causa suficiente como para, al menos, plantear si el estado de necesidad individual o la existencia de presiones de calado social o económico es suficiente para argumentar su utilización sin barreras.

Ciertamente, el algoritmo carece de una técnica transparente y de un conocimiento completo sobre los resultados que genera. De hecho, en muchas ocasiones, debido a la falta de datos adecuados de pre-entrenamiento que incluyan las características cualitativas requeridas, el sistema es entrenado con datos de entrada que no cumplen con esos estándares de calidad, lo que distorsiona los resultados al punto de que, ni en la fase de *fine tuning* o de ajuste, esa falta de base sólida de datos supervisados adecuados y representativos culmina con desviaciones, sesgos y errores en las predicciones o generaciones del sistema. Este déficit de precisión y la opacidad del algoritmo constituye ya de por sí una barrera significativa para el avance de nuevas prácticas de mejora genética.

En este sentido, el algoritmo, en su estado actual, enfrenta una condición de opacidad que dificulta enormemente la implementación de nuevas prácticas de mejora genética. Esta falta de transparencia en los sistemas algorítmicos utilizados para la modificación genética impide que los involucrados comprendan completamente cómo se toman las decisiones o cómo se

procesan los datos; y es que resulta paradigmático pues, a pesar de los esfuerzos en el diseño y entrenamiento de estos sistemas, la opacidad inherente a los modelos de IA, especialmente en redes neuronales complejas, hace que el comportamiento de los algoritmos sea impredecible. En resumidas cuentas, ni siquiera los propios desarrolladores de sistemas de IA conocen cómo se va a comportar o cuáles van a ser sus resultados de salida, lo que genera una incertidumbre considerable, ya que no se dispone de un completo control sobre los resultados específicos y presumiblemente responsables y seguros éticamente.

En definitiva, sin una comprensión clara de los procesos de toma de decisión del algoritmo, los individuos no pueden tomar decisiones verdaderamente informadas sobre los riesgos y beneficios de estas prácticas, lo que limita la autonomía y la ética de la intervención genética. Por lo tanto, cualquier nueva práctica de mejora genética se ve lastrada por esta falta de visibilidad, impidiendo su aceptación y desarrollo responsable en la sociedad.

3. *La naturaleza singular del consentimiento informado en la mejora genética*

El consentimiento informado es un proceso fundamental en la investigación médica, al promover la autonomía del paciente en la toma de decisiones sobre su salud y al situarle en una posición activa en la, cada vez, menos paternalista relación médico-paciente (García Garnica, 2010: 32). Esta facultad de autodeterminación representa una singular exigencia por los derechos fundamentales recogidos en la CE (González Morán, 2006: 266), pues toda actuación de experimentación clínica requiere *prima facie* del consentimiento libre y voluntario del sujeto de ensayo, pudiendo, incluso, ser revocado libremente por escrito en cualquier momento (artículo 8.5). Además, ese proceso no resulta de un acontecimiento aislado, sino de un proceso continuo y dinámico de aceptación racional, que no deja de ser una forma de enunciar, y de anunciar, una relación clínica, al exigir un mayor respeto por los derechos y obligaciones del sujeto (Manuell Lee, 2007: 232), alejándose de su consideración como puro trámite legal y representando una madurez psicológica y ausencia de presiones externas (sociales) o internas (el estado de necesidad) (Cortina Orts, 2007: 232).

Así el consentimiento informado estipula la necesidad de aportar una información adecuada sobre los fines, metodología y posibles riesgos del ensayo clínico (Ybarra Malo de Molina, 2016: 214), por lo que comporta un requisito esencial en la experimentación e investigación clínicas al manifestar el interés de la persona en participar en el desarrollo de una investigación de mejora genética (Pelayo González Torre, 2007: 694). Debe elevarse, entonces, a una institución protagonista de la actividad investigadora, como requisito formal e

ineludible factor substantivo (Vieito Villar, 2016), con una serie de requisitos específicos *sine qua non* a tener en cuenta: formalidad por escrito, entrevista previa informativa con el investigador, información expresa del derecho a retirarse del ensayo, comprensión por el sujeto de la información (naturaleza, importancia, implicaciones, riesgos e inconvenientes del ensayo…) y obligación especial de documentación (Abellán-García Sánchez y Sánchez Caro, 2007: 76). Por ende, es evidente que la investigación genética ha de desarrollarse en un entorno controlado y supervisado, garantizándose la protección, los derechos de las personas y los principios básicos constitucionales.

El consentimiento informado se erige como el segundo cordón de protección ética y legal en cualquier estudio clínico (tras la dignidad humana), y como la piedra angular recogida en los instrumentos internacionales, como en la Declaración de Helsinki, aprobada por la Asociación Médica Mundial, o en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. También, es muestra de ello la Guía para la correcta elaboración de un modelo de hoja de información al paciente y consentimiento informado (HIP/CI), elaborada el 27 de marzo de 2023 por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, que recoge como información imprescindible, entre otros, el número total de sujetos, los medicamentos a administrar, los grupos de tratamientos, el procedimiento de asignación, la duración del estudio, el número de visitas o la periodicidad de las mismas, los riesgos o molestias derivados de la participación o los posibles beneficios.

En resumidas cuentas, el consentimiento informado en un ensayo clínico de mejora genética asegura la comprensión íntegra a los potenciales participantes de la información detallada sobre los aspectos más relevantes del estudio clínico, por lo que es esencial que tomen conciencia de someterse al estudio clínico sin presiones externas (entre otras, STS, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2011 y STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de abril de 1994), en base al libre desarrollo de la personalidad y dignidad que le son inherentes (artículo 10.1 CE). Instrumentalizado como deber-derecho, su vinculación al derecho fundamental a la integridad física (véase STC núm. 37/2011, de 28 de marzo – F.J.4º) y a la vida privada (entre otras, SSTEDH de 16 de diciembre de 1997, caso Raninen c. Finlandia, § 63; y de 24 de febrero de 1998, caso Botta c. Italia, § 32), es digna de resaltar. Resulta evidente que lo que está en juego es el patrimonio genético de la humanidad, por lo que comprender cómo se completa y mejora la secuenciación del ADN es crucial para entender la diversidad genética, identificar enfermedades hereditarias, diseñar tratamientos médicos personalizados o desarrollar estrategias de conservación de especies en peligro de extinción al tiempo que nuestra historia biológica.

Empero, el consentimiento informado cuenta con dos partes claramente diferenciadas, fruto del respeto a la libertad y autonomía de las personas:

una informativa y otra para la aceptación (o no) del sujeto de investigación. Precisamente esa utilidad como instrumento de medicina defensiva debe quedar definida como aquella con el propósito explícito y principal, de defender al médico de la crítica, contar con evidencias documentales ante una demanda y evitar controversias, todo ello, por encima del diagnóstico o el tratamiento del paciente (Guerra Vaquero, 2016: 158). Así, el consentimiento informado en la eugenesia de mejora instituye el cauce activo, donde el paciente tiene un papel diligente en las decisiones respecto de su salud y bienestar, y está plenamente informado sobre su diagnóstico, opciones de tratamiento, riesgos y beneficios, permitiéndole tomar decisiones informadas, consentidas y dinámicas. Ello no solo fortalece su autonomía, sino promueve una colaboración efectiva entre el investigador y el paciente fundamentada en la transparencia, esencial para una atención de calidad y respetuosa con los derechos humanos. Así, lo más importante es que el paciente esté debidamente informado y que dé su consentimiento de manera voluntaria y comprensiva (STEDH, de 8 de marzo de 2022, *caso Reyes Jiménez c. España*).

En la práctica de *biosynthAI*, el consentimiento informado no solo realza la relación de confianza investigador-paciente, sino que traslada la toma de decisiones a este último al reconsiderar sus preferencias y valores individuales, aunque todo ello debe entenderse desde un pensamiento colectivo. Este principio ético-legal garantiza que se proporcione información completa y comprensible sobre su diagnóstico genético, tratamiento de mejora clínica propuesto, alternativas disponibles, riesgos y beneficios asociados; de ahí que constituya un requisito *ad probationem* en la carga probatoria de nuestro derecho procesal (*vid.* STS de 9 de mayo de 2014), si bien las implicaciones entre la responsabilidad por defectos de información en la medicina curativa mantienen diferencias con respecto a la medicina satisfactiva.

En este orden de circunstancias, el paciente estético no busca una mera ejecución de un tratamiento, sino la satisfacción de este y la perfección del retoque estético solicitado. Es evidente que, mientras para la medicina curativa el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* al formar parte de toda actuación asistencial (SSTS de 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011); para la satisfactiva, se ostenta un mayor margen de libertad (Medrano Aranguren, 2017: 113) para optar por su rechazo (entre otras, SSTS de 21 de octubre de 2005; de 4 de octubre de 2006; de 29 de junio de 2007; de 27 de septiembre de 2010; o de 20 de enero de 2011). Necesariamente la *locatio operarum* de la primera conlleva efectos distintos a los inherentes a la *locatio operis* de la segunda (*vid.* SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, fecha 5 de diciembre de 2003; y SAP Las Palmas, sección 4.ª, de 2 de

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 373-402
https://doi.org/10.18543/ed.3584 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

junio de 2008), convirtiéndose el consentimiento informado en la última pieza del proceso informativo del paciente quirúrgico.

En resumidas cuentas, el consentimiento ante prácticas de eugenesia y mejora genéticas comprende la configuración material del derecho a la intimidad, que desprende una doble proyección, *ad intra* y *ad alia* (Martínez de Pisón Clavero, 2016: 413): como derecho de defensa o proyección al exterior. Y, además, con una doble titularidad: el individuo objeto de ensayo clínico eugenésico, y la humanidad en su conjunto titular del patrimonio genético colectivo. Esto implica una responsabilidad ética y legal hacia el individuo, asegurando su autonomía y dignidad, y hacia la comunidad global, preservando la diversidad genética y evitando la discriminación genética y la eugenesia.

Ahora bien, las prácticas de *biosynthAI* requieren de un pretexto técnico-informático al que aún no se ha aludido: el derecho a conocer el algoritmo. Esta exigencia implica que individualmente los individuos y los investigadores y colectivamente la humanidad tengan despejado el acceso al funcionamiento interno de los algoritmos. Sin una transparencia total sobre cómo operan estos sistemas, cómo se han pre-entrenado y con qué datos cuantitativa y cualitativamente hablando, cómo se han ajustado las desviaciones y sesgos durante el *fine tuning* o cuáles son los resultados de salida, las métricas de rendimiento y evaluación y cuál es su probabilidad de éxito se invalida cualquier operativa, pues se omite aquella información crucial que permitiría evaluar de manera justa y responsable el funcionamiento de los sistemas de IA aplicados a la mejora genética. El derecho a conocer el algoritmo no solo es una cuestión de confianza, sino de responsabilidad, y sin él la opacidad persistente del algoritmo continúa lastrando el progreso de la práctica científica, generando merecidas dudas sobre su fiabilidad y su capacidad para operar dentro de un marco ético aceptable.

De la misma forma, es indiscutible que el derecho a la información del algoritmo precederá al consentimiento informado, al permitir la inmisión en el derecho a la intimidad (*vid.* STC núm. 196/2006, de 3 de julio, F.J.6º) y formar parte de su contenido esencial (STC núm. 70/2009, de 23 de marzo, F.J. 2º.). La faceta protectora del consentimiento informado juega un papel fundamental en este contexto, ya que promueve la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los responsables de la investigación genética, asegurando que se respeten los derechos individuales y colectivos en el ámbito de la genética[2].

[2] Artículo 5.1 c Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, o Código de Deontología Médica de 2011, Organización Médica Colegial de España.

III. ASPECTOS BÁSICOS SOBRE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA: DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN HUMANA AL *GENFUSIONAI*

La procreación humana, como ámbito íntimo de la relación interpersonal, cumple una función humanizante (Junquera y De la Torre, 2013: 14), pero ha desvirtuado el derecho a ser madre. Ciertamente la biomedicina nos ha brindado una nueva oportunidad, a través de esta nueva procreática (Vidal García, 1999), para favorecer directa o indirectamente la fecundación de óvulos, gracias a la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y de cigotos, la transferencia de embriones a las trompas, la crioconservación de gametos y embriones, la donación de ovocitos y de embriones o la gestación por subrogación. El riesgo de manipulación genética, con razón de oportunidad, sobre la realidad biológica existe, puesto que lo que se pretende es sustituir o asistir a un proceso generativo, que, por diversas circunstancias patológicas, no puede completarse satisfactoriamente de modo natural (Oficial Soto, 2015: 37).

La reproducción médicamente asistida se ofrece con el objetivo, no malintencionado, de proporcionar una solución a las parejas que enfrentan dificultades para concebir de una manera natural, o una opción para individuos que desean evitar la transmisión de enfermedades genéticas, permitiendo la selección de embriones saludables. No se trata de cumplir el deseo de paternidad/maternidad, sino de asegurar el bienestar y la salud de las futuras generaciones, lo que puede resultar reprochable en un sector donde, ya de por sí, las emociones fluctúan como si se tratase de una montaña rusa: *shock*, negación, rabia, impotencia, culpa-culpabilización, pérdida de control, bajo estado de ánimo, aislamiento social, aceptación, negociación y toma de decisiones (Riquelme Martín, 2017: 931). Todo ello nos lleva a conceptualizar la reproducción asistida como una alternativa, que no derecho, y posibilidad científica que supera las barreras biológicas y ofrece soluciones a problemas de infertilidad que hace no mucho eran insuperables.

Es una herramienta que abre nuevas oportunidades para la creación de nuevos modelos de familias, proporcionando esperanza y opciones a quienes enfrentan dificultades para concebir de manera natural. No obstante, su uso y expansión deben estar acompañados de un marco ético-legal que garantice la protección de los derechos de todos los implicados, fomente la equidad en el acceso a los tratamientos y aborde las complejidades sociales y psicológicas inherentes a estos procedimientos. Solo así se puede asegurar que estos avances científicos se utilicen de una manera justa, responsable y respetuosa con la dignidad humana.

Ahora bien, en ausencia de reconocimiento constitucional (Rebollo Delgado, 2000: 101), la doctrina ha desempeñado un papel muy relevante en el

desarrollo y la interpretación de las normas que rigen, primero, el derecho a la procreación humana y, después, la reproducción médicamente asistida. Por una parte, estas técnicas responden al reduccionismo propio de la destrucción de la idea de identidad personal en la postmodernidad débil (Ballesteros Llompart, 2011: 137), lo que en cierta forma deja en ridículo jurídico a nuestro ordenamiento jurídico (Pantaleón Prieto, 1988: 36). Sin embargo, no se puede hablar de un nacimiento artificial de la vida, porque priman, en todo caso, factores intrínsecamente naturales, de ahí que el debate deba situarse en la imposibilidad física para llevar a cabo la procreación, debido a la esterilidad o infertilidad del sujeto en la relación de pareja (Lledó Yagüe, 2005: 33). Se trata de una forma de protección de la familia, como aquel lugar privilegiado donde el individuo atestigua su personalidad (Serna Meroño, 2012: 275), reconociéndose un derecho de contenido positivo y negativo (a tener o no hijos) y en virtud del cual el Estado no debe interferir.

Esa falta de un marco constitucional explícito ha llevado a juristas, académicos y órganos jurisprudenciales a profundizar en la materia a fin de llenar esos vacíos legales y proporcionar directrices claras y coherentes; debate y esfuerzo loables que han permitido sustraer importantes conclusiones sobre la existencia ético-jurídica de la reproducción asistida. Por una parte, sabido por todos, este avance biomédico representa una oportunidad para el ejercicio de la maternidad/paternidad, máxime si debe asociarse a la intimidad personal que ha de permitir al sujeto tomar autónomamente y sin injerencias las decisiones que afectan a su esfera de intimidad personal y familiar (Gómez Sánchez, 1994: 53). Y, no solo ello, sino que un derecho general a procrear podría tener cabida directa en el contenido esencial del artículo 10.1 CE, como virtualidad de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, en el derecho a la igualdad, y en el régimen encauzado a la formación de familias que presta el artículo 39.1 CE.

Pero, siendo objetivos, la cuestión evoluciona hasta el punto de que, a finales del siglo XX, los nuevos medios técnicos dibujan, más bien desdibujan, un esquema totalmente desconocido, más si cabe con la inclusión de nuevas técnicas de *EditGen-AI* en la investigación científica. La posibilidad y el uso extendido de las técnicas de la reproducción humana asistida puede llevarnos a entender su consagración como un derecho autónomo, pero, gracias a una revisión dogmática inmediata, afortunadamente no resulta posible. En nuestro país la normativa precursora sería la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (también, *Informe Palacios*), legislación temporalmente obsoleta (Alkorta Idiákez, 2003: 174) a la que se acompañaría la novedosa Ley 42/1988, de 28 de diciembre, reguladora de la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, que recoge la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación, previniendo

la manipulación y el tráfico con los mismos (Lasarte Álvarez, 2012: 4). Es evidente que la tímida redacción del artículo 1.2 de la Ley del 88 no puede justificar este vago argumento.

Es más, tras el primer avance normativo el estatuto queda ligeramente modificado por la Ley 14/2006. Entre otras novedades, la normativa considera nulo de pleno derecho todo contrato por el que se conviniera la gestación, a cargo de una mujer que renunciase a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (artículo 10.1); situación que quedaría cerrada por la determinación por el parto de la filiación de aquellos nacidos por gestación subrogada (artículo 10.2). La controversia, por una parte, iba entonándose en su dificultad práctica. Los pronunciamientos, por la suya, no estaban tardando en llegar.

Al final, lo ideal resulta de analizar los distintos instrumentos declarativos de derechos, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta Europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Derecho del Niño y nuestra normativa nacional, para averiguar si la reproducción asistida puede elevarse a la categoría de derecho. Si partimos de la base de que la procreación ciertamente cumple una función humanizante y con el pretexto inmediato de convertirse en un acto humano y crítico, resulta palpable que, al menos, debamos discutir/preguntarnos si queda reconocida jurídicamente, pues al final son técnicas que facilitan la procreación humana y alternativas a la esterilidad. Esta cuestión adquiere importancia en materia de reproducción asistida heteróloga (Álvarez Sarabia, 2015: 26) y trae causa en el derecho a la salud sexual y reproductiva (Martín Ayala, 2018: 151); por ende, en el derecho-autonomía que postula la no intrusión de los poderes públicos en la esfera de la autonomía e intimidad personal (Gómez Sánchez, 1994: 53).

Del debate de la Academia por considerar la reproducción asistida como una nueva manifestación del derecho a procrear que posibilita un acto de plena autodeterminación y autonomía y fundado en el derecho a la protección de la familia, la actual Ley 14/2006 termina por concretar esta práctica: no regula un derecho específico ni siquiera en base de conformarse como una alternativa a la esterilidad, presentando inconvenientes en la equiparación de la orfandad o la fecundación *post mortem*[3]; ni tampoco una catalogación de la reproducción asistida como derecho específico en sentido técnico, sino más bien como remedio terapéutico.

El anterior esquema se dificulta con la irrupción de la IA en el campo científico. Las técnicas de manipulación genética o *genfusionAI* permiten acelerar el análisis de datos genómicos, descubrir patrones que podrían pasar

[3] Auto AP La Coruña, del 3 noviembre 2000 (AC, núm. 82/2000).

desapercibidos por los métodos tradicionales y optimizar el diseño de terapias génicas, al tiempo que modelar la estructura genética con un nivel de precisión que antes no era posible o para fines específicos, como la creación de cultivos más resistentes, la modificación de organismos humanos o pretensiones de guerra biológica. Si partimos de que el algoritmo navega en un sistema opaco y desconocedor de sus proyecciones, surgen importantes preocupaciones sobre la responsabilidad y el control sobre las decisiones tomadas por la IA en contextos tan críticos.

Primero, porque si el algoritmo opera dentro de un sistema obscuro, donde sus procesos y proyecciones no son completamente comprendidos ni supervisados, se incrementan los riesgos de consecuencias imprevistas y, en el peor de los casos, incontrolables. Junto a los éticos y de gobernanza, se une la posibilidad de logros tan sensibles como la manipulación genética humana de diseño o el desarrollo de tecnologías biológicas para fines militares o de bioguerra. Segundo, porque si el algoritmo no es capaz de anticipar o comprender el impacto total de sus decisiones y resultados de salida, técnicas como la modificación genética en seres humanos o la creación de organismos modificados genéticamente con fines de guerra biológica, plantearían innegables perjuicios sobre la biodiversidad y la estabilidad social en su conjunto.

En conclusión, la *genfusionAI* exige una responsabilidad ética y un control regulatorio estrictos para asegurar que sus aplicaciones sean seguras y beneficiosas para la sociedad. La originalidad de la especie humana, la biodiversidad y el patrimonio genético de la humanidad no pueden quedar a merced de intereses individuales, comerciales o militares. El patrimonio genético de la humanidad no solo es un legado invaluable, sino reflejo de nuestra historia evolutiva y valor intrínseco para la identidad humana. Se exige, pues, el máximo compromiso con la preservación de la diversidad biológica, evitando el riesgo de una homogeneización que podría poner en peligro la resiliencia de las especies ante futuros cambios ambientales o sanitarios.

IV. CLONACIÓN Y *EDITGEN-AI*, ¿UN RIESGO PARA LA IDENTIDAD GENÉTICA?

1. *Sobre el derecho a la originalidad genética del ser humano adulto*

Frecuentemente se ha abordado la clonación humana como un riesgo para la identidad genética y el patrimonio de la humanidad; pero, al no atentarse científicamente contra la originalidad genética, sino simplemente contra la individualidad genética, concluimos que la partición de los embriones preimplantatorios (*embryo splitting*) no supone una amenaza contra dicha identidad genética, ya que lo que crea son seres genéticamente idénticos entre sí, pero dotados de ADN original (De Miguel Beriain, 2008, 263). Así, hemos

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 373-402
https://doi.org/10.18543/ed.3584 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

de referenciar a la intimidad y privacidad genética (artículos 18.1 y 18.8 CE); a la identidad genética (derecho a la unicidad y reconocimiento de la identidad jurídica); a la integridad genética (preservación de la unicidad y esencia genética – artículo 15 CE); y a la diversidad genética y no discriminación o estigmatización en razón a la condición genética (artículo 14 CE).

Por una parte, todo individuo tiene derecho a controlar su propia información genética, como ser libre y autónomo que es, al tiempo que la privacidad y confidencialidad sobre la misma debe respetar los principios básicos en materia de protección de datos (consentimiento expreso, minimización, anonimización...). Y, por otra, es indudable que al someterse a la clonación se renuncia al derecho subjetivo a la identidad genética, amparándose la vulneración de este bien jurídico protegido en otro "superior". Sin embargo, el derecho a la identidad genética se configura como un derecho-deber, "construido sobre la base de la existencia de un bien jurídico al que no cabe renunciar" (De Miguel Beriain, 2008, 265). Sobre este extremo, si el clon no deja de ser una fotocopia/fotografía, la tarea pasa por incorporar el elemento genético en la conformación de la identidad (Gabriel Calise, 2015: 701). Se conserva la identidad individual, siendo una mezcla de identidad genética, de epigenética y de la vivencia del individuo.

En este contexto, el derecho a la identidad genética, como bien jurídico, es irreductible e inalienable: no se puede renunciar completamente a la identidad genética original. Este concepto refuerza la idea de que cada persona tiene una identidad genética única, construida no solo por su ADN, sino por su experiencia epigenética y vivencial. Por ello, el derecho a la originalidad genética queda dañado con la práctica de la clonación, más aún cuando el algoritmo permite manipular la información genética al punto de que puede no solo replicar o clonar material genético, sino modificarlo de manera dirigida mediante nuevos individuos con características específicas predefinidas o alteradas. La originalidad genética se ve aún más afectada, pues el individuo ya no es simplemente un producto de la genética heredada, enfrentado a decisiones externas influenciadas por la tecnología y la ciencia.

Entonces, si la tecnología permite la creación o modificación de seres humanos según criterios determinados, ¿realmente seguimos preservando el derecho del individuo a una identidad genética auténtica y única? El avance de la biotecnología y la IA ha abierto la posibilidad técnica de clonar y modificar genéticamente a los seres humanos, lo que pone en entredicho el derecho a una identidad genética auténtica y única. A medida que la clonación y los algoritmos avanzados permiten la creación de individuos con características prediseñadas, la originalidad genética deja de ser una consecuencia natural del nacimiento y se convierte en una construcción artificial. Si bien la identidad de un individuo no se reduce exclusivamente a su código genético, la posibilidad de manipularlo altera los fundamentos sobre los que se ha

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 373-402
https://doi.org/10.18543/ed.3584 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

construido el concepto de originalidad genética. En este sentido, la ingeniería genética y la clonación pueden socavar la noción de unicidad al permitir la reproducción exacta de material genético o su alteración conforme a parámetros predeterminados. Esto abre la puerta a una era donde la identidad genética deja de ser un derecho inherente e inalienable, para convertirse en un recurso sujeto a intervención y diseño.

2. *El derecho a la identidad del clon y la necesidad de aceptar la preferencia por la no-existencia*

Son inevitables los desafíos ético-jurídicos (Pérez Monge, 1999), sobre todo si el algoritmo puede romper la noción de unicidad al permitir la reproducción exacta del material genético y su alteración. Ha de partirse de que la clonación reproductiva está prohibida en España, a excepción de las técnicas de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, siempre que no se constituyan preembriones o embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, manteniéndose la concepción legalista sobre la protección de la vida humana establecida por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias núm. 53/1985, núm. 212/1996 o núm. 116/1999.

Añaden los Informes del expresidente del Consejo de Bioética de los Estados Unidos de América, Leon R. Kass, *Human Cloning and Human Dignity, Beyond Therapy, Monitoring Stem Cell Research y Reproduction and Responsibility,* que estamos ante la deshumanización del ser humano, pues la clonación con fines reproductivos supone una amenaza para la identidad y la individualidad de los seres humanos, al compartir el clon genotipo y apariencia externa con otro ser humano. Si bien, nada obsta para que los clones no puedan ser tan libres y autónomos, o tan valiosos y dignos (Ramiro Avilés, 2007: 106); de ahí que la clonación no funcione como lotería, sino como producto de la manufactura (Ponce del Castillo, 2006: 202). La clonación deja al clon con un irremediable coste de oportunidad, al no atentarse exclusivamente contra su derecho a la identidad propiamente dicho.

Por ello, debemos aceptar la preferencia por su no existencia para evitar la búsqueda de un hombre ideal, como manipulación radical de la relacionalidad y complementariedad constitutivas que están en la base de la procreación humana, que atenta contra el derecho al patrimonio genético no manipulado, el derecho a ser uno mismo y no copia, y al derecho a ser diferente (Arango Restrepo, 1999: 22). A ello se añade el no respeto de la individualidad y unicidad de cada ser, de la dignidad de la persona y de la conservación de la biodiversidad y de la humanidad. La clonación humana pone en riesgo la autoconciencia, la racionalidad y la libertad del clon, porque está en riesgo la plenitud de su corporeidad y su propia vida, afectando a

la integridad que constituye su realidad corporal, modificando la identidad genética natural y ejerciendo un dominio radical del "hombre sobre el hombre" (Franch Meneu, 2012: 96). Es más, ante un eventual atentado a la identidad e irrepetibilidad genética del ser humano (como parte del derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto a los demás) (Romeo Casabona, 2000: 149), se cuestiona la necesidad de que cada individuo tenga su genotipo propio, originario, y que no posea uno de otro ser humano (Romeo Malanda, 2005: 375).

Por ende, el bien jurídico está constituido no solo por la individualidad e identidad genética del ser humano, sino por todo el riesgo que ello representa para la propia humanidad (Muñoz Conde, 2004: 150). Esto es, la identidad personal de cada individuo, su dignidad humana y su libertad y autonomía son los bienes a proteger (Serrano Gómez y Serrano Maíllo, 2005: 151). La clonación desafía nuestra concepción tradicional de familia, parentesco y comunidad, y afecta a la esfera de la igualdad y la justicia social. ¿Quién tendría acceso a esta tecnología? ¿Se convertiría en un privilegio reservado para unos pocos, exacerbando las desigualdades existentes? ¿Cómo se abordarían las preocupaciones sobre la identidad y el estigma asociados con ser un clon? Es más, sobre el consentimiento y la autonomía de los individuos clonados, ¿se les permitiría tomar decisiones informadas sobre su propia creación y existencia? ¿O serían tratados como meros productos de laboratorio, sin consideración por sus derechos y deseos individuales?

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: DIGNIDAD POSTHUMANA Y *NEOHUMAN-AI*

Los avances tecnológicos evidencian la consecución de soluciones disruptivas que permitan cubrir las necesidades humanas básicas cual paradoja del barco de Teseo, dando paso a una nueva era en la que la ingeniería biónica posibilite una adecuada y superior calidad de vida e, incluso, un controvertido perfeccionamiento humano. Prótesis de miembros, implantes cocleares, neuroprótesis, implantes oculares, órganos 3D, implantes de estimulación nerviosa o para la estimulación cerebral profunda, representan un emocionante avance en el que las diversidades funcionales dejan de ser una limitación insuperable y en el que las barreras físicas y cognitivas prometen ser meras posiciones testimoniales, gracias a la combinación de tres elementos inherentes al innovador progreso: elemento biológico, elemento artificial e interfaz de control (Micera, 2006).

La apertura de estas nuevas fronteras en materia de genoma humano trae consigo la inevitable problemática de la afectación de la esencialidad, identidad y dignidad humanas y, en general, de los principios fundamentales de la moralidad. El respeto por el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía

individual, la igualdad entre individuos o la dignidad humana representan los límites básicos e inalienables de la bioética, que guían un correcto desarrollo, aplicación y uso tecnológico, ya que, mientras que la identidad genética tradicionalmente ha estado vinculada a nuestra composición biológica inherente, los implantes biónicos desafían estas fronteras al incorporar componentes tecnológicos en nuestro cuerpo. Este matrimonio entre lo biológico y lo artificial plantea cuestiones sobre la esencia misma de la identidad, ¿se define por nuestros genes, nuestras experiencias o nuestra relación con la tecnología?

El posthumanismo es más que una ideología de la hipermodernidad, pues representa una distopía que pretende perfeccionarnos, como una especie de salvación mediante el advenimiento de una nueva condición posthumana (Cortina Ramos, 2020). Y esta visión utópica (o, mejor dicho, distópica) plantea interrogantes sustanciales sobre los límites éticos, el efecto irradiante descrito por HESSE o la eficacia (De Vega García, 2005: 30) entre particulares o *drittwirkung* (Aragón Reyes, 2012: 11). Precisamente, ante un campo libre y sin barreras técnicas, la bioética representa el límite de la actuación científica. La mentalidad postmoderna es, a veces, escéptica ante la dignidad (Cárcar Benito y González Pérez, 2015: 13), por lo que es ideal partir del referente garantista de aquella, como *humus* de la moralidad (Rodríguez Dupla, 1996: 62); y de la generación de un claro sistema axiológico, en el que acaba proyectándose como eje central del actual Estado del bienestar.

No vamos a negar que el propósito de la mayor parte de los implantes biónicos (prótesis visuales, cocleares o de extremidades, órganos 3D, bioimplantes para la regeneración de tejidos, exoesqueletos biónicos, etc.) es lícito, dejando a un lado el problema de las desigualdades socioeconómicas en su acceso o del deficiente consentimiento informado. La dignidad, identidad y irrepetibilidad humanas se ven fuertemente menoscabadas por la implementación de implantes cerebrales y neurales con fines puramente comerciales. Por ello, no podemos quedarnos en la simpleza de la *dignitatis humanae* como valor básico fundamentador de los derechos de la personalidad, principio material de justicia (STC núm. 127/1990, de 5 de julio) o *mínimum* invulnerable (STC núm. 120/1990, de 27 de junio, F.J.4.º). Por el contrario, es necesario ir más allá y ahondar en el concepto escéptico de dignidad fenomenológica para dar una respuesta a estos conflictos éticos.

Así, debe partirse de la transcendencia de la dignidad irrenunciable (Serna Bermúdez, 2004), indisponible y vinculada al desarrollo armónico de la personalidad (González González, 2004: 13), y de la autopertenencia preconsciente de la corporeidad (Ferrer Santos, 2005: 181). La vulneración de la dignidad por la irrupción de la biónica resulta posible por la inseparabilidad

entre el individuo y su naturaleza, exteriormente reconocible como realidad singular e inconfundible.

Cada ser humano es único, posee una configuración genética original, pero no solo es irrepetible en términos de código genético, sino fruto de su expresión fenotípica, su historia personal o su interacción con el entorno. Aunque compartimos una base genética común como especie, las combinaciones únicas de alelos y variantes genéticas que cada persona hereda de sus padres contribuyen a nuestra diversidad y singularidad como individuos. Esta identidad genética única es fundamental para nuestra comprensión de nosotros mismos y nuestra conexión con otros seres humanos, y es que, a través de la genética, podemos rastrear nuestras raíces ancestrales, comprender nuestras predisposiciones genéticas a ciertas enfermedades y, en algunos casos, incluso prever posibles trayectorias de salud.

La biónica ciertamente puede modificar la funcionalidad biológica y la apariencia física del ser humano, pero no altera directamente el código genético. Sí que puede tener impactos indirectos en cómo percibimos nuestra identidad o cómo somos percibidos por los demás, pueden mejorar o restaurar funciones perdidas debido a discapacidades o lesiones, lo que puede afectar positivamente la autoimagen y la calidad de vida de las personas. Incluso, los implantes biónicos pueden ser vistos como extensiones de nuestro cuerpo, herramientas que amplían nuestras capacidades físicas más allá de los límites impuestos por nuestra biología. ¿Hasta qué punto estamos dispuestos a modificar nuestra biología con tecnología? ¿Cómo afecta esto nuestra percepción de nosotros mismos y nuestra relación con el entorno?

Si bien la biónica puede influir en cómo experimentamos y nos relacionamos con nuestra identidad, nuestra esencia genética sigue siendo fundamental para nuestra comprensión. La biónica puede expandir nuestras capacidades y transformar nuestra experiencia, pero nuestra identidad genética única y nuestra conexión con la historia evolutiva de la especie humana siguen siendo aspectos fundamentales de quiénes somos. Ello no implica que nuestra identidad genética vaya más allá de la biología: también influye en nuestra psicología, nuestras relaciones sociales y nuestra percepción del mundo que nos rodea. En resumidas cuentas, la originalidad e irrepetibilidad de la especie humana plantea preguntas profundas sobre nuestra responsabilidad hacia nosotros mismos y hacia los demás. Reconocer y respetar la diversidad genética y la singularidad de cada individuo nos obliga a cultivar una cultura de inclusión, aceptación y valoración de las diferencias. Al hacerlo, no solo celebramos la riqueza de la humanidad en toda su variedad, sino que fortalecemos nuestra comprensión.

La búsqueda de la nueva especie humana, el *NeoHuman-AI*, presenta un marco futurista, en el que el humano parece fusionarse con el algoritmo y la biotecnología para dar origen a una nueva forma de existencia. Este *NeoHuman-AI* supera las limitaciones biológicas del *homo sapiens*, a la par que

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 373-402
https://doi.org/10.18543/ed.3584 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

redefine la conciencia, la identidad y su relación con el entorno. Un plano futurista nos sitúa en un mundo donde la evolución ya no es un proceso natural, sino un acto de creación deliberada. La biotecnología, la inteligencia artificial y la cibernética convergen para dar forma a una nueva especie que trasciende las limitaciones del cuerpo humano y de la mente biológica, ampliando su inteligencia y longevidad y redefiniendo los esquemas individualistas de la identidad humana. De lo orgánico a lo sintético, del cuerpo físico al entorno digital y las estructuras híbridas. La superación de enfermedades y condiciones disfuncionales, una realidad; y la posibilidad de una condición humana más resistente y adaptable, una redefinición de nuestra propia ética. La mente ya no está confinada a un solo cuerpo ni a una única experiencia, sino habilitada en múltiples realidades, fusionarse con otras inteligencias o incluso evolucionar de manera autónoma.

El *NeoHuman-AI* parte no solo de una evolución biológica o tecnológica, sino de una revolución existencial, donde la humanidad deja de ser una condición estática para convertirse en un flujo de posibilidades en constante expansión. Y es precisamente ahí donde la búsqueda de una dignidad posthumana redefine los principios éticos y filosóficos que han regido la existencia humana y la necesidad de replantear los derechos, la autonomía y el significado de la vida misma. La dignidad posthumana no se basa únicamente en la preservación de la identidad individual, sino en la construcción de una nueva ética que abarque tanto a los humanos biológicos como a las entidades sintéticas y cibernéticas, por eso la coexistencia entre lo orgánico y lo digital demanda un nuevo contrato social, donde la inteligencia, la autoconciencia y la capacidad de decisión sean los pilares fundamentales de la existencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Abellán-García Sánchez, F. y Sánchez Caro, J. (2007). *La responsabilidad médica por la información del medicamento*. Granada: Comares.

Albert Márquez, M.M. (2012). Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley*, 7863.

Alkorta Idiákez, I. (2003). Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida. *DS: Derecho y salud*, 11, 2, 165-178.

Álvarez Sarabia, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. *Anales de derecho*, 33. Murcia: Universidad de Murcia.

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J.M. (2003). Criterios ético-legales para la realización de ensayos clínicos: la nueva directiva comunitaria 2001/20/CE. *DS: Derecho y salud*, 11, 1, 45-56.

Aragón Reyes, M. (2012). Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo. *Otrosí,* Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 10, abril-junio, 6-12.

Arango Restrepo, P. (1999). Sobre la clonación: ¿por qué no me dejaría clonar? *Persona y Bioética*, 5, 20-28.

Ballesteros Llompart, J. (2001). Identidad personal y técnicas de reproducción asistida. *Anuario de derechos humanos,* 2, 137-150.

Barceló Doménech, J. (2019). Responsabilidad civil por daños causados en los ensayos clínicos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* 1, 1-30.

Barber Cárcamo, R. (s.f.). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR,* 8, 25-37.

Bataller i Ruiz, E. (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2, 777-788.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022). Maternidad subrogada. *Cuadernos de derecho privado: CDP,* 4, 2-6.

Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2009). Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009. *Cuadernos de derecho transnacional,* 1(2), 294-319.

Cárcar Benito, J. E., & González Pérez, M. I. (2015). Intervenciones en neurociencia, el problema de los implantes basados en las tecnologías de la información y la comunicación: sus contornos éticos y jurídicos. *Bioderecho.es: revista internacional de investigación en Bioderecho,* 2, 1-25.

Castellanos Ruiz, M. J. (2022). La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022. *Cuadernos de derecho transnacional,* 14(2), 1034-1052.

Cesare, F. de (2017). La gestación subrogada en los titulares de la prensa española. *Confluenze: Rivista di Studi Iberoamericani,* 9(2), 41-54.

Cortina Orts, A. (2007). *Ética aplicada y democracia radical.* Madrid: Tecnos.

Cortina Ramos, A, (2020). [Dis]topía posthumanista. *Rivista di Geocultura*. Recurso electrónico: https://www.frontiere.eu/distopia-posthumanista/ [Fecha de consulta: 10/02/2026].

Farnós Amorós, E. (2013). Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain. *International Family Law* 1/2013, 68-72.

Ferrer Santos, U. (2005-2006). Posthumanismo y dignidad de la especie humana. *Contextos,* 45-48, 177-188.

Franch Meneu, V., & Millás Mur, J. (2012). Crítica a los fundamentos éticos de la clonación humana con fines de investigación terapéutica. *Therapeía: estudios y propuestas en ciencias de la salud,* 4, 83-100.

Fuente Núñez de Castro, M. S. de la (2016). La maternidad subrogada: ¿absurdo jurídico en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo? *Revista Derecho Privado: Universidad de los Andes.* 56., 1-26.

Gabriel Calise, S. (2015). La clonación humana y el problema de la identidad. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política,* 53, 697-710.

García Amez, J. (2014). La responsabilidad civil por daños y perjuicios causados a los pacientes participantes en los ensayos clínicos y su aseguramiento. *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados,* 160, 413-432.

García Garnica, M. C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica.* Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.

García Peregrín, E. (2019). Modificación genética. ¿Tratamiento de enfermedades o mejora de la especie humana? *Proyección: Teología y mundo actual,* 273, 119-148.

Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana.* Madrid: Marcial Pons.

González González, A. M. (2004). La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*. Pamplona: Eunsa.

González Morán, L. (2006). *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte.* Madrid: Universidad Pontificia de Comillas – Dykinson (Colección Cátedra de Bioética, 14).

Guerra Vaquero, A. Y. (2016). El paciente como sujeto de derechos. La autonomía de la voluntad como fundamento del consentimiento informado y de las instrucciones previas. *Bajo palabra: Revista de filosofía, II Época,* 12, 153-162.

Heredia Cervantes, I. (2014). El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro. *Revista El Notario del Siglo XXI,* 54. Recurso disponible: https://legado.elnotario.es/hemeroteca/revista-54//3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-cronica-de-un-desencuentro [Fecha de consulta: 10/02/2026].

Igareda, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y derecho: publicación del Máster en Bioética y derecho,* 44, 57-72.

Jiménez Mancha, J. C. (2022). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2022 (1153/2022). Denegación de la filiación a favor de la madre de intención de un niño nacido por procedimiento de gestación por sustitución. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil),* 14. Madrid: Editorial Dykinson, 151-174.

Jiménez Muñoz, F. J. (2014). Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736). *Revista Bolivariana de Derecho,* 18, 400-419.

Junquera de Estéfani, R., & De la Torre Díaz, F. J. (2013). *Reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral.* Madrid: UNED – Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Lasarte Álvarez, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria. *Diario La Ley,* 7777.

Lazcano-Ponce y otros (2004). Ensayos clínicos aleatorizados: variantes, métodos de aleatorización, análisis, consideraciones éticas y regulación. *Salud pública de México,* 46(6), 559-584.

Lledó Yagüe, F. (2005). La ley sobre las técnicas de reproducción asistida. *Escritura pública,* 35, 28-33.

Manuell Lee, G. R. (2007). Consentimiento informado. *Revista CONAMED,* Extra-1, 43-52.

Mariño Hernández, E. L. (2015). Reglamento (UE) nº 536/2014 sobre los ensayos clínicos y colectivos vulnerables. *Cuadernos de Bioética,* 26(88), 427-430.

Marrades Puig, A. I. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público,* 65(1), 219-241.

Martín Ayala, M. (2018). La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida. *DS: Derecho y salud,* 28(Extra 1), 149-159.

Martín Urunga, A. (2022). Lección 23. Ensayos clínicos. *Manual de Bioderecho.* Madrid: Dykinson.

Martínez de Pisón Clavero, J. M. (2016). El derecho a la intimidad de la configuración inicial a los últimos desarrollos de la jurisprudencia constitucional. *Anuario de filosofía del derecho,* 32, 409-430.

Medrano Aranguren, A. (2017). El consentimiento informado, la medicina satisfactiva y la curativa. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos,* 196, 109-118.

Micera, S. (2006). Hybrid Bionic Systems for the Replacement of Hand Function. *Proceedings of the IEEE,* 94(9*),* 1752-1762.

De Miguel Beriain, I. (2008). ¿Existe un derecho a la identidad genética? *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura,* 730, 261-276.

Miraut Martín, L. (2019). El dilema jurídico de la gestación subrogada. *Estudios de derecho iberoamericano*, 1, Madrid: Dykinson.

Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho penal, Parte especial* (15.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Oficial Soto, C. (2015). *La reproducción asistida en España. Controversias que genera* [Tesis doctoral]. Universidad Católica San Antonio de Murcia. Disponible: https://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/1476/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 10/02/2026].

Pantaleón Prieto, A. F. (1988). Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Jueces para la democracia,* 5, 19-36.

Pelayo González-Torre, Á. (2007). El consentimiento en la experimentación con seres humanos. El caso de los ensayos clínicos. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* 11, 681-695.

Pérez Monge, M. (1999). Aproximación al tratamiento jurídico de la clonación de seres humanos en España. *DS: Derecho y salud,* 7(1), 146-152.

Ponce del Castillo, A. M. (2006). La deshumanización del hombre: reflexiones de Leon R. Kass sobre la clonación humana. *Cuadernos de Bioética,* XVII(60), 193-205.

Ramiro Avilés, M. Á. (2007). Moralismo legal y Bioética: el caso de la clonación humana. *Anuario de filosofía del derecho,* 24, 85-108.

Rebollo Delgado, L. (2000). Constitución y técnicas de reproducción asistida. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED,* 16, 97-138.

Rico Chavarro, D. (2021). La dignidad humana frente a la eugenesia genética de mejora. *Persona y Bioética,* 13-14, 44-54.

Riquelme Martín, A. y otros. (2017). Fortalezas personales y calidad de vida de pacientes en tratamiento de reproducción asistida. *III Jornadas Doctorales Escuela*

Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM). Murcia: Universidad de Murcia.

Rodellar Torras, E. (2016). La nueva regulación de los ensayos clínicos en España: algunas cuestiones prácticas de interés desde la perspectiva del promotor. *DS: Derecho y salud,* 26(Extra 1), 40-47.

Rodríguez Duplá, L. (1996). Sobre el fundamento de los derechos humanos. *Ética de la vida buena. Salmanticensis,* 43, 51-64.

Romeo Casabona, C. M. (2000). Bienes jurídicos implicados en la clonación. *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas,* 2, 145-165.

Romeo Malanda, S. (2005). *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal: consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas*. Madrid: Comares.

Ruiz Bernal, J. (2023). Reflexiones ético-legales en torno a la recogida y análisis de muestras biológicas humanas en los ensayos clínicos promovidos por las compañías farmacéuticas. *Revista de Bioética y derecho: publicación del Máster en Bioética y derecho,* 58, 207-222.

Saad Pestana, S. D. (2021). La neuroética de la gestación subrogada. *Medicina y Ética: Revista internacional de Bioética, deontología y ética médica,* 32(3), 665-702.

Sáez Santurtún Prieto, M. (2014). La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014. *Diario La Ley,* 8293.

Sánchez Hernández, J. (2025). Cuatro argumentos a favor de la constitucionalización del algoritmo (y un ajado contraargumento sobre el papel de la IA en la deshumanización del Derecho). *Cuestiones constitucionales de una década (2014-2024).* Madrid: Dykinson, 189-212.

Sánchez Jordán, M. E. (2020). La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada: En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* 4, 116-146.

Sánchez Rubiales, Á., y otros (2016). Teoría y práctica del consentimiento informado. *Cuadernos de Bioética,* 27(89), 69-78.

Sarrión Esteve, J. (2016). Cuestiones legales de los ensayos clínicos en menores a la luz de la nueva normativa europea. *DS: Derecho y salud,* 26(Extra 1), 255-262.

Seijas Quintana, J. A. (2014). Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler. *La Ley*, 5216, 97.

Serna Bermúdez, P. (2004). La dignidad humana en la Constitución Europea. *Comentarios a la Constitución Europea,* Madrid: Tirant lo Blanch, Tratados.

Serna Meroño, E. (2012). Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica. *Derecho Privado y Constitución,* 26, 273-307.

Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, A. (2005). *Derecho penal, Parte especial* (10.ª ed.). Madrid: Dykinson.

Vega García, P. de (2005). La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales. (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*). *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 801-822.

Vela Sánchez, A. J. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley,* 7608.

Vidal García, M. (1999). *10 palabras clave en moral del futuro.* Estella: Verbo Divino.

Vieito Villar, M. (2016). Aspectos generales de la regulación española de ensayos clínicos: el consentimiento informado. *Bioderecho.es: revista internacional de investigación en Bioderecho,* 4, 1-17.

Ybarra Malo de Molina, B. (2016). Breve análisis de las novedades legislativas en ensayos clínicos: responsabilidad civil, consentimiento informado y aseguramiento. *DS: Derecho y salud,* 26(Extra 1), 213-220.

LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN APLICADOS POR EL TJUE: TEORÍA, PRÁCTICA Y TENSIONES EN TORNO AL ACTIVISMO JUDICIAL

Interpretive Methods Applied by the CJEU: Theory, Practice, and Tensions Surrounding Judicial Activism

Mar Sánchez Montell[1]
Investigadora predoctoral (FPU)
Universitat de València. España
https://orcid.org/0009-0002-8164-5005

https://doi.org/10.18543/ed.3585

Fecha de recepción: 06.10.2025
Fecha de aceptación: 02.02.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

La presente investigación sostiene que el análisis de la praxis interpretativa del TJUE resulta esencial para comprender el alcance del orden jurídico europeo. Más allá de la primacía del Derecho de la Unión y de su relación con los tribunales nacionales, el estudio se centra en cómo los métodos literal, teleológico, sistemático y evolutivo actúan como motores de integración, consolidando principios generales, configurando derechos fundamentales y expandiendo el acervo jurídico europeo en los ordenamientos nacionales. Este enfoque hermenéutico desplaza la atención del conflicto institucional hacia el núcleo de poder judicial supranacional, permitiendo interrogarse sobre el eventual activismo del TJUE, las reacciones de los tribunales constitucionales y los riesgos democráticos que plantea, así como sobre la legitimidad y los límites de su actuación.

[1] Email: mar.sanchez-montell@uv.es

Palabras clave

Métodos interpretativos, TJUE, activismo judicial, legitimidad democrática.

Abstract

This research argues that analyzing the interpretative praxis of the CJEU is essential to understanding the scope of the European legal order. Beyond the principle of primacy and the Court's relationship with national constitutional courts, the study focuses on how the literal, teleological, systematic, and evolutionary methods operate as engines of integration, consolidating general principles, shaping fundamental rights, and expanding the EU acquis within national legal systems. This hermeneutical approach shifts the focus from institutional conflict to the core of supranational judicial power, allowing inquiry into the CJEU's potential activism, the reactions of constitutional courts, and the democratic risks it entails, as well as into the legitimacy and limits of its interpretative practice.

Keywords

Interpretative methods, CJEU, judicial activism, democratic legitimacy.

Sumario: I. Introducción. II. El TJUE como actor: un análisis de su función, su praxis interpretativa y su expansividad. 1. Algunas consideraciones previas. 2. Las dinámicas interpretativas del TJUE: análisis de sus métodos de interpretación. *2.1. Interpretación literal. 2.2. Interpretación contextual o sistemática. 2.3. Interpretación teleológica*. 3. Activismo interpretativo en el TJUE. III. Algunas observaciones y propuestas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de los métodos interpretativos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reviste, a mi parecer, una importancia significativa para comprender el verdadero alcance del orden jurídico europeo. A pesar de que el TJUE ha sido objeto de numerosos y extensos estudios en cuanto a su impacto en la primacía del Derecho de la Unión y su relación con los tribunales constitucionales nacionales, la forma en que construye normativamente ese impacto a través de técnicas interpretativas sigue siendo un terreno insuficientemente explorado en profundidad.

Lejos de centrarse en los aspectos más estudiados de la materia, esta investigación se adentra en el núcleo productivo de la jurisprudencia del TJUE: su praxis interpretativa como motor de integración. Se parte de la hipótesis de que el contenido y alcance del Derecho de la Unión no derivan únicamente de los tratados, sino precisamente de la manera en que el Tribunal los interpreta, los expande o los resignifica. Así, estudiar los métodos interpretativos del TJUE, especialmente y como veremos, el literal, el teleológico, el sistemático o el evolutivo (entendido en relación con el establecimiento de valores comunes y sobre la idea de adaptación del derecho a la realidad social; y que será examinado cuando se traten el método teleológico y el activismo judicial) permite explicar cómo se consolidan principios generales, cómo se configuran derechos fundamentales y cómo se produce, en términos reales, la incorporación progresiva del acervo jurídico europeo a los ordenamientos nacionales y la creación de un sistema de derecho europeo cohesionado.

Además, esta perspectiva resulta metodológicamente rigurosa y conceptualmente fecunda, ya que la atención al método, más que al conflicto institucional, desplaza el foco hacia el elemento hermenéutico del derecho europeo, que es donde verdaderamente se ejerce el "poder judicial supranacional". Por tanto, esta línea de investigación permite contribuir a un debate más profundo sobre la legitimidad, la autonomía y los límites del orden jurídico europeo, entendidos desde su raíz interpretativa. En tiempos de crisis del Estado de Derecho en algunos Estados miembros y de tensiones sobre la soberanía constitucional, este enfoque busca una reflexión en torno a los

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

fundamentos teóricos, técnicos, estructurales y metodológicos de la tarea del TJUE, y su impacto sobre la cohesión europea y las identidades constitucionales.

Las preguntas que sirven de guía para el desarrollo de esta investigación, y que trataré de responder al concluir la misma, pueden sintetizarse como sigue: ¿qué teorías interpretativas han predominado en la praxis del TJUE y cómo se manifiestan en su jurisprudencia? ¿Hasta qué punto puede hablarse de activismo judicial en el TJUE y con qué efectos? ¿Qué patrones se observan en la reacción de los tribunales constitucionales nacionales ante la jurisprudencia (expansiva) del TJUE? ¿Cuáles son los riesgos de determinadas interpretaciones para la legitimidad democrática del sistema europeo y qué soluciones normativas o doctrinales podrían proponerse?

Finalmente, la metodología adoptada se basa en un enfoque jurídico-analítico, sustentado tanto en los desarrollos de la teoría constitucional como en el derecho comparado. A partir de este marco, se examinará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea más significativa para el objeto de estudio, en diálogo con los planteamientos doctrinales más relevantes. La atención se centrará especialmente en las implicaciones teóricas del pluralismo constitucional y en los presupuestos normativos de la teoría democrática de la constitución.

II. EL TJUE COMO ACTOR: UN ANÁLISIS DE SU FUNCIÓN, SU PRAXIS INTERPRETATIVA Y SU EXPANSIVIDAD

1. *Algunas consideraciones previas*

Antes de adentrarnos en el examen de las dinámicas interpretativas propias del TJUE, deben tenerse presentes algunos apuntes iniciales que entiendo relevantes en materia de interpretación jurídica en general. En primer lugar, el intérprete se ha dejado de concebir a través de la idea *montesquieuana* de juez autómata, como "boca de la ley", y ahora la interpretación deviene una tarea compleja[2] que ha de tener en cuenta que su aplicación se da en una sociedad globalizada en constante transformación. Esto implica que los trabajos interpretativos tienen lugar en un contexto que ya no es de ámbito nacional únicamente, sino que encontramos normas internacionales y supranacionales que entran en conexión con el derecho interno de los Estados, lo cual invita a comenzar un diálogo entre tribunales.

En segundo lugar, ha de tomarse en consideración la particularidad interpretativa de los tratados, entendidos como textos marco, una determinación

[2] Para entender la problemática ambigüedad de la interpretación, véase Guastini (2015).

que deriva en disposiciones generales, caracterizadas por su apertura, una característica que podría facilitar su interpretación en sentido evolutivo. En este sentido, recuerda a la textura abierta y a la vaguedad característica de los textos constitucionales, aunque en general también de cualquier norma jurídica y del lenguaje de forma amplia[3].

En otro orden de cosas, con el objetivo de mantener una legitimidad que no es democrática en origen, el juez debería evitar pronunciarse sobre cuestiones que pertenecen al ámbito de las decisiones políticas[4]. Esta apreciación puede relacionarse con el recurso a una interpretación evolutiva o, en última instancia, a la adopción de un papel activista por parte del órgano jurisdiccional que interpreta.

Esto último resulta, a mi entendimiento, muy discutible. Por un lado, defender la legitimidad de un eventual activismo judicial podría implicar, en última instancia, tolerar una indebida sustitución de las competencias propias del legislador por parte del Tribunal. Por otro lado, el recurso a una interpretación evolutiva de las normas, cuestión que también es altamente controvertida, supone una necesaria vinculación al juez activista, pues éste es quien debe acercar la norma a la realidad social.

El activismo judicial en el TJUE, estrechamente vinculado como se ha dicho a la práctica de una interpretación evolutiva, plantea entonces un serio desafío a la legitimidad democrática. Al ampliar el alcance de las normas más allá de su tenor literal, función de configuración que correspondería al legislador, el Tribunal asume un papel de orientación política que difícilmente puede justificarse solo como función jurisdiccional. Esta dinámica difumina la frontera entre quien aplica la norma y quien la produce, erosionando el principio de diferenciación de tareas (separación de poderes) sobre el que se construye el equilibrio institucional europeo. Aunque la interpretación evolutiva *a priori* puede presentarse como un instrumento de adaptación del ordenamiento jurídico europeo, su uso corre el riesgo de consolidar un poder judicial que se erige en protagonista del proceso de integración, en detrimento de los procesos de deliberación y del principio democrático.

[3] Sobre una nueva concepción de la interpretación jurídica que reconoce que los textos no son tan claros y que poseen una textura abierta que permite un papel activo del operador jurídico que interpreta, véase López Medina (2005, 2).

[4] En relación con esta cuestión, puede verse la doctrina de las *political questions* (Arévalo Ramírez y García López 2018, 400), entendidas como "inhibición" del tribunal en favor del legislador (Canosa Usera 2012, 314).

Sobre la representación democrática y los jueces de instancias internacionales, puede profundizarse con Bogdandy y Venzke (2016, 218 y ss).

2. *Las dinámicas interpretativas del TJUE: un examen de sus métodos de interpretación*

El TJUE, en relación con sus métodos de interpretación del Derecho de la UE, no se distingue del uso de las técnicas comunes de interpretación jurídica empleadas por otros órganos jurisdiccionales. En ese sentido, como veremos, acude principalmente al literalismo, así como también a las interpretaciones contextual o sistemática y teleológica. Asimismo, cabe destacar que no se establece de forma explícita un orden de prelación en la aplicación de los distintos métodos, así como tampoco unos parámetros de aplicación de los criterios que ordenen la actividad interpretativa (Itzcovich 2009, 539).

La síntesis de sus métodos se expone en la sentencia *Merck*[5]: fundamentándose en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (analizaremos después la influencia del derecho internacional en esta materia)[6], se establece que deben tenerse en cuenta, a los efectos de interpretación, no solo el tenor literal de una previsión, sino también el contexto en donde se inserta una disposición y los objetivos que se persiguen con un precepto.

Partiendo de dicho marco general, veamos en detalle cada uno de los métodos interpretativos empleados por el TJUE en su tarea de construcción de la arquitectura jurídica europea a través de su jurisprudencia, partiendo de las aportaciones doctrinales teóricas y examinando también las prácticas comúnmente empleadas.

---

[5] "However, as the Court has emphasized in previous decisions, in interpreting a provision of Community law it is necessary to consider not only its wording but also the context in which it occurs and the objects of the rules of which it is part" (STJUE de 17 de noviembre de 1983, *Merck Hauptzollamt Hamburg-Jonas,* asunto 292/82, §12, ECLI:EU:C:1983:335).

Puede verse también en la versión española de la STJUE de 19 de octubre de 2017, *Merck*, asunto C-231/16, ECLI:EU:C:2017:771; §26: "Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que, como en el presente asunto, no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta *no sólo el tenor de la disposición sino también su contexto y el objetivo* que la normativa en la que se inserta pretende alcanzar (véanse, en particular, las sentencias de 26 de mayo de 2016, Envirotec Denmark, C550/14, EU:C:2016:354, apartado 27, y de 18 de mayo de 2017, Hummel Holding, C617/15, EU:C:2017:390, apartado 22 y jurisprudencia citada)" (la cursiva es mía).

[6] La Convención de Viena de 1969, que codifica principios generales del derecho internacional, ha sido invocada por el TJUE al interpretar acuerdos entre la UE y terceros Estados, especialmente el art. 31.1 sobre interpretación conforme al sentido ordinario, el contexto y la finalidad del tratado (Fennelly 1996, 669).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

2.1. Interpretación literal

La interpretación literal, también denominada literalismo o textualismo, puede definirse como aquel método que tiene como fundamento el texto en la tarea de interpretación de una norma. Esto es, la interpretación literal se define a partir del significado semántico y gramatical del texto[7]. Se relaciona estrechamente con el principio de seguridad jurídica, que constituye una garantía de previsibilidad de las resoluciones de un tribunal y un elemento indispensable de la noción de Estado de Derecho.

Por otro lado, resulta conveniente apuntar en este apartado que el recurso al método literal no puede entenderse únicamente como una técnica interpretativa de carácter preliminar, sino también como un límite estructural a la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia. En la medida en que la letra de la norma expresa, con mayor o menor grado de precisión, la voluntad del legislador o regulador europeo, un apartamiento injustificado de su tenor literal podría comprometer el principio de equilibrio interinstitucional, consagrado en el artículo 13.2 TUE. Este principio, más genuino en el Derecho de la Unión que la clásica separación de poderes de los ordenamientos estatales, exige que cada institución actúe dentro del marco de las competencias que le han sido atribuidas, lo que impide al Tribunal sustituir, mediante la interpretación, opciones normativas que corresponden al legislador europeo.

Ahora bien, aunque se prioriza la interpretación literal, y se acepta prácticamente sin reticencias por la doctrina, lo cierto es que ésta no siempre consigue resolver los problemas jurídicos planteados en un primer estadio interpretativo (Celis Vela 2021, 1279; Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 26; Quiroga León 1985, 330), pues defender que todo se puede resolver con la interpretación literal supondría asumir una concepción mecanicista de la interpretación, en el que el significado del texto normativo se presume tan claro y autosuficiente que la labor del intérprete quedaría reducida a una mera lectura atenta de la disposición aplicable (Canosa Usera 1988, 92). Cuando el tenor es claro y preciso, el tribunal no puede ignorarlo ni interpretar en sentido que resulte manifiestamente contrario. A partir de lo anterior, no obstante, conviene matizar que recurrir a la interpretación literal como método principal no se contrapone con la posibilidad de uso de otros métodos que lo complementen, siempre que no vacíen de sentido ese tenor (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 30).

Debe señalarse, además, que este método, comúnmente utilizado por otros órganos de interpretación jurídica, reviste particularidades respecto del

[7] Se ha discutido si constituye un método de interpretación independiente o más bien un punto de partida respecto al empleo de otros métodos, que se aplicarían posteriormente si de la interpretación literal no puede derivarse el significado claro de una disposición. Yo entiendo que se trata de un método primario.

Derecho de la UE. Concretamente, dos son las características que resultan relevantes a nuestro análisis y que supondrían dificultades añadidas al método literal clásico: el multilingüismo y la existencia de conceptos propios del Derecho de la UE[8].

Respecto de la primera cuestión, los textos que configuran el Derecho europeo están redactados en diversas lenguas (recordemos que hay veinticuatro lenguas oficiales), y todas y cada una de las distintas versiones lingüísticas poseen el mismo valor auténtico[9]. El problema se presenta cuando se encuentran divergencias entre el significado de las distintas versiones[10]. Aquí entra en juego el principio de igualdad lingüística y, cuando no existe uniformidad en la interpretación literal de las distintas versiones, debe elegirse cuál prima. En caso de conflicto, y para llevar a cabo esa elección, se dice que debe añadirse un examen de la "estructura general y la finalidad de la normativa en la que se integra"[11] (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 34).

Con todo, este principio de igualdad lingüística no resulta contrario a la posibilidad de descartar una versión lingüística que se considere opuesta al sentido que comparten las demás versiones en relación con la interpretación contextual o teleológica. Otras soluciones que se han propuesto para responder a la incompatibilidad de significados entre las formulaciones en distintas

[8] Estas características se exponen en los apartados 17 a 19 de la STJUE de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, asunto 283/81, ECLI:EU:C:1982:335. Asimismo, en el apartado 20 de dicha sentencia se introducen en el razonamiento las referencias a la interpretación sistemática en sentido interno ("cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho") y a la interpretación teleológica y evolutiva ("cada disposición de Derecho comunitario debe ser (…) interpretada a la luz (…) de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata"), que analizaremos más adelante en este trabajo.

[9] Recordando lo dispuesto por el art. 55.1 TUE: "1. El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lenguas alemana, búlgara, checa, danesa, eslovaca, eslovena, española, estonia, finesa, francesa, griega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letona, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, rumana y sueca, *cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos*…" (la cursiva es mía).

[10] Puede suceder que los conceptos jurídicos no sean idénticos en todos los sistemas nacionales o también que existan conceptos en varios sistemas jurídicos, pero no de forma equivalente en todos los casos. Pienso, por ejemplo, en el término "crime".

[11] Se hace esta referencia explícita a la estructura y finalidad en el apartado 19 de la STJUE de 27 de marzo de 1990, *Milk Marketing Board*, asunto C-372/88, ECLI:EU:C:1990:140.

Un ejemplo de esta cuestión sería el caso de la venta de mantequilla a precio reducido y las versiones que utilizaban como requisitos unos bonos "que mencionaran su nombre" frente a otras versiones que se referían a "bonos individualizados". Para resolver la cuestión en esta discrepancia, se tuvieron en cuenta la voluntad del autor y la finalidad de la norma (STJUE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, asunto 29/69, ECLI:EU:C:1969:57).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

lenguas son la elección de una versión lingüística exclusivamente (alternativa que no me parece que resuelva el problema, pues ¿por cuál optamos?); o bien también centrarse especialmente en las lenguas base empleadas en los trabajos previos, esto es, tener especialmente en cuenta las versiones en inglés y francés. En ese sentido, vemos como a la interpretación textual se suman como complementarios otros métodos con el objetivo de descartar y dilucidar significados.

Finalmente, conviene formular una advertencia en torno a la aplicación de este principio, ya que su operatividad genera importantes dificultades en lo que respecta a la exigencia de previsibilidad, lo cual incide directamente sobre el ya citado principio de seguridad jurídica. Así, el problema que se plantea es el que emerge cuando una de las versiones lingüísticas del texto resulta inequívoca y un ciudadano actúa procesalmente conforme a ella –por ejemplo, interponiendo un recurso– sin que pueda razonablemente exigírsele el conocimiento de las restantes versiones idiomáticas. Surge entonces la cuestión de si el órgano jurisdiccional debe limitarse a interpretar únicamente en la lengua del procedimiento, que suele coincidir con la lengua materna del ciudadano en cuestión. Sin embargo, ello plantea una problemática adicional: la necesidad de armonizar y garantizar la uniformidad interpretativa del Derecho de la Unión (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 38).

Con relación a la segunda singularidad, relativa a la terminología específica propia del Derecho de la UE, ésta incorpora conceptos jurídicos que pueden no tener el mismo significado cuando se trasladan a la esfera nacional[12]. En este punto, se pivota desde el denominado principio de autonomía, de manera que hay determinados términos que se interpretan de forma autónoma en el Derecho de la UE respecto del derecho nacional. Ello comporta, en consecuencia, que las conceptualizaciones jurídicas nacionales no vinculan al Tribunal de Justicia, de modo que los conceptos empleados por el Derecho de la Unión pueden adquirir un significado autónomo, no necesariamente extrapolable desde la esfera estatal.

Esta observación no implica, por otro lado, que no puedan autorizarse remisiones al derecho nacional. No obstante, no deben confundirse con el recurso al conocido margen de apreciación del contenido de una disposición por los Estados; pues se trata de conceptos que, de no contener una remisión expresa al derecho interno, deben dotarse de sentido y alcance con arreglo a una interpretación autónoma en el seno de la UE.

[12] Puede darse en conceptos como "efecto útil", que habitualmente se utiliza en el Derecho de la UE; o también en los casos de "efecto directo" (STJUE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, asunto 26/62, ECLI:EU:C:1963:1) o "trabajador" (STJUE de 19 de marzo de 1964, *Unger*, asunto 75/63, ECLI:EU:C:1964:19), entendidos como conceptos propiamente autónomos del Derecho de la Unión Europea.

Por último, todo lo anterior no excluye una definición del concepto sin tener en cuenta el tenor literal de la disposición que lo contiene, pues la interpretación debe efectuarse según un entendimiento habitual y corriente del lenguaje (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 40). Un ejemplo para ilustrar la cuestión sería la definición del concepto de "autoridad judicial emisora" en órdenes de detención[13].

2.2. Interpretación contextual o sistemática

El Derecho de la UE ha estado sujeto a una permeabilidad e influencia significativa por parte del derecho internacional. Es evidente que el TJUE se sirve continuamente del método comparado en sus pronunciamientos, especialmente en la elaboración de sus argumentos, con una especial incidencia en el desarrollo de principios y en el tratamiento de los derechos fundamentales, con el continuo recurso a otros tribunales (principalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)[14]. Esta última materia, la de los derechos,

[13] Al respecto, STJUE de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, asunto C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, especialmente los apartados 32 y siguientes:

"32. De esto resulta que el concepto de «autoridad judicial» que figura en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco exige una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *debe buscarse teniendo en cuenta a la vez el tenor de esta disposición, el contexto en el que se inscribe y el objetivo perseguido* por dicha Decisión Marco (véase, por analogía, la STJUE de 28 de julio de 2016, *JZ*, asunto C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610, apartado 37 y jurisprudencia citada). 33. De este modo, por lo que se refiere al *tenor* del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco, procede señalar que los términos «autoridad judicial», que se encuentran en dicha disposición, no se limitan a designar a los jueces u órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, sino que permiten cubrir, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia en el ordenamiento jurídico de que se trate. 34. No obstante, debe hacerse constar que el concepto de «autoridad judicial» a que se refiere dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que permite igualmente cubrir a los servicios de policía de un Estado miembro. 35. En primer lugar, en *su acepción habitual*, el término «judicial» no se refiere a los servicios de policía. En efecto, este término alude al poder judicial, que, como indicó el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones y conforme al principio de separación de poderes que caracteriza el funcionamiento de un Estado de Derecho, debe distinguirse del poder ejecutivo. Así, *tradicionalmente* se entiende que las autoridades judiciales son aquellas que participan en la administración de la justicia, a diferencia, en particular, de las autoridades administrativas o de los servicios de policía, que están comprendidos en el poder ejecutivo. 36. En segundo lugar, esta interpretación del tenor del artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco se ve *confirmada por el contexto en el que se inscribe* dicha disposición" (la cursiva es mía).

[14] La interacción entre el TJUE y el TEDH en materia de derechos fundamentales se ha consolidado a través de un diálogo jurisprudencial constante, en el que las sentencias

constituye el campo más complejo y donde se observa una mayor interacción, con un peso significativo del elemento comparativo utilizado por el TJUE.

La interpretación sistemática, se ha dicho, puede subdividirse en dos vertientes: por un lado, la interna, esto es, el contexto normativo donde se inserta la disposición; y, por otro lado, la externa, teniendo en cuenta el contexto histórico y el proceso que conduce a la adopción de la disposición en cuestión, y que se puede centrar en el examen de los trabajos preparatorios (en adelante, TP). No obstante, yo entiendo que hay una vertiente externa que hace referencia a los estándares del derecho comparado (del derecho internacional y, en especial, del derecho internacional de los derechos humanos) y, por otro lado, la vertiente interna en relación con el principio de unidad y que plantea que las normas no sean interpretadas de forma aislada, sino con conexiones entre normas y preceptos. Así, el examen de los trabajos preparatorios quedaría dentro del denominado método originalista, pues se trataría de un análisis basado en la voluntad de quien originalmente redacta la norma.

a) Interpretación sistemática interna

En relación con la que hemos definido como vertiente interna, ésta se fundamenta sobre una noción de legislador racional que crea un sistema coherente, de forma que se dé una coordinación tanto en las normas contenidas en los tratados como en la actuación del legislador en relación con esas normas. En consecuencia, las disposiciones no deberían enfrentarse ni entrar en conflicto entre sí[15]. A efectos prácticos, este tipo de interpretación se puede

de Estrasburgo constituyen una referencia para Luxemburgo. A este marco se suma la labor de la Comisión de Venecia, cuyos informes y dictámenes han sido invocados como pautas de legitimidad comparada y estándares de Estado de Derecho, y un marco de referencia adicional para valorar la coherencia europea en materia de derechos humanos.

Sobre la relación TJUE-TEDH, pueden consultarse, por ejemplo, González Herrera (2020), especialmente el capítulo IV; y López Guerra (2017). En relación con ello, y sobre la complejidad de la estructura de protección de derechos fundamentales en el ámbito europeo, en particular sobre la interacción entre el plano jurídico de la UE y el derivado del Consejo de Europa, puede verse Freixes Sanjuan (2005, 44).

[15] Esta ausencia de conflictos no se produce en la práctica, sino que el enfrentamiento se soluciona recurriendo a técnicas de ponderación y al principio de proporcionalidad. Esta subvertiente interpretativa se ha planteado también en relación con el principio de unidad, de manera que las normas no se interpreten de forma aislada, sino en armonía con el resto de disposiciones contenidas en un texto (Almendras Carrasco 2004, 14).

Ahora bien, debe señalarse que esta interacción entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no responde a un diálogo sistemático ni simétrico, sino que se articula a partir de una recepción selectiva por parte del TJUE, en la medida en que solo determinados estándares de Estrasburgo son integrados como *principios generales del Derecho de la Unión* conforme al artículo 6.3 TUE. En

observar, por ejemplo, en la evitación de repeticiones en el interior del texto, o con el uso de razonamientos como *a contrario,* o *a fortiori* o de *lex specialis*[16]. Se trataría pues de una garantía de la coherencia del sistema en su conjunto, con la finalidad de armonizar también reglamentos y directivas del mismo ámbito, de forma que se eviten incompatibilidades o preceptos que se contradigan. Cabe recordar, en este sentido, el uso de las referencias cruzadas o el empleo de remisiones (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 43 y ss)[17].

Otra nota importante a tener en cuenta respecto de la máxima de la existencia de un legislador racional es que normalmente la interpretación busca conservar la validez de sus actos. Esto puede relacionarse con el principio *in dubio pro legislatore* al que se apela en el caso de la interpretación constitucional[18].

b) Interpretación sistemática externa

En referencia a la vertiente externa, hemos dicho que se tienen en cuenta los trabajos preparatorios, aunque insisto en que entiendo que se trata más

última instancia, corresponde al propio Tribunal de Justicia determinar el alcance y la intensidad de dicha referencia transversal, cuestión que se desarrolla con mayor detalle infra, apartado (i).

[16] El primero consiste en deducir que una norma no se aplica a un caso porque este no se ajusta a los supuestos previstos explícitamente en dicha norma, y es un razonamiento de exclusión. El segundo se emplea para sostener que, si una conclusión es válida en un caso, lo es aún más en otro caso más intenso o evidente. Tiene dos variantes: *a maiore ad minus* (quien puede lo más, puede lo menos) y *a minore ad maius* (si se admite lo menos, con más razón se admite lo más). El tercero sostiene que cuando existen dos normas aplicables a un mismo caso, prevalece la más específica sobre la general.

[17] Un ejemplo de interpretación sistemática interna lo encontramos en la STJUE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94. El Tribunal, al abordar el alcance del artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/83, no se limita al tenor literal de la disposición, sino que la conecta internamente con otras normas del mismo instrumento. Así, en el apartado 29 vincula la definición de "persona con derecho a protección subsidiaria" del artículo 2, letra e), con el contenido del artículo 15 c).

Otro ejemplo se contiene en el Dictamen 1/19, emitido a raíz de la solicitud presentada el 9 de julio de 2019 por el Parlamento Europeo con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11, donde se rechaza una lectura aislada de un precepto para mantener coherencia en la aplicación del Protocolo. Dice el apartado 322: "That *interpretation is supported by a systematic reading* of Protocol No 21, from which it is clear that Article 2 thereof *cannot be read or applied independently* of Article 1 of that protocol" (la cursiva es mía).

[18] También denominado principio de conservación de la norma, que implicaría declarar la nulidad de una norma únicamente cuando entre en clara contradicción con la norma superior o de la que derive su validez; mientras que, si no existe contradicción evidente, debe presumirse la validez de la norma creada por el legislador. En ese sentido, se trata tanto de un instrumento de la hermenéutica, como una derivación del principio democrático (de Montalvo Jääskeläinen 2011, 57).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

bien de un método originalista, pues es intencionalista y abogaría por el respeto a la intención en el momento de redacción del texto. Por ello, también podría analizarse desde la perspectiva teleológica.

Cabe destacar que no se conservan los trabajos preparatorios del Tratado de Roma, pero sí los de la Convención sobre el futuro de Europa[19], que pretendía ocuparse del debate en torno a la creación de una constitución europea. Estos documentos pueden consultarse ampliamente y contribuir a la interpretación del significado de las disposiciones contenidas en el Tratado de Lisboa.

En relación con lo expuesto, resulta interesante observar cómo en los últimos tiempos se ha ido dando mayor importancia a la utilización de los trabajos preparatorios para la interpretación[20]. La razón principal podría resumirse en la dificultad que se tenía anteriormente para acceder a cierta documentación y en las amplias posibilidades de conocer estos trabajos que tenemos ahora, lo que innegablemente ha contribuido a un cambio sustancial en la forma de entender estos instrumentos. Además, partiendo de la premisa de la existencia de un mayor debate público para preparar las reformas de los tratados, y de una mayor transparencia en cuanto a esos debates[21], se explica más fácilmente también el cambio de paradigma y el aumento del recurso a este método (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 58).

En definitiva, se ha sostenido que cuanto mayor sea la posibilidad de acceso a estos trabajos, mayor será la posibilidad de que sean tenidos en

[19] Puede encontrarse más información en el Fondo 444976 (European Convention and European Constitution, serie SPB), HAEU – Historical Archives of the European Union, European University Institute, Florencia, accesible en (28/09/2025): https://archives.eui.eu/en/fonds/444976?item=SP-B

[20] El TJUE hace mención a los trabajos preparatorios en pronunciamientos como la STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, asunto C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756; ap. 135): "de los trabajos de elaboración de ese último Tratado se deduce (…)"; ATG de 6 de septiembre de 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami*, asunto T-18/10, ECLI:EU:T:2011:419 y el contexto de art. 263, párr. 4, TFUE, especialmente apartados 40 y ss, donde se combina interpretación sistemática y teleológica con un examen de la historia de formación por alusión a la nota de cobertura del Praesidium de la Convención; STJUE de 23 de febrero de 2010, *Ibrahim*, asunto C-310/08, ECLI:EU:C:2010:80, cuando se dice que "La interpretación adoptada en el apartado precedente queda confirmada por el hecho de que, como resulta de los trabajos preparatorios de la Directiva 2004/38, ésta se concibió de manera que fuera coherente con la sentencia Baumbast y R" (ap. 47); y en el mismo sentido, STJUE de 23 de febrero de 2010, *Teixeira*, asunto C-480/08, ECLI:EU:C:2010:83, que en el apartado 58 explicita *"*Tal interpretación queda confirmada por el hecho de que, como resulta de los trabajos preparatorios de la Directiva 2004/38 (…)".

[21] Considero necesario apuntar, aunque no sea estrictamente objeto de esta investigación, que la cuestión de los debates no es tanto que se ejecuten o no, sino más bien cómo y en qué medida se plasman después todas las posiciones expuestas en la decisión final.

cuenta por un tribunal (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 61). No obstante, creo que esa relación no resulta tan directa ni fácil de plantear, porque aun existiendo la posibilidad de recurrir a ellos sin muchas dificultades, no es suficiente con su mera existencia para que un tribunal los tenga en cuenta en su tarea hermenéutica.

Con esto quiero decir que la incorporación de materiales previos a la tarea interpretativa por parte de un tribunal no depende únicamente de su accesibilidad, sino también de factores como la cultura jurídica dominante en el órgano, la tradición metodológica que condiciona su práctica interpretativa, la formación y sensibilidad de sus jueces, e incluso el contexto político e institucional en el que se insertan sus decisiones Por ello, considero que incluso cuando tales trabajos están fácilmente disponibles, su mera existencia no garantiza su utilización: el recurso a ellos puede estar condicionado por consideraciones estratégicas e institucionales. Los jueces pueden citar únicamente aquellas referencias que refuerzan la coherencia de su razonamiento o que otorgan legitimidad a la línea jurisprudencial que buscan consolidar, mientras que otras, aunque conocidas, pueden ser omitidas deliberadamente para no abrir fisuras en su autoridad. De este modo, la selección de fuentes externas responde tanto a la utilidad hermenéutica como a la necesidad de preservar la posición institucional del tribunal en el marco del equilibrio de poderes.

Asimismo, la transparencia puede entenderse como una problemática ligada al principio de seguridad jurídica (esto es, cuanta menos transparencia, menos previsibilidad y menos seguridad). Entonces la interpretación debe basarse en documentos accesibles (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 62). A mi parecer, dependiendo de cómo se relacionen los trabajos preparatorios con estos principios, pueden ser más o menos problemáticos en el sentido de justificar el método de interpretación sistemático. Esto es, si hay transparencia se entiende en positivo; pero si no la hay podríamos tener un argumento en contra.

De esta forma, conviene sintetizar los principales argumentos a favor y en contra de utilizar los TP como instrumentos interpretativos o de soporte a la interpretación, siguiendo lo planteado por Lenaerts y Gutiérrez-Fons (2023, 62 y ss): por un lado, diversas personas e instituciones trabajan en la elaboración de estas normas, con lo cual habitualmente nos encontramos ante órganos colegiados, dentro de los cuales resultaría complicado establecer una voluntad única y unívoca. Por ello, el primer problema sería el de determinar con claridad cuál sería verdaderamente la voluntad del legislador europeo. Otra dificultad que se alega es que el recurso a estos trabajos podría osificar (esto es, petrificar, rigidizar) el Derecho de la UE, impidiendo su evolución. En este sentido, se ha sostenido que como los TP son previos a las disposiciones y hay disposiciones que tenemos desde hace décadas, no se está

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

pensando en posibles cambios y transformaciones sociales (pensando, por ejemplo, en los derechos de las mujeres o de determinados colectivos, en relación con el establecimiento y avance de las nuevas tecnologías…)[22]. Para cerrar, se ha destacado la mala calidad de los trabajos preparatorios (Schønberg y Frick 2003, 154). En ese sentido, se ha hecho referencia a una redacción "lacónica y poco clara", que alude a documentos caracterizados por su excesiva brevedad, al limitarse a consignar enunciados mínimos sin desarrollo argumentativo, y por su falta de precisión, al recurrir a fórmulas ambiguas o vagas que dificultan la reconstrucción del sentido normativo perseguido.

Contrariamente, los argumentos en pro de la utilización de los TP defienden que éstos integran las tradiciones jurídicas de los Estados miembros (en adelante, EE.MM), que sí que tienen en cuenta estos trabajos en su tarea interpretativa del derecho interno[23]; que pueden contribuir a aclarar el significado de actos muy detallados y técnicos, y en consecuencia, ayudarían a esclarecer textos complicados; que la calidad de los TP ha ido mejorando con los años y cada vez más se ve superada la mala calidad anterior; finalmente, se pone de relieve la práctica institucional que tiene por finalidad la publicación de los TP, de forma que plantan cara a la crítica sobre inseguridad jurídica.

En conclusión, el TJUE no convierte los trabajos preparatorios en un criterio autónomo, sino que los usa para confirmar o reforzar la interpretación obtenida por otros métodos. Así, considero fundamental analizar el redescubrimiento y la redefinición del papel de los TP, cuya utilización va cada vez más en aumento por las razones que se han expuesto. En consecuencia, deben ser estudiados y tenidos en cuenta por la doctrina porque ya se están aplicando, aunque en distintas formas, ya sea como argumento auxiliar para corroborar un resultado o a modo de confirmación, con carácter principal y con la finalidad de compatibilizar (Schønberg y Frick 2003, 168).

Debe mencionarse también que, en especial en la parcela de los derechos fundamentales, se observa una interacción entre los textos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el Convenio

[22] Frente a esta idea, defiendo que, aunque es cierto que la interpretación originalista pudiese producir una petrificación del ordenamiento por no integrar la realidad social del tiempo donde se desarrolla un texto, no debe recurrirse a la interpretación para operar el cambio adaptativo, sino apelar al instituto de la reforma.

[23] Un ejemplo de la cuestión se encuentra en la STJUE de 26 de octubre de 2016, *Canal Digital Danmark*, asunto C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, que dispone en el apartado 29 que "A este respecto, el Gobierno danés ha alegado, en el marco del procedimiento escrito, que los *antecedentes legislativos gozan de un estatus especial en la tradición jurídica* del Reino de Dinamarca y de los países del Norte de Europa, en la medida en que los tribunales y las administraciones públicas *otorgan gran importancia a dichos antecedentes a la hora de interpretar* un acto normativo".

Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y las constituciones de los EE.MM, así como con sus órganos de garantía. La coexistencia de tres regímenes de tutela de derechos supone la aparición de dificultades interpretativas y aplicativas (Donaire Villa 2017, 646; López Parada 2020, 99 y 115). En consecuencia, para la protección y salvaguarda de estos derechos se manejan y conjugan diferentes fuentes normativas, y debe intentarse que ningún instrumento excluya a otros y conjugar el respeto a los principios de cohesión con el mantenimiento de los rasgos constitucionales identitarios de cada país. En el espacio europeo, pues, se conjugan tres bandas. La UE, el CEDH y las constituciones nacionales, y resulta fundamental articular unas pautas que permitan la pacífica convivencia de estos sistemas (Carmona Contreras 2016).

(i) Relación entre CDFUE y CEDH[24]

Mediante la integración y la recepción de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal de Estrasburgo se ha creado lo que podríamos denominar «justicia europea de los derechos fundamentales» (Freixes Sanjuan 2005, 82).

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la CDFUE tiene unos rasgos particulares que no pueden ser objeto de comparación directamente con el resto de contenido "normal" o más habitual de Derecho de la UE, pues se trata de un contenido típicamente constitucional, de manera que los preceptos contenidos en la Carta quedan estrechamente ligados a los principios y derechos que configuran los textos constitucionales (Romboli 2020, 310).

En segundo lugar, la existencia de una relación estrecha entre la Carta y el Convenio, y el avance en la protección de derechos por parte del TEDH, han influido muy significativamente en la jurisprudencia del TJUE. Encontramos, pues, referencias expresas al CEDH, que en la práctica ha constituido un marco de mínimos respecto de los derechos contenidos en la Carta. En consecuencia, hay vías de "fertilización mutua", aunque la UE no haya firmado el CEDH (Roca 2022, 111).

[24] La referencia exclusiva al Convenio Europeo de Derechos Humanos en esta sección responde a una delimitación metodológica consciente. A diferencia de otros instrumentos internacionales de carácter general o sectorial –como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar–, el CEDH ocupa una posición singular en el ordenamiento de la Unión, en la medida en que su contenido ha sido integrado por el Tribunal de Justicia como fuente interpretativa privilegiada de los derechos fundamentales en virtud del artículo 6.3 TUE. Ello explica que la jurisprudencia del TJUE recurra de forma sistemática al CEDH y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parámetro externo de interpretación, mientras que la referencia a otros instrumentos internacionales resulta más marginal y dependiente del ámbito material específico, excediendo por ello el objeto del presente análisis.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

En cuanto al CEDH en relación con el Derecho de la UE, el TJUE ya se ha pronunciado sobre su condición de instrumento jurídico no integrado formalmente en el ordenamiento europeo a causa de la no adhesión de la UE a éste[25], lo cual implica que no se determina una relación CEDH-ordenamientos jurídicos de los EE.MM por parte del Derecho de la Unión, ni tampoco se regula la solución a seguir por los tribunales nacionales en caso de conflicto entre los derechos contenidos en el Convenio y la normativa interna. De todo ello se deduce que no puede invocarse el Convenio de forma autónoma como parámetro de validez del Derecho europeo.

Ahora bien, a pesar de lo apuntado, no puede concluirse que el CEDH no se aplica en el ámbito del Derecho de la UE, porque el TJUE también reconoce que los derechos fundamentales en él reconocidos forman parte de este Derecho, bien como principios generales[26], bien como parámetro interpretativo de los derechos contenidos en la Carta[27]. Por lo tanto, para determinar el sentido y alcance de un DF de la Carta debe tenerse en cuenta el CEDH, sumado también al necesario análisis y aplicación de la jurisprudencia del TEDH[28]. En síntesis, cuando se da la situación de que un derecho de la CDFUE está a la vez reconocido en el CEDH, entonces sí se toma como referencia el Convenio y la jurisprudencia de su tribunal, como una referencia de la que no puede separarse.

Con todo lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que, en el caso citado, si hay una referencia al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, entonces el TJUE podría tener en cuenta la doctrina del margen de apreciación y, en consecuencia, puede replicar las problemáticas asociadas a una interpretación evolutiva, que precisamente el TEDH sí sostiene.

(ii) Relación entre CDFUE y las constituciones de los EE.MM

Se exige una cierta necesidad de armonización entre los derechos de la Carta y los reconocidos en las distintas constituciones nacionales. En ese

[25] Véase la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, asunto C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

[26] "Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*" (art. 6.3 TUE, la cursiva es mía).

[27] En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (art. 52.3 CDFUE, la cursiva es mía).

[28] Véase la STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, asunto C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448.

sentido, se pueden derivar dos reglas principales: primera, la no interpretación de la Carta en sentido restrictivo o limitativo de derechos constitucionales; segunda, la interpretación de la Carta en armonía con los derechos que son producto de tradiciones constitucionales. Ahora bien, conjugar estas dos premisas no queda exento de dificultades, sobre todo, como ya se ha avanzado, cuando los derechos enunciados en uno y otro texto no coinciden.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta una doctrina similar a la conocida como margen de apreciación en el seno del TEDH[29]. En ese sentido, existe la posibilidad de alegar una "identidad constitucional" (nos detendremos en el análisis de esta cuestión más adelante), de manera que una disposición de la UE no tiene que prevalecer siempre automáticamente. De esta forma, si se considera que existen derechos representativos de la identidad constitucional de un EM, podrían invocarse como escudo al principio de primacía de la UE en sentido expansivo, permitiendo al juez reivindicar su estándar nacional[30]. No se trata de una cuestión incompatible con el Derecho de la Unión, pues justamente éste debe fundamentarse en el respeto al nivel de protección de derechos que haya otorgado la constitución nacional, siguiendo sus estructuras políticas y constitucionales fundamentales y las existentes tradiciones constitucionales singulares que responden a las particularidades de cada Estado.

En definitiva, aunque la CDFUE tenga la pretensión de "superponerse" a los textos constitucionales nacionales, con vocación de desplazamiento, lo cierto es que no puede anularlos incluso en el ámbito aplicativo del Derecho de la Unión Europea, como el TJUE ha reconocido[31] (Cruz Villalón 2017, 94; 2021, 63).

[29] Sobre las similitudes y diferencias entre las nociones de margen de apreciación e identidad constitucional puede verse Roca (2022, 118 y 119).

Para ampliar sobre la relación entre el margen de apreciación y la interpretación evolutiva en el TEDH puede consultarse Sánchez Montell (2025, 562 y ss).

[30] Un excelente análisis de la cuestión de la identidad constitucional en el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán puede consultarse en Arzoz Santisteban (2016).

[31] "De este modo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107; apartado 60)" (punto 29 del Asunto *Åkerberg*).

La referencia a las identidades constitucionales nacionales no necesariamente debe enlazarse con la facultad de los tribunales constitucionales de interferir en una tarea (la interpretación de la CDFUE) que corresponde legítimamente al TJUE. Por el contrario, lo que más bien se quiere resaltar es que en esa tarea interpretativa no participe el máximo intérprete de la constitución nacional (Comazzetto 2018, 30). Así, lo que se propone es que en cuestiones referentes a derechos fundamentales y que no sean de temática relacionada con el mercado común, una intervención de los tribunales constitucionales, en el sentido de preservar la identidad constitucional de su país, puede ser positiva, pues podría ofrecer al TJUE un conocimiento experto de los elementos básicos del derecho nacional, y contribuir así a la resolución de casos controvertidos, así como a conformar el cuerpo de las denominadas tradiciones constitucionales comunes (Romboli 2020, 313).

2.3. Interpretación teleológica

El método teleológico, también denominado finalista, consiste en determinar el significado de un precepto a través de la búsqueda de los objetivos que se perseguían con la norma, de manera que en su interpretación y aplicación se tengan en cuenta y se favorezca su consecución[32]. En ese sentido, más que la búsqueda de un común denominador se habla de un sistema de elección que case mejor con los objetivos y fines del Derecho europeo, limitando o restringiendo la aplicación de las disposiciones que no persigan esos fines.

Este método, a mi parecer, tiene una relación intrínseca con la naturaleza de la UE, planteada como organización con objetivos comunes, principalmente la integración. En la práctica, se deben tener en cuenta los objetivos expresos previstos en la norma, los preámbulos de los tratados y las líneas políticas y los valores que configuran la Unión[33].

[32] Es común el uso de este método en la argumentación de los tribunales. Puede verse, como ejemplo paradigmático, el caso *Pringle* en relación con el art. 125 TFUE (Craig 2013).

Se plantea la cuestión del *telos* para completar el sentido de la norma y sumada a los cuatro métodos "clásicos" de interpretación enunciados por Savigny (Häberle 2010, 385).

Se ha señalado, además, que la interpretación teleológica en el Derecho de la UE no se limita a identificar la finalidad de una norma concreta, sino que se articula dentro de una comprensión sistémica del ordenamiento jurídico de la Unión, donde el *telos* del sistema en su conjunto orienta la interpretación de todas sus disposiciones (Poiares Maduro 2007, 140).

[33] Como jurisprudencia ejemplificativa de este método teleológico puede señalarse la STJUE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, en donde el Tribunal declara que el principio de no discriminación por edad debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión en relación con la Directiva 2000/78, y fun-

Puede ligarse estrechamente con el método sistemático, pues muchas veces para entender un objetivo debe recurrirse a la estructura de un tratado o acto en cuestión, o bien hacer referencia a su contexto y antecedentes (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 68). Enlaza, por consiguiente, con la idea de originalismo, pues en definitiva se caracteriza de manera común con acudir a los trabajos preparatorios.

Como ejemplo para entender este recurso interpretativo, operan como directrices los arts. 2[34] y 6[35] del TUE, así como las concreciones del art. 3[36]. Los principios más importantes al hilo de esta cuestión son el equilibrio institucional, el respeto a las identidades nacionales y la cooperación leal[37]. Ahora bien, se han de entender los mencionados principios como conceptos jurídicos indeterminados (amplios, vagos, ambiguos…), que a mi juicio han de sostenerse necesariamente con una buena argumentación.

Siguiendo aquí a Bengoetxea (1993), dentro de la interpretación teleológica, se han propuesto tres subcategorías: a) Interpretación funcional o ligada al efecto útil de las disposiciones, íntimamente ligada con la interpretación sistemática. Por ejemplo, "cuando en el plazo de adaptación del derecho interno a una directiva los Estados miembros deben abstenerse de adoptar disposiciones que pudiesen comprometer gravemente el resultado prescrito por esta". b) *Stricto sensu*: exigible frente a disposiciones ambiguas o incompletas, donde debe darse una interpretación que tenga en cuenta y sea coherente con los objetivos perseguidos. Así, por ejemplo, la sentencia *Lindqvist*

damenta este principio en los objetivos y valores de la Unión, no únicamente en la letra de la Directiva (ap. 74 y ss); en el mismo sentido, STJUE de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, asunto C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21; ap. 21; STJUE de 18 de julio de 2013, *Comisión y otros/Kadi*, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518, que subraya que el respeto de los derechos fundamentales constituye un objetivo esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (ap. 303: "Sin embargo, no cabe interpretar dichos artículos en el sentido de que permitan establecer excepciones a los *principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión* en el artículo 6 UE, apartado 1").

[34] "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

[35] "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (…), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados".

[36] "La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos".

[37] Sobre los principios y su contribución a la tarea interpretativa del TJUE de forma general, véase Lenaerts y Gutiérrez-Fons (2010).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 403-433
https://doi.org/10.18543/ed.3585 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

en relación con si un pie lesionado es un dato personal relativo a la salud, y la interpretación amplia de la expresión datos relativos a la salud de la directiva por su objeto. c) Consecuencialista o teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de la interpretación. Esto es, por ejemplo, para descartar una interpretación que privase de efecto útil.

Ahora bien, respecto de este método, las cuestiones relevantes que quiero destacar son dos: por un lado, el recurso a la interpretación teleológica puede resultar útil o adecuado para determinar el alcance amplio o restrictivo de una disposición atendiendo precisamente al objetivo que se persiga y, por otro lado, la posibilidad de que se prevean distintos objetivos incompatibles entre sí, que conducirían al TJUE a valerse de la ponderación para decidir cuál de los objetivos debería prevalecer.

La cuestión de la ponderación no es en absoluto simple, y considero que tiene asociados ciertos peligros. En primer lugar, porque desplaza el núcleo de la decisión hacia un terreno altamente discrecional, donde el juez goza de un margen de maniobra difícil de controlar por parámetros objetivos. La supuesta racionalidad del método de la ponderación puede, en realidad, encubrir una fuerte carga valorativa y subjetiva que queda en manos de quien decide, diluyendo la certeza del derecho. En segundo lugar, la reiteración de técnicas de ponderación puede derivar en una tendencia hacia el casuismo, debilitando la coherencia sistemática del ordenamiento y favoreciendo soluciones *ad hoc* que restan previsibilidad a la jurisprudencia. Finalmente, la utilización expansiva de la ponderación plantea un riesgo democrático añadido: al situar en manos del juez la definición de los equilibrios entre derechos y principios constitucionales, se produce un desplazamiento de competencias que en un sistema representativo corresponderían primariamente al legislador. La fijación de esos equilibrios no es solo una cuestión técnica, sino también política, en tanto refleja una elección de configuración[38].

3. *Activismo interpretativo en el TJUE*

El activismo judicial puede definirse como la tendencia de un juez o tribunal a crear o redefinir preceptos normativos más allá del tenor literal del texto y de aquello que dispone explícitamente una norma[39]. Respecto de la

[38] Sobre el recurso a la ponderación, junto con sus efectos y posibles peligros, véase García Amado (2016).

[39] Para un análisis de la noción de activismo judicial puede consultarse Grover (2020, 1).

En relación con la delimitación entre interpretación y creación judicial, y la dificultad de configurar un límite exacto entre estos conceptos, con las consecuencias que pueda tener para el planteamiento activista, puede verse Robles Morchón (2011, 401).

actividad del TJUE, considero que podría manifestarse a través de las siguientes situaciones: en primer lugar, de la aplicación de la denominada interpretación teleológica; en segundo lugar, de la creación de principios jurídicos no escritos; y, finalmente, en relación con la expansión del principio de primacía del Derecho de la UE.

Por lo que se refiere a la relación del activismo judicial con la interpretación teleológica, la pregunta que surge es la siguiente: ¿puede un tribunal bordear una interpretación literal con la finalidad de alcanzar un resultado de un objetivo de la norma (o más bien, de evitar un resultado incoherente, injusto, inadecuado a la finalidad de la norma)? La primera cuestión que veo problemática de este planteamiento es entrar en el campo de valoración sobre el resultado justo o injusto de una norma, que me parece que excede de su tarea de interpretación jurídica. Además, ¿es función del TJUE corregir determinadas situaciones aplicando objetivos si ello afecta al tenor literal? Entiendo que no se puede conseguir eso sin caer en la trampa del activismo judicial.

Con todo ello, se ha criticado muy fuertemente este método interpretativo, parecer que yo también sostengo. El fundamento de las críticas versa principalmente sobre la idea de que no puede permitirse a un tribunal apartarse del tenor literal de una disposición, realizando valoraciones de carácter más político que jurídico, que excederían sus propias funciones y contrariarían el principio democrático.

Así, el TJUE podría recurrir a este método para favorecer, por ejemplo, el aumento de competencias de la UE y, en consecuencia, sus competencias funcionales. Esta variación (aumento o reducción) de las competencias de los EE.MM a través de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo con aplicación teleológica, podría afectar incluso al núcleo duro y esencial de la soberanía estatal, con cuestiones relacionadas con el derecho de familia o en el ámbito penal, por citar algunos ámbitos (Lenaerts y Gutiérrez-Fons 2023, 76)[40]. Sumado a esto, se ha defendido la aplicación "meta-teleológica", que parte de la premisa *in dubio pro integratione*[41]. Frente al principio de

[40] Como ejemplos de esta afirmación se puede hacer mención de la STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman*, asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, en el área del derecho de familia, donde el TJUE interpretó el concepto de "cónyuge" en la Directiva 2004/38 sobre libre circulación incluyendo a los matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque algunos Estados miembros no reconocieran internamente ese tipo de uniones; la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, asunto C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559, donde el Tribunal declaró que los Estados deben reconocer apellidos legalmente adquiridos en otro Estado miembro, incluso si entrase en contradicción con sus normas de derecho civil.

[41] Esta "meta-regla" hace referencia a una norma de conflicto de tendencia comunitaria o también a una orientación pro-UE (Bobek 2014, 424).

conservación, con ello se pretendería dar apariencia de objetividad, cuando en el fondo el tribunal no está siendo objetivo.

Esta dimensión expansiva del método teleológico se aprecia con particular claridad en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, donde dicho criterio ha sido empleado para alcanzar resultados normativos que no se derivarían de forma concluyente de los métodos literal o sistemático. Así, en ámbitos especialmente sensibles desde el punto de vista competencial, el Tribunal ha recurrido a una lectura finalista del Derecho de la Unión para reforzar su eficacia y coherencia, incluso a costa de tensiones con las competencias estatales. Ejemplos paradigmáticos de esta práctica se encuentran, entre otros, en la jurisprudencia sobre ciudadanía y libre circulación tras *Coman*, en casos como *VMA*[42] o *Wojewoda Mazowiecki*[43], así como en las sentencias relativas al mecanismo de condicionalidad presupuestaria por el Estado de Derecho[44], o más recientemente en el asunto *Comisión/Malta*[45] sobre las denominadas *golden visas*. En estos casos, la interpretación teleológica ha permitido al Tribunal reconfigurar el alcance material del Derecho de la Unión[46], lo que ha suscitado críticas doctrinales relevantes en relación con la calidad argumentativa de las sentencias y con el riesgo de un fenómeno de *judicial competence creep*, entendido como la expansión progresiva de las competencias de la Unión a través de la interpretación judicial[47].

De este modo, con la expansión del principio de atribución de competencias, el TJUE dispone de la posibilidad de derivar un amplio abanico de consecuencias no previstas expresamente a partir de un texto normativo reducido. Además, resulta pertinente señalar la eventual influencia de la doctrina de los

[42] STJUE de 14 de diciembre de 2021, *VMA (Pancharevo)*, asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

[43] STJUE de 25 de noviembre de 2025, *Wojewoda Mazowiecki*, asunto C-713/23, ECLI:EU:C:2025:917.

[44] STJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, asunto C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 y STJUE de 16 de febrero de 2022, *Polonia/Parlamento y Consejo*, asunto C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98.

[45] STJUE de 29 de abril de 2025, *Comisión/Malta*, asunto C-181/23, ECLI:EU:C:2025:283.

[46] Sin perjuicio del análisis desarrollado en este trabajo, conviene señalar que la intensidad del activismo judicial del Tribunal de Justicia no se proyecta de manera homogénea en todos los ámbitos materiales. En sectores caracterizados por una elevada complejidad técnica, como la litigación climática o la regulación medioambiental, el Tribunal ha tendido a restringir el control judicial a aspectos predominantemente procedimentales. Esta línea puede apreciarse, entre otros, en la jurisprudencia relativa a la calificación de determinadas actividades como medioambientalmente sostenibles, como en la STGUE de 10 de septiembre de 2025, *Austria/Comisión*, asunto T-625/22, ECLI:EU:T:2025:869.

[47] Para una mayor profundización sobre la idea de *competence creep* pueden verse Weatherill (2004) y Garben (2019 y 2020).

"inherent powers", desarrollada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como mecanismo de ampliación de las competencias federales más allá de las expresamente enumeradas en la Constitución. Una vez que se ha producido la cesión de competencias mediante el artículo 93 CE, corresponde al TJUE determinar el verdadero alcance de dicha transferencia, cuestión que puede ser especialmente problemática (López Parada 2020, 105).

Cambiando de foco, desde la Carta, con el silencio de los Tratados, es cierto que el TJUE tuvo que ir descubriendo derechos entre conjuntos normativos y tradiciones que eran imprecisas, cuestión que conduciría a moverse entre la pasividad y el exceso de activismo (Carazo Liébana 2017, 64; Rubio Llorente 2002, 180-81). No obstante, el activismo interpretativo y, por consiguiente, el actuar judicial creativo no quedan justificados, a mi juicio, por la necesidad de colmar lagunas y silencios.

Sería pues conveniente adoptar un enfoque que tenga en cuenta la letra de las normas (literalismo) y la intención de sus autores (originalismo) como métodos prioritarios, por cuanto contribuiría al respeto de los principios de equilibrio institucional y reparto de competencias entre la UE y los EE.MM (Conway 2012). A mi entender, sería asimismo recomendable tener presente observancia de las constituciones de los EE.MM y al principio democrático, en tanto que un juez no debería poder alterar el sistema con sus pronunciamientos haciendo uso de activismo interpretativo, pues nos encontramos en un marco de la gobernanza (democrática) multinivel, sujeta necesariamente a límites[48].

En definitiva, considerar críticamente el concepto de activismo judicial en el contexto del TJUE obliga a replantear no solo el alcance de su función interpretativa, sino también los límites estructurales que deben acotarla. Resulta imprescindible reflexionar sobre cuál debe ser el papel institucional del Tribunal en el entramado constitucional europeo, especialmente cuando su jurisprudencia incide directamente sobre principios democráticos, competencias nacionales o equilibrios normativos sensibles. En este marco, se hace necesario establecer con mayor claridad cuáles son las fronteras interpretativas que el TJUE no debería rebasar sin riesgo de desbordar su función jurisdiccional y comprometer la legitimidad democrática del sistema jurídico europeo[49].

[48] Conviene señalar que la expansión del método teleológico y el correlativo activismo judicial del Tribunal de Justicia han sido también interpretados como factores que pueden activar dinámicas de acción-reacción con los tribunales constitucionales nacionales, afectando a la percepción de la primacía del Derecho de la Unión. Más allá de los precedentes tradicionalmente analizados en relación con Alemania, este fenómeno se ha manifestado asimismo en jurisdicciones constitucionales de Estados miembros como Polonia o la República Checa, sin que su examen detallado resulte compatible con los límites y objetivos del presente estudio.

[49] Algunas voces han rechazado la posibilidad de construir una teoría normativa de la interpretación del Derecho de la UE mientras no exista un consenso sobre el significado de

III. ALGUNAS OBSERVACIONES Y PROPUESTAS

1. *Se perfila como deseable una explicitación y un mayor desarrollo argumentativo del método interpretativo en las resoluciones del TJUE*

El TJUE debería incorporar de forma sistemática la explicación del método interpretativo empleado en cada caso, evitando decisiones de resultado sin justificación hermenéutica clara. Esto permitiría una mayor racionalidad jurídica, previsibilidad y control democrático de su jurisprudencia. Asimismo, al establecimiento claro de métodos y orden de prelación debe añadirse la necesidad de (una buena) argumentación. Así, se pretende que la jurisprudencia contribuya al establecimiento de estándares interpretativos, y para ello sería óptimo que las sentencias de los tribunales superiores fueran más argumentativas, sin limitarse a citar los preceptos de la Carta y del Convenio, y alguna jurisprudencia del TJUE y del TEDH (Roca 2023, 34).

2. *Podría resultar conveniente la implementación de los votos particulares dentro de la función interpretativa del TJUE*

Una vía relevante que convendría explorar y podría contribuir a atenuar el activismo judicial del TJUE y reforzar su legitimidad democrática reside en abrir su funcionamiento interno a una mayor diversidad argumentativa y deliberativa. En este sentido, resulta pertinente proponer tanto la posibilidad de incluir votos particulares (concurrentes o disidentes) como el fortalecimiento del carácter colegiado y deliberativo de sus resoluciones.

El actual modelo de decisión del TJUE se basa en la colegialidad estricta y en la emisión de sentencias sin opinión individualizada, lo cual, si bien garantiza la apariencia de unidad institucional, oculta eventuales desacuerdos internos y dificulta el escrutinio académico y político de las razones subyacentes a las decisiones adoptadas. Esta opacidad metodológica puede contribuir a la percepción de que el Tribunal actúa de manera monolítica, sin que exista un debate real entre distintas posiciones interpretativas, lo cual debilita tanto la transparencia como la legitimidad de su jurisprudencia.

La adopción de un modelo que permita la expresión de votos concurrentes y disidentes, como ocurre en otros tribunales internacionales y constitucionales comparables, contribuiría no solo a visibilizar el pluralismo jurídico inherente a los asuntos que resuelve el TJUE, sino también a enriquecer el

"unión", defendiendo que corresponde al proceso político –y no al TJUE– definir los valores de la integración. El papel del juez debería centrarse en garantizar derechos fundamentales y seguridad jurídica. Además, se propone evaluar la legitimidad judicial no caso por caso, sino observando tendencias persistentes de activismo (Rasmussen 1992, 161).

debate doctrinal y a favorecer el control crítico de sus decisiones. A su vez, fortalecer el razonamiento colegiado mediante una exposición más detallada de las posiciones debatidas en sala permitiría mostrar la complejidad del proceso deliberativo y reducir la sensación de unilateralidad interpretativa.

En conjunto, estas reformas no implicarían una pérdida de autoridad para el TJUE, sino una reconfiguración de su legitimidad sobre bases más transparentes y abiertas, acordes con las exigencias contemporáneas del constitucionalismo europeo.

3. *Sería pertinente la potenciación del diálogo judicial del TJUE con los tribunales (constitucionales) nacionales*

Refuerzo del papel de los tribunales constitucionales como los actores mejor posicionados y con mayor legitimidad para asumir la defensa de los principios fundamentales del ordenamiento nacional frente a la jurisdicción supranacional (Romboli 2020, 326). Fomentar canales institucionales estables de diálogo previo y posterior a las sentencias, en especial cuando las cuestiones afectan a competencias nacionales sensibles o al contenido esencial de las constituciones nacionales. Convendría examinar la idea de pluralismo constitucional y (re)abrir el diálogo judicial[50]. También se podrían plantear reformas institucionales en el sentido de establecer mecanismos de control cruzado entre tribunales. Estas ideas podrían contribuir a equilibrar la integración, la soberanía nacional y la legitimidad democrática.

4. *Como respuesta frente a las problemáticas detectadas, debe (re) considerarse el fortalecimiento del papel del legislador europeo frente a la actividad del TJUE*

Una de las principales preocupaciones que subyacen a la crítica del activismo judicial en el seno del TJUE es la tendencia del Tribunal a ocupar espacios de decisión que, en un modelo institucional respetuoso con el principio democrático, corresponderían prioritariamente al legislador. Esta deriva interpretativa puede generar una alteración del equilibrio entre los poderes de la Unión, al desplazar el centro de gravedad normativa desde el ámbito político-representativo hacia el judicial.

[50] Un diálogo que debe replantearse para que todos hablen "el mismo idioma". Con lo cual, no bastaría con el establecimiento de éste, sino también la consolidación de un derecho constitucional europeo, que aglutine las nociones de Derecho europeo y Derecho constitucional (Balaguer Callejón 2007).

Sobre pluralismo constitucional y globalización puede verse Lustig y Weiler (2018, 328).

En este sentido, se plantea la necesidad de reafirmar el papel del legislador europeo en la configuración del Derecho de la Unión, especialmente en aquellas materias que exigen un alto grado de deliberación política o que afectan a valores fundacionales como los derechos fundamentales, las libertades económicas o el funcionamiento institucional de los Estados miembros. La labor del TJUE, si bien esencial para garantizar la efectividad y la coherencia del ordenamiento europeo, debe articularse en torno a una interpretación que respete los márgenes de indeterminación deliberadamente dejados al legislador y evite sustituir la voluntad democrática por construcciones judiciales de alcance general.

Desde esta perspectiva, no se trata tanto de restringir el papel del TJUE, sino de reorientar su función interpretativa dentro de un marco de contención institucional que asegure que las innovaciones normativas sustantivas provengan de los órganos dotados de legitimación democrática directa. De este modo, se refuerza el carácter representativo del proceso normativo europeo, se preserva la separación de poderes en el ámbito supranacional y se evita una expansión ilimitada del poder judicial que pueda socavar la legitimidad del sistema en su conjunto.

En última instancia, recuperar el protagonismo del legislador europeo es una condición necesaria para garantizar la primacía del principio democrático en la evolución del Derecho de la Unión, y para impedir que las decisiones estructurales se adopten al margen de los cauces políticos que representan la voluntad ciudadana.

IV. CONCLUSIONES

Con este trabajo de investigación, y partiendo del análisis de la interpretación en el seno del TJUE, del estudio general de los métodos interpretativos empleados, y de las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, se ha pretendido realizar una modesta contribución a la reflexión doctrinal sobre todas estas cuestiones, con el objetivo de favorecer una comprensión más matizada de estos mecanismos y, en la medida de lo posible, aportar elementos que puedan enriquecer su desarrollo teórico y su aplicación práctica.

A grandes rasgos, puede afirmarse que el TJUE hace uso de los métodos interpretativos clásicos conocidos y aceptados generalmente por la doctrina. En la investigación se ha tratado de ejemplificar a través de pronunciamientos concretos del Tribunal.

La comprensión de los métodos interpretativos clásicos (literal, sistemático y teleológico) resulta esencial para el análisis del razonamiento jurídico en el ámbito europeo. Lejos de operar como técnicas aisladas, estos métodos configuran un entramado hermenéutico que permite al intérprete construir sentido normativo a partir de distintas coordenadas lingüísticas, estructurales y finalistas.

El método literal parte del significado semántico ordinario o habitual de los términos utilizados en las disposiciones jurídicas. Su valor radica en la garantía de objetividad y previsibilidad que proporciona, al limitar la discrecionalidad interpretativa. No obstante, su alcance resulta insuficiente en contextos como el del Derecho de la Unión Europea, donde muchas normas están formuladas en términos amplios, programáticos o indeterminados. Asimismo, como se ha expuesto, el Derecho de la UE reviste unas particularidades específicas que afectan a esta corriente interpretativa.

El método sistemático, en su vertiente interna, permite interpretar las normas atendiendo a su ubicación dentro del conjunto del ordenamiento, buscando coherencia con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo o con principios generales del derecho. Además, en el ámbito europeo este método adquiere también una dimensión externa, al incorporar elementos de derecho comparado y de diálogo judicial. Así, el TJUE recurre con frecuencia a una lectura sistemática que tiene en cuenta tanto la CDFUE como el CEDH, e incluso las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, lo que amplía el marco referencial de interpretación y potencia la legitimidad argumentativa de sus decisiones, así como la interacción e influencia de otros órganos jurisdiccionales.

El método teleológico, por su parte, dirige la interpretación hacia los fines y objetivos del ordenamiento, otorgando un peso central a los valores y finalidades del proceso de integración europea. Este método ha sido característico de la jurisprudencia del TJUE desde sus orígenes, al servicio de la efectividad del Derecho de la Unión y de la construcción de un orden jurídico autónomo. No obstante, su uso expansivo plantea tensiones con el principio democrático, especialmente cuando permite derivar consecuencias no previstas expresamente por el legislador.

En conjunto, estos tres métodos constituyen un *ars interpretandi* que debe aplicarse de manera razonada, proporcional y justificada. Solo así se logrará un equilibrio entre certeza jurídica, coherencia sistemática e integración teleológica, evitando que la supremacía de un enfoque sobre los demás derive en decisiones excesivamente abiertas o en mutaciones jurisprudenciales no sometidas al control democrático adecuado.

Finalmente, a partir del estudio de la metodología interpretativa utilizada por el TJUE, se ha creído conveniente incorporar un último apartado, más propositivo que descriptivo, orientado a una consideración crítica de la problemática abordada y de los aspectos más discutibles vinculados a la noción de activismo judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

Almendras Carrasco, Hernán (2004). «Interpretación constitucional». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte–Sede Coquimbo* 11 (1): 5–29.

Arévalo Ramírez, Walter, y García López, Luisa Fernanda. (2018). «La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano: una interacción entre lo político y lo jurídico». *Ius et Praxis* 24 (2): 393–430.

Arzoz Santisteban, Xabier (2016). «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional». *Revista Española de Derecho Europeo* 58: 109–141.

Balaguer Callejón, Francisco (2007). «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 7: 327–375.

Bengoetxea, Joxerramon (1993). *The legal reasoning of the European Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Bobek, Michael (2014). «Legal reasoning of the Court of Justice of the EU». *European Law Review* 39: 418–429.

Bogdandy, Armin von, y Venzke, Ingo (2016). *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Canosa Usera, Raúl (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Canosa Usera, Raúl (2012). «Supremo intérprete de la Constitución y dinámica democrática». En *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Madrid: UNED.

Carazo Liébana, María José (2017). «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como actor de constitucionalidad». *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* 65 (1): 45–71.

Carmona Contreras, Ana (2016). «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 107: 13–40.

Celis Vela, Dúber Armando (2021). «La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional». *International Journal of Constitutional Law* 19 (4): 1261–1290.

Comazzetto, Giovanni (2018). «Cronaca di una svolta annunciata». *Federalismi.it* 20: 1–40.

Conway, Gerard (2012). *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Craig, Paul (2013). «Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology». *Maurer Faculty Working Papers* 2123: 3–11.

Cruz Villalón, Pedro (2017). «El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional* 39: 85–101.

Cruz Villalón, Pedro (2021). «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada?». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 25: 57–85.

Donaire Villa, Francisco Javier (2017). «Supremacía de la Constitución versus primacía del Derecho de la UE». *Teoría y Realidad Constitucional* 39: 637–654.

Fennelly, Nial (1996). «Legal interpretation at the European Court of Justice». *Common Market Law Review* 20 (3): 656–679.

Freixes Sanjuan, Teresa (2005). «Los derechos fundamentales en la Unión Europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 4: 43–86.

Garben, Sacha (2019). «Competence creep revisited». *Journal of Common Market Studies* 57 (2): 205–222.
Garben, Sacha (2020). «From sneaking to striding». *European Law Journal* 26: 429–447.
García Amado, Juan Antonio (2016). «¿Qué es ponderar?». *Revista Iberoamericana de Argumentación* 13: 1–22.
González Herrera, Daniel (2020). *El diálogo judicial en el espacio europeo multinivel*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
Grover, Sonja C. (2020). *Judicial activism and the democratic rule of law*. Cham: Springer.
Guastini, Riccardo (2015). «Interpretación y construcción jurídica». *Isonomía* 43: 11–48.
Häberle, Peter (2010). «Métodos y principios de interpretación constitucional». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 7 (13): 379–411.
Itzcovich, Giulio (2009). «The interpretation of Community law by the European Court of Justice». *German Law Journal* 10 (5): 537–560.
Lenaerts, Koen, y Gutiérrez-Fons, José A. (2010). «The constitutional allocation of powers». *Common Market Law Review* 47: 1629–1669.
Lenaerts, Koen, y Gutiérrez-Fons, José A. (2023). *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
López Guerra, Luis (2017). «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE». *Teoría y Realidad Constitucional* 39: 163–188.
López Medina, Diego Eduardo (2005). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
López Parada, Rafael Antonio (2020). «Conflictos recientes entre el TJUE y los tribunales nacionales». *Revista Española de Derecho Europeo* 73–74: 91–134.
Lustig, Doreen, y Weiler, Joseph H. H. (2018). «Judicial review in the contemporary world». *International Journal of Constitutional Law* 16 (2): 315–372.
Montalvo Jääskeläinen, Federico de (2011). «La interpretación constitucional». *Icade: Revista de la Facultad de Derecho,* 82: 45–99.
Poiares Maduro, Miguel (2007). «Interpreting European law». *European Journal of Legal Studies* 1 (2): 137–152.
Quiroga León, Aníbal (1985). «La interpretación constitucional». *Derecho PUCP* 39: 323–343.
Rasmussen, Jur Hjalte (1992). «Towards a normative theory of interpretation». *University of Chicago Legal Forum* 1: 135–178.
Robles Morchón, Gregorio (2011). «La influencia de los principios generales del derecho». En *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 4. Cizur Menor: Aranzadi.
Roca, María José (2022). «Tomando en serio la identidad constitucional». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 19 (38): 101–120.
Roca, María José (2023). «El juez nacional y los derechos fundamentales europeos». *Revista Española de Derecho Europeo* 86: 9–40.
Romboli, Silvia (2020). «Un nuevo orden de prioridad». *Revista Española de Derecho Constitucional* 119: 299–332.
Rubio Llorente, Francisco (2002). «Una carta de dudosa utilidad». En *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Civitas.

Sánchez Montell, Mar (2025). «La interpretación evolutiva en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En García Añón, José (ed.), *Derechos humanos: una declaración*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Schønberg, Søren, y Frick, Karin (2003). «Finishing, refining, polishing». *European Law Review* 28 (2): 149–171.

Weatherill, Stephen (2004). «Competence creep and competence control». *Yearbook of European Law* 23 (1): 1–55.

USO DE DATOS BIOMÉTRICOS EN LA DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON FINES DE PREVENCIÓN DELICTIVA

Use of Biometric data in the discrimination of individuals for crime prevention purposes

Silvia I. Verdugo Guzmán[1]
Profesora Titular (acreditada ANECA) de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Logroño. España
https://orcid.org/0000-0001-9851-4795

https://doi.org/10.18543/ed.3586

Fecha de recepción: 21.11.2025
Fecha de aceptación: 02.02.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El derecho a la intimidad se encuentra inmerso en una sociedad digital que reconoce derechos humanos de cuarta generación. Diariamente se recopilan infinitos datos personales altamente sensibles mediante sistemas informatizados de biometría, por su exactitud y precisión. Sin embargo, puede suceder que los algoritmos de estas tecnologías presenten sesgos o tendencias respecto a personas de ciertas características, lo cual puede dar lugar a discriminación por motivos de género, origen étnico u otros patrones. Existen casos de sistemas biométricos que han llevado erróneamente a acusar a personas de ser autoras de un delito o les han causado perjuicios en el ámbito laboral o sanitario. En este trabajo se analizan estas cuestiones, y se centra la exégesis en la exposición de la normativa vigente, propuestas de mejora y también sobre implementación de medidas para un correcto uso de datos biométricos que sea respetuoso con los derechos humanos y la protección de la intimidad.

[1] Correo electrónico: silvia.verdugo@unir.net

Palabras clave

Derechos humanos; datos biométricos; algoritmos y sesgos; discriminación algorítmica; prevención de delitos.

Abstract

The right to privacy is embedded in a digital society that recognises fourth-generation human rights. Every day, vast amounts of highly sensitive personal data are collected using biometric computer systems due to their accuracy and precision. However, the algorithms underlying these technologies may exhibit biases or tendencies towards people with certain characteristics, which can lead to discrimination on the grounds of gender, ethnic origin or other factors. There are cases where biometric systems have wrongly led to people being accused of committing a crime or have caused them harm in the workplace or in healthcare settings. This paper analyses these issues by examining current legislation, proposals for improvement, and the implementation of measures to ensure the correct use of biometric data in a manner that respects human rights and the protection of privacy.

Keywords

Human rights; biometric data; algorithms and biases; algorithmic discrimination; crime prevention.

Sumario: I. Introducción. II. Datos biométricos como categoría especial de protección en la normativa europea. III. Derecho a la intimidad de las personas en la Constitución española de 1978. IV. Datos biométricos, reconocimiento facial y sesgos algorítmicos. V. Biometría y prevención delictiva. VI. Privacidad de las personas en el marco de seguridad "CIDAR". VII. Evaluación de impacto en la privacidad o *Privacy Impact Assessment*. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La necesaria protección del derecho a la intimidad de las personas estaba perfectamente identificada desde el año 1948, con el origen de los transistores, que se utilizaron de forma cada vez más masiva a nivel mundial especialmente para obtener información personal y con la posibilidad de ser transmitida a cualquier lugar del planeta. En este sentido, la Sociedad del riesgo de la última década del siglo XX se dirige hacia una nueva modernidad tecnológica (Beck, 1992), y que actualmente permite confirmar que es cada vez más común y constante el manejo de todo tipo de datos en el ciberespacio, pues la información de millones de sujetos se mueve libremente por el mundo digital con diversos fines de manera instantánea. En efecto, ya en los años '80 se vislumbraba que la intimidad personal acabaría perdiéndose en un océano estadístico de computadoras donde la informática convertiría a los individuos en números localizables y casi controlados por terceros (Fariñas Matoni, 1983: 69).

En la década de los 90 se manifestaba que los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humana serían difusos e implacables, e incidirían también en el disfrute de los valores de la libertad e igualdad. Según expone Pérez Luño (1991: 209), "la *primera*, porque en las sociedades más avanzadas se hallaba acechada por el empleo de técnicas informáticas de control individual y colectivo que comprometen o erosionan gravemente su práctica. Contemporáneamente, se produce una agresión a la *segunda*, la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen o tienen acceso al poder informático y los que se hallan marginados de su disfrute". Efectiva y acertadamente, la dignidad de las personas como derecho humano aparece recogida a partir de 1948 cuando se reconoce en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Miranda Gonçalves, 2020: 151). Y es ese el derecho que se debe proteger en estos tiempos de nuestra sociedad digital.

En el siglo XXI encontramos plenamente vigentes los derechos de cuarta generación en una sociedad que debe proteger datos personales, privacidad

digital, acceso a internet, entre otros. Continuamente se están implementando distintas tecnologías en nuestros hábitos y rutina, que incluyen sistemas sofisticados tales como geolocalización (GPS), inteligencia artificial (IA[2]), el uso de dispositivos electrónicos inteligentes, y otros que, inevitablemente se alimentan de datos de diversa índole para su puesta en funcionamiento y que son almacenados con ese fin. Por ejemplo, el *Big Data* permite intercambiar en forma simultánea datos e información de distintas características, pues crea su espacio en diferentes materias que se pueden gestionar y almacenar indefinidamente. De los 90 minutos que dura un partido de fútbol, es posible medir el rendimiento de cada jugador, los kilómetros que recorre, el porcentaje de pases acertados, cantidad de tiros libres que ejecuta, entre otros datos. Todo esto le sirve al entrenador para realizar los cambios que estime necesarios de cara a obtener el triunfo del equipo.

Con los sistemas tecnológicos disponibles, es relativamente sencillo compartir diversos datos de una persona, pues a través de internet es posible obtener todo tipo de información: etnia, parentesco, posibles enfermedades, etc. lo cual puede influir a nivel laboral e incluso a la hora de contratar un seguro de salud o un crédito bancario. Así también, tradicionalmente se utilizan contraseñas, documentos de identidad y códigos o números PIN con una cantidad de dígitos que pueden ser fácilmente conocidos por terceros, e incluso a nivel delictivo, ciberdelincuentes pueden acceder a sistemas que los contienen, adivinándolos o inutilizando información incorrecta varias veces (Natgunanathan, Mehmood, Xiang, Beliakov y Yearwood, 2016: 880 y ss.).

Por lo que respecta al derecho a la intimidad de las personas, se relaciona directamente con el uso cada vez más masivo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) que, en materias tan importantes como son los datos e información personal han pasado a ser un bien inmaterial muy preciado para los Estados, empresas, y en definitiva, terceras personas de distintas clases, porque son un conjunto importante de información que, con el transcurso del tiempo se han convertido en una herramienta poderosa que puede ser utilizada con diversos fines. Por ejemplo, hoy en día la discusión se

[2] Artículo 3.1. «sistema de IA»: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales; Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), DOUE núm. 1689, 12 de julio de 2024.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 435-457
https://doi.org/10.18543/ed.3586 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

encuentra en torno a la red social *TikTok* y el dominio de los algoritmos que contienen poderosa información de millones de usuarios conectados, cuyo dueño es China y que Estados Unidos quiere poseer.

En línea con lo anterior, cabe precisar que un dato personal es el nombre de una persona, su dirección, teléfono, el Documento Nacional de Identidad, su imagen, la clave asociada a un usuario, el nombre de usuario *–nickname–*, la dirección de correo electrónico, etc. (Andreu Martínez, 2022: 201). De estos, se pueden obtener datos sensibles tales como los de salud, genéticos, biométricos, etc. Por este motivo, son custodiados por aseguradoras, líneas aéreas, tiendas de ropa, de comida, etc. Generalmente, tomados sin consentimiento del titular de esos datos, por ejemplo, cuando se acepta el uso de las *cookies* por parte de quien navega en internet con su autorización (viciada en muchos casos, cuando se deben aceptar o de lo contrario no se puede acceder a la *web* que se quiere consultar). Esto otorga total libertad a terceros para obtener información privilegiada sobre gustos y preferencias, para así ofrecer productos incluso a costos más altos que lo normal. LESSIG señalaba que es como el caso de un viajero frecuente, pues su perfil puede abarcar información acerca del asiento que prefiere o si le gusta la comida vegetariana, e indicar la frecuencia con que viaja esa persona, y compañías aéreas pueden efectuar discriminaciones basadas en esta información (Lessig, 2009: 356).

Cobra importancia analizar en este trabajo los problemas que existen en torno a los datos biométricos, que, dentro de las clasificaciones de datos personales se consideran una categoría especial en la normativa europea. Si bien serán analizados, cabe definirlos sencillamente como, aquellos que consisten en la elaboración de perfiles, peligrosos por su cuestionable funcionamiento y probablemente discriminatorio de las personas, incluso cuando se usa IA, porque los sistemas que la incorporan son capaces de analizar, interpretar, segregar y utilizar la distinta información que captan, esto mediante la discriminación algorítmica o recogida masiva de datos.

También, se plantearía un problema no menor cuando se producen fallos o errores en el sistema de la misma IA que analiza la información que capta. Con razón, "como los resultados de estos sistemas tienen un carácter probabilístico no están exentos de errores y, esa tasa de error, aún respecto de aquellas herramientas más afinadas y con tasas bajas, puede suponer un enorme impacto en la vida y en los derechos de las personas afectadas" (Garriga Domínguez, 2024: 120). Y, en innumerables ocasiones esto ha quedado como una simple disculpa de la entidad en que se ha producido el fallo informático, sin mayor preocupación respecto de la persona que ha sido discriminada, por ejemplo, cuando el escáner facial no reconoce el color de piel de una persona.

Además, se plantean problemas respecto a la vulneración de la intimidad con el uso de sistemas tecnológicos que probablemente custodian

información con absoluta impunidad por bases deficientes de regulación normativa, por ejemplo, mediante el uso de la IA en el ámbito policial, ya que se deberían establecer límites claros en el desarrollo y aplicación de tecnologías que podrían justificarse en casos como es la persecución del terrorismo, pero que pueden causar discriminaciones de personas. Si bien cabe reconocer que también la integración generalizada de los datos biométricos es bastante útil para el reconocimiento de personas que están siendo buscadas por algún motivo (desaparición, autor de un delito, etc.), esto también plantearía nuevos retos en materia de seguridad y privacidad.

En definitiva, mediante una profunda revisión bibliográfica y legislativa, nuestra exposición va encaminada a describir algunos de los problemas planteados y advertir que no se puede dar vía libre a quienes conocen datos e información de terceros, ni siquiera con fines de prevención delictiva, por muy insegura que sea una calle o para evitar desórdenes en la vía pública si la excusa es una detención policial de "posibles" sujetos violentos detectados con un sistema de reconocimiento facial. Por estos motivos, finalmente, la propuesta se dirige a un llamado a implementar las medidas oportunas por quienes custodian datos biométricos de cara a la efectiva protección de un derecho humano tan importante como es el de la dignidad de las personas.

II. DATOS BIOMÉTRICOS COMO CATEGORÍA ESPECIAL DE PROTECCIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA

Cabe comenzar recordando que el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[3] es clave al referirse expresamente al derecho a la intimidad de las personas, y que se encontraría, en efecto, adaptado hace décadas al uso de las TIC, que además nos acerca a su aplicación respecto al uso de los datos biométricos, que se tratarán más adelante.

En el ámbito europeo, la tutela de los datos personales está regulada desde hace décadas, y contiene en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[4] el eje central de su protección actualmente, e incluye como datos de especial protección aquellos que revelen el origen racial o étnico, en su

[3] "Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

[4] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119/1, 4 de mayo de 2016.

Considerando 51[5]. Aquí entonces localizamos los primeros asomos de protección de los datos biométricos personales.

En efecto, se advierte que procesar datos personales que revelen el origen racial o étnico a gran escala –sea con fines científicos o policiales[6]– puede representar una importante colisión con varios derechos y principios que se contemplan en torno a la protección de la privacidad de las personas. Más aún, se debe apuntar que en el caso del almacenamiento de datos genéticos derivados de un proceso penal es una actividad que se expande cada día más entre los Estados que ya cuentan con esta tecnología (Verdugo Guzmán, 2021: 96 y ss.). Si bien es cierto que pueden ser útiles para controlar la reincidencia de los individuos sospechosos o ya condenados por la comisión de un delito (Valerio Jiminián, 2019), en la identificación de personas desaparecidas, quienes han fallecido en un incendio, etc., en otros casos probablemente causarían problemas incluso a la hora de buscar trabajo o de tomar una póliza de seguro. Cuestión similar sucede con los datos biométricos, con énfasis en su utilización en distintos campos en que existen bases de regulación normativa difusas, y que no cuentan con un cumplimiento efectivo riguroso.

A continuación, cabe preguntarse, ¿qué son los datos biométricos?

Si bien ya se ha dado un avance de definición anteriormente, cabe precisar ahora que son aquellos datos que se obtienen a partir de un tratamiento que incluye dispositivos informáticos o tecnologías capaces de procesar información sobre los rasgos físicos o conductuales de una persona, y específicamente, según el art. 3. 34. RIA son, "datos biométricos: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos"[7].

---

[5] *"*Especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. (…). Debe incluirse entre tales datos personales los datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, entendiéndose que el uso del término «origen racial» en el presente Reglamento no implica la aceptación por parte de la Unión de teorías que traten de determinar la existencia de razas humanas separadas*"*.

[6] En este sentido, *vid.* la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

[7] RIA. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia

Los datos biométricos efectivamente son de gran ayuda en la vida de las personas, y cabe reconocer, como destaca Casado (2014: 13), "las tecnologías de identificación que actualmente se manejan son poderosas y tienen una creciente potencialidad. La huella genética y la biometría en general –de la mano, del iris, el reconocimiento de voz, la huella digital…– constituyen herramientas cada vez más fiables que proporcionan datos de fácil almacenamiento y acceso, lo que conlleva que sean técnicas altamente intrusivas para la intimidad personal, ya que permiten fácilmente la disposición para usos indebidos y especialmente discriminadores".

Respecto al art. 4 RGPD el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la definición de datos personales en reiteradas oportunidades y ha señalado que la utilización del término «toda información», debe entenderse en un sentido amplio de forma que, "(...) puede abarcar todo género de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean "sobre" la persona en cuestión"[8]. Esto significa que, independientemente de que se trate de datos personales, genéticos, de salud o biométricos, igualmente deben ser protegidos a cabalidad, sin posibilidad de ser tratada información obtenida en forma voluntaria o involuntaria por parte del titular: de ahí la importancia de los distintos principios reguladores del tratamiento de datos personales que se establecen especialmente a partir del art. 5 del RGPD[9].

III. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Conectada a la protección de los derechos fundamentales se encuentra el art. 18 CE que, en sus apartados 1 y 4[10], se refiere al derecho a la intimidad,

---

artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial-RIA), DOUE núm. 1689, 12 de julio de 2024.

[8] Apdo. 34 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, y apdo. 23 de la STJUE de 4 de mayo de 2023.

[9] Se encuentra el principio de licitud, lealtad y transparencia en la letra a); limitación de la finalidad de la letra b); minimización de datos en la letra c); exactitud de los datos de la letra d); limitación del plazo de conservación de la letra e); integridad y confidencialidad de los datos de la letra f); y de responsabilidad proactiva o *accountability* –art. 5.2–, del RGPD.

[10] "Art. 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (…).

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

el cual está estrechamente vinculado al derecho a la protección de datos, también, biométricos. En cualquier caso, la regulación y protección de derechos fundamentales como el que se encuentra en el art. 18.4 CE, requieren de una adaptación y custodia de la libertad, intimidad personal y familiar, además de la propia imagen, incluida la protección de los datos personales, y en general, de todos los derechos humanos que deben armonizarse a la sociedad digital en que nos encontramos (Verdugo Guzmán, 2023: 35 y ss.). Lo mismo cabe plantear respecto a los datos biométricos y los distintos sistemas de reconocimiento facial que se utilizan por distintas entidades hasta que son intervenidos por las autoridades competentes.

En relación al art. 18 CE, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 292/2000, de 30 de noviembre, pues estableció que, "este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, (…) atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran"[11].

De lo expuesto se colige que el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del titular para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención, y decidir cuáles de esos datos se pueden proporcionar a un tercero, sea el Estado, una empresa o un particular, o cuáles datos puede recabar un tercero, el tiempo de conservación, efectiva eliminación, y que también se permita fácilmente al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso por parte de terceros, sin necesidad de formularios o gestiones burocráticas que en general llevan a que las personas no tomen medidas efectivas. Así, las denominadas llamadas *spam*, se realizan diariamente a infinitos ciudadanos, si bien existe la "Lista Robinson", pero que, después de rellenar un formulario en que se solicita no sean realizados llamados telefónicos por parte de compañías, poca o nula utilidad parece ser 100% cierta.

El enlace constitucional a las normas del ordenamiento jurídico se encuentran hace ya décadas, con la regulación de la protección de datos personales principalmente en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 292/2000, 30 de noviembre. Ponente: J. D. González Campos.

Protección de Datos de Carácter Personal[12], que fue derogada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)[13], cuyo objeto fue adaptar el ordenamiento español al propio RGPD y así también para completar sus disposiciones jurídicas al efecto. Ha sido una difícil tarea, que se encuentra con ese océano de datos e información personal que circulan por las redes del ciberespacio sin rumbo conocido en muchas ocasiones, o que son captados en terceros países (que están fuera de la Unión Europea, y, por tanto, que no se ven obligados por el RGPD). Un ejemplo está porque muchos hoteles exigen el documento de identidad a los huéspedes para sacarle copia con distintos fines.

Así entonces, si bien la situación de los datos personales en poder de terceros se encuentra medianamente protegida en España, los riesgos para los derechos de las personas siguen estando latentes, y más aún, la cuestión regulatoria sobre los datos biométricos está en un limbo jurídico difícil de delimitar aún. Incluso empresas como Mercadona o La Liga (de fútbol) han sido multadas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) debido al uso de estos sistemas en espacios públicos. En el mes de noviembre de 2025 la propia AEPD multó con 10 millones de euros al gestor aeroportuario AENA, por usar sistemas de reconocimiento facial en varios aeropuertos del país, que captaban datos de los pasajeros en contra del principio de proporcionalidad del RGPD y la normativa española. Se impuso una sanción de 10.043.002 euros vinculada al art. 35 RGPD, por no disponer de una evaluación de impacto en la protección de datos válida (EIPD) en relación con el sistema de reconocimiento facial. Además, se ordenó la suspensión temporal del tratamiento biométrico hasta que se subsanaran los errores mediante una EIPD.

IV. DATOS BIOMÉTRICOS, RECONOCIMIENTO FACIAL Y SESGOS ALGORÍTMICOS

Existen varios casos documentados que se refieren al uso de tecnologías que ha llevado a un sinnúmero de posibles vulneraciones a un derecho tan importante como es el de la intimidad personal que se desprotege cuando se capta conscientemente (o de forma involuntaria) un dato personal. Al comienzo fue mediante algoritmos[14] básicos, pero con el transcurso del

[12] Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

[13] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

[14] Algoritmo: conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema. Diccionario de la Real Academia Española (DRAE, 2025).

tiempo están siendo cada vez más complejos y sofisticados, permitiendo una adaptación dinámica mucho más precisa en el caso de los algoritmos de reconocimiento facial que se impulsan mediante IA (Cuadrado Gamarra, 2024: 347).

Distintos sistemas de IA permiten captar datos biométricos de forma muy precisa. Mediante el uso de técnicas de escaneo del iris ocular, la huella digital, el reconocimiento de voz y otros, se captan, a través de equipos tecnológicos cada vez más cantidad de datos biométricos cuyo destino final y almacenamiento suelen ser inciertos. Según la AEPD (2022) la aplicación conjunta de todas las tecnologías –redes sociales, IA, interfaces neuronales, etc.– puede provocar efectos individuales y sociales que generen riesgos para los derechos y libertades a una escala difícil de imaginar *a priori;* así, por ejemplo, la vigilancia masiva, la discriminación, la pérdida de autonomía, el fraude o la suplantación de identidad.

Las alarmas en las personas 'físicas' se encienden porque, según Cuadrado Gamarra (2024: 346), "los sistemas de identificación biométrica automatizados, especialmente aquellos basados en IA o reconocimiento facial, tienden a facilitar la vigilancia masiva o exhaustiva". Así pues, un mal uso de los datos biométricos puede causar suplantaciones de identidad, acceso a información confidencial, daños físicos o psicológicos, especialmente con la discriminación algorítmica por razón de sexo o raza; pero no todo es negativo, pues también sirven para identificar enfermedades, gustos o hábitos de las personas.

En términos sencillos, básicamente, los datos biométricos se crean, forman y "entrenan" con algoritmos para descubrir patrones y conocimientos de la máquina (aprendizaje automático o *machine learning*). El problema está cuando existen sesgos[15] de un algoritmo, que se produce por diversas causas, por ejemplo, debido a sesgos en los datos de un entrenamiento defectuoso que cause repetidamente errores, en el diseño de los algoritmos específicos, en los datos *proxy* o incluso en la evaluación final, cuya consecuencia es que, "los errores sistemáticos en los algoritmos de *machine learning* producen resultados injustos o discriminatorios. A menudo refleja o refuerza los sesgos socioeconómicos, raciales o de género existentes" (IBM, 2025). En definitiva, cuando los datos están mal registrados e inducen a errores.

Ya ha quedado claro que, según el RGPD los datos biométricos son considerados como una categoría especial de datos. Esto significa que en principio está prohibido el uso de datos biométricos si su tratamiento no se produce dentro del marco legal (siendo fundamental el consentimiento del titular o dueño de aquellos) porque el objetivo final de estos sistemas que los captan

[15] Sesgo: Torcido, cortado o situado oblicuamente (DRAE, 2025).

utiliza tratamientos técnicos para identificar y revelar de forma inequívoca a una persona física determinada.

En línea con lo anterior, el RIA señala en el art. 3. 35 que identificación biométrica es, "*El reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos*".

Mediante las técnicas de identificación biométrica se permite identificar a una persona sin necesidad de contacto físico: es posible a distancia ya que la información captada es transmitida a una base de datos con la cual está conectada. Así entonces, según Pizzolo (2024: 7), "las mediciones realizadas con una videocámara o un micrófono son adquiridas por IA y procesadas comparando las características biométricas con los datos previamente adquiridos y almacenados en una base de datos y/o diferentes bases de datos".

Y cabe preguntarse, en la práctica, ¿quién controla tales sistemas?

Si bien probablemente hay un sistema operativo o programa informático, cabe suponer que detrás de ello hay una persona física, que es quien toma las decisiones finales. Sin embargo, en no pocos casos se ha excusado la responsabilidad de la persona que confía ciegamente en la decisión de una máquina. Por ejemplo, hace un tiempo Amazon utilizó una herramienta de IA que discriminaba y descartaba currículos que incluían palabras como "mujeres", dando preferencia a perfiles de hombres.

La utilidad de los datos biométricos se relaciona al rastreo digital del movimiento corporal, de ondas cerebrales e incluso de respuestas fisiológicas de una persona. En general, estos se captan mediante la huella dactilar, el reconocimiento facial, del iris ocular, la retina, de la geometría de la mano, la forma de las orejas, vascular o geometría del árbol de las venas en dedos o de la mano, de firma, de escritura, de voz, de escritura de teclado, la forma de andar, y probablemente habrá otras más. Por ejemplo, mediante la Autentificación Biométrica (AB), es posible verificar la identidad de una persona, "(…) considerando detalles morfológicos que sólo existen en ese sujeto. A través de la AB se recoge información referente a un rasgo distintivo de una persona (su voz, su huella dactilar), para cotejar esa muestra con otra, recogida normalmente en el mismo momento, y poder comprobar si son iguales o no" (https://ayudaleyprotecciondatos.es, 2019).

En este orden de ideas, el reconocimiento facial mediante el uso de *software* con IA que permite captar patrones del rostro humano es el que presenta una especial preocupación en este instante. Ello porque implica el tratamiento de datos personales especialmente protegidos (según el RGPD), y pueden verse afectados cuando un algoritmo presenta sesgos cognitivos y

provocan discriminación[16], hacen recomendaciones a personas de cierto perfil[17] o descartan a otras[18], especialmente si la IA no es capaz de identificar a una persona como tal. Más aún, recuerda la AEPD (2020: 37), "en el estudio *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making* publicado por el Consejo de Europa, se enumeran los siguientes ejemplos: el *software* de seguimiento facial de *Hewlett Packard* no reconoció los rostros oscuros como caras, la aplicación *Google Photos* etiquetó una foto de una pareja afroamericana como "gorilas", una cámara Nikon seguía preguntando a personas de origen asiático: ¿alguien parpadea?, un hombre asiático tuvo su foto de pasaporte rechazada, automáticamente porque "los ojos del sujeto están cerrados", Buolamwini y Gebru descubrió que "las mujeres de piel más oscura son el grupo más mal clasificado (con error tasas de hasta el 34,7%). La tasa de error máxima para los hombres de piel más clara es del 0,8%".

Para utilizar los sistemas de biometría es necesario contar con unas plantillas biométricas. En este sentido, "se configuran como presupuesto esencial del funcionamiento de los sistemas de identificación y autenticación basados en biometría, en un primer momento se captan y almacenan los datos biométricos, los cuales de manera posterior se comparan con una o más plantillas según sea el caso. El uso de sistemas de reconocimiento facial supone la previa realización de una evaluación de impacto a través de la cual se pueda examinar la necesidad y proporcionalidad en relación con el fin del tratamiento" (González Mendoza, 2025: 460).

El impacto del uso de sistemas de identificación biométrica ha sido ampliamente abordado por la AEPD (2020: 37), y señaló que la exactitud de la información biométrica es primordial en relación a la protección de los datos personales y se deben tener en cuenta factores de rendimiento en los sistemas biométricos, es decir, falsos positivos, negativos y otros, pero además el impacto sobre la recogida de datos de personas con alguna discapacidad o particularidad física que impidan una identificación adecuada o producen un perfilado erróneo incluso antes del tratamiento personal de los datos.

[16] En Buenos Aires el año 2019 fueron usadas más de 300 cámaras con *software* de reconocimiento facial bajo el argumento de utilizarlos con fines de seguridad pública. Sin embargo, el sistema tuvo acceso a millones de personas y en varios casos falsamente se les identificó como prófugas, por lo que sin respaldo legal se estaba utilizando un sistema que vulneraba evidentes derechos constitucionales.

[17] En China es común que las policías utilicen gafas de reconocimiento facial conectadas con la sede central, y que permiten identificar a personas perseguidas por un delito o una situación particular.

[18] Hace unos años *Facebook*, utilizó un algoritmo en *Meta*, su filial de Metaverso que despidió a 60 empleados al azar en la sucursal Accenture en Texas a través de una videollamada, sin indicarles alguna justificación ni motivo del cese laboral.

V. BIOMETRÍA Y PREVENCIÓN DELICTIVA

Corresponde analizar dónde y hasta qué punto se justifica el uso de los sistemas tecnológicos de biometría en espacios abiertos, como puede ser en estadios de fútbol, salas de conciertos o aeropuertos, por ejemplo. Quizás, en el último caso (igual que en estaciones de trenes, autobuses y lugares fronterizos) se justifica por razones de orden y seguridad pública (evitar atentados terroristas o perseguir sujetos que han cometido un delito), pero en los otros casos parece ser que no. En este sentido, explica Garriga Domínguez (2024: 148), "las posibilidades del seguimiento omnipresente de las personas en espacios públicos a través de la videovigilancia de reconocimiento facial, además de una grave injerencia en sus derechos a la vida privada y a la protección de datos personales, impactará negativamente en la libertad de expresión y a la libertad de reunión y asociación".

En el caso de España, la propia AEPD (2022) señaló que no toda instalación pública justifica el uso de tales sistemas, pues según el principio de proporcionalidad (en materia de protección de datos), se deben valorar alternativas que sean menos intrusivas (que puedan vulnerar derechos fundamentales) y justificar la necesidad del uso de un sistema biométrico en un sitio concreto. En este sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2021, señala que, "los datos biométricos (como las huellas dactilares o la imagen facial) sólo se consideran incluidos en esta categoría especial cuando su tratamiento está dirigido a identificar de manera unívoca a una persona física. El propósito es singularizar los autores o partícipes de infracciones penales, así como poder reconocer si son las personas que se supone o se busca, y de esta forma, atribuir o exonerar, sin género de dudas, la participación en determinados hechos, gracias a posibles indicios o vestigios biométricos"[19].

Para evitar discriminaciones injustificadas de una persona que es identificada gracias a biometría, por ejemplo, directamente como autor de un delito (no como "posible autor" sino que con 100% de certeza de quién se trata), es clave un entrenamiento adecuado de los algoritmos, esto es, cuando los sistemas de IA aprenden a tomar decisiones basándose en datos de entrenamiento con 100% de precisión. Entonces, será esencial evaluar los conjuntos de datos que se custodien para detectar la presencia de sesgos, y en este sentido, un método consiste en revisar el muestreo de datos previamente recolectados para detectar grupos sobrerrepresentados o infrarrepresentados en los datos de entrenamiento para evitar justamente esas desviaciones algorítmicas. Por ejemplo, "los datos de entrenamiento de un algoritmo de reconocimiento facial que representa en exceso a las personas de raza blanca pueden dar

[19] *Preámbulo*, Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2021.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 435-457
https://doi.org/10.18543/ed.3586 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

lugar a errores al intentar el reconocimiento facial de personas de color. Del mismo modo, los datos de seguridad que incluyen información recopilada en zonas geográficas predominantemente negras podrían crear un sesgo racial en las herramientas de IA utilizadas por la policía" (IBM, 2025). Estas conductas son las que se deben evitar.

Cabe plantear ahora los casos en que un tercero no autorizado (ciberdelincuente o un pirata informático) accede a sistemas informáticos que contienen datos biométricos, como puede suceder en caso de un sabotaje a los sensores biométricos a una empresa que interrumpe el funcionamiento de autenticación y compromete la seguridad de los datos y confiabilidad de esos procesos (INCIBE, 2025). Más allá de la responsabilidad administrativa de la persona física que custodia esa información y de la entidad en la cual se utilizan (aplicando multas), debido a ese incumplimiento del deber de custodia y poca precaución en relación con datos personales de terceros, sin duda hay que avisar al interesado o titular de esos datos, de cara a evitar suplantaciones de identidad que signifiquen incluso accesos no autorizados a cuentas bancarias o contratación de seguros, bienes o servicios. Más aún, por los riesgos que puede acarrear la comisión delictiva atribuyendo falsamente la autoría del hecho. Así, es posible plantear que, ese "no" aviso de intromisión a la base de datos de la entidad donde se alojan y custodian los datos de clientes (por ejemplo), sí que puede acarrear responsabilidad penal del encargado del sistema y de la propia empresa o persona jurídica (y la sanción entonces será mucho más perjudicial que una multa administrativa). Por esto, además son fundamentales los escudos de ciberseguridad para garantizar la protección y custodia segura de información personal, evitando una excesiva dependencia en la inteligencia artificial.

Por otra parte, respecto a las amenazas y problemas de seguridad relacionados con los puntos de ataque de un sistema biométrico, se encuentra la siguiente enumeración (Wencheng Yang, Song Wang, Jiankun Hu, Guanglou Zheng & Craig Valli, 2019):

1) Suplantación de identidad: presentar datos biométricos falsos al sensor.
2) Aprovechar la similitud, por ejemplo, utilizando la cara de gemelos idénticos.
3) Intento de cero esfuerzos: el atacante utiliza su propia muestra biométrica para hacerse pasar por un usuario autorizado.
4) Destruir físicamente el sensor biométrico para dejarlo fuera de servicio.
5) Ataque de repetición: el atacante intercepta una señal biométrica y la reproduce en el sistema.
6) Cortar el canal de comunicación para que el sistema no esté disponible.
7) Ataque de denegación de servicio: altera la información del canal para impedir que un usuario genuino se autentique.
8) Ataque de escalada: modificar convenientemente la imagen de consulta hasta obtener el puntaje de coincidencia deseado.

9) Inyectar continuamente muestras para impedir que usuarios genuinos accedan al sistema.
10) Inyectar programas troyanos.
11) El atacante obtiene ilegalmente plantillas biométricas originales.
12) El atacante modifica la plantilla biométrica, por ejemplo, agregando o reemplazando información.
13) Leer plantillas biométricas de un canal de comunicación y reproducirlas.
14) Alterar la información transmitida a través de un canal de comunicación con el fin de negar a usuarios genuinos el acceso al sistema.
15) Cortar el canal de comunicación para que el sistema no esté disponible.
16) Alterar la información transportada coincidentemente o no coincidente para denegar el acceso de un usuario genuino o permitir el acceso de un impostor.

De la información expuesta, se colige que los datos biométricos se obtienen por diversos motivos, y, en última instancia, su uso indebido puede acarrear consecuencias perjudiciales para el titular. Entonces, las medidas de prevención por quien los posee, además de una custodia seria y eficaz, se vuelven fundamentales para un correcto uso de las tecnologías de biometría. Pero por otra parte, la persecución de ciberdelitos tales como la usurpación de identidad, daños informáticos, ciberestafas, sabotajes, etc., se tornan esenciales para una adecuada protección de la sociedad digital.

VI. PRIVACIDAD DE LAS PERSONAS EN EL MARCO DE SEGURIDAD "CIDAR"

Ante los problemas de intromisión ilegítima a los datos biométricos son deficientes las regulaciones normativas en muchos países, principalmente por desconocimiento o falta de especialización y actualización por quienes acceden y custodian esos datos, cuya consecuencia produce la violación de la privacidad de las personas que ceden su información a terceros. A ello se suma que, en muchas ocasiones por desconocimiento o un exceso de confianza de los interesados en saber para qu**é** serán utilizados, o cuando se les indica que será con fines lícitos pero que finalmente son mal utilizados, se tornan como fundamentales unas correctas medidas especialmente de protección.

Llegados a este punto se torna interesante verificar el reciente marco de seguridad sobre la Confidencialidad, Integridad, Disponibilidad, Autenticidad y Responsabilidad (CIDAR), que sirve para evaluar la seguridad en torno a los datos biométricos[20], y así entonces tenemos:

[20] En inglés *CIAAA (Confidentiality, Integrity, Availability, Authenticity and Accountability)*.

CONFIDENCIALIDAD	La protección de la información biométrica es crucial debido a las amenazas y graves consecuencias que pueden producirse debido a su filtración. Debe fomentarse todo tipo de iniciativas que mantengan segura e íntegra la información.
INTEGRIDAD	Es esencial proteger los datos biométricos de modificaciones no autorizadas. Por lo tanto, cabe disuadir a los actores maliciosos de comprometer la integridad de los datos, y a la vez incentivar a las autoridades competentes a mantener protegida la información biométrica.
DISPONIBILIDAD	Los datos biométricos deben ser accesibles en cualquier momento pero de forma segura, si bien en el ámbito privado puede ser más difícil (si por ej. no se tienen buenos sistemas de ciberseguridad). En cualquier caso, cualquier sistema (público o privado) puede ser objeto de intromisiones ilegales.
AUTENTICIDAD	La identificación precisa de los usuarios autorizados (o propietarios de esos datos biométricos) es fundamental para el control de acceso a ellos en aplicaciones o sistemas. Junto con la confidencialidad, cualquier fallo en la autenticidad de los datos biométricos podría tener consecuencias negativas.
RESPONSABILIDAD	Cuando una persona es autorizada al acceso de la información biométrica, es importante actualizar un registro de auditoría para mantener un historial de accesos. La responsabilidad sobre los sistemas es crucial durante investigaciones por incidentes de seguridad (acceso no autorizado) y para la recuperación posterior a los ataques de seguridad. Por esta razón, autoridades (que custodian estos datos) deben ser conscientes de su responsabilidad sobre ellos.

Fuente: Jung & Virgil (2024): 50.

A raíz de lo anterior, se considera primordial contemplar un correcto marco de ciberseguridad CIDAR, pues se vuelve fundamental para la eficacia de cualquier sistema de seguridad que se refiera al manejo y custodia de información biométrica. Por lo tanto, es importante identificar las cuestiones pertinentes dentro de cada aspecto de la seguridad, evaluar el alcance de la cobertura de dichas cuestiones en el marco jurídico vigente en materia de privacidad y debatir las posibles mejoras para promover el desarrollo de una legislación más eficaz (Jung & Virgil, 2024: 49-50).

Ciertamente, las tecnologías de identidad digital pueden vulnerar derechos humanos, por lo que es importante minimizar los riesgos de posible discriminación y promover estándares de alta seguridad en la privacidad y protección de datos personales (Beduschi, 2019). Está claro que al mostrar transparencia y prácticas honestas en materia de privacidad de las personas (a la hora de obtener y custodiar datos) es una forma de generar confianza y la reputación de las empresas (Li, Yu & He, 2019). Así también, es clave considerar al sujeto responsable del tratamiento de los datos personales, que conforme al principio de responsabilidad proactiva del art. 24 RGPD, debe implementar las medidas adecuadas para asegurar y evidenciar la conformidad del tratamiento con el Reglamento europeo. Y es que, en definitiva, "estas medidas deben revisarse y actualizarse siempre que sea necesario, en función de los riesgos que puedan afectar a los derechos y libertades de los interesados" (García Antón, 2025: 10).

Pero también es importante abordar los prejuicios algorítmicos y no descartarlos, pues, según IBM (2025) cuando no se hace, "se obstaculiza la capacidad de las personas para participar en la economía y la sociedad. También reduce el potencial de la IA. Las empresas no pueden beneficiarse de sistemas que producen resultados distorsionados y fomentan la desconfianza entre las personas de color, las mujeres, las personas con discapacidad, la comunidad LGBTQ u otros grupos de personas marginadas". En este sentido, un seguimiento efectivo del correspondiente sistema, por parte de una persona física, se torna fundamental para no incurrir en discriminaciones.

VII. EVALUACIÓN DE IMPACTO EN LA PRIVACIDAD O *PRIVACY IMPACT ASSESSMENT*

Finalmente, cabe referirse a la necesidad de mantener una especial protección de la privacidad de las personas a nivel estatal, pues, si bien en muchos casos se puede justificar la posesión de datos biométricos por necesidades de seguridad nacional u orden público, por ejemplo, de todas maneras, es importante un respeto por este derecho tan fundamental, y es tarea de los Estados desarrollar un marco de especial protección de la privacidad, el denominado PIA (*Privacy Impact Assessment*), o EIPD (Evaluación de Impacto de la Protección de Datos).

Lo anterior se refiere al análisis de los riesgos que puede llevar el tratamiento de datos personales. Así pues, una EIPD consiste en identificar, evaluar y mitigar los riesgos que pueden existir por parte del responsable y encargado del tratamiento (o autoridad de control), a realizar antes de poner en marcha un sistema informático o nuevo proceso que involucre el manejo

de datos personales utilizando nuevas tecnologías[21]. En particular, la EIPD se requerirá en caso de tratamientos automatizados, como la elaboración de perfiles, según el art. 35.3 RGPD[22].

En relación con lo expuesto, el art. 35.4 RGPD, señala que se debe realizar un listado de los tratamientos que requieren una EIPD, entre los cuales se encuentran, "*Tratamientos que impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física*"[23].

Si bien el RGPD establece la obligación de una EIPD, de todas formas, la creación de un listado no es de un carácter vinculante, y podrá llevarse a cabo si el responsable o la autoridad de control lo considera oportuno, o no, y es que los términos del art. 35.1 RGPD, "*alto riesgo para los derechos y libertades*"[24], son una cuestión discutible cuando se trata de seguridad nacional u orden público. En nuestra opinión, sí es fundamental que sea obligatoria una EIPD en toda entidad o persona que maneje datos biométricos, como un compromiso de todos los involucrados, incluyendo los Estados, para una correcta y efectiva protección de los derechos humanos.

VIII. CONCLUSIONES

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se reconoce normativamente el derecho a la intimidad de las personas, y en la Unión Europea existe un alto nivel de protección de éste. El imparable uso de las TIC en las propias personas significa que están cada día más expuestas a

[21] "Art. 35.1. Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares" RGPD.

[22] "Art. 35.3. a) evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar; b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10, o c) observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público", RGPD.

[23] Art. 35.4 RGPD.

[24] Art. 35.1. Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares.

sistemas que se alimentan de datos para su funcionamiento. Concluimos que, gracias al marco normativo existente, encabezado por el RGPD y el reciente RIA, existe mayor preocupación por la captación de información mediante sistemas biométricos. Por lo tanto, su uso debe ser respetuoso con este derecho fundamental y sólo pueden controlarse por interesados legítimos (personas, empresas, autoridades o Estados) con consentimiento del titular o dueño de ellos, respetando los márgenes legales y principios del RGPD.

En este trabajo se ha profundizado sobre el uso de IA, los datos biométricos y los problemas en torno a los sesgos, además de la consecuente discriminación de ciertas personas. Por lo expuesto, se concluye que el uso de la biometría está cada vez más extendido por su precisión y alto grado de certeza en el reconocimiento de un individuo, que es único e irrepetible. Ahora bien, su implementación y uso debe ser con fines estrictamente permitidos y siempre vigilando que sean captados los datos estrictamente necesarios. Propuestas como la obligación de implementar una EIPD son fundamentales.

Se evidencia que el incumplimiento del deber de custodia no puede eximir de responsabilidad, más aún, si se debe al actuar negligente del autor, su exceso de confianza en el sistema automatizado o descuidos frente al mal funcionamiento de un sistema de IA. Como recomendación, se deben considerar unas oportunas medidas de prevención y ciberseguridad, pues se tornan fundamentales para respetar los derechos humanos, incluyendo aquellos de cuarta generación que están vigentes en nuestra sociedad digital.

Como recomendación final, y a nivel personal, quien voluntariamente cede sus datos biométricos, debe tomar ciertas precauciones, las cuales giran en torno a cuidados a la hora de instalar aplicaciones que solicitan acceso a esos datos personales. Se debe evitar compartirlos innecesariamente, rechazar peticiones de acceso a ellos si no son necesarias, mantener las aplicaciones de sistemas inteligentes actualizadas. Asimismo, es fundamental implementar soluciones de ciberseguridad y antivirus capaces de detectar accesos no autorizados, o que puedan ser un peligro para la intimidad personal.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andreu Martínez, María. "Lección 8. Intimidad, confidencialidad y documentación clínica". En Romeo Casabona, C. (dir.). *Manual de Bioderecho*. Madrid: Dykinson, 2022.

Beck, Ulrich. *La Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidos, 1992.

Beduschi, Ana. "Digital identity: Contemporary challenges for data protection, privacy and non-discrimination rights". *Big Data & Society,* vol. 6, núm. 2 (2019). DOI: https://doi.org/10.1177/2053951719855091

Casado, María. "Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso de muestras, perfiles, datos y bancos de ADN". En Casado, M. / Guillén, M. (dirs.), *ADN forense: pro-*

blemas éticos y jurídicos. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona, 2014.

Cuadrado Gamarra, Nuria. "Desafíos ético-jurídicos en el uso de Inteligencia Artificial para el tratamiento masivo de datos biométricos". *Revista Deusto de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, diciembre (2024). DOI: https://doi.org/10.18543/djhr.3199.

Fariñas Matoni, Luigi. *El Derecho a la Intimidad*. Madrid: Trivium, 1983.

García Antón, Elena. "Inteligencia Artificial y protección de datos: análisis jurídico del reconocimiento biométrico en el acceso a los estadios de fútbol". *Revista de Derecho*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2025.

Garriga Domínguez, Ana. "Los derechos ante los sistemas biométricos que incorporan inteligencia artificial". *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, núm. 51 (2024), época II. DOI: https://doi.org/10.20318/dyl.2024.8585

González Mendoza, Diana. "Los datos biométricos y las tecnologías que los utilizan para su funcionamiento". *Revista Vasca de Administración Pública*, (132), 427-464 (2025). DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.132.2025.12.

Jung, Young y Virgil, Ethan. "Analysis of Legislative Framework Governing Biometric Data". *Procedia Computer Science,* vol. 241 (2024). DOI: https://doi.org/10.1016/j.procs.2024.08.009.

Lessig, Lawrence. *El Código 2.0 (trad. del libro "El Código y Otras Leyes del Ciberespacio" de 2001)*. Málaga: *Traficantes de Sueño*, Universidad de Málaga, 2009.

Li, He, Yu, Lu & He, Wu. "El impacto del RGPD en el desarrollo tecnológico global". *Journal of Global Information Technology Management*, 22 (1), 1–6 (2019). DOI: https://doi.org/10.1080/1097198X.2019.1569186.

Miranda Gonçalves, Rubén. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19". *Revista Justiça do Direito*, vol. 34, núm. 2, mai-ago (2020). DOI: https://doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11013

Miró Llinares, Fernando. "El modelo policial que viene: Mitos y realidades del impacto de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en la prevención policial del crimen", *Libro blanco de la prevención y seguridad local valenciana.* Valencia: Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias, 2019.

Natgunanathan, I., Mehmood, A., Xiang, Y., Beliakov, G. y Yearwood, J. "Protección de la privacidad en datos biométricos". *IEEE Access*, vol. 4 (2016), pp. 880-892. DOI: https://doi.org/10.1109/ACCESS.2016.2535120.

Pérez Luño, Enrique. "Las generaciones de derechos humanos*". Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 10, septiembre-diciembre (1991).

Ortiz Pradillo, Juan Carlos. "Capítulo V. Inteligencia Artificial, *Big Data*, Tecnovigilancia y Derechos Fundamentales en el proceso penal". En Villegas Delgado, César / Martín Ríos, Pilar (dirs.), *El Derecho en la Encrucijada Tecnológica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Pizzolo, Calógero. "¿Cuándo el fin justifica los medios? Inteligencia Artificial (IA) y datos biométricos en pasaportes y documentos de identidad". *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, vol. 12, núm. 2 (2024), Universidad de Buenos Aires.

Recuero Linares, Mikel. "Transferencias internacionales de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación". *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* (2019).

Valerio Jiminián, Miguel. *Registros de ADN y prevención del delito.* Barcelona: Atelier, 2019.

Verdugo Guzmán, Silvia. "Reflexiones sobre la expansión de la bio-delincuencia y el almacenamiento del perfil genético para investigaciones criminales". *Ius et Scientia*, 7 (2), 96-116 (2021). Disponible en: https://institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/vol7_2/Art_07.pdf

Verdugo Guzmán, Silvia. *Ciberespacio, Metaverso y nuevos delitos que gravitan sobre los derechos humanos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Yang, Wencheng, Wang, Song, Hu, Jiankun, Zheng, Guanglou, & Valli, Craig. "Security and Accuracy of Fingerprint-Based Biometrics: A Review". *Symmetry,* 11(2):141 (2019). DOI: https://doi.org/10.3390/sym11020141.

Normas citadas

Constitución Española de 1978.

Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2021.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 16.XII.1996.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119/1, 4 de mayo de 2016.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), DOUE núm. 1689, 12 de julio de 2024.

Documentos

Agencia Española de Protección de Datos, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción* (febrero 2020). Disponible en: https://www.aepd.es/guias/adecuacion-rgpd-ia.pdf.

Agencia Española de Protección de Datos, "Metaverso y Privacidad", 29.IX.2022. Accesible en: https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/metaverso-y-privacidad.

EL *STALKING* EN LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA: UNA PERSPECTIVA COMPARADA DESDE EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y LA DIRECTIVA 2024/1385[1]

Stalking in European Criminal Policy: A Comparative Perspective from the Istanbul Convention and Directive 2024/1385

Carolina Villacampa Estiarte[2]
Catedrática de Derecho Penal
Departamento de Derecho. Universitat de Lleida, España.
https://orcid.org/0000-0002-1791-8788

https://doi.org/10.18543/ed.3587

Fecha de recepción: 04.01.2026
Fecha de aceptación: 25.03.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El *stalking* se configura como una forma de violencia de control sobre las mujeres, con graves consecuencias para la seguridad y la salud de las víctimas. Su afrontamiento efectivo pasa por que los Estados cumplan efectivamente las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio de Estambul y en la Directiva (UE) 2024/1385, tanto en la tipificación del *stalking* y el *cyberstalking* como en la implementación de la política 4P. Este trabajo analiza dichos requerimientos internacionales, su grado de transposición a las legislaciones penales europeas y las principales

[1] Esta investigación ha sido realizada en el marco del proyecto CHANSE-WB-317 WOW "Women's Online Wellbeing: a European Examination of digitalised violence against women", financiado por La Caixa-Fundación CHANSE.

[2] Email: carolina.villacampa@udl.cat

convergencias y divergencias en la configuración típica, los resultados exigidos, las agravantes, las sanciones y las medidas de protección victimal, incluidas las de carácter tecnológico. Finalmente, identifica los retos pendientes en materia de armonización normativa, adaptación a la dimensión digital, refuerzo de los servicios especializados y mejora de la cooperación transnacional para garantizar una protección efectiva y homogénea de las víctimas en Europa.

Palabras clave

Stalking, *cyberstalking,* política criminal europea, derecho comparado, víctimas.

Abstract

Stalking is framed as a form of controlling violence against women, with serious consequences for victims' safety and health. Effective action requires States to comply fully with their international obligations under the Istanbul Convention and Directive (EU) 2024/1385, both in the criminalisation of stalking and cyberstalking and in the implementation of the 4P policy approach. This article examines these international requirements, the extent to which they have been transposed into European criminal laws, and the main convergences and divergences in the configuration of offences, required outcomes, aggravating circumstances, sanctions and victim protective measures, including those of a technological nature. Finally, it identifies the outstanding challenges relating to legal harmonisation, adaptation to the digital dimension, strengthening of specialist services and improvement of transnational cooperation to ensure effective and consistent protection for victims across Europe.

Keywords

Stalking, cyberstalking, European criminal policy, comparative law, victims.

Sumario: I. Introducción. II. Conceptualización prejurídica: *stalking* y *cyberstalking*. III. Descripción fenomenológica. IV. El originario proceso incriminador del *stalking*. V. Regulación del *stalking* en normativa supranacional europea: Convenio de Estambul y Directiva 2024/1385. 1. Concepto legal de *stalking*: artículo 34 del Convenio de Estambul. *1.1. Patrón de conducta amenazante directamente dirigido contra la víctima. 1.2. No consentido por la víctima. 1.3. Provocar a la víctima temor por su seguridad*. 2. Incriminación y persecución del *stalking*. *2.1. Respuesta jurídico-penal frente al* stalking. *2.2. Respuesta jurídica extra-penal frente al* stalking. 3. Medidas preventivas. 4. Medidas de protección victimal. 5. Políticas coordinadas. VI. Recepción europea del *stalking*: análisis comparado. 1. La expansión de tipificaciones específicas. 2. Divergencias en la conformación del tipo del delito de *stalking*. 3. Diversa conformación de los tipos cualificados y de las sanciones. 4. Diferencias en protección victimal. VII. Reflexiones conclusivas: desafíos pendientes. 1. Retos en incriminación e investigación criminal. 2. Desafíos en protección victimal y servicios de apoyo. 3. Mejoras precisadas en prevención, formación profesional y recogida de datos. 4. Demandas a atender en cooperación internacional y políticas coordinadas. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El *stalking* se ha consolidado en las últimas décadas como una forma de violencia de control particularmente insidiosa, caracterizada por la imposición reiterada de comunicaciones y contactos no deseados que generan miedo, angustia o una perturbación relevante en la vida de las víctimas (Mullen et al., 2001; Travaini et al., 2024). La literatura empírica muestra de forma consistente que se trata de un fenómeno fuertemente generizado, en el que las mujeres –especialmente las más jóvenes– aparecen sobrerrepresentadas como víctimas, mientras que los autores son mayoritariamente hombres, lo que sitúa el *stalking* en continuidad con otras formas de violencia contra las mujeres (Basile et al., 2004; Breiding, 2014; Edwards et al., 2022). La generalización de las tecnologías de la información y la comunicación ha intensificado esta realidad, dando lugar al *cyberstalking* como modalidad específica de acoso facilitado tecnológicamente, que explota las oportunidades de anonimato, ubicuidad y ampliación del daño propias del entorno digital (Bussu et al., 2024; Wilson et al., 2023).

En el contexto europeo, el abordaje del *stalking* se ha producido en el marco más amplio de las políticas de lucha contra la violencia contra las mujeres, combinando instrumentos jurídicos de distinto alcance territorial y

naturaleza (Van der Aa, 2018; Zdravkovska, 2024). El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica de 2011 (Convenio de Estambul) supuso un punto de inflexión decisivo, al convertirse en la primera regulación internacional que impone a los Estados parte la obligación de incriminar el *stalking* como una de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres y lo inserta en una aproximación holística basada en la política de las cuatro "P" (prevenir, proteger, perseguir y articular políticas coordinadas) (Council of Europe, 2022; Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence-GREVIO, 2021). A partir de la entrada en vigor del Convenio en 2014 y del mandato de criminalización del artículo 34, numerosos ordenamientos europeos que hasta entonces habían acudido a figuras tradicionales –como las amenazas, las coacciones o determinados delitos contra la libertad– para sancionar esta conducta han optado por introducir delitos específicos de *stalking*.

Con posterioridad, en el ámbito de la Unión Europea, se ha aprobado la Directiva (UE) 2024/1385 sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica, que refuerza y complementa el marco regional. Esto no solo por exigir la incriminación de determinadas formas de violencia basada en el género –entre ellas el *cyberstalking*–, sino además porque adopta explícitamente una aproximación alineada con la política 4P propia del Convenio de Estambul. Sin embargo, mientras el Convenio ya ha sido ampliamente recepcionado en los derechos penales nacionales del entorno europeo, la Directiva se encuentra todavía en fase de transposición, de modo que su impacto normativo y político-criminal está llamado a proyectarse de forma progresiva en los próximos años.

Atendida la necesidad de que los Estados europeos integrados en el Consejo de Europa implementen las medidas de tutela de las víctimas de *stalking* contempladas en normativa regional europea, el presente trabajo se propone analizar la regulación del *stalking* en Europa desde una perspectiva político-criminal comparada. Tras conceptualizar el *stalking* y describirlo fenomenológicamente, en el plano normativo parte de lo dispuesto en el Convenio de Estambul por ser la regulación internacional más antigua y la que ha actuado como principal catalizador de la tipificación de estas conductas en los ordenamientos europeos, sin descuidar el análisis de la Directiva (UE) 2024/1385, atendiendo a cómo retoma y desarrolla la aproximación del Convenio –en particular en lo relativo a la dimensión digital del *stalking*– y a los ajustes que previsiblemente exigirá en los sistemas penales europeos. A partir de ahí, examina la manera en que dicho marco, en particular el delineado por el Convenio, se ha proyectado sobre las legislaciones estatales, poniendo de relieve las principales convergencias y divergencias en la configuración de los delitos de *stalking* y *cyberstalking*. El objetivo último es valorar hasta qué punto

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

este doble nivel normativo contribuye a una protección más eficaz y homogénea frente al *stalking* en Europa, así como identificar los retos político-criminales que siguen pendientes.

II. CONCEPTUALIZACIÓN PREJURÍDICA: *STALKING* Y *CYBERSTALKING*

El *stalking* constituye un patrón de conducta persecutoria obsesiva, insidiosa y disruptiva que se visibilizó en Estados Unidos en la década de los 90 del s. XX como consecuencia de algunos casos mediáticos. Fue sobre todo el asesinato de Rebecca Shaeffer, una conocida actriz de teleserie, por parte de un admirador obsesionado con ella en los Ángeles en 1989 tras un proceso de monitoreo obsesivo, el que levantó la voz de alarma acerca de la necesidad de legislar en la materia. Dicho episodio, que se sumó a previos actos de acoso de otras actrices famosas, unido al asesinato de cuatro mujeres por parte de sus maridos acosadores en Orange County, provocó que en California se aprobase la primera Ley *Antistalking* en 1990 (Finch, 2001; Goode, 1995; Mullen et al., 2001; Nicol, 2006).

El concepto extrajurídico de *stalking* sobre el que posteriormente se ha basado su incriminación no es del todo claro. La literatura científica convino que debía tratarse de un comportamiento repetitivo, obsesivo e invasivo. Sin embargo, las dificultades surgieron en relación con su delimitación de actividades rutinarias inocuas, con el empleo del término "obsesión" –que en el ámbito de la psicología se emplea en el sentido de pensamiento disruptivo u obsesivo, no en el sentido de pensamiento placentero para quien lo tiene que se le daba en las definiciones prejurídicas de *stalking*– o del número de veces que debían repetirse ciertas conductas y de la duración que debían tener para considerarse constitutivas de *stalking* (Roberts, 2005; Royakkers, 2000; Westrup, 1998).

Dichas dificultades explican que en la comunidad científica, sobre todo en el ámbito de la psicología y la psiquiatría, se formulasen multiplicidad de definiciones operacionales.

De entre las definiciones propuestas más conocidas (Meloy y Gothard, 1995; Pathé y Mullen, 1997; Westrup, 1998), se infiere que el concepto de *stalking* está compuesto de tres elementos. En primer lugar, constituye un patrón de conducta insidioso y disruptivo integrado por una serie de conductas persecutorias en relación con la víctima que pueden tener un contenido variado, en muchas ocasiones aparentemente inocuas, como el envío de regalos, encuentros con la víctima, contactar con ella o con personas de su entorno, aunque también seguirla o merodear por los lugares que frecuenta. En segundo lugar, debe ser una conducta no deseada por la víctima, no consentida por ella. En tercer término, tiene que ser capaz de generar algún tipo

de efecto nocivo, que le comporte desasosiego o temor o una irrupción en su vida privada, a lo que algunas caracterizaciones normativas del *stalking* añaden que la conducta debe ser amenazante.

Con la generalización del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación a partir de finales de los 90 y sobre todo en la primera década del s. XXI, en un proceso paralelo al experimentado por los conceptos de acoso y ciberacoso, se planteó si el *cyberstalking* constituía un fenómeno diverso del *stalking* offline (Cavezza y McEwan, 2014; Nobles et al., 2014; Sheridan y Grant, 2007; Spitzberg y Hoobler, 2002). El *cyberstalking* participa, como cualquier otro comportamiento acosador, de las oportunidades que brinda a este tipo de conductas el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Características de la red –favorecer una comunicación más desinhibida, entre personas que no tienen que coincidir en tiempo y lugar, ofreciendo la posibilidad de crear un "yo electrónico" que puede ser diverso del real– junto al hecho de que adolescentes y jóvenes son más proclives a emprender conductas arriesgadas online porque tienen más dificultades para identificar peligros que los adultos explican la producción del *stalking* online. Se diferencia del *stalking* offline en que, mientras el último requiere que víctima y ofensor estén al mismo tiempo en la misma área geográfica, el *cyberstalker* puede estar ubicado en cualquier lugar e incluso en diverso momento en el tiempo; también en que el uso de TIC puede facilitar que el *stalker* instigue a terceras personas a que acosen o amenacen a la víctima, potenciando el efecto de su conducta o en que las TIC rebajan las barreras del acoso y las amenazas, porque el *stalker* no tiene que enfrentarse físicamente a la víctima (American Crime Prevention Institute, 2015). Las semejanzas entre *stalking* offline y online consisten en que la mayor parte de supuestos se producen entre miembros de una expareja, en que la mayoría de víctimas son mujeres y la mayor parte de autores son hombres y en que los *stalkers* están generalmente motivados por el deseo de controlar a la víctima, poniendo de manifiesto la relación de estas conductas con la violencia de control contra las mujeres (American Crime Prevention Institute, 2015).

Dado que han pesado más las similitudes que las diferencias entre *stalking* offline y online, el *cyberstalking* se ha acabado conceptuando como una manifestación específica del concepto paraguas de *stalking*, no como realidad diversa. Por esto, la conceptuación prejurídica del *cyberstalking* requiere la concurrencia de los tres requisitos antes mencionados respecto del *stalking* en general, con la única particularidad de que en estos casos el *stalker* se apoya para realizar su conducta en el recurso a las TIC, acostumbrando además a incriminarse conjuntamente con el *stalking* offline. Se entiende, pues, que el *cyberstalking* o *stalking* online consiste en la persecución repetida realizada mediante el empleo de aparatos electrónicos o con acceso a internet

tales como teléfonos móviles, ordenadores portátiles o tabletas (Goodno, 2007; Parsons-Pollard y Moriarty, 2009; Reyns et al., 2011; Southworth et al., 2007).

III. DESCRIPCIÓN FENOMENOLÓGICA

Los datos con que se cuenta en Europa confirman que la prevalencia de victimización por *stalking* se mantiene relativamente estable desde 2014, en que la encuesta realizada por la European Union Agency for Fundamental Rights (European Commission, 2014), demuestra que afectaba a un 18% de mujeres mayores de 15 años, ascendiendo ligeramente, a 18,7%, en la encuesta EU-GBV de 2024 (Eurostat et al., 2024). Por países, aflora más el *stalking* en países del norte de Europa –sobre todo Finlandia, Suecia, Dinamarca–, siendo más baja la prevalencia reportada de victimización en países del Este europeo (European Commission, 2014; Eurostat et al., 2024). Estos estudios de amplio espectro europeos no permiten discriminar por sexo porque solo encuestan a mujeres. Sin embargo, anteriores y contemporáneos estudios han evidenciado un rango de prevalencia de victimización entre el 7 y el 16% en mujeres y el 2 y el 6% en hombres (Baum et al., 2009; Matos et al., 2019; Tjaden y Thoennes, 1998), demostrando que el *stalking* afecta más a mujeres que a hombres. En particular, afecta más a mujeres jóvenes, pues en muestras con personas menores de 30 años las prevalencias de victimización oscilan entre el 9.2% y el 35,2% en mujeres y el 2% y el 30.8% en hombres (Bjerregaard, 2000; National Union of Students, 2011; Villacampa y Pujols, 2017), siendo también más incisivo con personas que pertenecen a minorías sexuales (Edwards et al., 2022).

Lo que sí muestra una comparativa entre las macroencuestas europeas de 2014 y 2024 que ha aumentado claramente, en relación con las formas de comisión, es el recurso al *cyberstalking* –mensajes no deseados en redes/apps, mensajes digitales amenazantes, comentarios públicos ofensivos, *doxing*– y la geovigilancia –seguimiento con GPS– frente a conductas persecutorias más tradicionales, evidenciándose que el *cyberstalking* se ha incrementado sustancialmente en grupos poblacionales jóvenes (European Commission, 2014; Eurostat et al., 2024), como pone de manifiesto la literatura (Bussu et al., 2024; Villacampa y Pujols, 2017; Wilson et al., 2023).

La mayoría de los casos de *stalking* proceden de personas al menos conocidas por la víctima, siendo menos habitual el *stalking* de extraños, aunque haya disminuido el porcentaje del que procede de la pareja o expareja entre 2014 (10%) y 2024 (5.1%) (European Commission, 2014; Eurostat et al., 2024), sigue siendo mayoritario el de personas relacionadas con la víctima frente al de extraños. Las víctimas afrontan secuelas que pueden ser relevantes, evidenciadas en mayor medida en las conductas que buscan la proximidad física con

ellas, que son además las que generan más temor (Villacampa y Pujols, 2019), aunque se evidencia también que no es demasiado diversa la reacción emocional y afectiva al *stalking* online y al más tradicional (Sheridan y Grant, 2007). Las mujeres acostumbran a sufrir más efectos emocionales adversos que los hombres que padecen *stalking*, evidenciándose también en esto el componente de género de estas conductas (Langhirinrichsen-Rohling, 2012; Pereira y Matos, 2015; Sheridan y Lyndon, 2012). Entre los daños físicos y psicológicos vinculados al *stalking*, se cuentan la depresión, la ansiedad, el trastorno de estrés postraumático, la sensación de vulnerabilidad, los trastornos del sueño e incluso problemas cardíacos (Mullen et al., 2001).

La forma principal de afrontar estas situaciones, más que denunciar los hechos, consiste en buscar apoyo informal, sobre todo recurriendo a amigos y familiares, cuando no adoptando medidas de autoprotección, sobre todo frente al *cyberstalking*, sin ser habitual la denuncia (Nobles et al., 2014; Villacampa y Pujols, 2019). Solo un 13,9% de las víctimas denuncia los hechos en Europa, recurriendo a hablar con sus familiares o amigos el 63,7% de ellas (Eurostat et al., 2024).

Desde una perspectiva de género, buena parte de estos comportamientos se inscriben en dinámicas de violencia de control ejercida sobre las mujeres, especialmente en contextos de pareja o expareja (Dobash y Dobash, 2011; Langhinnrichsen-Rohling, 2012). El *stalking* aparece entonces como prolongación o intensificación de la violencia ejercida durante la relación, o como reacción a la decisión de la mujer de poner fin al vínculo, articulándose como una estrategia para mantener el control o castigar la ruptura (Bjerregaard, 2000; Tjaden y Thoennes, 1998). Esta conexión con la violencia de pareja y con el control coercitivo explica que se haya ido consolidando su encuadre como una manifestación específica de la violencia contra las mujeres.

Precisamente los casos de *stalking* relacionados con la violencia en la pareja se vinculan con las peores consecuencias para las víctimas. Se asocian con un deterioro significativo de la salud mental –incluyendo sintomatología ansioso-depresiva, trastorno de estrés postraumático y sensación de indefensión– y pueden ir acompañados de agresiones físicas, amenazas graves e incluso de desenlaces letales (Basile et al., 2004; Breiding, 2014; Hauch et al., 2023). En tales casos, la investigación pone de manifiesto que el acoso persistente puede actuar como antesala de la violencia letal, hasta el punto de haberse identificado patrones de persecución previa en un porcentaje relevante de feminicidios (Dobash y Dobash, 2011; Stevens et al., 2020).

IV. EL ORIGINARIO PROCESO INCRIMINADOR DEL *STALKING*

Tras la inclusión del delito en California en 1990 se fue extendiendo la inclusión de esta conducta en los Códigos penales del resto de Estados en

USA: en 1992, 30 Estados más habían introducido un delito específico y en 1993 lo hicieron los restantes. En 1993 el propio Congreso encargó al *National Institute of Justice* el desarrollo de un *Model-antistalking Code* en el que pudieran basarse los Estados. El *stalking* se convirtió en delito federal en 1996, mediante la introducción del art. 2261A al Título 18 del *US Code* a través de la *Interstate Stalkig Punishment and Prevention Act*, que incrimina el *stalking* interestatal. Tras USA, la incriminación del stalking se extendió a Canadá en 1993, Australia entre 1993 y 1995 y Nueva Zelanda en 1997 (Mullen et al., 2001; Purcell et al., 2004; Villacampa, 2009).

La recepción del delito de *stalking* en Europa se produjo a través de los países del *Common Law*, en concreto de Gran Bretaña a través de la *Protection from Harassment Act* de 1997, seguido de Irlanda, puesto que estos países acostumbran a tener una evolución político-criminal más influenciada por países anglosajones que los de la Europa continental. Solo más tarde alcanzó a países con tradición jurídica propia del *Civil Law*: una primera oleada de criminalizaciones en Europa occidental alcanzó a países como Bélgica en 1998, Holanda en 2000, Austria en 2006, Alemania en 2007 o Italia en 2009 (Villacampa, 2009). En 2007, solo ocho países europeos habían incriminado el *stalking*, entre otras razones porque no se había sentido la necesidad de incriminar tales conductas al no considerarse un problema social, al no haberse levantado la voz de alarma sobre las mismas (De Fazio, 2009), aunque materialmente en algunos casos se perseguían a través de delitos tradicionales, como las coacciones o las amenazadas. En 2010 eran ya trece los países que habían introducido el delito en sus respectivos códigos penales (Van der Aa y Römkens, 2013), alcanzándose paulatinamente el convencimiento sobre la necesaria incorporación de este delito. Sin embargo, el punto de inflexión que explica la expansión de la aprobación de las leyes *anti-stalking* en Europa lo constituye la entrada en vigor del Convenio de Estambul y el mandato de criminalización del *stalking* que incorpora en su artículo 34, de ahí que se dedique el siguiente epígrafe a la regulación contenida en el mismo, completándola con lo dispuesto en la Directiva 2024/1385.

V. REGULACIÓN DEL *STALKING* EN NORMATIVA SUPRANACIONAL EUROPEA: CONVENIO DE ESTAMBUL Y DIRECTIVA 2024/1385

Como se ha indicado, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa no solo demanda a los estados parte la incriminación de una serie de conductas en su capítulo III, el *stalking* entre ellas (art. 34), sino que, sobre todo, adopta una aproximación holística frente a cualquier forma de violencia contra las mujeres (VCM), en semejantes términos a como después ha hecho la Directiva (EU) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la

violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. El Convenio de Estambul asume lo que se conoce como política 4P, integrada por los cuatro pilares del Convenio, que sitúa en el centro del sistema al bienestar de la víctima y demanda que se adopten políticas coordinadas para prevenir estas conductas, perseguirlas y proteger a las víctimas (Council of Europe, 2022). De ahí que, aunque el art. 34 indica a las partes que deben adoptar medidas legislativas o de otro tipo para criminalizar el *stalking*, la regulación que el Convenio incluye de las medidas institucionales que deben adoptarse para afrontar estas conductas, que además constituyen un estándar mínimo que puede ser superado por los estados parte (Council of Europe, 2011), no se limitan solo a la criminalización, incluyendo también medidas preventivas, de protección de las víctimas y mandatos de adopción de políticas coordinadas, en semejantes términos a como después hace la Directiva 2024/1385. Los siguientes epígrafes se enderezan a exponer el tipo de medidas que la normativa regional europea demanda que se adopten para afrontar holísticamente los supuestos de *stalking*, no sin antes exponer el concepto normativo del que se parte.

1. *Concepto legal de* stalking*: artículo 34 del Convenio de Estambul*

Este artículo caracteriza objetivamente el *stalking* como el "incurrir de manera reiterada en conducta amenazante dirigida contra otra persona, provocándole temor por su propia seguridad". Confrontando este concepto legal con el prejurídico de *stalking* antes mencionado, se deduce que, de los tres elementos que lo integran –a) patrón de conducta insidioso o disruptivo, b) contra la voluntad de la víctima, c) capaz de generar algún tipo de efecto dañoso en la víctima–, el art. 34 se refiere explícitamente al primero y al tercero y de manera solo implícita al segundo, como seguidamente se indica.

1.1. Patrón de conducta amenazante directamente dirigido contra la víctima

El art. 34 exige que objetivamente el *stalker* emprenda repetidamente una "conducta amenazante dirigida contra otra persona". Requiere, pues, que nos hallemos ante un patrón de conducta porque esta debe realizarse repetidamente. No es preciso que la conducta realizada sea exactamente la misma, pues el patrón pueden conformarlo también actos invasivos diversos (GREVIO, 2023b). El *Explanatory Report* no indica el número de veces que es preciso realizar la conducta para que pueda hablarse de *stalking*, pero indica que debe ser repetida, lo que comporta que bastaría con realizarla en dos ocasiones, aun cuando debe comportar la realización de un patrón de conducta que consista en repetir incidentes significativos (Council of Europe, 2011).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Es precisamente la idea del patrón de conducta la que confiere a esta conducta naturaleza penal, según el *Explanatory Report* (Council of Europe, 2011), porque entiende que sus elementos individuales, considerados en sí mismos, no siempre son suficientes para que la misma gane relevancia penal. La naturaleza reiterada, de patrón de comportamiento, es lo que dota a esta conducta de carácter objetivamente amenazante.

En segundo lugar, el precepto no incluye un listado de conductas integradoras en el patrón, a diferencia de lo que habían hecho algunos Códigos penales de países del Consejo de Europa que ya habían criminalizado el *stalking* en 2011. Probablemente porque con eso quiso evitarse el peligro de que la definición quedase pronto obsoleta en caso de incluir un listado cerrado, además de por las dudas acerca de la constitucionalidad de un tipo penal que incluyese un listado abierto de conductas en caso de no constreñirlo a un contenido cerrado. El *Explanatory Report* entiende que estas conductas pueden consistir en seguir repetidamente a otra persona, hacerle saber que está siendo observada o emprender comunicación no querida, tanto si esto se hace físicamente como online (Council of Europe, 2011). Esto porque el seguimiento comprende conductas como seguir físicamente a la víctima, aparecer en los lugares donde trabaja, estudia o practica deporte, pero también seguirla en un entorno virtual, como chats o redes sociales. Del mismo modo, emprender comunicaciones no queridas puede consistir en la búsqueda de cualquier contacto activo con la víctima por cualquier medio de comunicación disponible, incluidos los medios de comunicación modernos y las TIC. Junto a estas conductas, otras offline y online listadas ejemplificativamente en el *Explanatory Report* consisten en vandalizar la propiedad de otra persona, dejar huellas sutiles de contacto con los objetos personales de una persona, atacar a la mascota de una persona, crear identidades falsas o difundir información falsa en línea.

Los redactores del Convenio de Estambul ya tuvieron en cuenta al caracterizar el concepto legal de *stalking* que comprendía también el *cyberstalking*. Atendida la relevancia que está adquiriendo el recurso a las TIC para ejercer VCM en general y conductas persecutorias en particular, sobre todo durante y tras la pandemia (GREVIO, 2021a), con base en el art. 69 Convenio de Estambul, el 20 de octubre de 2021 el GREVIO adoptó la Recomendación General No. 1 sobre la Dimensión Digital de la Violencia Contra las Mujeres (GREVIO, 2021b). No se trata de una disposición legalmente vinculante, pero su relevancia en la interpretación del contenido del art. 34 está fuera de duda. Parte de la idea de *continuum* entre VCM offline y online para apuntalar que la VCM digital está contemplada en el Convenio de Estambul desde que se aprobó, y se apoya en los efectos en la salud de las mujeres víctimas de este tipo de violencia y en las limitaciones a los derechos de participación online de las mujeres que comporta la VCM digital para adoptar esta

recomendación que pretende ofrecer herramientas a los Estados para interpretar el Convenio de Estambul también como convención contra la VCM digital.

Partiendo de un concepto amplio de VCM digital que cabe dentro del concepto de VCM del art. 3.a) Convenio, afirma que los Estados tienen la obligación de incriminar el *stalking* online y el facilitado por la tecnología. Entiende que el mismo incluye, entre otras, las siguientes conductas (GREVIO, 2021b): amenazas (de naturaleza sexual, económica, física o psicológica), daño a la reputación, vigilancia y recopilación de información privada sobre la víctima, suplantación de identidad, solicitudes de carácter sexual, hacerse pasar por la víctima y acosarla con la colaboración de terceros con el fin de aislarla, la vigilancia o el espionaje de la víctima (a través de sus redes sociales o plataformas de mensajería, su correo electrónico y su teléfono, mediante el robo de contraseñas o la vulneración o pirateo de sus dispositivos), así como la asunción de la identidad de otra persona o la monitorización de la víctima mediante dispositivos tecnológicos conectados al Internet de las Cosas. No cabe duda de que el *cyberstalking* está comprendido en el concepto de *stalking* del art. 34 Convenio Estambul, integrado por sus mismos elementos. Tal es la relevancia que está adquiriendo el recurso a las TIC en la realización de este tipo de conductas persecutorias, que el único supuesto de *stalking* que refiere específicamente el art. 6 Directiva 2024/1385 es precisamente este, recordando a los Estados de la Unión la necesidad de incriminarlo[3].

En tercer lugar, el patrón de conducta amenazante debe dirigirse directamente a la víctima**,** lo que no impide que pueda implicar a personas o seres vivos muy próximos a la víctima como instrumento para llegar a ella, que también quedan incluidos en el art. 34. El propio *Explanatory Report* admite que el objetivo inmediato del patrón de conducta amenazante puede ser una mascota de la víctima. También se prevé que los estados parte puedan extender el *stalking* al comportamiento dirigido a cualquier persona incluida en el círculo social de la víctima (así miembros de la familia, amigos o colegas) (Council of Europe, 2011). Esto precisamente porque en muchos casos se observa que los *stalkers* no limitan sus actividades a la víctima, ampliándola a personas cercanas a la misma, atendiendo a que esto incrementa el sentimiento de miedo y pérdida de control sobre la situación.

[3] El art. 6 Directiva 2024/1385 (Ciberacecho) indica "Los Estados miembros garantizarán que sea punible como delito la conducta intencionada de someter reiterada o continuamente a otra persona a vigilancia, sin el consentimiento de esa persona o una autorización legal para hacerlo, mediante TIC, a fin de rastrear u observar los movimientos y actividades de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona".

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

1.2. No consentido por la víctima

Aunque la contradicción de la conducta a la voluntad de la víctima no se mencione explícitamente en el art. 34, a diferencia de lo que hace el art. 6 Directiva (EU) 2024/1385 al referirse al *cyberstalking*, tal circunstancia puede deducirse implícitamente del precepto, sin que pueda exigirse que la víctima muestre rechazo con actos explícitos a la conducta del *stalker,* aspecto que ha criticado el GREVIO (GREVIO, 2019). Esto porque una conducta aceptada por la víctima difícilmente puede considerarse amenazadora, además de que difícilmente podría causarle temor por su seguridad. Junto a esto, expresiones incluidas en el propio *Explanatory Report* cuando se caracteriza el patrón de conducta –como consistir en comunicación no querida– no ofrecen duda acerca de su carácter no consentido por la víctima (Council of Europe, 2011). Sin embargo, hubiera sido preferible que tal circunstancia se hubiese aclarado en el art. 34 del Convenio.

1.3. Provocar a la víctima temor por su seguridad

El concepto legal de *stalking* del art. 34 no solo requiere que el patrón de conducta sea objetivamente amenazante, precisa la producción objetiva de un resultado, que es la efectiva causación a la víctima de temor acerca de su seguridad. La exigencia de este resultado tan concreto convierte en muy restrictivo el concepto legal de *stalking* del Convenio de Estambul, sin que el *Explanatory Report* incluya elementos que permitan efectuar una interpretación amplia de este resultado.

Para evitar este efecto tan limitador, hubiera resultado deseable, en primer lugar, que no se hubiese precisado la efectiva causación, como hace el art. 6 Directiva (EU) 2024/1385 con el *cyberstalking*, para el que basta con que "sea probable que tal conducta cause graves daños a tal persona". Es decir, hubiese resultado preferible que se hubiese conceptuado el *stalking* como un delito de aptitud, de peligro abstracto-concreto, más que como un delito de resultado, partiendo del estándar de una persona razonable, en virtud del cual lo relevante es que tal tipo de persona en la misma situación hubiese sufrido ese efecto (National Center for Victims of Crime, 2007, 2015). De tal manera se evitaría que el umbral de lo que se considera *stalking* dependa de la sensibilidad de la concreta víctima, dejando sin proteger a las víctimas más resilientes, dado que la investigación muestra que la producción de miedo no es un efecto siempre anudado a las conductas de *stalking* (Owens, 2016; Tjaden y Thoennes, 1998; Tjaden et al., 2000). También se evitaría forzar a la víctima a mostrar que haber sufrido *stalking* ha alterado sustancialmente sus rutinas vitales, dado que eso puede situar en la víctima la carga de la prueba, como ha indicado el GREVIO (2020b) y ha enfatizado la literatura (De Fazio, 2011).

En segundo lugar, hubiese también sido deseable que el único efecto dañoso que pudiese causarse en la víctima no se limitase a la causación de temor, puesto que hay otros efectos lesivos, como la causación de distrés, de angustia o la invasión de la privacidad de la víctima, que no están comprendidos en este resultado y que podrían dejar a estas víctimas desprotegidas (Dennison y Thomson, 2005; Van der Aa, 2018).

2. *Incriminación y persecución del* stalking

Como se ha indicado, el Convenio de Estambul adopta una política basada en cuatro pilares para abordar todas las manifestaciones de la VCM offline y online, alzaprimando la protección de las víctimas, como después también hace la Directiva (EU) 2024/1385. De ahí que no solo contemple que los estados deban prever medidas para perseguir el delito de *stalking* –incluyendo el *cyberstalking*–, sino que también contempla medidas preventivas y protectoras de las víctimas que deben abordarse mediante la implementación de políticas coordinadas.

2.1. Respuesta jurídico-penal frente al *stalking*

Comenzando con la persecución del *stalking,* se prevé en el art. 34 que la conducta descrita supra sea criminalizada cuando se realice intencionadamente. Se anima a los estados a incriminar únicamente las conductas de *stalking* que sean dolosas, con independencia de la relación que medie entre víctima y ofensor (art. 43 Convenio Estambul). Parece limitarse esta respuesta solo al *stalking* realizado con dolo directo, cuando concurra la intención de infundir en la víctima un sentimiento de temor, según indica el *Explanatory Report* (Council of Europe, 2011).

No solo se demanda a los estados parte que incriminen las conductas de autoría en delitos consumados de *stalking*, pues el art. 41 Convenio se refiere también a la incriminación de la cooperación o complicidad y la tentativa a la conducta intencional contemplada en el art. 34.

A tales conductas deben aplicárseles sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que el art. 45 no concreta de qué tipo deben ser, aunque deben tener en cuenta la seriedad de la conducta. Indica que pueden incluir sentencias que impliquen privación de libertad que puedan dar lugar a extradición. Junto a las sanciones, cabe que se adopten con los perpetradores medidas como la supervisión o el control de las personas condenadas y la retirada de la patria potestad cuando el interés superior del menor –incluida la seguridad de la víctima– no pueda garantizarse por ningún otro medio. Tampoco la Directiva 2024/1385 indica en su art. 10 las sanciones concretas que deben

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

imponerse a los casos de *cyberstalking*, más allá de apuntar que deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

El Convenio de Estambul también prevé que se consideren circunstancias agravantes las contempladas en el art. 46, entre las que destacan para el *stalking* que la relación entre víctima y ofensor sea de cónyuges o excónyuges, o parejas actuales o anteriores, se cometa contra una persona en situación de vulnerabilidad, se perpetre contra un menor o en su presencia, se utilice un arma o se amenace con su uso, cause graves daños físicos o psicológicos a la víctima o el autor haya sido condenado con anterioridad, en semejantes términos a como prevé para el *cybertalking* el art. 11 Directiva 2024/1385, que añade como agravante que el delito se haya cometido usando datos íntimos de la víctima obtenidos ilícitamente. De hecho, el GREVIO ha aplaudido el recurso a agravaciones en casos de relaciones de pareja presentes o pasadas y cuando las conductas se cometen en presencia de menores (GREVIO, 2020b). Los estados pueden además reclamar jurisdicción para juzgar el delito de *stalking* cometido en su territorio, físico o jurídico, cuando ha sido cometido por un ofensor que sea nacional o residente legal en el país o contra una víctima que sea nacional o residente legal en el mismo.

Se considera que la persecución del *cyberstalking* y otras formas de VCM digital constituye un reto para las administraciones nacionales, por eso se propone que se creen unidades especializadas para perseguir estas conductas, que se capacite a los profesionales forenses para desarrollar sus capacidades en la recopilación y aseguramiento de pruebas electrónicas sin provocar victimización secundaria, garantizar el acceso efectivo de las víctimas al sistema de justicia penal y poner fin a la impunidad de la VCM digital mediante el fomento de la responsabilidad de los actores pertinentes, incluidas las empresas de las TIC y los intermediarios de internet (GREVIO, 2021b).

2.2. Respuesta jurídica extra-penal frente al *stalking*

El art. 78.3 Convenio Estambul contempla la posibilidad de que los Estados, al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, puedan declarar que se reservan el derecho a prever sanciones no penales, en lugar de sanciones penales, para las conductas a que se refieren los artículos 33 y 34, siempre que las sanciones previstas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Esto tanto si se trata de conductas de autor consumadas como si son de cooperación o tentativas. Es decir, los Estados parte pueden decidir no perseguir penalmente el *stalking* si han formulado la correspondiente reserva.

Esta no es una medida cuya aplicación haya sido apoyada por el GREVIO, que ha lamentado en algunos de sus informes que el *stalking* no se había incriminado como delito autónomo en suficientes países (GREVIO,

2020a), declarando que la intención de los redactores fue la de preservar el principio de criminalización del *stalking* (Council of Europe, 2011) y mostrando reticencias ante las reservas de algunos países por no considerar las sanciones suficientemente disuasorias (GREVIO, 2020a).

El *Explanatory Report* aclara que la reserva no se aplica al art. 34 como un todo, sino solo a la forma concreta en que el mismo es implementado en el país respectivo (Council of Europe, 2011). Es decir, no cabe acudir al art. 78.3 para justificar la ausencia de persecución del *stalking*, lo que podría suponer una quiebra del principio de diligencia debida según el GREVIO (2021b), sino solo para explicar por qué la sanción impuesta no tiene naturaleza penal, sino civil o administrativa. Además, se permite que la reserva sea retirada en cualquier momento para favorecer mayor uniformidad entre las legislaciones estatales, entendiéndose que tiene carácter temporal y que, transcurridos cinco años, decae, salvo que el Estado declare específicamente su voluntad de mantenerla. Solo dos países se han acogido a esta reserva: Rumanía, cuya reserva expiró el 1 de Marzo de 2022, que ya ha incriminado el delito de *stalking* (art. 208 Código penal), y Dinamarca, cuya reserva se mantuvo al menos hasta el 1 de febrero de 2025, aunque incriminó el delito de *stalking* grave desde 2016 (art. 266 a Código Penal).

El *Explanatory Report* contempla que en estos casos el recurso a órdenes de alejamiento como una de las posibles consecuencias anudadas al *stalking* en caso de reserva (Council of Europe, 2011). Con base en el art. 29, prevé que se recurra al Derecho Civil, sobre todo prever recursos jurídicos frente a la difamación y la calumnia en el contexto del *stalking* y del acoso sexual en aquellos casos en que tales conductas no estén contempladas por la legislación penal de las Partes. Cabría igualmente la posibilidad de acudir al Derecho administrativo sancionador para responder frente al *stalking* si se decide no abordarlo jurídico-penalmente.

3. *Medidas preventivas*

Las medidas preventivas contempladas en el capítulo III del Convenio de Estambul deben ser aplicadas a todas las formas de VCM que incluye, el *stalking* y *cyberstalking* entre ellas. Deben suponer la implementación de campañas y cambios culturales para combatir estereotipos de género y la normalización del *stalking* (art. 13), incidir en la educación (art. 14), formar a los profesionales en la prevención y detección pronta de esta forma de VCM (art. 15), prever programas de tratamiento para perpetradores (art. 16), así como promover conductas responsables de los medios de comunicación social (art. 17).

En el ámbito digital, estas medidas se concretan en la necesidad de fomentar el apoyo a la participación en la vida digital de mujeres y niñas, en

fomentar que todos los miembros de la sociedad –en particular los hombres y los niños– abandonen los estereotipos nocivos sobre mujeres y hombres en el ámbito digital, implementar campañas de sensibilización sobre las manifestaciones de la violencia digital contra las mujeres, ofrecer formación profesional obligatoria y continua en materia de violencia digital contra las mujeres, promover la inclusión de la alfabetización digital y la seguridad en línea en todos los niveles educativos, incorporar la violencia digital contra las mujeres en las políticas públicas pertinentes y alentar al sector de las TIC y a los intermediarios de internet a realizar esfuerzos para evitar sesgos de género en el diseño de sus productos, entre otras medidas (GREVIO, 2021b). Semejantes medidas preventivas del *cyberstalking* se contemplan en la Directiva 2024/1385.

4. *Medidas de protección victimal*

También las víctimas de *stalking* deben beneficiarse de las medidas de protección extraprocesal incluidas en el capítulo IV, que incluyen la protección respecto de futuros actos violentos (art. 18), el respeto al derecho victimal a la información (art. 19), a servicios de apoyo generales y especializados adecuados (arts. 20 y 22), al acceso a refugios si es necesario (art. 23), a líneas telefónicas de apoyo (art. 24), a la tutela específica para menores (art. 26) y a la denuncia por parte de terceras personas o de profesionales (arts. 27 y 28). En el ámbito de la VCM digital eso debe traducirse en la necesidad de hacer los servicios de apoyo accesibles a las víctimas de esta forma de violencia, capacitando a dichos servicios, incentivando a los intermediarios de internet a garantizar una moderación sólida de los contenidos contrarios a lo dispuesto en el Convenio de Estambul mediante la retirada de cuentas o contenidos (GREVIO, 2021b). En parecidos términos se pronuncia respecto de la protección de las víctimas de *cyberstalking* la Directiva 2024/1385.

Junto a estas, deben establecerse los mecanismos de protección procesal precisos incluidos en el capítulo VI Convenio de Estambul. Consisten en garantizar una adecuada valoración del riesgo (art. 51), la posibilidad de adoptar órdenes de expulsión de emergencia en situaciones de peligro inmediato (art. 52), así como órdenes de alejamiento y de protección (art. 53), sancionando el quebrantamiento de estas órdenes. También en la adopción de medidas para evitar la victimización secundaria –tales como la protección de sus datos personales, la realización de audiencias separadas o por videoconferencia y la prohibición de contrainterrogatorio abusivo sobre la vida privada de la víctima– en todos los estadios de la investigación y el proceso judicial (art. 56), garantizándoles asistencia letrada (art. 57).

Deben también beneficiarse de las medidas de protección civil contempladas en el art. 29 Convención, entre las que se incluyen las medidas

cautelares civiles –mediante las cuales se ordena a una persona cesar en una determinada conducta, abstenerse de ella o realizar una actuación concreta–, las órdenes de expulsión, las órdenes de alejamiento y las órdenes de no acoso. Reconocérseles efectivamente su derecho a la compensación (art. 30) y respetarse restricciones de naturaleza civil de los derechos de custodia y visitas orientadas a la protección de la seguridad de las víctimas (art. 31). Finalmente, también reconocerles la posibilidad de obtener estatus residencial (art. 59) e incluso asilo (art. 60), garantizando la observancia del principio de no devolución (art. 61) con base en la VCM sufrida.

5. *Políticas coordinadas*

Las medidas de prevención, protección y persecución indicadas centradas en la protección de los derechos victimales deben adoptarse en el contexto de políticas coordinadas no solo a nivel interno de los estados, sino que también contemplen la cooperación internacional (Capítulo VIII) para garantizar la protección transnacional de las personas en riesgo (art. 63) y el flujo de información entre autoridades de diversos estados (art. 64), garantizando la protección de datos (art. 65). Tales políticas deben estar diseñadas y monitorizadas por uno o varios organismos coordinadores (art. 10), deben estar basadas en la recolección rigurosa de datos estadísticos desagregados y comparables y en la investigación (art. 11). Además, deben implicar a los actores pertinentes, tales como los organismos gubernamentales, los parlamentos y las autoridades nacionales, regionales y locales, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil (art. 7), estar dotadas de recursos financieros y humanos suficientes (art. 8), y fomentar la participación de organizaciones no gubernamentales y otros actores relevantes de la sociedad civil en la lucha contra la violencia contra las mujeres (art. 9).

En el caso de la VCM digital tales políticas deben asegurar, entre otras medidas, que los intermediarios de internet asumen su rol y responsabilidades en este ámbito, que el sector privado y el de las TIC implementen protocolos y estándares de auto-regulación para prevenirla, asegurar el reconocimiento de la dimensión digital de la VCM digital en los correspondientes planes nacionales, garantizar la recogida sistemática de datos y fomentar la investigación en VCM digital, involucrar al sector de las TIC y a los intermediarios de internet en los esfuerzos por hacer responder a los ofensores y prevenir que los operadores comerciales puedan sacar provecho económico de la VCM digital (GREVIO, 2021b). Semejantes son las medidas de coordinación para afrontar el *cyberstalking* contemplados en la Directiva 2024/1385.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

VI. RECEPCIÓN EUROPEA DEL *STALKING*: ANÁLISIS COMPARADO

1. *La expansión de tipificaciones específicas*

La aprobación del Convenio de Estambul ha sido determinante para la incriminación del *stalking* en la mayor parte de países europeos, como se ha indicado. Si en 2010 eran 13 los países que habían incriminado específicamente estas conductas, en 2016 llegaron a los 21 (Van der Aa y Römkens, 2013; Van der Aa, 2018). Actualmente, la mayor parte de países de la UE, con excepción de Grecia, han tipificado específicamente el delito de *stalking*, en algunos casos, como en el de Lituania, en fechas tan recientes como 2021. También países del Consejo de Europa no pertenecientes a la UE –como Noruega, Islandia, Suiza, Liechtenstein, Macedonia del Norte, Montenegro o Serbia– han incorporado a sus respectivos códigos penales incriminaciones específicas del *stalking*. Al menos 31 países del Consejo de Europa lo han tipificado específicamente, lo que puede considerarse efecto de la aprobación del Convenio de Estambul (Van der Aa, 2018; Zdravkovska, 2024).

Sin embargo, esta expansión no ha dado lugar a un modelo uniforme, sino a una constelación de tipos penales que, aun inspirados en el artículo 34 del Convenio de Estambul, divergen en aspectos centrales de la descripción típica, los requisitos de resultado, la atención al *cyberstalking*, las agravantes que contemplan y las sanciones que prevén.

2. *Divergencias en la conformación del tipo del delito de* stalking

Los tipos de los delitos incorporados difieren fundamentalmente en el tipo de efectos o consecuencias negativas que requieren para las víctimas. Unos países limitan la tipicidad de la conducta a que sea capaz de causar miedo o lo cause efectivamente (entre otros, Eslovenia, República Checa, Rumanía, Letonia), dejando sin protección penal a las víctimas que no experimentan ese sentimiento (Van der Aa, 2018). Otros refieren otros posibles efectos, entre ellos, la perturbación grave (España, Croacia, Eslovaquia, Suecia), la producción de angustia o ansiedad (Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Malta), el atentado a la privacidad (Bélgica, Polonia, Portugal) o a las condiciones de vida de la víctima (España, Francia, Hungría, Estonia, Lituania) (GREVIO, 2020b, 2022b, 2025a).

Algunos países requieren que la conducta persecutoria cause un resultado concreto (Austria, España, Francia, Italia o Portugal), con el peligro de dejar fuera del ámbito de protección penal a las víctimas menos perturbables, mientras que otros configuran el delito como tipo de aptitud (Dinamarca, Letonia, Irlanda). Esta divergencia tiene implicaciones significativas para la

protección de víctimas cuya respuesta emocional al acoso puede no ser inmediata, lo mismo que respecto de aquellas que logran mantener un nivel de funcionamiento aparentemente normal a pesar de sufrir acecho persistente.

Más allá de en la descripción del resultado típico, las legislaciones nacionales también difieren en la forma en que describen la conducta típica. Unos países incluyen un listado más o menos abierto de conductas constitutivas de *stalking* (entre ellos, Austria, Croacia, Eslovaquia, España, Finlandia, Hungría, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia), con el consiguiente peligro de que el tipo pueda quedar pronto obsoleto si el listado de conductas no se deja abierto (GREVIO, 2022b; Van der Aa, 2018). Otros, por el contrario, realizan una descripción más genérica del comportamiento típico, caracterizado como comportamientos repetidos, continuados y de carácter hostigador o amenazador, según los casos; entre ellos, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Rumanía.

En lo que a la incriminación del *cyberstalking* se refiere, aunque son pocos los países cuyo tipo penal menciona expresamente al *cyberstalking* (así, por ejemplo, Bélgica, Eslovaquia o el Reino Unido), la práctica totalidad de los países que han incriminado el *stalking* lo han hecho de forma que incorporan también implícitamente al *cyberstalking* (GREVIO, 2021b; Van der Aa, 2018).

3. *Diversa conformación de los tipos cualificados y de las sanciones*

La forma en que se configuran las circunstancias agravantes también difiere entre unos países y otros. En la mayor parte de países se contemplan agravaciones atendiendo a las características del sujeto pasivo del delito, aunque aquí la diferencia radica en si se atiende a que se trate de víctimas menores o personas vulnerables (como en Croacia, España, Francia, Italia, Malta, Portugal), o de agravar situaciones relacionadas con la violencia en el ámbito familiar o la VCM (Italia, Malta o España). Junto a la víctima, en otros países la agravación se vincula al uso de medios electrónicos o de las TIC (Bélgica, Eslovaquia, Reino Unido) (GREVIO, 2017a y b, 2020a y b, 2022b, 2025a).

Las legislaciones estatales también divergen en el tipo y duración de las penas previstas. Mientras algunos países prevén sanciones elevadas, que pueden superar los tres años de prisión (así en Bélgica, Francia, Alemania o Reino Unido), en otros se contemplan sanciones más moderadas, que oscilan entre el año y los tres años de prisión (Austria, Finlandia, Italia, Noruega, Polonia, Rumanía, Suiza y Turquía). Finalmente, en otros países estas conductas se sancionan con multas o penas de prisión inferiores al año, según los casos (por ejemplo, en Países Bajos, España o Portugal) (GREVIO, 2017a, 2020b, 2022b; Van der Aa, 2018).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

4. *Diferencias en protección victimal*

Las medidas de protección y las órdenes de alejamiento que pueden adoptarse tampoco son uniformes. Solo algunos países cuentan con órdenes policiales de urgencia que permiten acordar el alejamiento sin esperar a la decisión del juez (así, Austria, Dinamarca, Finlandia, Italia o Noruega), mientras en la mayoría las órdenes de alejamiento y de prohibición de comunicación solo pueden ser adoptadas por un juez. Solo algunos países, como Alemania o Reino Unido, han avanzado en la inclusión de bloqueos tecnológicos en las órdenes de protección, requiriendo la suspensión de cuentas o el bloqueo de la dirección IP (GREVIO, 2022a, 2025b).

Esta fragmentación normativa contrasta con lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del Convenio de Estambul y con las recomendaciones recientes de GREVIO en materia de VCM digital. El Convenio demanda explícitamente que los Estados prevean órdenes urgentes de protección (*emergency barring orders*) susceptibles de ser adoptadas sin dilación en situaciones de peligro inmediato, lo que presupone una arquitectura procesal ágil capaz de prescindir de trámites judiciales previos en casos de riesgo grave e inminente (GREVIO, 2017b, 2020a). Del mismo modo, la inclusión de medidas tecnológicas específicas en las órdenes de protección constituye ya un estándar emergente que varios informes GREVIO han recomendado a los Estados que carecen de tales previsiones (GREVIO, 2017b, 2019, 2022b). La monitorización por GPS, el bloqueo de direcciones IP, la suspensión de cuentas en redes sociales o la prohibición de acceso a determinadas plataformas digitales constituyen ejemplos de medidas que pueden resultar especialmente efectivas en contextos de *cyberstalking*, donde el agresor mantiene proximidad virtual incluso cuando existe una orden de alejamiento presencial (GREVIO, 2022a, 2025b).

Igualmente, el GREVIO ha abogado por establecer un mínimo europeo de protección que facilite el reconocimiento mutuo y la ejecución transfronteriza de estas órdenes, en particular mediante instrumentos tales como la Directiva 2011/99/UE sobre la orden de protección europea (GREVIO, 2025b). Una armonización en este ámbito permitiría que los *stalkers* no pudieran evadir las órdenes simplemente cruzando fronteras, mejorando significativamente la protección de las víctimas en contextos migratorios o transnacionales, cada vez más frecuentes en el acoso facilitado por la tecnología (GREVIO, 2025b).

VII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: DESAFÍOS PENDIENTES

La inclusión del *stalking* como una de las manifestaciones de la VCM que deben incriminarse en el Convenio de Estambul, reiterada en la Directiva 2024/1385 únicamente respecto del *cyberstalking*, ha contribuido claramente

a la tipificación específica de esta conducta en la mayoría de los países del Consejo de Europa. Las legislaciones nacionales han dado respuesta a la persecución del *stalking* demandada en el Convenio, yendo en ocasiones incluso más allá de lo que requiere este instrumento normativo supranacional, que parte de un concepto restrictivo de *stalking*. Sin embargo, convendría armonizar las legislaciones nacionales para que en el ámbito de la incriminación y la persecución de estas conductas no hubiese tantas divergencias normativas entre países, llevando más allá de la persecución dicha armonización, que debería asegurar el cumplimiento del estándar 4P que adoptan tanto el Convenio de Estambul cuanto la Directiva 2024/1385.

1. *Retos en incriminación e investigación criminal*

En lo que a la persecución de las conductas de *stalking* y *cyberstalking* se refiere, se deberían hacer esfuerzos por incluir modalidades de *stalking* digital a través de aplicaciones de mensajería efímera (GREVIO, 2025b), eliminar la necesidad de que la víctima rechace expresamente la conducta del *stalker* que pervive en algunas legislaciones (GREVIO, 2019), escalonar las sanciones en función del daño producido a la víctima (GREVIO, 2019) o valorar la oportunidad de incorporar sanciones específicas cuando se usen herramientas digitales avanzadas (GREVIO, 2022a).

La investigación de estos delitos se beneficiaría del establecimiento de unidades forenses especializadas (GREVIO, 2017a), de la introducción de herramientas de detección temprana –empleando la IA para monitorizar patrones sospechosos– (GREVIO, 2017b), además de garantizar la cadena de custodia digital de las pruebas, preservando la evidencia digital (GREVIO, 2025b).

Con todo, aunque falte por implementar medidas para armonizar legislaciones nacionales y hacer más eficiente la intervención del sistema de justicia penal, la persecución del *stalking* ha calado en las legislaciones nacionales.

2. *Desafíos en protección victimal y servicios de apoyo*

Otros aspectos integrados en la política de cuatro pilares del Convenio de Estambul no han sido todavía objeto del suficiente desarrollo en las normativas estatales. En lo que a protección victimal se refiere, debería garantizarse que la prestación de apoyo especializado a las víctimas llegase a todas ellas, incluidas las migrantes y las pertenecientes a minorías étnicas y sexuales, que contasen con apoyo psicológico gratuito en todos los países, aspecto con el que ahora mismo no siempre se cuenta, y que se asegurase la protección digital de los datos de las víctimas (GREVIO, 2017b, 2019, 2022a). Destaca en este sentido como buena práctica el establecimiento del *Danish Stalking Centre* para proveer apoyo especializado (GREVIO, 2022a).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 459-486
https://doi.org/10.18543/ed.3587 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Respecto de la protección en el proceso penal, debería valorarse la posibilidad de instaurar órdenes inmediatas de protección sin necesaria intervención judicial por razones de urgencia (GREVIO, 2017a), introducir mecanismos de protección digital activa que permitiesen bloquear cuentas o direcciones IP (GREVIO, 2025a) y homologar las distancias mínimas de prohibición de aproximación en las órdenes de protección para facilitar su aplicación transfronteriza (GREVIO, 2025b).

3. *Mejoras precisadas en prevención, formación profesional y recogida de datos*

En lo atinente a prevención, formación y sensibilización, debe intensificarse la implementación de campañas de concienciación sobre el *cyberstalking* y la VCM digital, hasta ahora realizadas en pocos países (GREVIO, 2020a, 2024). Debería asimismo uniformizarse la capacitación interinstitucional en *cyberstalking* entre los diversos países, también desigual hasta el momento (GREVIO, 2019, 2022a). También conviene reforzar la intervención temprana con *stalkers* en riesgo de reincidencia, que se ha demostrado eficaz (GREVIO, 2025b; McEwan et al., 2017).

En el contexto de la intervención temprana en situaciones de riesgo de reincidencia se sitúa el uso de instrumentos especializados de evaluación del riesgo en casos de *stalking*, que resultan críticos para planificar medidas de protección efectivas y asignar eficientemente los recursos de seguridad (Eke et al., 2011; College of Policing, 2024). Estos instrumentos superan las herramientas genéricas de violencia doméstica al incorporar factores específicamente asociados al *stalking*, como la escalada del comportamiento, la motivación del acosador, el acceso a armas o la presencia de menores y personas vulnerables. Entre los más reconocidos figuran el *Stalking Assessment and Management* (SAM), el *Stalking & Harassment Assessment & Risk Profile* (SHARP) y el *Screening Assessment of Stalking and Harassment* (SASH), junto con programas de intervención temprana como el *Early Awareness Stalking Intervention* (EASI) (Kropp et al., 2008; McEwan et al., 2017; Storey et al., 2014). Sin embargo, la mayoría se han desarrollado y validado en contextos anglosajones y solo algunos países europeos los han implementado, por lo que el cumplimiento de la política 4P adoptada por el Convenio de Estambul y la Directiva 2024/1385, lo mismo que algunas recomendaciones de GREVIO, reclaman su generalización, la inclusión de dimensiones específicas de *cyberstalking* y una evaluación de riesgo continuada y dinámica (GREVIO, 2021, 2025b; McEwan et al., 2017; Storey et al., 2014).

Junto a esto, la adecuada prevención pasa también por una sistemática y conveniente recogida de datos, tanto sobre el *stalking* en sí –que no siempre

se registran de forma desagregada respecto de otras formas de VCM, lo que impide una evaluación precisa de las políticas implementadas (GREVIO, 2023a)– como sobre la eficacia del sistema de justicia penal y del sistema de apoyo a víctimas (GREVIO, 2025b).

4. *Demandas a atender en cooperación internacional y políticas coordinadas*

Finalmente, la incidencia en los cuatro pilares del Convenio de Estambul debe articularse a través de políticas coordinadas a nivel nacional e internacional. Si bien en el ámbito nacional se ha avanzado, debe incidirse en la cooperación internacional, reforzando la asistencia mutua judicial sobre todo en los casos de riesgo inminente, centralizando las alertas sobre *stalkers* en una unidad especializada de *stalking* integrada por agencias policiales supranacionales y compartiendo los datos recabados sobre esta realidad (GREVIO, 2025b).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

American Crime Prevention Institute. (2015). *The law enforcement officer's complete prevention manual* (Rev. ed.). American Crime Prevention Institute.

Basile, K. C., Arias, I., Desai, S., y Thompson, M. P. (2004). The differential association of intimate partner physical, sexual, psychological, and stalking violence and posttraumatic stress symptoms in a nationally representative sample of women. *Journal of Traumatic Stress, 17*(5), 413–421. https://doi.org/10.1023/B:JOTS.0000048954.50232.d8

Baum, K., Catalano, S., Rand, M., y Rose, K. (2009). *Stalking victimization in the United States* (Bureau of Justice Statistics Special Report, NCJ 224527). U.S. Department of Justice.

Bjerregaard, B. (2000). An empirical study of stalking victimization. *Violence and Victims, 15*(4), 389–406. https://doi.org/10.1891/0886-6708.15.4.389

Breiding, M. J. (2014). *Prevalence and characteristics of sexual violence, stalking, and intimate partner violence victimization – National Intimate Partner and Sexual Violence Survey, United States, 2011* (MMWR Surveillance Summaries, 63). Centers for Disease Control and Prevention.

Bussu, A., Pulina, M., Ashton, S. A., Mangiarulo, M., y Molloy, E. (2024). Cyberbullying and cyberstalking victimisation among university students: A narrative systematic review. *International Review of Victimology, 30*(1), 59–90. https://doi.org/10.1177/02697580241257217

Cavezza, C., y McEwan, T. E. (2014). Cyberstalking versus off-line stalking in a forensic sample. *Psychology, Crime & Law, 20*(10), 955–970. https://doi.org/10.1080/1068316X.2014.893334

College of Policing. (2024). *Stalking and harassment: Risk assessment and management guidance*. College of Policing.

Council of Europe. (2011). *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*. Council of Europe.

Council of Europe. (2022). *The four pillars of the Istanbul Convention*. Council of Europe.

De Fazio, L. (2009). The legal situation on stalking among the European member states. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 15(3), 229–242. https://doi.org/10.1007/s10610-009-9110-2

De Fazio, L. (2011). Criminalization of stalking in Italy: One of the last among the current European member states' anti-stalking laws. *Behavioral Sciences & the Law, 29*(2), 317–323. https://doi.org/10.1002/bsl.976

Dennison, S. M., y Thomson, D. M. (2005). Criticisms or plaudits for stalking laws? What psychological research tells us about proscribing stalking. *Psychology, Public Policy and Law*, 11(3), 384–406. https://doi.org/10.1037/1076-8971.11.3.384

Dobash, R. E., y Dobash, R. P. (2011). What were they thinking? Men who murder an intimate partner. *Violence Against Women*, 17(1), 111–134. https://doi.org/10.1177/1077801210387748

Edwards, K. M., Camp, E. E., Lim, S., Logan, T. K., Shorey, R. C., y Babchuk, W. (2022). Stalking among sexual and gender minorities: A systematic literature review. *Aggression and Violent Behavior*, 66, 101777. https://doi.org/10.1016/j.avb.2022.101777

Eke, A. W., Hilton, N. Z., Meloy, J. R., Mohandie, K., y Williams, J. (2011). Predictors of recidivism by stalkers: A nine-year follow-up of police contacts. *Behavioral Sciences & the Law*, 29(2), 271–283. https://doi.org/10.1002/bsl.986

European Commission. (2014). *Violence Against Women: An EU-wide survey. Main results*. Publications Office of the European Union.

Eurostat, Fundamental Rights Agency y European Institute for Gender Equality. (2024). *EU Gender-Based Violence Survey. Key results*. Publications Office of the European Union.

Finch, E. (2001). *The criminalisation of stalking: Constructing the problem and evaluating the solution*. Cavendish Publishing Limited.

Goode, M. (1995). Stalking: Crime of the nineties? *Criminal Law Journal*, 19, 21–30.

Goodno, N. H. (2007). Cyberstalking, a new crime: Evaluating the effectiveness of current state and federal laws. *Missouri Law Review, 72*(1), 125–196.

GREVIO. (2017a). *Baseline Evaluation Report: Austria*. Council of Europe.

GREVIO. (2017b). *Baseline Evaluation Report: Denmark*. Council of Europe.

GREVIO. (2019). *Baseline Evaluation Report: Finland*. Council of Europe.

GREVIO. (2020a). *1st General Report on GREVIO's Activities*. Council of Europe.

GREVIO. (2020b). *Baseline Evaluation Report: Spain*. Council of Europe.

GREVIO. (2021a). *2nd General Report on GREVIO's Activities*. Council of Europe.

GREVIO. (2021b). *General Recommendation No. 1 on the Digital Dimension of Violence Against Women*. Council of Europe.

GREVIO. (2022a). *3rd General Report on GREVIO's Activities*. Council of Europe.

GREVIO. (2022b). *Baseline Evaluation Report: Germany*. Council of Europe.

GREVIO. (2023a). *4th General Report on GREVIO's Activities*. Council of Europe.
GREVIO. (2023b), *Baseline Evaluation Report: Greece*. Council of Europe
GREVIO. (2024). *5th General Report on GREVIO's Activities*. Council of Europe.
GREVIO. (2025a). *Baseline Evaluation Report: United Kingdom*. Council of Europe.
GREVIO. (2025b). *Thematic perspectives on the implementation of the Istanbul Convention*. Council of Europe.
Kropp, P. R., Hart, S. D., y Belfrage, H. (2008). *Structured professional judgment and actuarial risk assessment instruments: A critical analysis*. In A. R. Beech, L. A. Craig, & K. D. Browne (Eds.), *Assessment and treatment of sex offenders* (pp. 55–74). Wiley.
Langhinrichsen-Rohling, J. (2012). Gender and stalking: Current intersections and future directions. *Sex Roles, 66*(5–6), 418–426. https://doi.org/10.1007/s11199-010-9838-0
Matos, M., Grangeia, H., Ferreira, C., Asevedo, V., Gonçalves, M., y Sheridan, L. (2019). Stalking victimization in Portugal: Prevalence, characteristics, and impact. *International Journal of Law, Crime and Justice, 57*, 103–115. https://doi.org/10.1016/j.ijlcj.2019.02.004
McEwan, T. E., Daffern, M., MacKenzie, R. D., & Ogloff, J. R. P. (2017). Risk factors for stalking violence, persistence, and recurrence. *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 28, 38–56. https://doi.org/10.1080/14789949.2016.1247188
Meloy, J. R., y Gothard, S. (1995). A demographic and clinical comparison of obsessional followers and offenders with mental disorders. *American Journal of Psychiatry, 152*(2), 258–263. https://doi.org/10.1176/ajp.152.2.258
Mullen, P. E., Pathé, M., y Purcell, R. (2001). *Stalkers and their victims*. Cambridge University Press.
National Center for Victims of Crime. (2007). *The model stalking code revisited: Responding to the new realities of stalking*. National Center for Victims of Crime.
National Center for Victims of Crime. (2015). *Stalking fact sheet*. National Center for Victims of Crime.
National Union of Students. (2011). *Hidden marks: A study of women students' experiences of harassment, stalking, violence and sexual assault*. National Union of Students.
Nicol, B. (2006). *Stalking*. Reaktion Books.
Nobles, M. R., Reyns, B. W., Fox, K. A., y Fisher, B. S. (2014). Protection against pursuit: A conceptual and empirical comparison of cyberstalking and stalking victimization in a national sample. *Justice Quarterly, 31*(6), 986–1014. https://doi.org/10.1080/07418825.2012.723030
Owens, J. G. (2016). Why definition matters: Stalking victimization in the United States. *Journal of Interpersonal Violence*, 31(12), 2196–2226. https://doi.org/10.1177/0886260514567962
Parsons-Pollard, N., y Moriarty, L. J. (2009). Cyberstalking: Utilizing what we do know. *Victims & Offenders, 4*(4), 435–441. https://doi.org/10.1080/15564880903227644

Pathé, M., y Mullen, P. E. (1997). The impact of stalkers on their victims. *British Journal of Psychiatry, 170*(1), 12–17. https://doi.org/10.1192/bjp.170.1.12

Pereira, F., y Matos, M. (2015). Cyber-stalking victimization: What predicts fear among Portuguese adolescents? *European Journal on Criminal Policy and Research, 21*(1), 167–183. https://doi.org/10.1007/s10610-014-9248-4

Purcell, R., Pathé, M., y Mullen, P. E. (2004). Stalking: Defining and prosecuting a new category of offending. *International Journal of Law and Psychiatry, 27*(2), 157–169. https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2004.01.001

Reyns, B. W., Henson, B., y Fisher, B. S. (2011). Stalking in the Twilight Zone: Extent of cyberstalking victimization and offending among college students. *Deviant Behavior, 33*(1), 1–25. https://doi.org/10.1080/01639625.2010.538364

Roberts, K. A. (2005). Women's experience of violence during stalking by former romantic partners: Factors predictive of stalking violence. *Violence Against Women, 11*(1), 89–114. https://doi.org/10.1177/1077801204271950

Sheridan, L. P., y Grant, T. (2007). Is cyberstalking different? *Psychology, Crime & Law, 13*(6), 627–640. https://doi.org/10.1080/10683160701340528

Sheridan, L., y Lyndon, A. E. (2012). The influence of prior relationship, gender, and fear of the consequences of the stalking victimization. *Sex Roles, 66*(5–6), 340–350. https://doi.org/10.1007/s11199-010-9831-7

Southworth, C., Finn, J., Dawson, S., Fraser, C., y Tucker, S. (2007). Intimate partner violence, technology, and stalking. *Violence Against Women, 13*(8), 842–856. https://doi.org/10.1177/1077801207302045

Spitzberg, B. H., y Hoobler, G. (2002). Cyberstalking and the technologies of interpersonal terrorism. *New Media & Society, 4*(1), 71–92. https://doi.org/10.1177/14614440222226271

Storey, J. E., Hart, S. D., Cooke, C. N., y Michie, C. (2014). Psychometric properties of the Spousal Assault Risk Assessment Guide (SARA). *Law and Human Behavior, 38*(6), 607–617. https://doi.org/10.1037/lhb0000093

Tjaden, P., Thoennes, N., y Allison, C. J. (2000). Comparing stalking victimization from legal and victim perspectives. *Violence and Victims*, 15, 7–22.

Tjaden, P., y Thoennes, N. (1998). *Stalking in America: Findings from the National Violence against Women Survey*. National Institute of Justice y Centers for Disease Control and Prevention.

Travaini, G., Flutti, E., Moretti, G., Carabellese, F., Catanesi, R., Mandarelli, G., Buongiorno, L., Carabellese, F., Ferracuti, S., y Parmigiani, G. (2024). Efficacy of treatment approaches for stalking offenders: A systematic review. *International Review of Psychiatry, 36*(7), 812–825. https://doi.org/10.1080/09540261.2024.2368796

Van der Aa, S. (2018). New trends in the criminalization of stalking in the EU Member States. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 24, 315–333. https://doi.org/10.1007/s10610-018-9388-0

Van der Aa, S., y Römkens, R. (2013). The state of the art in stalking legislation: Reflections on European developments. *European Criminal Law Review, 3*(2), 232–256. https://doi.org/10.5235/219174413808445883

Villacampa, C. (2009). *Stalking y Derecho Penal. Relevancia penal de una nueva forma de acoso*. Iustel.

Villacampa, C., y Pujols, A. (2017). Stalking victimisation: Prevalence and dynamics amongst Spanish university students. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 25*(4), 347–370. https://doi.org/10.1163/15718174-25032110

Villacampa, C., y Pujols, A. (2019). Effects of and coping strategies for stalking victimisation in Spain: Consequences for its criminalisation. *International Journal of Law, Crime and Justice, 56*, 27–38. https://doi.org/10.1016/j.ijlcj.2019.01.002

Westrup, D. (1998). Applying functional analysis to stalking behaviour. En J. R. Meloy (Ed.), *The psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives* (pp. 285–306). Academic Press.

Wilson, C., Sheridan, L., y Garratt-Reed, D. (2023). Examining cyberstalking perpetration and victimization: A scoping review. *Trauma, Violence, & Abuse, 24*(3), 2019–2033. https://doi.org/10.1177/15248380221082937

Zdravkovska, A. (2024). Evolving legal responses to stalking and sexual harassment: A global perspective. *Horizons – International Scientific Journal, 1*(1), 98–101. https://doi.org/10.53656/horiz.1.1.2024.s11

Derecho público iberoamericano

LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA EN MATERIA DE TRANSFUGUISMO POLÍTICO EN GRUPOS SIGNIFICATIVOS DE CIUDADANOS: UNA MIRADA COMPARADA CON CHILE Y ESPAÑA[1]

The case law evolution of the Colombian Council of State on political defection in Significant Groups of Citizens: A comparative perspective with Chile and Spain

Altus Alejandro Baquero Rueda[2]
Magistrado del Consejo Nacional Electoral de Colombia
Profesor de posgrado. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Colombia
Universidad del Rosario, Bogotá. Colombia
https://orcid.org/0009-0007-5015-6141

https://doi.org/10.18543/ed.3588

Fecha de recepción: 14.01.2026
Fecha de aceptación: 25.03.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo el estudio de la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado de Colombia en torno a la prohibición de doble militancia y su aplicación a las candidaturas independientes inscritas mediante Grupos Significativos de Ciudadanos, así como las tensiones constitucionales que dicha extensión

[1] Esta publicación se realiza en el marco del Programa de Doctorado en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), como parte del desarrollo de la tesis doctoral titulada «Transfuguismo político: caminos, desafíos y estrategias», dirigida por los doctores Carlos José Vidal Prado y Eloy García López.

[2] Email: abaquero25@alumno.uned.es

interpretativa genera frente a los derechos de participación política. Actualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha consolidado una línea restrictiva frente a estas libertades, que proyecta el régimen sancionatorio del transfuguismo propio del sistema de partidos hacia formas de participación política no partidistas, dando lugar a la nulidad de elecciones democráticas. La metodología de investigación utilizada fue de carácter normativo, jurisprudencial y doctrinal, con un enfoque analítico y comparado, incorporando el examen de las soluciones adoptadas en los ordenamientos chileno y español para evaluar el alcance constitucional del modelo colombiano.

Palabras clave

Transfuguismo político, candidaturas independientes, grupos significativos de ciudadanos, derecho electoral.

Abstract

This article aims to examine the case law evolution of the Colombian Council of State concerning political defection and the prohibition of double party membership as applied to independent candidacies promoted by Significant Groups of Citizens, as well as the constitutional tensions generated by this interpretative expansion in relation to political participation rights. Currently, the jurisprudence of the Council of State has consolidated a restrictive approach regarding these liberties, extending sanctioning mechanisms originally designed to address party defections within the party system onto non-partisan forms of political participation, leading to the annulment of democratic elections. The research methodology is normative, jurisprudential, and doctrinal, adopting an analytical and comparative perspective with Chile and Spain in order to assess the constitutional scope of the Colombian model.

Keywords

Political defection, independent candidacies, Significant Groups of Citizens, electoral law.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión: la sanción del transfuguismo político como límite al derecho de participación mediante candidaturas independientes. II. Marco teórico: derechos políticos y doble militancia. III. Evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de doble militancia y su impacto en grupos significativos de ciudadanos. IV. Análisis comparado del problema. 1. Chile. 2. España. V. Conclusiones generales. VI. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SANCIÓN DEL TRANSFUGUISMO POLÍTICO COMO LÍMITE AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN MEDIANTE CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

La Asamblea Nacional Constituyente convocada el 27 de mayo de 1990 en Colombia[3] respondió al propósito de reconstruir los vínculos entre el Estado y la ciudadanía, socavados por la pérdida de credibilidad y confianza en el sistema bipartidista entonces vigente, heredado del Frente Nacional[4], cuyo agotamiento se manifestó en la debilidad de las instituciones de representación, en un contexto de violencia generalizada y en la prolongada concentración del poder en los partidos Liberal y Conservador. En estas circunstancias, el proceso constituyente tuvo como objetivo redefinir la relación entre los ciudadanos y el poder político, promoviendo la transición desde un modelo de democracia estrictamente representativa hacia uno de carácter participativo y plural, concebido como una respuesta institucional a la crisis de legitimidad existente (Baquero Rueda 2025, 21)[5].

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano materializó este giro normativo al ampliar los espacios de intervención ciudadana más allá de la mera elección periódica de representantes, incorporando mecanismos de participación directa en la toma de decisiones

[3] La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-637 de 15 de junio de (2001) señaló la información consignada en la convocatoria de la asamblea: «Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Nacional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia».

[4] El Frente Nacional alude a un modelo político de carácter excluyente, en el cual el ejercicio del poder y la ocupación de los cargos públicos en Colombia quedaron concentrados de manera bipartidista en los partidos Conservador y Liberal, mediante un esquema de alternancia pactada entre 1958 y 1974, lo que supuso una restricción efectiva a la participación de otras fuerzas y organizaciones políticas.

[5] Así también lo señala la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-101 de 24 de octubre de (2018) y Sentencia T-637 de 15 de junio de 2001.

públicas. Este nuevo ideario se consagró, entre otros preceptos, en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 3, 40 y 103 de la carta superior, que establecen un conjunto de instrumentos orientados a garantizar el derecho de los ciudadanos a conformar, ejercer y controlar el poder político.

Como corolario, uno de los mecanismos de participación creado precisamente por medio de esta nueva configuración constitucional fueron las candidaturas independientes por firmas. El artículo 108 de la Constitución dispuso que no solo los partidos y movimientos políticos con personería jurídica[6] podían inscribir candidatos a elecciones con el aval de su representante legal o de quien este delegara, sino también los movimientos sociales o Grupos Significativos de Ciudadanos –GSC[7]–, como una alternativa al monopolio de los partidos políticos, en su condición de únicos facultados hasta entonces para confeccionar y presentar candidaturas a cargos o corporaciones públicas de elección popular.

En desarrollo de este mandato, el artículo 9 de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994[8] reconoció a los GSC la posibilidad de presentar candidaturas independientes, cumpliendo con ciertos requisitos especiales para el efecto, veamos:

> i) reunir el número de firmas equivalente a al menos el 20%[9] del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer («[e]n ningún caso se exigirán más de cincuenta

[6] El reconocimiento de la personería jurídica es un procedimiento a petición de parte, de carácter declarativo. Este procedimiento se rige por las reglas constitucionales vigentes y culmina con la aprobación o negación del Consejo Nacional Electoral. El Consejo de Estado de Colombia, en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta mediante sentencia de 23 de julio de (2020) con Radicado no. 11001-03-28-000-2019-00040-00, definió la personería jurídica como el reconocimiento oficial de que una organización política fue fundada y estructurada. Dicha organización debe tener estatutos, plataforma ideológica y programática, afiliados y directivos, siendo sujeto de derechos y obligaciones. Del artículo 108 de la Constitución se desprende un primer supuesto para obtener la personería jurídica. Este exige haber alcanzado al menos el 3% de los votos válidos en Cámara o Senado, requisito que también se exige para conservarla.

[7] Los GSC se diferencian de los movimientos sociales en cuanto su integración se encuentra restringida exclusivamente a personas naturales. La presente investigación se circunscribe al análisis de los GSC, en tanto esta modalidad de participación política independiente constituye, en la práctica, la vía más utilizada y aquella que ha recibido un mayor desarrollo y valoración en la jurisprudencia electoral (Consejo Nacional Electoral s.f.).

[8] En concordancia con el artículo 28 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011.

[9] Para las elecciones a la Presidencia de la República se debe reunir un número de firmas equivalente al 3% del número total de votos válidos depositados en las anteriores elecciones presidenciales, y no se exige póliza de seriedad, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 996 de 24 de noviembre de 2005.

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

> mil firmas para permitir la inscripción de un candidato [117]; ii) otorgar al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura por la cuantía que fije el Consejo Nacional Electoral[118] y iii) realizar la inscripción a través de un comité integrado por tres ciudadanos, el cual deberá registrarse ante la correspondiente autoridad electoral al menos un mes antes de la fecha de cierre de la respectiva inscripción y, en todo caso, antes del inicio de la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista[119]. (Corte Constitucional de Colombia 2022, «7. La inscripción de candidaturas»)

La jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional de Colombia 1994, «III. Revisión constitucional»)[10] y contencioso-electoral (Consejo de Estado de Colombia 2024, párr. 120) ha precisado que el carácter «significativo» de los GSC debe valorarse desde una perspectiva sociológica, atendiendo a la relevancia de su manifestación política en un contexto específico. Estos grupos responden a una finalidad esencialmente coyuntural, pues expresan una voluntad popular cualitativamente relevante sin vocación de permanencia institucional. Su inclusión en el ordenamiento busca garantizar el derecho a la participación política, incluso en escenarios donde no existe una organización estable que asegure continuidad o institucionalización desde el punto de vista del activismo político. En este sentido, la diferencia frente a los partidos y movimientos políticos radica en sus fines fundantes: mientras estos últimos buscan acceder y ejercer el poder de forma sostenida, los GSC persiguen objetivos concretos de carácter social o económico, sin pretensión de participación electoral permanente.

De esta suerte, los GSC son un mecanismo de participación política mediante el cual la ciudadanía se puede articular de manera temporal para postular una candidatura a un cargo o corporación pública de elección popular, por fuera del sistema de partidos tradicional. A diferencia de estos últimos, los GSC solo se constituyen para recolectar las firmas necesarias para la postulación y no cuentan con jerarquías definidas ni con estatutos o regímenes disciplinarios. Son una manifestación circunstancial de la voluntad ciudadana, orientada a respaldar una candidatura independiente en un proceso electoral determinado y, cumplido dicho propósito, están llamadas a desaparecer (Misión de Observación Electoral de Colombia 2025, 3)[11].

[10] También lo señala la Sentencia C-955 de 6 de septiembre de (2001, «5. Extensión del principio de representación»).

[11] En principio, toda vez que cumpliendo los requisitos fijados en el artículo 108 de la Constitución, es viable jurídicamente que soliciten al Consejo Nacional Electoral –CNE– el reconocimiento como partido político con personería jurídica y, en consecuencia, presenten candidatos en los procesos electorales subsiguientes sin necesidad de recolectar firmas. Esta cuestión resulta interesante, pues, como se verá, en España y Chile no está

Desde una perspectiva teórico-constitucional, el reconocimiento normativo de las candidaturas independientes no puede entenderse como una negación del papel estructural que cumplen los partidos políticos en la democracia, sino como una respuesta institucional a las tensiones que atraviesan su funcionamiento contemporáneo. En efecto, aunque los partidos siguen siendo actores insustituibles para la intermediación política con la ciudadanía para elegir a sus representantes, la agregación de intereses y la organización de la competencia electoral, su progresivo desgaste –asociado a fenómenos como la corrupción, el clientelismo, la captura por intereses particulares, la concentración de poder y la pérdida de capacidad representativa– ha minado su legitimidad social y ha abierto espacio a demandas ciudadanas de mayor apertura, transparencia y pluralismo[12], como la aquí estudiada (Duque Daza 2013, «Una tendencia mundial»).

Bajo este horizonte, surge la cuestión acerca de la relación existente entre las candidaturas independientes y el fenómeno del transfuguismo político en el ordenamiento jurídico colombiano. *Prima facie*, podría sostenerse que dicha relación es inexistente, en la medida en que el transfuguismo político ha sido tradicionalmente concebido como un fenómeno que se produce a partir del tránsito de miembros, dirigentes o representantes electos entre partidos políticos, circunstancia que, en sentido estricto, no sería predicable de las candidaturas independientes, toda vez que estas prescinden –por definición– de la mediación orgánica de una colectividad partidista para el acceso y ejercicio del poder.

No obstante, esta lectura resulta insuficiente si se atiende a las particularidades del modelo colombiano de regulación del sistema de partidos. Efectivamente, en Colombia el transfuguismo ha sido objeto de un tratamiento normativo y jurisprudencial marcadamente restrictivo y de fuerte impronta

---

permitido que los grupos de ciudadanos que participan en las elecciones se transformen luego en partidos políticos.

[12] Sobre esto se pronunció la Registraduría Nacional del Estado Civil en «Cifra récord: más de 90 grupos significativos de ciudadanos postularon candidaturas para las presidenciales 2026», 2025, https://www.registraduria.gov.co/Cifra-record-mas-de-90-grupos-significativos-de-ciudadanos-postularon.html; Registraduría Nacional del Estado Civil en «Candidatos a la Presidencia de la República por grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales deberán recoger mínimo 580 620 firmas», 2021, https://www.registraduria.gov.co/Candidatos-a-la-Presidencia-de-la-Republica-por-grupos-significativos-de.html. Por ejemplo, en las elecciones presidenciales del 29 de mayo de 2022 se inscribieron 37 comités promotores de GSC, de los cuales solo 6 lograron reunir los apoyos exigidos para inscribir candidatura; en contraste, para las elecciones del 31 de mayo de 2026 se registraron 91 comités, de los cuales 22 alcanzaron dicho umbral. En consecuencia, entre 2022 y 2025 los GSC inscritos aumentaron un 145,9 %, mientras que los que obtuvieron apoyos suficientes crecieron un 266,7 %.

sancionatoria, particularmente desde las reformas políticas del 2003 y 2009, cuya lógica expansiva ha terminado por irradiarse incluso hacia escenarios que, en apariencia, le serían ajenos. Si bien el término transfuguismo político no se encuentra expresamente positivizado en el ordenamiento jurídico local, su núcleo conceptual se proyecta con nitidez a través de dos instituciones diseñadas para combatirlo: la prohibición de doble militancia y el régimen de bancadas. Estas instituciones operan como mecanismos estructurales de disciplina partidaria y de preservación de la coherencia representativa[13], tanto en el escenario de campaña –en el primer caso– como en el ejercicio de la función deliberativa al interior de las corporaciones públicas –en el segundo– llámense congresos, asambleas, concejos o juntas administradoras locales, fijando restricciones a derechos fundamentales como los de elegir y ser elegido, así como al ejercicio de funciones públicas, que veremos enseguida.

El presente artículo se propone analizar críticamente los alcances normativos, interpretativos y prácticos de la prohibición de la doble militancia en relación con las candidaturas independientes[14], a partir de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de Colombia sobre la materia, con una mirada comparada sobre la valoración de este particular fenómeno en Chile y España, con el fin de esclarecer la extensión de dicha restricción a formas de participación política no partidistas.

La selección de Chile y España como ordenamientos de referencia responde a criterios analíticos y funcionales relevantes. En el caso de Chile, el ordenamiento jurídico incorpora normas que limitan prácticas asimilables al transfuguismo en el ámbito de las candidaturas independientes; en España, la prohibición de mandato imperativo constituye un elemento relevante, desde la teoría de la representación, para valorar las tensiones existentes en torno a esta cuestión.

---

[13] Sobre estas dos materias se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-490 de 23 de junio de (2011), al realizar la revisión de constitucionalidad y declarar exequible el Proyecto de Ley Estatutaria no. 190/10 Senado – 092/10 Cámara, que luego sería promulgado por el Congreso de Colombia como Ley 1475 de 14 de julio de 2011.

[14] De conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política de Colombia, los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político, así como por un GSC, actúan en su interior como bancada, en los términos que determine la ley y conforme a las decisiones adoptadas democráticamente por esta. El presente artículo no aborda el régimen sancionatorio del transfuguismo político en el seno de las corporaciones públicas, ni su articulación con el régimen de bancadas ni su eventual incidencia sobre los GSC derivada del mandato constitucional citado. Para un análisis más detallado de esta problemática, pueden consultarse, entre otros, los conceptos emitidos por el CNE en los siguientes radicados: no. 1141 de 7 de junio de (2006), 1967 de 21 de mayo de (2020) y 2456 de 6 de agosto de (2020).

II. MARCO TEÓRICO: DERECHOS POLÍTICOS Y DOBLE MILITANCIA

En este orden de ideas, es preciso señalar, en primer lugar, que el artículo 40 de la Constitución reconoce el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar libremente en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo dicho derecho, la norma constitucional contempla, entre otras, las siguientes facultades: elegir y ser elegido; tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y demás mecanismos de participación democrática; constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, así como afiliarse libremente a ellos y difundir sus ideas y programas; revocar el mandato de los elegidos en los casos y bajo las condiciones previstas por la Constitución y la ley; ejercer iniciativa en las corporaciones públicas; interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley; y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Este derecho, sin embargo, a pesar de ser fundamental y de aplicación inmediata conforme a los artículos 85 y 86 de la Constitución, y estar garantizado en diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, como el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte Constitucional de Colombia 2018, «VI. Consideraciones»), no es absoluto. Por el contrario, está sujeto a límites y requisitos constitucionales, legales y reglamentarios para su adecuado ejercicio (Corte Constitucional de Colombia 2019, párr. 57). Los requisitos o limitaciones para acceder a este derecho tienen múltiples manifestaciones y se efectivizan a través de instituciones tales como: requisitos específicos de acceso o elegibilidad, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, medidas disciplinarias, concurso de méritos o prohibiciones.

Con esto en mente, una de las principales restricciones a los derechos políticos se manifiesta en la prohibición de doble militancia. Esta tiene fundamento constitucional en el artículo 107 superior, modificado por los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009. Este precepto dispone que «En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político **con personería jurídica**» (primera modalidad). Esta prohibición viene acompañada de otras restricciones conexas que se expresan en el mismo artículo como ficciones o modalidades indirectas de la misma, veamos: «Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio» (segunda modalidad); y «Quien siendo miembro de una corporación pública

decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones» (tercera modalidad).

Como se desprende de los mandatos constitucionales previamente expuestos, una lectura del artículo 107 de la Constitución permitiría concluir que la prohibición de doble militancia se encuentra circunscrita al ámbito de los partidos y movimientos políticos dotados de personería jurídica, esto es, aquellos que –por regla general– han obtenido una votación no inferior al tres por ciento (3 %) de los votos válidamente emitidos a nivel nacional en las elecciones de Cámara de Representantes o Senado y, en consecuencia, se les ha reconocido formalmente estatus jurídico por parte del CNE, para presentar candidatos a elecciones populares sin requisitos adicionales, acceder a financiación estatal, realizar propaganda electoral, entre otras prerrogativas. Dicha interpretación excluiría, en principio, a otras formas de organización que carecen de ese reconocimiento, como ocurre con los GSC, al ser una manifestación política circunstancial.

Esta interpretación se ve reforzada, de un lado, por la formulación expresa del inciso segundo del artículo 107, que condiciona la prohibición a la pertenencia simultánea a organizaciones con personería jurídica, y, de otro, por el alcance subjetivo de los desarrollos normativos indirectos de esta restricción, los cuales –tanto en materia de participación en consultas como en lo relativo a la exigencia de renuncia previa para la postulación por una colectividad distinta– se refieren de manera inequívoca y exclusiva a partidos o movimientos políticos. En este sentido, el diseño constitucional parecería haber delimitado el ámbito de aplicación de la doble militancia al sistema partidario formal, lo que introduce una tensión interpretativa relevante frente a cualquier intento de extender dicha prohibición a expresiones de participación política no partidistas, tensión que resulta central para el análisis jurisprudencial que se desarrollará a continuación.

Ciertamente, esta prohibición fue objeto de desarrollo legislativo mediante la Ley Estatutaria 1475 de 14 de julio de 2011. En particular, su artículo 2 amplió el alcance de la regla constitucional al omitir la referencia expresa a la personería jurídica, al disponer que «en ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político». No obstante, aun con esta ampliación semántica, el legislador estatutario mantuvo al margen de la prohibición a los GSC, los cuales no encajan en la categoría de partidos o movimientos políticos a la que alude la norma. Esta intelección resulta coherente si se tiene en cuenta que la ley define la militancia o pertenencia formal a una colectividad como la inscripción voluntaria del ciudadano en el registro de afiliados del partido o movimiento correspondiente, circunstancia que no se predica de los GSC, al carecer estos de afiliados o de estructura orgánica estatutaria con deberes y

derechos orientados al ejercicio permanente del activismo político (Consejo de Estado de Colombia 2017, «Salvamento de voto»).

De manera adicional, la Ley 1475 introdujo otras manifestaciones conexas del régimen de doble militancia, profundizando su carácter restrictivo. Así, estableció que:

> «quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados» (cuarta modalidad).

Y dispuso, además, que:

> «los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimiento político **o por un grupo significativo de ciudadanos**, o a formar parte de los órganos de dirección de estos, deberán renunciar a su cargo con una antelación mínima de doce (12) meses a la postulación, aceptación de la nueva designación o inscripción como candidatos» (quinta modalidad).

Siendo únicamente en esta última exigencia en la que el legislador estatutario sí incluyó de manera expresa la referencia a los GSC.

Formuladas estas precisiones, cabe señalar, en segundo lugar, que inicialmente, la jurisprudencia contencioso-electoral fue reticente a erigir la doble militancia como causal de inelegibilidad, de revocatoria de la inscripción o de nulidad electoral, en la medida en que ni la Constitución ni la ley preveían de manera expresa tales consecuencias ni atribuían competencia específica a una autoridad para hacerlas efectivas. Así, desde el año 2004, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo de manera reiterada que la vulneración del inciso segundo del artículo 107 de la Constitución Política no constituía causal de inelegibilidad ni de nulidad electoral, en ausencia de una disposición legal que así lo estableciera (Consejo de Estado de Colombia 2008, «3. Análisis de la impugnación»).

Este panorama se modificó con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA –Ley 1437 de 18 de enero de 2011–, el cual incorporó la doble militancia como causal autónoma de anulación electoral. A partir de entonces, el Consejo de Estado afirmó, hacia el año 2013, que la controversia en torno a la aplicabilidad de dicha causal había perdido relevancia interpretativa. En palabras del alto tribunal se tornó «bizantina» (Consejo de Estado de Colombia 2013, «3. Consecuencias jurídicas de la doble militancia»). El numeral 8 del artículo 275 del CPACA dispuso que serán nulos los actos de elección cuando «esté probado que el candidato incurrió en la prohibición de doble militancia

establecida en la Constitución y la ley». De manera concordante, la Ley 1475 de 2011 previó que el incumplimiento de las reglas sobre doble militancia podía dar lugar tanto a sanciones internas por parte de los partidos políticos como a la revocatoria de la inscripción del candidato ante el Consejo Nacional Electoral.

Así las cosas, las cinco modalidades de doble militancia anteriormente descritas constituyen en Colombia manifestaciones típicas de conductas tránsfugas que, conforme al diseño normativo y jurisprudencial vigente, pueden dar lugar a sanciones de especial gravedad, tales como la revocatoria de la inscripción de la candidatura a cargo del CNE, una vez esta haya sido efectuada, o, pasado este periodo, la anulación del acto de elección a cargo de los jueces administrativos, una vez celebrados los comicios, según corresponda[15]. Este diseño normativo fue avalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011 –entre otras[16]–, en la cual se concluyó que las restricciones derivadas del régimen de doble militancia no comportan una afectación desproporcionada de los derechos políticos a elegir y ser elegido, así como a acceder y ejercer funciones públicas, sino por el contrario, protegen el principio democrático representativo a través del fortalecimiento de los partidos.

Ahora bien, en ese mismo precedente de constitucionalidad, la Corte señaló que la prohibición aquí analizada no se circunscribía de manera exclusiva a los partidos con personería jurídica, sino que se proyecta también sobre otras formas de organización política, incluidos los partidos o movimientos sin personería jurídica[17] y los GSC. Con ello, se consolidó el punto de inflexión en la evolución jurisprudencial que esta investigación se propone reconstruir y examinar críticamente, al ampliarse cualitativamente el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de doble militancia, ya no limitado al sistema partidario formal –como la Constitución y la Ley literalmente lo dispone–, sino extendido también a las candidaturas respaldadas por GSC. En tal sentido, la Corte sostuvo lo siguiente:

[15] Así lo disponen los artículos 265 de la Constitución Política de Colombia y 275 del CPACA.

[16] En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-303 de 28 de abril de (2010).

[17] Los partidos políticos constituyen, antes que un fenómeno estrictamente jurídico, una realidad de naturaleza sociológica. Para su conformación basta, en principio, con que un grupo de ciudadanos se asocie con fines políticos y adopte reglas estatutarias básicas. Recordamos que el derecho de asociación es un derecho fundamental de conformidad con el artículo 40 superior. No obstante, para acceder a determinadas prerrogativas propias del sistema político –como la facultad de presentar candidatos sin requisitos adicionales, recibir financiación estatal o acceder a espacios de propaganda electoral– deben, por regla general, superar el umbral electoral del tres por ciento (3 %). De allí la distinción existente entre partidos con personería jurídica y partidos sin personería jurídica.

> De acuerdo a lo regulado por el inciso tercero y cuarto del artículo 108 C.P., tanto las agrupaciones políticas con personería jurídica o sin ella, están habilitadas para presentar candidatos a elecciones, las segundas supeditadas al apoyo ciudadano a través de firmas. En ese orden de ideas, si tanto una como otra clase de agrupaciones pueden presentar candidatos y, a su vez, uno de los ámbitos de justificación constitucional de la doble militancia es la preservación del principio democrático representativo, mediante la disciplina respecto de un programa político y un direccionamiento ideológico, carecería de todo sentido que la restricción solo se aplicara a una de las citadas clases de agrupación política[18]. (Corte Constitucional de Colombia 2011, «La materia del Proyecto de Ley»)

Con este marco, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado evolucionó hacia una postura progresivamente rigorista en la aplicación del régimen de doble militancia a las candidaturas avaladas mediante firmas a través de los GSC, dando lugar a la nulidad de múltiples elecciones hasta la fecha. De esta manera, la investigación se sitúa en el centro de esta tensión dogmática y constitucional particularmente relevante: la aparente paradoja que supone aplicar una prohibición concebida para disciplinar la pertenencia y lealtad al interior del sistema de partidos a candidaturas que, por definición, se estructuran al margen de este.

En efecto, desde una lectura conceptual, la primera modalidad de doble militancia –entendida como la prohibición de pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político– resulta en cierto grado problemática al trasladarse sin matices a los GSC. De conformidad con los artículos 9 de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, los GSC no tienen la naturaleza jurídica de partidos o movimientos políticos, no cuentan con afiliados y se estructuran como organizaciones de carácter transitorio, cuya finalidad exclusiva es la recolección de firmas ciudadanas para la inscripción de una candidatura independiente (Blanco Barahona 2025, 211). Su existencia, por tanto, no descansa en la conformación de una militancia estable, ni en la adopción de un programa ideológico, ni en la presencia de autoridades disciplinarias, o un sistema de derechos, deberes y compromisos propios del activismo político continuado. Así ¿puede afirmarse, por ejemplo, que un militante al que su partido le niega el aval sin mediar procesos democráticos internos (por simple decisión de la cúpula partidista) incurre en doble militancia por acudir a una candidatura mediante GSC en el mismo proceso electoral, cuando la postulación por firmas es un mecanismo autónomo de participación ciudadana y no supone

[18] La Corte desarrollando el análisis de constitucionalidad del articulado del Proyecto de Ley Estatutaria no. 190/10 Senado – 092/10 Cámara, se refiere de esta manera en el numeral 22 de la decisión.

lealtades o filiaciones partidistas paralelas ni apoyo a otra colectividad? ¿Es compatible esta restricción con el marco de la democracia participativa, especialmente cuando tal consecuencia no deriva de la Constitución ni de la ley, sino de una construcción judicial extensiva? Estas son las tensiones problemáticas que emergen del régimen actual.

Frente a la aplicación de la segunda modalidad de doble militancia a los GSC, relativa al respeto de los resultados de las consultas, su extensión es menos problemática. Ciertamente, cuando un ciudadano participa en una consulta para la escogencia de un candidato y resulta derrotado, permitirle presentarse al mismo proceso electoral mediante un GSC vaciaría de contenido este mecanismo de participación democrática, al fragmentar el respaldo ciudadano que, tras la consulta, se concentró legítimamente en el candidato vencedor de cara a los comicios.

En cuanto a las modalidades tercera, cuarta y quinta, conviene examinar la evolución de la doctrina del Consejo de Estado que ha aplicado la prohibición de doble militancia a estos casos, bajo el presupuesto de evitar una supuesta «traición», aun cuando lo que se encuentra en juego es, más bien, el ejercicio de una modalidad de participación política independiente expresamente reconocida por la Constitución.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE DOBLE MILITANCIA Y SU IMPACTO EN GRUPOS SIGNIFICATIVOS DE CIUDADANOS

A continuación, se expone el análisis de ciertos casos paradigmáticos y didácticos a través de los cuales puede apreciarse la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, en cuanto ha ido formulando reglas interpretativas para la aplicación de la sanción por doble militancia, en las modalidades previamente expuestas, a las candidaturas independientes postuladas por medio de GSC. Estudiemos las más importantes.

1. *La jurisprudencia primigenia*[19]*: la disolución del GSC como excepción a la doble militancia*

Una de las primeras decisiones[20] en las que la Sección Quinta del Consejo de Estado abordó la aplicación de la prohibición de doble militancia a los

[19] Al respecto se puede consultar al Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 29 de septiembre (2016), con Radicado no. 05001-23-33-000-2015-02495-02.

[20] Se pueden consultar entre otras, las siguientes decisiones adoptadas por el Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta: Auto

GSC se centró en el análisis de los efectos jurídicos derivados de la disolución de la agrupación política como supuesto excepcional que exonera el cumplimiento de dicha prohibición. En esta providencia, la Sala reiteró que los candidatos electos por GSC son, en principio, sujetos activos de la prohibición constitucional y legal de doble militancia, conforme a la interpretación fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-490 de 2011. En consecuencia, resultaba procedente examinar si el demandado había incurrido en la tercera modalidad de doble militancia consistente en haber sido miembro de una corporación pública con aval de un GSC y presentarse a la siguiente elección por un partido político, sin haber renunciado a su curul con una antelación mínima de doce meses.

No obstante, la Sala puso de relieve que el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 consagra una excepción expresa al régimen de la doble militancia, en aquellos eventos en los que el partido, movimiento político o agrupación de origen se disuelve o pierde su personería jurídica. Según este entendimiento, cuando la organización política deja de existir o pierde vigencia, se rompe su vocación de permanencia y resulta jurídicamente inviable exigir a sus antiguos miembros la observancia de las reglas de doble militancia, pues ya no existe un programa político susceptible de ser representado. Aunque la disposición se refiere de manera explícita a partidos y movimientos políticos, la Sala sostuvo que dicha excepción también es aplicable a los GSC, en virtud de la interpretación extensiva acogida por la Corte Constitucional, que considera desproporcionado impedir el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido cuando la agrupación de origen ha desaparecido, sea un partido o un GSC.

Aplicando este razonamiento al caso concreto, el Consejo de Estado constató que el GSC «Por ti Envigado» constituido para la elección del periodo de concejales 2012-2015, ya había sido formalmente disuelto mediante acta expedida el 17 de junio de 2015, sin que existiera evidencia de una vocación de permanencia ni de la postulación de candidatos para el proceso electoral siguiente. En tales condiciones, concluyó que el demandado se encontraba relevado de la obligación de haber renunciado a su curul obtenida por firmas con doce meses de antelación al momento de inscribir su candidatura por una organización política distinta, en este caso, por el Partido Liberal Colombiano, para el periodo 2016-2019, al quedar amparado por la excepción legal prevista para los casos de disolución de la agrupación política[21].

---

de 11 de febrero de 2016, Radicado no. 05001-23-33-000-2015-02379-01; Sentencia de 21 de julio de 2016, con Radicado no. 05001-23-33-000-2015-02451-01; y Sentencia del 19 de agosto de 2016, con Radicado no. 50001-23-33-000-2015-00653-01.

[21] Así lo dispone la Ley 1475 de 14 de julio de 2011 en el parágrafo de su artículo segundo: «Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros

Por lo tanto, la Sala confirmó la decisión que negó la nulidad del acto de elección, consolidando así una línea jurisprudencial inicial de carácter excepcional, según la cual la disolución del GSC excluye la configuración de la doble militancia, en cualquiera de sus modalidades.

Esta postura temprana ha sido ratificada recientemente por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Consejo de Estado de Colombia 2024, «Consideraciones 2.2.4»), la cual precisó que, cuando un GSC se disuelve por decisión de sus miembros –o bien sea por no participar en los procesos electorales subsiguientes o por no haberse transformado en partido político con personería jurídica tras superar el umbral electoral exigido en la Constitución[22]–, los ciudadanos que ostenten una curul en corporaciones públicas en representación de esas agrupaciones quedan habilitados para inscribirse en la siguiente elección por una organización política distinta, ya sea un GSC o un partido con personería jurídica, sin incurrir en doble militancia ni resultarles exigibles los deberes propios de este régimen.

Sin embargo, esta interpretación no está exenta de dificultades. En primer lugar, resulta problemático asumir como prueba de la disolución de un GSC su no participación en comicios posteriores y, a partir de ello, inferir –en sentido inverso– que su concurrencia a elecciones ulteriores configuraría un supuesto de doble militancia, por no haber mediado, por ejemplo, la renuncia a la curul obtenida con el respaldo de dicho grupo con doce meses de antelación a la inscripción en un nuevo proceso electoral por otro GSC, cuando la reelección es posible, fundamentalmente, en corporaciones públicas. Ello se explica porque, aun cuando el primer GSC participe en una elección posterior con el mismo comité inscriptor y para la misma corporación pública, se trata necesariamente de un grupo distinto, no solo porque el proceso electoral es diferente, sino también porque, aunque el comité esté integrado por las mismas personas y utilice la misma denominación, su legitimidad se sustenta en apoyos ciudadanos diversos, materializados en firmas correspondientes a momentos temporales distintos. De este modo, la lógica del respaldo ciudadano es, precisamente, su vocación de extinguirse una vez cumplido el objetivo de inscribir la candidatura. *Ergo*, en este punto, la posición del alto tribunal administrativo parece, cuanto menos,

de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia».

[22] La Constitución Política en el artículo 108 inciso primero estableció la posibilidad de que a los GSC se les reconozca personería jurídica, siempre que obtengan «votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado».

poco consistente con los presupuestos de su propio razonamiento en torno a la naturaleza de los GSC.

En segundo lugar, merece atención otra hipótesis de análisis: el tránsito desde un partido político con personería jurídica –o, más precisamente, desde una elección obtenida con el aval de un partido– hacia la postulación en la elección siguiente mediante un GSC, sin haber renunciado con doce meses de antelación a la curul obtenida con el respaldo partidista. Esta situación podría, en apariencia, subsumirse en un supuesto de doble militancia, en la medida en que la organización política de origen si se caracteriza por una vocación de permanencia y por una estructura orgánica y disciplinaria a diferencia de lo analizado en el caso anterior. No obstante, nuevamente, esta conclusión resulta difícil de conciliar con la propia naturaleza de los GSC. En punto de interpretación constitucional, tanto el artículo 107 de la Constitución como el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 imponen la obligación de renuncia exclusivamente respecto de los partidos y movimientos políticos, lo que evidencia que tanto el constituyente como el legislador estatutario excluyeron deliberadamente a los GSC de este régimen. La razón: si la elección posterior se obtiene mediante una candidatura independiente avalada por un GSC, ¿qué doble militancia o transfuguismo podría predicarse cuando no media una organización partidista en la postulación siguiente, sino un respaldo ciudadano expresado a través de firmas que carecen de vocación de permanencia en el activismo político y no reflejan ni militancia ni lealtades orgánicas? Esto podría entrar en tensión con el principio de democracia participativa, orientado a superar el monopolio partidista en la elaboración y postulación de candidaturas, así como a la apertura de nuevos espacios de participación democrática ciudadana.

De hecho, considérese el siguiente escenario ilustrativo. En diciembre de 2025 se produjeron tensiones significativas al interior de la bancada del Partido Liberal Colombiano (La Silla Vacía 2025, párr. 1) a pocos meses del cierre del período de inscripción de candidaturas al Congreso para las elecciones de 2026, a tres representantes a la Cámara en ejercicio se les negó el aval para aspirar a las siguientes elecciones que tendrán lugar el 8 de marzo de 2026. La decisión fue adoptada por el directorio nacional y, desde la perspectiva del marco normativo vigente, resulta válida, en la medida en que dichas autoridades son las titulares de esa competencia conforme al artículo 108 de la Constitución, y los partidos políticos gozan de autonomía legal para la expedición de avales, aun cuando tales determinaciones no estén obligadas a expresar un fundamento sustantivo explícito[23].

[23] Wilmer Yesid Guerrero Avendaño, congresista de la Cámara de Representantes de Colombia 2022-2026, integrante del Partido Liberal Colombiano, en un comunicado a la opinión pública realizado el 20 de diciembre de 2025, a través del servicio de redes y

Ahora bien, en relación con el objeto de esta investigación, si la prohibición de doble militancia no se hubiera extendido jurisprudencialmente a los GSC, estos representantes –quienes se encuentran ya en una imposibilidad fáctica de renunciar, con la antelación exigida por la ley, a la curul que ocupan en el Congreso para postularse por otra organización, precisamente porque razonablemente confiaban en la obtención del aval– no quedarían excluidos del sistema político. No obstante, bajo la interpretación actualmente dominante, tales congresistas resultan políticamente inhabilitados: no pueden postularse por otro partido dispuesto a otorgarles aval ni, de manera aún más paradójica, mediante un GSC, esto es, a través de una candidatura independiente respaldada por firmas ciudadanas.

Esta conclusión resulta particularmente problemática si se considera que los GSC constituyen, precisamente, el mecanismo de participación política creado por la Constitución de 1991 para viabilizar candidaturas por fuera del sistema de partidos, como respuesta a sus crisis estructurales. Entre ellas se encuentra, de manera evidente, la concentración de las decisiones sobre la entrega de avales en los directorios partidistas, sin acudir a mecanismos de democracia interna –como las consultas– que desarrollan de forma más coherente el ideal de democracia participativa consagrado en la nueva Constitución. Recordemos que el artículo 107 de la Constitución señala que «Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente» y que «Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna»[24].

En cualquier caso, a partir de la línea jurisprudencial actualmente sostenida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, pueden identificarse dos reglas centrales. De un lado, cuando el GSC o el partido político de origen conserva su vigencia para elecciones posteriores –ya sea porque no se ha disuelto, continúa participando en los comicios o, en el caso de los partidos, mantiene su personería jurídica–, los titulares de la curul obtenida con su respaldo quedan plenamente sujetos al régimen de doble militancia, en particular a la obligación de renunciar al cargo con una antelación mínima de doce

medios sociales en línea Facebook. El tema que aborda el comunicado versa sobre la decisión del Partido Liberal de negar el aval, la cual fue demandada vía tutela. Sin embargo, en primera instancia fue declarada improcedente por cuanto los partidos políticos cuentan con autonomía para la entrega de avales.

[24] Podría considerarse la incorporación al calendario electoral de una etapa extraordinaria de inscripción de candidaturas por GSC, dirigida a quienes, habiendo sido elegidos en corporaciones públicas, no obtengan la renovación del aval partidario para el proceso electoral siguiente. Esta medida permitiría asegurar un plazo razonable para la recolección de firmas y prever, de manera expresa, una excepción al régimen de doble militancia en estos supuestos, evitando restricciones desproporcionadas al derecho fundamental a ser elegido.

meses a la inscripción de una nueva candidatura por una organización distinta, sea un GSC u otro partido político, so pena de nulidad de la elección. De otro lado, cuando el partido político se disuelve o pierde su personería jurídica, o cuando el GSC desaparece –bien por disolución formal, bien por no concurrir a elecciones posteriores–, quienes ejercen una curul en representación de tales agrupaciones quedan habilitados para inscribirse en la elección siguiente por una organización política distinta, sea un GSC o un partido con personería jurídica, sin que ello configure doble militancia ni les sean exigibles los deberes propios de este régimen.

2. *La jurisprudencia siguiente*[25]*: la inscripción por GSC se perfecciona con la suscripción del formulario E-6, no antes*

Una de las decisiones que continuó sentando las bases a partir de las cuales la Sección Quinta del Consejo de Estado abordó de manera sistemática el alcance de la prohibición de doble militancia en el marco de candidaturas avaladas por GSC se produjo en la sentencia del 13 de octubre de 2016, proferida dentro de un proceso de nulidad electoral contra el acto de elección de un alcalde municipal de Floridablanca – Santander. Esta providencia resulta especialmente significativa, pues fijó tempranamente el criterio según el cual, para efectos de valorar la configuración de la doble militancia en el caso de los GSC, la inscripción de la candidatura se entiende materializada con la suscripción del formulario E-6[26], y no con actos preliminares de trámite, como el registro del comité inscriptor.

En dicha oportunidad, la Sala partió nuevamente de una premisa general: la prohibición de doble militancia se proyecta sobre todas las formas de organización política, con independencia de que cuenten o no con personería jurídica. A partir de este entendimiento, examinó la configuración de la doble militancia en su quinta modalidad, esto es, la relativa a los directivos de los partidos políticos que pretenden aspirar a cargos de elección popular por una organización distinta, en este caso, un GSC.

---

[25] Sobre este asunto revísese el Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 13 de octubre de (2016), con Radicado no. 68001-23-33-000-2015-01292-01.

[26] Según la Registraduría Nacional del Estado Civil (s.f., «¿Qué es la aceptación de la candidatura?»), el formulario E-6 corresponde a la solicitud de inscripción y constancia de aceptación de candidatos. Para el Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 9 de diciembre de (2013, «II. Consideraciones»), con Radicado no. 11001-03-28-000-2013-00037-00, es este formulario mediante el cual se formaliza el acto de inscripción, dejando constancia de la aceptación expresa del candidato, bajo la gravedad del juramento.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Al respecto, la Sala identificó los elementos estructurales de esta modalidad: (i) un sujeto activo cualificado, constituido por quienes ostentan la condición de directivos de un partido o movimiento político; (ii) una conducta prohibida, consistente en aspirar a ser elegido por un GSC; y (iii) un elemento temporal, referido a la exigencia de que la renuncia a la condición de directivo se produzca con una antelación no inferior a doce meses a la postulación al cargo, la aceptación de una nueva designación o la inscripción de la candidatura. En consecuencia, tratándose de esta modalidad específica de doble militancia, la renuncia solo tiene la virtualidad de enervar la prohibición si se presenta dentro de dicho término previo.

No obstante, la Sala introdujo una precisión relevante en relación con el elemento temporal. Señaló que, en aquellos eventos en los que la pérdida de la condición de directivo no depende de una renuncia expresa –como ocurre cuando dicha calidad cesa automáticamente con la culminación de una convención partidaria–, será la fecha de ese evento la que determine el extremo temporal para efectos del cómputo del plazo de doce meses. En el caso concreto, la convención del Partido Conservador tuvo lugar el 26 de enero de 2014, mientras que la inscripción de la candidatura del demandado por el GSC «Renace Floridablanca» se produjo el 8 de julio de 2015, lo que evidenció que habían transcurrido más de doce meses entre uno y otro momento. Por tal razón, la Sala concluyó que no se configuró la doble militancia en la modalidad de directivos.

Con base en este razonamiento, la Sala concluyó que la inscripción del demandado por una organización política distinta a aquella en la que había fungido como directivo se produjo en un momento posterior al vencimiento del término de doce meses exigido por la Constitución y la ley. Este criterio –que ancla la inscripción de candidaturas por GSC en la suscripción del formulario E-6 y no a la fecha del registro del comité inscriptor para recolectar las firmas– constituyó el punto de partida de la línea jurisprudencial que, con posteriores oscilaciones, estructuró el debate sobre la aplicación de la prohibición de doble militancia en este tipo de postulaciones.

3. *El caso Fortich y su razonamiento*[27]*: el cambio de jurisprudencia a propósito del acto de inscripción en GSC*

La acción de nulidad promovida contra el acto de elección del concejal Ronald José Fortich Rodelo del municipio Cartagena de Indias – Bolívar para el período 2016–2019, constituye un caso particularmente ilustrativo y

[27] Específicamente, puede consultarse al Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 16 de marzo de (2017), con Radicado no. 13001-23-33-000-2016-00112-01.

paradigmático en la aplicación de la prohibición de doble militancia a los GSC, en la medida en que fijó nuevas reglas relevantes para determinar el momento a partir del cual puede entenderse configurada una militancia simultánea entre un partido político y un grupo ciudadano, revaluando el concepto de inscripción previamente expuesto.

En efecto, el señor Fortich militó en el Partido Liberal Colombiano hasta el 21 de julio de 2015, fecha en la que presentó su renuncia formal. No obstante, desde el 23 de junio de 2015 su nombre ya figuraba como aspirante en los formularios de recolección de firmas del GSC «Cartagena con Firmas», constituido con el propósito de inscribir su candidatura al concejo municipal. En consecuencia, durante un lapso cercano a un mes, el demandado apareció simultáneamente vinculado a un partido político con personería jurídica y promovido como candidato en trámite por un grupo ciudadano.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Bolívar negó la nulidad del acto de elección, al considerar que el demandado no había incurrido en doble militancia, dado que para el momento de su inscripción formal como candidato –ocurrida el 23 de julio de 2015– ya se había desvinculado del Partido Liberal. Sin embargo, en segunda instancia, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó dicha decisión y declaró la nulidad de la elección. La Sala adoptó una interpretación estricta del régimen de doble militancia, al concluir que el candidato incurrió en dicha prohibición, en tanto que, «al momento de iniciar el proceso de inscripción de su candidatura» por el GSC, aún mantenía su afiliación partidista. Para la mayoría, resultaba irrelevante que la renuncia se hubiera producido antes de la inscripción definitiva, pues bastaba con que el aspirante hubiera comenzado a actuar como candidato por firmas mientras continuaba formalmente vinculado a su partido político.

En el fallo del 16 de marzo de 2017, la Sala reinterpretó el concepto de «momento de la inscripción» tratándose de candidaturas por firmas. A diferencia de lo que ocurre con los partidos políticos –en los que la inscripción constituye un acto único, avalado por la organización partidaria o su representante legal–, en el caso de los GSC señaló que la inscripción fue concebida como un acto complejo[28], que se inicia con el registro del comité promotor ante la autoridad electoral y culmina con la validación de las firmas y la aceptación formal de la candidatura. Según el Consejo de Estado, la inscripción del comité promotor y la expedición de los formularios para la

[28] La complejidad a la que alude la sentencia se refiere a la concatenación de etapas necesarias para la inscripción de la candidatura –entre ellas, el registro del comité promotor, la recolección de los apoyos ciudadanos exigidos por la ley, la verificación y certificación de dichas firmas por la autoridad electoral y la posterior decisión de tener por inscrita la candidatura–.

recolección de apoyos marcan ya el inicio del proceso de inscripción, por lo que la prohibición de doble militancia debe proyectarse hasta ese estadio inicial, sin necesidad de esperar a la inscripción definitiva del candidato.

A juicio de la Sala, diferir la aplicación de la prohibición hasta la certificación final de las firmas supondría supeditar su operatividad a una condición –la validación de los apoyos ciudadanos– no prevista por el legislador, lo que resultaría contrario al diseño normativo aplicable. En consecuencia, se concluyó que el señor Fortich había consolidado su actuación como candidato alternativo por firmas desde junio de 2015, sin haber terminado de manera oportuna su vínculo con el Partido Liberal, circunstancia que configuró la doble militancia sancionable en su primera modalidad, con evidentes implicaciones sobre las demás, en particular para la determinación de los plazos de renuncia a curules y a cargos directivos de los partidos, correspondientes a la tercera y quinta modalidad, respectivamente. Con fundamento en ello, se declaró la nulidad de la elección, al estimarse que la doble militancia se estructuró desde el registro del comité promotor y no desde la suscripción del formulario E-6 que contiene la solicitud de inscripción de candidatos y constancia de aceptación de la candidatura.

4. *La jurisprudencia retorna a la posición anterior: la doble militancia se configura desde la suscripción del formulario E-6*[29]

Posteriormente, la jurisprudencia contencioso-electoral experimentó otro giro en relación con el momento a partir del cual se entiende configurada la doble militancia simultánea en el caso de candidaturas avaladas por GSC. Este cambio se consolidó en la sentencia del 7 de febrero de 2019, en la cual la Sección Primera del Consejo de Estado examinó nuevamente la situación del entonces concejal Fortich, esta vez en sede de tutela[30] contra la providencia que había declarado la nulidad de su elección.

En dicha decisión, la Sala partió de un hecho no controvertido: para el 23 de junio de 2015, fecha en la que se registró ante la Registraduría Nacional del Estado Civil el comité promotor del grupo significativo «Cartagena con firmas», el demandado aún militaba en el Partido Liberal Colombiano. Sin

[29] En lo que a esto refiere, consúltese al Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de 7 de febrero de (2019), con Radicado no. 11001-03-15-000-2017-01543-00(AC).

[30] En Colombia, la acción de tutela es una acción de amparo constitucional, expedita, que procede ante los jueces constitucionales y, en sede de revisión, ante la Corte Constitucional, para reclamar la vulneración de derechos fundamentales; excepcionalmente, procede contra providencias judiciales proferidas por jueces, tribunales y altas cortes, bajo estrictos criterios jurisprudenciales.

embargo, consideró que esa circunstancia, por sí sola, no resultaba suficiente para configurar la causal de nulidad electoral por doble militancia prevista en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA, en la medida en que la inscripción de la candidatura –entendida en sentido jurídico– solo se materializó el 23 de julio de 2015, momento en el cual el actor ya había formalizado su renuncia «irrevocable» al partido político –21 de julio de 2015–.

A partir de esta premisa, la Sala abandonó expresamente la interpretación según la cual el registro del comité promotor podía equipararse al inicio del proceso de inscripción de la candidatura. Por el contrario, sostuvo que dicho registro constituye únicamente el inicio del trámite para ejercer el derecho de postulación, etapa en la que todavía no se encuentran acreditados la totalidad de los requisitos exigidos por la ley ni para la conformación efectiva del grupo significativo ni para la inscripción de candidatos a cargos de elección popular. En este orden, antes de la certificación expedida por la autoridad electoral competente, la existencia del grupo y la postulación de sus candidatos no superan el umbral de una mera expectativa jurídica.

Con base en lo anterior, la Sala precisó que el término «inscripción» debe predicarse exclusivamente del momento en que se materializa la inscripción de la candidatura, lo cual ocurre con la suscripción del formulario E-6 y la aceptación formal de la postulación, y no con el registro previo del comité promotor. En consecuencia, concluyó que, al haberse acreditado que para el 23 de julio de 2015 el demandado ya no militaba en el Partido Liberal, no se configuró la causal de nulidad electoral por doble militancia.

Finalmente, la providencia enfatizó que la decisión previa de la Sección Quinta del Consejo de Estado que anticipaba la configuración de la doble militancia al registro del comité promotor, resultaba incompatible con el diseño normativo vigente y con la garantía de los derechos políticos, retornando así a los criterios fijados en el precedente anterior sobre este aspecto.

Esta divergencia de criterios frente a la jurisprudencia expuesta en la sección anterior pone de presente que, en los casos de duda o cuando existan dos o más interpretaciones posibles, y ante la ausencia de definición de la cuestión por parte del legislador (como allí ocurrió), así como considerando que las restricciones a los derechos políticos son de interpretación taxativa y restrictiva, debió optarse, en aplicación de los principios *pro homine* y *pro libertate*, por la interpretación más favorable a los derechos fundamentales en disputa (Corte Constitucional de Colombia 2022, «II. Consideraciones 43»). Esto es, la relativa a la inscripción formal y no al comité inscriptor, pues al acogerse la interpretación que de manera más intensa limitaba el derecho político –como ocurrió en la práctica– el concejal fue apartado de su cargo por un período de tiempo irrecuperable, como consecuencia directa de una decisión judicial, hasta tanto esta se corrigió.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

5. *La jurisprudencia reciente del Consejo de Estado*[31]*: la inaplicabilidad de la prohibición de doble militancia por apoyo a los GSC*

En una decisión reciente[32], la Sección Quinta del Consejo de Estado abordó de manera expresa la aplicabilidad de la cuarta modalidad de la prohibición de doble militancia, esto es, la de apoyo, respecto de candidaturas postuladas por GSC, fijando un criterio restrictivo que excluye a estas organizaciones del ámbito de dicha prohibición. El caso tuvo origen en la demanda de nulidad contra la elección de un candidato a la Alcaldía de Itagüi - Antioquia para el período 2024-2027, inscrito por el GSC «Itagüí Somos Todos». La parte actora sostuvo que el demandado incurrió en doble militancia por haber apoyado a aspirantes al concejo municipal avalados por movimientos políticos que no integraban la coalición que respaldó su candidatura, esto es, su GSC y el Partido Conservador Colombiano[33], para las elecciones territoriales de 2023.

Al resolver la controversia, la Sala partió de una distinción estructural entre partidos y movimientos políticos, por un lado, y los GSC, por otro, reiterando que estos últimos se constituyen exclusivamente con el fin de inscribir candidaturas mediante la recolección de firmas, conforme al artículo 9 de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994, y carecen de vocación de permanencia, programa político o identidad ideológica propia. En este orden, precisó que cada aspiración electoral promovida por un GSC –ya sea para cargos uninominales o para corporaciones públicas– exige un proceso autónomo de recolección de firmas, de modo que incluso cuando compartan denominación o integrantes del comité promotor, se trata de organizaciones funcionalmente distintas, creadas para respaldar candidaturas específicas.

[31] A esto hace referencia el Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 16 de mayo de (2024), con Radicado no. 05001-23-33-000-2023-01211-01.

[32] Se pueden consultar otras decisiones del Consejo de Estado de Colombia en Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta como: Sentencia de 4 de mayo de 2023 con Radicado no. 11001-03- 28-000-2022-00193-00 acumulado; y, Sentencia de 7 de noviembre de 2024 con Radicado no. 11001-03-28-000-2024-00034-00.

[33] De conformidad con el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, los GSC pueden coaligarse entre sí o con partidos y movimientos políticos con personería jurídica para la inscripción de candidaturas a cargos uninominales de elección popular. A su vez, conforme a la Sentencia SU-175 de 2024 de la Corte Constitucional, las agrupaciones políticas sin personería jurídica también se encuentran habilitadas para conformar coaliciones con partidos con el fin de presentar candidatos a corporaciones públicas, mientras el legislador desarrolla el inciso quinto del artículo 262 superior. Con todo, en estos supuestos, la titularidad del aval principal permanece radicada en el GSC que hubiere recolectado las firmas correspondientes, aun cuando ese aval sea coadyuvado por otras organizaciones.

Con base en esta caracterización, la Sala examinó la finalidad constitucional de la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo, la cual –según la jurisprudencia constitucional– se orienta a preservar la disciplina partidaria, la coherencia programática y la lealtad ideológica propias del sistema democrático representativo. A partir de ello, concluyó que dicha modalidad no resulta aplicable a los GSC, pues en este tipo de agrupaciones no existe afiliación política ni un deber de lealtad susceptible de ser exigido. En otras palabras, el apoyo ciudadano expresado mediante la firma se dirige exclusivamente a una candidatura concreta y no genera vínculos normativos frente a otros aspirantes promovidos por organizaciones distintas, aun cuando estas puedan compartir denominación o ámbito territorial.

Empero, la Sala introdujo una aclaración relevante para evitar una lectura extensiva indebida de esta conclusión. Señaló que esta inaplicabilidad se circunscribe exclusivamente a la modalidad de apoyo, y no desconoce que la prohibición de doble militancia sí resulta aplicable a los GSC en otras modalidades, como aquella prevista en la segunda parte del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011. En estos supuestos –precisó el Consejo de Estado– no se exige la afiliación política del destinatario de la prohibición, sino que basta con que el candidato se haya inscrito a un cargo o corporación pública, haya resultado elegido y posteriormente se presente a una nueva elección por una organización política distinta, sin haber renunciado con la antelación mínima de doce meses prevista en la ley a su curul. Se trata, por tanto, a juicio del Consejo de Estado, de una hipótesis normativa diversa, cuya aplicación no depende de la existencia de un vínculo de lealtad partidaria, sino de la preservación de la estabilidad y coherencia del sistema de representación política.

En contraste, la modalidad de apoyo prevista en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 presupone necesariamente que el sujeto activo se encuentre afiliado a un partido o movimiento político, razón por la cual no puede extenderse a quienes fueron inscritos por un GSC, dado que en estos no existe militancia ni disciplina partidaria exigible. En consecuencia, al no configurarse el presupuesto subjetivo de la prohibición, la Sala concluyó que no se estructuró la doble militancia en la modalidad de apoyo, resultando innecesario examinar los demás elementos de la conducta, y confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda.

Este pronunciamiento consolida una línea jurisprudencial reciente que, sin desconocer la aplicación de la prohibición de doble militancia a los GSC en determinadas hipótesis, delimita con claridad su alcance, excluyendo la modalidad de apoyo y reafirmando que esta solo es predicable de partidos y movimientos políticos dotados de vocación de permanencia, programa ideológico y disciplina interna. No de los GSC.

En lo que respecta a este criterio jurisprudencial, se advierte que, a diferencia de las demás modalidades de doble militancia –respecto de las cuales,

pese a que tanto las normas constitucionales como las legales aluden de manera literal únicamente a los partidos y movimientos políticos, su aplicación se ha extendido a los GSC–, para la modalidad de doble militancia por apoyo se acude al argumento según el cual la destinación prevista por el legislador se circunscribió exclusivamente a candidatos inscritos por el mismo partido y/o movimiento político. Esta diferenciación resulta, cuando menos, discutible, pues plantea un interrogante sobre el alcance del principio de igualdad en el trato jurídico consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Aceptar esta *ratio decidendi* para sostener su inaplicabilidad en este caso resultaría problemático, pues el mismo razonamiento llevaría a concluir que tampoco serían aplicables las demás modalidades de doble militancia a los GSC, en las que igualmente se omite la referencia expresa a estos, salvo la relativa a los directivos, única en la que el legislador estatutario sí los incluyó de manera explícita, como se explicó.

De hecho, el criterio jurisprudencial que excluye la modalidad de doble militancia por apoyo respecto de los GSC, bajo el argumento de que en estos no existe filiación política ni deber de lealtad partidaria, resulta igualmente discutible cuando, de manera simultánea, se admite la aplicación a dichos grupos de otras modalidades de doble militancia que tampoco presuponen afiliación, como la relativa a la renuncia previa de doce meses a la curul obtenida con un partido político, cuando en la elección siguiente el candidato se presenta por un GSC. En efecto, si la ausencia de militancia constituye un obstáculo decisivo para la primera, ese mismo razonamiento debería conducir, por coherencia sistemática, a la inaplicabilidad de la segunda. La Sala intenta salvar esta contradicción diferenciando las finalidades de las normas –disciplina partidaria y lealtad ideológica, en el caso del apoyo, y estabilidad del sistema representativo, en el de la renuncia–; sin embargo, esta distinción plantea dificultades conceptuales.

Una interpretación sistemática y conforme a la Constitución (Corte Constitucional de Colombia 1999, «II. Fundamentos 4») impide asumir que la falta de renuncia a la curul obtenida con el aval de un partido político, por parte de quien resultó electo en una elección, con el propósito de participar en la siguiente a través de un GSC, comprometa necesariamente la estabilidad del sistema de representación. Pues, bajo el modelo pluralista instaurado por la Constitución de 1991, los GSC no solo están constitucionalmente habilitados para postular candidatos, sino que constituyen una forma legítima de realización –y no de afectación– de la representación política, en la que la mediación con los electores para el acceso al poder por parte de los representantes ya no constituye un monopolio exclusivo de los partidos, sino que se manifiesta también como una expresión directa de estas formas de organización ciudadana que, por su carácter instrumental, no suponen militancia ni estructuras permanentes de activismo político, ni permiten predicar, en

sentido estricto, un fenómeno de transfuguismo respecto de la organización partidista de origen.

Finalmente, el Consejo de Estado en la Sentencia de 7 de noviembre de (2024, 47) introduce una tensión interpretativa relevante frente al precedente antes expuesto. Aunque reitera que a los GSC no les resulta aplicable la doble militancia por apoyo, al no generar deberes de disciplina, seguidamente valora la posible configuración de dicha modalidad de doble militancia, condicionando su inexistencia a que el GSC no hubiese inscrito candidatos a otros cargos en la misma elección y habilitando, por esa vía, el apoyo a los candidatos de los partidos que se coaligaron con aquel. Ello resulta contradictorio por dos razones: primero, como se ha expuesto, aun si un GSC hubiera presentado múltiples candidaturas a diferentes cargos en una misma elección, no podría predicarse entre ellas un deber de lealtad o disciplina, dado que cada una se legitima mediante firmas distintas; y segundo, si la doble militancia por apoyo no es aplicable a los GSC por su propia naturaleza, exigir lealtad política frente a los candidatos de los partidos coaligados con este supone, de facto, una excepción a esa excepción. Esta ambigüedad –acentuada cuando los acuerdos de coalición imponen esos deberes de apoyo– abre la puerta a interpretaciones dispares, reforzando la necesidad de una regulación clara y coherente.

IV. ANÁLISIS COMPARADO DEL PROBLEMA

1. *Chile*

Examinado en profundidad el caso colombiano de los GSC, resulta pertinente abordar este fenómeno análogo en el ordenamiento chileno. En Chile, las candidaturas independientes se configuran como aquellas postulaciones presentadas por personas que, al momento de la inscripción electoral, no ostentan la condición de militantes de un partido político, y que pueden concurrir a la competencia electoral bajo dos modalidades: (i) fuera de pacto, de manera individual y con respaldo ciudadano mediante patrocinios –firmas–; y (ii) en pacto, integrándose a la lista de un partido político en calidad de independientes, con el consentimiento expreso de dicha colectividad. Conviene, además, destacar el elemento temporal que caracteriza a estas candidaturas, en la medida en que su existencia jurídica se inicia con la aceptación, por parte del órgano electoral competente, de la declaración de candidatura presentada por el aspirante y se extingue con la proclamación oficial de los resultados electorales, momento a partir del cual, en caso de resultar electo, el candidato adquiere un mandato representativo. Razón por la cual una candidatura independiente no puede convertirse en un partido o movimiento político.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Ahora bien, la Constitución Política impone, en esta materia, un mandato de especial densidad normativa al ordenar que una ley orgánica constitucional asegure la plena igualdad entre independientes y militantes de partidos políticos, tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en el proceso electoral[34], directriz que se desarrolla en la Ley no. 18.700 de 19 de abril de 1988, sobre Votaciones Populares y Escrutinios[35]. Dicho cuerpo legal establece una diferenciación relevante entre independientes en pacto –quienes no están sujetos a la exigencia de recibir el apoyo mediante firmas y se incorporan a una lista partidaria[36]–; e independientes fuera de pacto, a quienes se impone la carga de acreditar un respaldo ciudadano mínimo equivalente al 0,5 % de los electores que hubieren sufragado en la elección anterior en el respectivo distrito o circunscripción[37]. Estos candidatos deben acreditar dicho apoyo mediante firmas autorizadas ante notario o a través del sistema de patrocinios en línea administrado por el Servicio Electoral de Chile[38], con la restricción adicional de que dichos firmantes no mantengan afiliación partidaria vigente.

A este marco se añade la denominada «Ley antidíscolos» –Ley no. 20.542 de 11 de octubre de 2011[39]–, cuyo objetivo principal fue introducir una restricción que busca impedir la postulación como candidato independiente de quienes hubieren estado afiliados a un partido político dentro de los nueve meses anteriores al vencimiento del plazo para la declaración de candidatura –esta declaración es una manifestación formal de voluntad de postular, que la autoridad electoral revisa y acepta o rechaza–, cerrando así la posibilidad de que militantes derrotados en procesos internos de otros partidos se

[34] El artículo 18 de la Constitución Política de Chile dispone: «Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos. Dicha ley establecerá también un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral (...)».

[35] El 6 de abril de 2017 se publicó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley no. 18.700, orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.

[36] La Ley no. 18.700 en su artículo 4 inciso segundo señala: «En las elecciones de diputados y senadores, al interior de cada pacto electoral, los partidos políticos integrantes de dicho pacto podrán, cada uno, asociarse con candidatos independientes».

[37] Según lo regulado en el artículo 13 de la Ley no. 18.700.

[38] Revísese la norma establecida en el artículo 11 de la Ley no. 18.700.

[39] La Ley no. 20.542 relativa al plazo de renuncia a un partido político para presentar candidaturas independientes fue promulgada el 11 de octubre de 2011, y mediante su artículo 2 modificó el artículo 4 de la Ley no. 18.700, convertido en el artículo 5 luego de que esta norma fuera refundida, coordinada y sistematizada.

reconfiguren de manera inmediata como independientes. Esta ley añade una condición adicional, consistente en que los ciudadanos que buscan ser incluidos como candidatos de un partido deberán haberse afiliado a este, por lo menos, dos meses antes del vencimiento del plazo en que se presentan las declaraciones de candidaturas.

De forma complementaria, la Ley no. 19.884 de 7 de julio de 2003, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, somete a las candidaturas independientes a un régimen sustancialmente equiparado al de los partidos políticos en materia de topes de gasto, obligaciones de rendición de cuentas y designación de administrador electoral, incluyendo el acceso al financiamiento público[40]. No obstante, esta igualación normativa coexiste con requisitos específicos –como la recolección previa de firmas y el cumplimiento de cargas organizativas sin estructura partidaria– y con un sistema electoral proporcional por listas que favorece la agregación partidaria y los pactos electorales, de modo que, las candidaturas independientes compiten con los partidos bajo reglas formalmente idénticas, pero con capacidades organizativas y recursos sustancialmente desiguales.

Aunado a lo anterior, vale la pena advertir otra cuestión. El sistema electoral chileno califica como «independiente sin pacto» a quien no ha mantenido afiliación partidaria durante los nueve meses previos a la declaración de candidatura. Sin embargo, esa misma persona está habilitada para integrarse a la lista de un partido como candidato independiente en pacto, y entonces seguirá siendo «independiente», ahora bajo la modalidad de pacto partidario. Frente a esto, cabe señalar que, si bien el artículo 18 de la Constitución Política de Chile garantiza la plena igualdad entre independientes y militantes de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los procesos electorales, la regulación legal dista de materializar plenamente dicho mandato. En efecto, mientras los independientes fuera de pacto partidario deben acreditar firmas equivalentes al 0,5 % de los electores de la circunscripción respectiva, los «independientes» en pacto quedan eximidos de esta exigencia, al ser declarados candidatos directamente por el pacto electoral que los incorpora, sin requerir afiliación partidaria.

Desde nuestra perspectiva, este diseño normativo introduce un incentivo claramente discutible, en la medida en que la asociación de corta duración –es decir, el pacto celebrado entre el independiente y el partido– se erige como un mecanismo idóneo para eludir la carga de obtención de patrocinios ciudadanos. Así las cosas, la configuración vigente produce un efecto problemático, pues un candidato formalmente calificado como independiente, pero fácticamente integrado a la lista junto a un partido político, es tratado como

[40] Según lo determinado en los artículos 36, 47 y 15 de la Ley no. 19.884 de 7 de julio de 2003. Texto refundido, coordinado y sistematizado por decreto el 6 de septiembre de 2017.

militante en el plano administrativo y financiero –al someterse al administrador electoral y a los límites de gasto del partido–, al tiempo que conserva prerrogativas propias del independiente, pero a la vez, alcanza la exención del requisito de firmas. Esta asimetría normativa evidencia una tensión relevante con el principio de igualdad en la competencia electoral y con la coherencia interna del estatuto jurídico de las candidaturas independientes en el ordenamiento chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, frente al fenómeno de la doble militancia en candidaturas independientes, debe subrayarse que en Chile no se observaron normas que restrinjan esta conducta como sí sucede en Colombia. Bajo ese escenario, una vez electo, el candidato independiente que hubiese concurrido en alianza con un partido político conserva íntegramente su escaño aun cuando, con posterioridad, decida desvincularse de dicha colectividad, integrarse a otra bancada o respaldar posiciones políticas divergentes de aquellas bajo cuyo alero electoral fue elegido, sin que tal conducta transfuguista genere, en el ordenamiento chileno vigente, la pérdida de la curul.

Por último, aunque la denominada Ley Antidíscolos podría entenderse, en apariencia, como un mecanismo de contención del transfuguismo, en realidad se limita a establecer una prohibición de acceso a la candidatura independiente, consistente en la exigencia de no encontrarse afiliado a un partido político durante, al menos, los nueve meses previos a la declaración de candidatura. En ese sentido, desde una perspectiva comparada, dicha restricción temporal no resulta plenamente asimilable al régimen de doble militancia electoral previsto en Colombia, en la medida en que la normativa chilena solo produce como consecuencia el eventual rechazo de la declaración de candidatura, sin proyectar efectos sobre la validez de la elección una vez celebrada. De ello se sigue que el ordenamiento colombiano presenta alcances normativos sustancialmente más severos en la regulación y sanción del transfuguismo que los contemplados en el modelo chileno.

2. *España*

A su turno, España desarrolla la figura de las agrupaciones de electores, las cuales constituyen una modalidad electoral de carácter excepcional y funcionalmente delimitada dentro del ordenamiento jurídico español. Su régimen jurídico se encuentra previsto, de manera principal, en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General –LOREG, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio–, que las configura como instrumentos estrictamente coyunturales, habilitados exclusivamente para la presentación de candidaturas en procesos electorales específicos y carentes de toda vocación de continuidad orgánica una vez culminado el mandato representativo correspondiente. A diferencia de los partidos políticos –dotados de relevancia constitucional, estabilidad

estructural y función institucional conforme al artículo 6 de la Constitución Española–, las agrupaciones de electores se articulan como expresiones directas de la iniciativa ciudadana, cuya razón de ser se agota en la canalización puntual del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, en los términos del artículo 23 de la Constitución, sin proyectarse como sujetos permanentes del sistema de partidos ni del pluralismo político organizado:

> 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
>
> 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Ahora bien, los artículos 44, 45 y 46 de la LOREG establecen un régimen jurídico específico y detallado para la presentación de candidaturas por parte de las agrupaciones de electores, configurando un procedimiento de acceso al proceso electoral marcado por exigencias formales y temporales estrictas. En virtud de dicha regulación, las candidaturas deben ser presentadas ante la Junta Electoral competente dentro del lapso comprendido entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria de las elecciones, acompañadas de la documentación destinada a acreditar, no solo la identidad y elegibilidad de las personas candidatas, sino, de manera particularmente relevante, el cumplimiento del requisito de respaldo ciudadano mediante la obtención del número mínimo de avales legalmente exigido. Tales firmas han de proceder, de forma exclusiva, de electores inscritos en el censo correspondiente a la circunscripción electoral de referencia, lo que refuerza el carácter territorialmente delimitado y representativo de estas candidaturas, así como su función de canalización directa y excepcional de la participación política ciudadana al margen de las estructuras partidarias permanentes.

Bajo estas consideraciones, y como se ha abordado en este artículo, resulta pertinente aludir a la noción de doble militancia para precisar que el ordenamiento jurídico español no contempla sanciones específicas asociadas al transfuguismo político, ni en su manifestación electoral ni en su dimensión parlamentaria, ni tampoco establece un régimen punitivo autónomo para la doble militancia en el seno de los partidos políticos, con independencia de la corporación de elección popular de que se trate o de la fase del proceso democrático en la que dicha conducta pudiera producirse.

Según Santaolalla (2007, 396), el transfuguismo –entendido como el cambio de grupo político por parte de representantes electos– es, en los principales ordenamientos europeos, jurídicamente lícito y está amparado por la independencia del representante y la prohibición del mandato imperativo, de modo que las respuestas normativas frente a sus abusos solo se articulan mediante medidas indirectas o soluciones institucionales alternativas, y no

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

mediante sanciones que limiten directamente los derechos políticos asociados al cargo, salvo algunas excepciones como Portugal.

Desde una perspectiva tipológica, Santiago Juárez (2022, 168), citando a Tomás Mallén (2002, 340) en *El transfuguismo. Un debate político, constitucional y comparado*, sostiene que el transfuguismo parlamentario (que es el que caracteriza de forma predominante el contexto español) no constituye una categoría homogénea, sino que abarca tanto el «transfuguismo inicial» como el «transfuguismo sobrevenido o por cambio de grupo», distinción que permite diferenciar entre el abandono originario de la formación política bajo cuya lista se obtuvo el escaño y la ulterior modificación de adscripción parlamentaria durante el mandato; sobre esta consideración, precisa que la conducta solo puede calificarse propiamente como tránsfuga cuando la decisión individual incide de manera relevante en la estabilidad política o parlamentaria, altera la conformación de mayorías y, en consecuencia, erosiona la credibilidad de la clase política y «falsea la representatividad surgida de las elecciones».

En cualquier caso, esta ausencia de sanciones normativas adquiere especial relevancia cuando se examina la posición jurídica de las agrupaciones de electores, las cuales se configuran como estructuras estrictamente temporales, carentes de personalidad partidaria y no asimilables, ni funcional ni jurídicamente, a los partidos políticos[41], lo que se traduce en un haz de prerrogativas notablemente más restringido. En particular, la imposibilidad legal de que una agrupación de electores se transforme o consolide como partido político (Junta Electoral Central de España 2023, párr. 6) excluye cualquier fundamento normativo para proyectar sobre estas entidades la categoría de la doble militancia, cuya lógica presupone, de manera necesaria, la existencia de vínculos estables de afiliación partidaria que resultan incompatibles con la naturaleza de dichas agrupaciones –crítica que hemos realizado anteriormente frente a la aplicación normativa sobre los GSC en Colombia–. Así mismo, de conformidad con lo establecido por la Junta Electoral Central en el Acuerdo número 27/2006, se excluye de manera expresa la posibilidad de conformar coaliciones tanto entre agrupaciones de electores como entre estas y los partidos políticos (Junta Electoral Central de España 2006, párr. 10). Este diseño normativo contrasta de forma clara con el régimen colombiano aplicable a los GSC, los cuales sí se encuentran habilitados para coaligarse

[41] Sobre esto se pronunció el Tribunal Constitucional de España en Sentencia 85/2003, de 8 de mayo de (2003), en los fundamentos jurídicos del 23 al 26: «Partidos políticos y agrupaciones de electores no son realidades equivalentes; ni siquiera equiparables. Unos y otras son instrumento de participación política. Pero el primero lo es de la participación política de ciudadanos que les son ajenos, en tanto que éstas lo son de los individuos que las constituyen, es decir, de los ciudadanos que se agrupan para ejercer su propio derecho de sufragio pasivo».

entre sí y con partidos o movimientos políticos para presentar candidatos, integrándose así en esquemas de articulación política que superan la lógica estrictamente coyuntural que caracteriza a las agrupaciones de electores en el ordenamiento español.

En este punto, la doctrina española ha sido consistente al subrayar la naturaleza esencialmente efímera y estrictamente temporal de las agrupaciones de electores (García-Roca 2007, 41), circunstancia que refuerza la tesis previamente expuesta sobre su carácter instrumental y no permanente dentro del sistema electoral. En particular, la constitución de estas agrupaciones se produce «única y exclusivamente para cada proceso electoral concreto» (Abellán-Matesanz 2004, 279), sin que de ello se derive la conformación de vínculos estables de pertenencia política asimilables a la militancia partidaria. Esta caracterización doctrinal resulta especialmente relevante desde una perspectiva comparada –compartida por la dogmática electoral española y colombiana–, en la medida en que permite sostener que las agrupaciones de electores carecen de una noción jurídicamente predicable de militancia, de modo que, una vez agotado el proceso electoral para el cual fueron creadas, las personas que hubieren integrado dichas candidaturas recuperan plenamente su libertad política para vincularse, sin restricción alguna, a otra agrupación de electores o a un partido político, en ejercicio del derecho fundamental de participación política y de asociación en materia electoral.

Asimismo, se plantea un problema adicional de singular relevancia jurídica. Dado que las agrupaciones de electores se extinguen una vez concluido el proceso electoral para el cual fueron constituidas, cabe entender que la denominación bajo la cual concurrieron desaparece conjuntamente con la propia agrupación. En este escenario, resulta jurídicamente posible que, en una convocatoria electoral posterior, sujetos completamente ajenos a la agrupación originaria utilicen de manera idéntica dicha denominación para presentarse como nueva agrupación de electores, sin que ello encuentre un obstáculo normativo expreso. Frente a esta práctica, la agrupación precedente –ya extinguida– carece de instrumentos jurídicos para oponerse o defender la identidad previamente utilizada. La razón es estrictamente normativa: el ordenamiento electoral no prohíbe la reutilización de denominaciones de agrupaciones desaparecidas. Mientras el artículo 46.4 de la LOREG[42] establece una protección específica de la denominación de los partidos políticos[43], excluye de forma deliberada a las agrupaciones de electores,

[42] El artículo 46.4 de la LOREG señala: «4. La presentación de candidaturas debe realizarse con denominaciones, siglas o símbolos que no induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partidos legalmente constituidos».

[43] Así lo ha sostenido la Junta Electoral Central de España, en la Sesión JEC 11/05/2006, con Acuerdo número 27 de (2006), número de expediente 282/65.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

siendo precisamente esta reutilización de la identidad nominal de una agrupación extinguida lo que la doctrina ha calificado como «transfuguismo por usurpación de identidad» (Flores-Domínguez 2022, 49).

Desde una perspectiva sistemática del Derecho electoral, la eventual solución orientada a reservar de manera exclusiva la denominación a la agrupación de electores que la hubiese utilizado con anterioridad plantea un problema jurídico de mayor calado, en la medida en que implicaría, de forma indirecta, el reconocimiento de una continuidad temporal de la agrupación más allá del proceso electoral para el cual fue constituida, con la consiguiente desnaturalización de esta figura. Una problemática análoga se presenta en el ordenamiento colombiano respecto de los GSC, pues el blindaje jurídico del uso de su denominación no solo prolongaría artificialmente su existencia, sino que proyectaría efectos jurídicos con posterioridad a la extinción del grupo, alterando el marco temporal que define su razón de ser. La apertura de esta vía normativa no resulta jurídicamente aconsejable, en tanto introduciría una asimilación indebida con las prerrogativas propias de los partidos políticos, erosionando el equilibrio del sistema de participación política y afectando la diferenciación estructural que el ordenamiento preserva entre organizaciones partidarias permanentes y mecanismos electorales de carácter transitorio.

En coherencia con esta aproximación estructural, la jurisprudencia constitucional española ha delimitado con claridad el alcance de la relación jurídica entre el representante electo y la entidad que promovió su candidatura cuando se trata de agrupaciones de electores. En su doctrina reiterada, iniciada con la STC 5/1983[44] y confirmada, entre otras, por la STC 10/1983[45], el Tribunal Constitucional ha afirmado de manera constante que la titularidad

[44] El Tribunal Constitucional de España en Sentencia 5/1983, de 4 de febrero de (1983), en el fundamento jurídico número 4, señala que el artículo 23.1 Constitucional español: «(...) consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas, lo que evidencia a nuestro juicio que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar –y no de ninguna organización como el partido político–, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de derecho, y no de la voluntad del partido político».

[45] El Tribunal Constitucional de España en Sentencia 10/1983, de 21 de febrero de (1983) sostiene que: «Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto infringe sin embargo, de manera absolutamente frontal, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término».

del cargo público representativo corresponde al ciudadano electo y no a la organización –partido o agrupación– que actuó como vehículo de presentación electoral, en aplicación directa de la prohibición del mandato imperativo consagrada en el artículo 67.2 de la Constitución Española. Esta concepción del mandato representativo implica que el vínculo entre el elegido y la agrupación de electores no genera deberes de lealtad partidaria ni obligaciones de disciplina interna, propios de las formaciones políticas permanentes. Si dicha libertad de mandato opera incluso como límite frente a las sanciones internas de los partidos políticos, con mayor razón debe proyectarse respecto de las agrupaciones de electores, cuyos integrantes no se encuentran sujetos a compromisos estatutarios, ideológicos u orgánicos, ni a estructuras internas de control, reforzando así la idea de que estas agrupaciones funcionan, desde la óptica constitucional, como instrumentos meramente formales y coyunturales para el acceso al cargo público.

No obstante, parte de la doctrina ha propuesto una comprensión alternativa del vínculo representativo. En particular, Villaverde (2004) sostiene que representación y representatividad constituyen categorías inescindibles: el representante no se define meramente por la titularidad del escaño, sino por su capacidad de proyectar un programa y una ideología compartidos por un conjunto de individuos articulados políticamente, de forma predominante, a través de partidos u otro tipo de organizaciones a las que se adscriben para participar en la competencia por el poder. Por ello, el escaño no es un cargo que pueda ejercerse ignorando las ideas y el proyecto político que hicieron posible la elección. Desde esta perspectiva, si el representante rompe con la candidatura que representaba esas ideas, puede afectar la base democrática que justificó su mandato.

En conclusión, el ordenamiento jurídico no contempla un régimen normativo destinado a regular la doble militancia en el ámbito de las agrupaciones de electores. Por el contrario, la legislación es inequívoca al disponer que dichas agrupaciones no pueden transformarse, en ningún supuesto, en partidos políticos, reafirmando así su naturaleza jurídica diferenciada y estrictamente funcional. En coherencia con ello, las normas, principios y deberes propios del régimen jurídico de los partidos políticos –incluidos aquellos relativos a la militancia, la disciplina interna o la lealtad partidaria– no resultan extensibles ni aplicables a las agrupaciones de electores, cuya configuración normativa responde a una lógica distinta dentro del sistema de participación política.

V. CONCLUSIONES GENERALES

– La prohibición de doble militancia –entendida como la pertenencia simultánea de un ciudadano a más de un partido o movimiento

político– se ha convertido en un eje central del derecho electoral colombiano contemporáneo. Esta figura busca garantizar la lealtad y disciplina partidista para fortalecer el sistema democrático representativo. No obstante, su aplicación ha generado tensiones con principios constitucionales como la soberanía popular, el derecho a ser elegido y la libertad de asociación, especialmente en casos donde intervienen GSC –candidaturas independientes respaldadas por firmas–, cuya naturaleza no partidista cuestiona la extensión automática de estas restricciones propias del régimen de partidos, revelando vacíos normativos e interpretativos que afectan el equilibrio entre fortalecimiento institucional de las organizaciones políticas tradicionales y el pluralismo democrático.

– La controversia se intensifica al constatar que ni el artículo 107 de la Constitución Política ni el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 prevén de manera expresa la aplicación del régimen de doble militancia a los GSC. Dicha extensión se produjo por vía jurisprudencial, a partir de la Sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional y su aplicación posterior por el Consejo de Estado de Colombia en casos concretos de nulidad electoral, sustentada en argumentos de carácter teleológico orientados a evitar vacíos normativos que posibilitaran elusión o fraude a la norma. Sin embargo, aunque esta construcción interpretativa pueda responder a una finalidad comprensible, genera tensiones con los principios de taxatividad –según los cuales las restricciones a los derechos políticos deben estar expresamente consagradas en la Constitución o en la ley– y de interpretación restrictiva, que exige respetar con la mayor fidelidad posible el texto normativo y la voluntad del constituyente o del legislador, al momento de valorar una regla que limita derechos políticos fundamentales (Durán-Bustos 2025, 23) (Rojas Amandi 2010, «Capítulo 6. La justificación externa»).

– En materia de interpretación constitucional, y de conformidad con el principio de estricta legalidad[46], así como con los principios *pro homine* y *pro libertate* (Corte Constitucional de Colombia 2024, párr. 109), las causales de nulidad electoral –por sus efectos particularmente gravosos sobre el derecho fundamental a ser elegido y sobre la expresión de la voluntad popular– no admiten interpretaciones extensivas ni analógicas en perjuicio del afectado. Ello implica que las condiciones y supuestos que autorizan la restricción al ejercicio de un derecho político deben

[46] Al respecto se pronunció el Consejo de Estado de Colombia en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Sentencia de 15 de noviembre de 2017, con Radicado no. 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ): en el abordaje del problema jurídico de la sentencia, subtítulo tercero sobre los derechos políticos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

encontrarse establecidos de manera clara, previa y expresa en una norma con fuerza de ley, entendida tanto en sentido formal como material. De esta suerte, cuando existan dos o más criterios razonables de interpretación de una disposición constitucional, como es el caso de la prohibición de doble militancia, sin excepción (Corte Constitucional de Colombia 2013, «Cargo 2. Presunto desconocimiento»), debe preferirse aquel que resulte más favorable a la persona y a la plena efectividad de sus derechos fundamentales (Durán-Bustos 2023, 19), hasta tanto el legislador se pronuncie de manera expresa y clara sobre la materia. Máxime cuando dicha interpretación es consistente con el tenor literal de la disposición objeto de examen. Tal hermenéutica cuestiona el precedente actualmente vigente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que sostiene la aplicabilidad del régimen de doble militancia de los partidos políticos a los GSC.

– Un elemento normativo clave es que la Constitución prevé la conversión de un GSC en partido político solo después de una elección, por regla general, si alcanza cierto umbral de votos –3% en elecciones de Cámara o Senado, según el art. 108 C.P.– (Consejo de Estado de Colombia 2017, «Salvamento de voto»). Antes de ello, el grupo no posee personería jurídica ni las mismas obligaciones de los partidos –por ejemplo, no está obligado a tener estatutos, ni régimen disciplinario interno, ni lista formal de afiliados–. Este carácter transitorio implica que no puede haber una relación de doble pertenencia continua entre un partido –permanente– y un grupo –transitorio–, pues el segundo es un vehículo temporal y específico. Bajo esta premisa, cabría argumentar que la prohibición constitucional de doble militancia sencillamente no cobija a los GSC, al menos no en el mismo sentido que a los partidos o movimientos políticos, por lo que dicha cuestión requiere pleno desarrollo legislativo, para evitar escenarios problemáticos como los aquí expuestos. La ausencia de criterios claros deja un amplio margen a la discrecionalidad y puede resultar en tratamientos dispares.
– Asimismo, el análisis desarrollado abre nuevas y necesarias líneas de investigación, en particular sobre la regulación y eventual sanción del fenómeno del transfuguismo político no ya en escenarios de campaña –a través de la institución de la doble militancia– sino al interior de las corporaciones públicas mediante la aplicación del régimen de bancadas, toda vez que el artículo 108 de la Constitución sí extendió expresamente dicho régimen a las listas elegidas por un mismo GSC. En este contexto, surgen los siguientes interrogantes: ¿cómo se regula la actuación en bancadas cuando el acceso al poder se produce mediante un GSC y no a través de un partido político? ¿se encuentran estos grupos jurídicamente habilitados para adoptar estatutos destinados a regular su

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 489-528
https://doi.org/10.18543/ed.3588 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

actuación en bancada y, de ser así, quiénes ostentan dicha competencia –los elegidos, el comité promotor o ambos–? ¿las curules deben entenderse como pertenecientes al GSC y no al candidato individualmente elegido, haciendo extensible la regla jurisprudencial (Consejo de Estado de Colombia 2021, 37) conforme a la cual las curules en las corporaciones públicas de elección popular son de los partidos y no de las personas? Todo ello conduce a examinar cómo operaría el régimen de bancadas en estos supuestos y si los GSC podrían imponer sanciones –como la expulsión del grupo o la pérdida del derecho de voz y voto en la corporación– análogas a las previstas para los partidos políticos? Estas cuestiones, en último término, plantean un desafío directo a los estándares interamericano y europeo de protección de derechos humanos, en la medida en que podrían dar lugar a restricciones de tales derechos impuestas por estructuras sin vocación de permanencia política, carentes de un régimen estatutario consolidado y de una autoridad disciplinaria claramente definida (consejos de control ético) y, de manera especialmente problemática, ajenas a cualquier naturaleza jurisdiccional, en tensión con las exigencias del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[47].

– Desde otra perspectiva, en el derecho comparado, ni el ordenamiento español ni el chileno contemplan una figura equiparable a la noción de «doble militancia» en los términos en que esta ha sido construida por el modelo colombiano. En España, dicha prohibición resulta incompatible con la concepción constitucional del mandato representativo, fundada en la proscripción del mandato imperativo, lo que impide configurar vínculos jurídicos que obliguen al representante a acatar de forma imperativa las directrices del partido o de la agrupación que sirvió como vehículo electoral. En Chile, por su parte, la candidatura independiente se articula a través de dos modalidades –con pacto y sin pacto–; sin embargo, la denominada independencia en pacto plantea una contradicción conceptual relevante, pues el amparo del candidato independiente bajo un pacto electoral previo a la declaración de candidaturas desdibuja el contenido sustantivo de la independencia, manteniendo una denominación que no se corresponde plenamente con la realidad jurídica y material de la vinculación política del candidato.
– Dicho esto, la lógica prevalente en estos dos países es facilitar la participación política plural y el derecho de los votantes a elegir candidatos

[47] El cual dispone en su numeral segundo: «La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal».

por fuera de los partidos, más que blindar a estos últimos de toda «fuga» de miembros. En Colombia, la interpretación vigente pareciera sobrecargar de formalismo el ejercicio de inscribirse por firmas, al exigir que el aspirante haya roto su vínculo partidista con mucha anticipación y al concebir ese respaldo ciudadano como si fuera una segunda militancia orgánica. Esto podría desalentar a potenciales candidatos independientes –que son una válvula de escape democrática cuando los partidos tradicionales no canalizan ciertas aspiraciones–, afectando el pluralismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Abellán-Matesanz, Isabel. «El proceso electoral desde la doctrina de la Junta Electoral Central.» *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), no. 14 (2004): 273-320.

Baquero Rueda, Altus Alejandro. *Revocatorias de inscripción de candidatos a cargos de elección popular.* Primera. Bogotá D.C.: Editorial Diké, 2025.

Blanco Barahona, Jonathan Alexander. «Candidaturas Independientes en España, México y Colombia: extensión y límites a una democracia.» Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2025.

Consejo de Estado de Colombia. «Radicado no. 05001-23-33-000-2015-02495-02.» Bogotá D.C., 29 de septiembre de 2016.

—— «Radicado no. 05001-23-33-000-2023-01211-01.» Bogotá D.C., 16 de mayo de 2024.

—— «Radicado no. 11001-03-06-000-2021-00022-00.» Bogotá D.C., 31 de agosto de 2021.

—— «Radicado no. 11001-03-06-000-2024-00615-00.» Bogotá D.C., 9 de diciembre de 2024.

—— «Radicado no. 11001-03-15-000-2017-01543-00(AC).» Bogotá D.C., 7 de febrero de 2019.

—— «Radicado no. 11001-03-28-000-2013-00037-00.» Bogotá D.C., 9 de diciembre de 2013.

—— «Radicado no. 11001-03-28-000-2019-00040-00.» Bogotá D.C., 23 de julio de 2020.

—— «Radicado no. 11001-03-28-000-2023-00059-00.» Bogotá D.C., 18 de abril de 2024.

—— «Radicado no. 11001-03-28-000-2024-00034-00.» 7 de noviembre de 2024.

—— «Radicado no. 13001-23-33-000-2016-00112-01.» Bogotá D.C., 16 de marzo de 2017.

—— «Radicado no. 25000-23-31-000-2011-00775-02.» Bogotá D.C., 12 de septiembre de 2013.

—— «Radicado no. 54001-23-33-000-2024-00004-01.» Bogotá D.C., 17 de julio de 2025.

—— «Radicado no. 63001-23-31-000-2007-00152-01.» Bogotá D.C., 17 de julio de 2008.

—— «Radicado no. 68001-23-33-000-2015-01292-01.» Bogotá D.C., 13 de octubre de 2016.

Consejo Nacional Electoral de Colombia. «Radicado no. 1141-2006.» Bogotá D.C., 7 de junio de 2006.
—— «Radicado no. 1967-2020.» Bogotá D.C., 21 de mayo de 2020.
—— «Radicado no. 2456-20.» Bogotá D.C., 6 de agosto de 2020.
Consejo Nacional Electoral. *Grupos Significativos*, https://www.cne.gov.co/grupos-significativos (último acceso: 26 de diciembre de 2025).
Corte Constitucional de Colombia. «Sentencia C-089 de 1994.» Bogotá D.C., 3 de marzo de 1994.
—— «Sentencia C-101 de 2018.» Bogotá D.C., 24 de octubre de 2018.
—— «Sentencia C-273 de 1999.» Bogotá D.C., 28 de abril de 1999.
—— «Sentencia C-303 de 2010.» Bogotá D.C., 28 de abril de 2010.
—— «Sentencia C-393 de 2019.» Bogotá D.C., 28 de agosto de 2019.
—— «Sentencia C-483 de 2013.» Bogotá D.C., 10 de junio de 2013.
—— «Sentencia C-490 de 2011.» Bogotá D.C., 23 de junio de 2011.
—— «Sentencia C-955 de 2001.» Bogotá D.C., 6 de septiembre de 2001.
—— «Sentencia SU-207 de 2022.» Bogotá D.C., 9 de junio de 2022.
—— «Sentencia SU-213 de 2022.» Bogotá D.C., 16 de junio de 2022.
—— «Sentencia SU-342 de 2024.» Bogotá D.C., 20 de agosto de 2024.
—— «Sentencia T-637 de 2001.» Bogotá D.C., 15 de junio de 2001.
Duque Daza, Javier. *¿Elecciones sin partidos? Las candidaturas por firmas, sus efectos y defectos.* 18 de noviembre de 2013. https://razonpublica.com/elecciones-sin-partidos-las-candidaturas-por-firmas-sus-efectos-y-defectos.
Durán-Bustos, Rodrigo. «Escrito de contestación de demanda de 21 de junio de 2023, dentro del Expediente no. 11001-03-28-000-2022-00322-00 en proceso adelantado por el Consejo de Estado de Colombia.» 21 de junio de 2023.
—— «Escrito de tutela contra providencia judicial dentro del expediente T-9.732.556 revisado por la Corte Constitucional de Colombia.» Bogotá D.C., 2025.
Flores-Domínguez, Luis. «Transfuguismo y coaliciones electorales.» *REALA. Nueva Época*, no. 17 (abril 2022): 31-55.
García-Roca, Javier. «Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato.» *Cuadernos de Derecho Público*, no. 32 (septiembre-diciembre 2007): 26-68.
Junta Electoral Central de España. «Acuerdo número 27/2006.» 11 de mayo de 2006.
—— «Acuerdo número 468/2023.» 28 de junio de 2023.
La Silla Vacía. «Gaviria negó el aval a tres representantes liberales que lo cuestionaron.» *La Silla Vacía*, 9 de diciembre de 2025. https://www.lasillavacia.com/en-vivo/gaviria-les-nego-el-aval-a-tres-representantes-liberales-que-lo-cuestionaron/
Misión de Observación Electoral de Colombia. «Ruta Electoral. Elecciones Nacionales, Congreso y Presidencia 2026.» Bogotá D.C.: MOE, mayo de 2025.
Registraduría Nacional del Estado Civil. *Inscripción de candidatos.* s.f. https://www.registraduria.gov.co/-Inscripcion-de-Candidatos-articles-.html (último acceso: 27 de febrero de 2026).
—— *Candidatos a la Presidencia de la República por grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales deberán recoger mínimo 580620 firmas*. 2021. https://www.registraduria.gov.co/Candidatos-a-la-Presidencia-de-la-Republica-por-grupos-significativos-de.html. (último acceso: 6 de junio de 2026).

—— *Cifra récord: más de 90 grupos significativos de ciudadanos postularon candidaturas para las presidenciales 2026*. 2025. https://www.registraduria.gov.co/Cifra-record-mas-de-90-grupos-significativos-de-ciudadanos-postularon.html. (último acceso: 6 de junio de 2026).

Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Argumentación jurídica*. Primera edición. México: Oxford University Press, 2010.

Santaolalla, Fernando. «El transfuguismo en algunos países europeos.» *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, no. 19 (2007): 395-421.

Santiago Juárez, Rodrigo. «Democracia representativa y transfuguismo político: conceptos, alcances y matices.» En *El Transfuguismo. Un debate político, constitucional y comparado*, de Luis Ríos, Irene Spigno y Yessica Esquivel, 155-178. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2022.

Tomás Mallén, Beatriz. *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Tribunal Constitucional de España. «Sentencia 10/1983.» Madrid, 21 de febrero de 1983.

—— «Sentencia 5/1983.» Madrid, 4 de febrero de 1983.

—— «Sentencia 85/2003.» Madrid, 8 de mayo de 2003.

Villaverde, Ignacio. «Remedios contra el transfuguismo.» *Debates constitucionales,* no. 6 (2004).

LA RESPONSABILIDAD DE MANDO COMO RÉGIMEN AUTÓNOMO DE IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y RECEPCIÓN EN COLOMBIA

Command Responsibility as an Autonomous Mode of Attribution in International Criminal Law: Historical Evolution and Reception in Colombia

Jairo Edmundo Cabrera Pantoja[1]
Abogado y Doctor en Derecho. Profesor e investigador
Universidad Católica de Colombia, Bogotá. Colombia
https://orcid.org/0000-0003-2117-9700

https://doi.org/10.18543/ed.3589

Fecha de recepción: 25.10.2025
Fecha de aceptación: 02.02.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El presente escrito pretende hacer una aproximación conceptual sobre la responsabilidad de mando a la luz del derecho penal internacional, desde el caso Yamashita hasta su aplicación en los fallos producidos por la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, tribunal producto del acuerdo de paz entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP. Desde un análisis histórico y jurídico se evidencia el tránsito de esta figura desde los juicios de la posguerra hasta su codificación en el Estatuto de Roma y, particularmente en el contexto colombiano, cómo la Corte Constitucional, en una interpretación del bloque de constitucionalidad, ha interpretado la responsabilidad de mando, demostrando serias tensiones entre la responsabilidad penal y la justicia transicional para la obtención de verdad, justicia y garantías

[1] Email: jecabrera@ucatolica.edu.co

de no repetición. El trabajo concluye sobre la necesidad de dar una aplicación equilibrada al artículo 28 del Estatuto de Roma como elemento esencial para garantizar una efectiva justicia transicional sin que esta vulnere los principios de culpabilidad y legalidad.

Palabras clave

Jurisdicción Especial para la Paz, Responsabilidad de mando, proceso de paz, justicia transicional, Estatuto de Roma

Abstract

The present paper aims to provide a conceptual approach to *command responsibility* in light of international criminal law, tracing its development from the *Yamashita* case to its application in the decisions issued by Colombia's *Special Jurisdiction for Peace* (JEP), a tribunal created as a result of the peace agreement between the Colombian State and the FARC-EP guerrilla. Through a historical and legal analysis, it highlights the evolution of this figure from the post-war trials to its codification in the Rome Statute, and particularly within the Colombian context, where the Constitutional Court–through the interpretation of the *constitutional block*–has shaped the understanding of command responsibility. This has revealed significant tensions between criminal liability and transitional justice in the pursuit of truth, justice, and guarantees of non-repetition. The paper concludes that a balanced application of Article 28 of the Rome Statute is essential to ensure effective transitional justice without undermining the principles of culpability and legality.

Keywords

Special Jurisdiction for Peace; command responsibility; peace process; transitional justice; Rome Statute.

Sumario: I. Introducción. II. Los orígenes de la responsabilidad de mando en el derecho penal internacional. 1. El caso Yamashita y la emergencia del estándar de "hubiere debido saber". 2. De los tribunales de posguerra a la codificación en los Convenios de Ginebra y los Protocolos de 1977. 3. Debate doctrinal inicial: entre la responsabilidad objetiva y la culpabilidad por omisión. III. La consolidación jurisprudencial y normativa en el derecho penal internacional. 1. Aportes de los tribunales ad hoc: Čelebići, Akayesu y Musema. 2. El caso Bemba y la Corte Penal Internacional: tensiones en el estándar de conocimiento. 3. Elementos estructurales y límites de la figura: control efectivo, deber de vigilancia y problemas probatorios. *3.1. Control efectivo: más allá de la jerarquía formal. 3.2. El deber de vigilancia y el estándar de diligencia reforzada. 3.3. Medidas necesarias y razonables: entre lo posible y lo exigible.* 4. Problemas probatorios: la delgada línea entre certeza y especulación. IV. La responsabilidad de mando en Colombia: del bloque de constitucionalidad a la Jurisdicción Especial para la Paz. 1. La incorporación del artículo 28 del Estatuto de Roma y la Sentencia C-578 de 2002. 2. Justicia transicional y responsabilidad de mando: los fallos C-674 de 2017 y C-080 de 2018. 3. Perspectivas críticas: tensiones, alcances y retos de aplicación en la JEP. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de las experiencias traumáticas que marcaron los grandes conflictos armados del siglo XX –y, de manera particular, tras la devastación provocada por la Segunda Guerra Mundial– la comunidad internacional se enfrentó a un dilema que no podía seguir siendo postergado. No bastaba con sancionar a quienes ejecutaban materialmente los crímenes. La pregunta de fondo era otra, más incómoda: ¿qué hacer con quienes, desde posiciones de autoridad, toleraron esas conductas, las hicieron posibles o simplemente optaron por no intervenir?

De esa inquietud, que no nació en los manuales sino en la experiencia histórica, fue tomando forma la noción de responsabilidad de mando. Su aparición respondió a la necesidad de dotar al derecho penal internacional de herramientas capaces de ofrecer una protección real a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, allí donde las estructuras jerárquicas habían servido durante décadas como refugio frente a la rendición de cuentas.

Fue en el periodo de posguerra cuando esta preocupación comenzó a adquirir contornos más definidos. Resultó cada vez más evidente que el ejercicio del mando, especialmente en el ámbito militar, no podía seguir siendo

concebido como un espacio ajeno al control jurídico. El deber moral que pesaba sobre los superiores jerárquicos debía transformarse en obligaciones jurídicas concretas, en particular frente a los crímenes cometidos por fuerzas bajo su autoridad. En este contexto se inscribe el juicio adelantado en 1945 contra el general japonés Tomoyuki Yamashita, un antecedente decisivo que marcó el inicio de una línea jurisprudencial destinada a influir, con el paso del tiempo, en múltiples ordenamientos jurídicos, incluido el colombiano. Desde entonces, el desarrollo de la responsabilidad de mando ha estado acompañado de debates persistentes, especialmente en torno a los límites entre jerarquía, culpabilidad y responsabilidad por omisión.

El caso Yamashita introdujo una idea que resultaría determinante: el mando no puede entenderse únicamente como una prerrogativa derivada de la jerarquía, sino también como una posición cargada de deberes jurídicos específicos. Entre ellos, ocupa un lugar central la obligación de vigilancia y control sobre la conducta de los subordinados. Esta comprensión fue profundizándose con los desarrollos posteriores de los tribunales militares de Núremberg y Tokio, con la adopción de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977 y, más adelante, con la creación de la Corte Penal Internacional. En ese proceso, la consagración del artículo 28 del Estatuto de Roma terminó por configurar la responsabilidad de mando como un régimen autónomo de imputación penal, cuyo fundamento no radica en la autoría directa, sino en la omisión culpable del superior que incumple su posición de garante.

Sin embargo, esta construcción dogmática no ha estado exenta de dificultades. De manera reiterada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han advertido los riesgos que supone una interpretación excesivamente amplia de la imputación por omisión. En particular, se ha señalado que una aplicación descuidada de la figura puede derivar en formas encubiertas de responsabilidad objetiva, incompatibles con los principios estructurales del derecho penal contemporáneo y, en especial, con el principio de culpabilidad.

En Colombia, estas discusiones adquieren un relieve particular si se tiene en cuenta el contexto del conflicto armado interno y los compromisos internacionales asumidos por el Estado. La incorporación de la responsabilidad de mando al ordenamiento jurídico, a través del bloque de constitucionalidad, impuso una exigencia compleja: de un lado, garantizar la investigación y sanción de los máximos responsables de crímenes internacionales; de otro, preservar principios constitucionales como la legalidad, el debido proceso y la responsabilidad personal. La creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como componente central del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, intensificó estas tensiones y abrió nuevos interrogantes sobre el alcance real de los estándares internacionales en un escenario de justicia transicional.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 529-558
https://doi.org/10.18543/ed.3589 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

En este contexto, la cuestión no es meramente teórica. Resulta legítimo preguntarse hasta qué punto la JEP puede aplicar los criterios del derecho penal internacional en materia de responsabilidad de mando sin afectar las garantías propias del ordenamiento jurídico colombiano. Al mismo tiempo, surge la preocupación opuesta: evitar que, en nombre de la paz y la reconciliación, se consoliden espacios de impunidad frente a quienes ejercieron funciones de mando en contextos de violencia armada y guerra irregular.

Este trabajo se propone abordar estos interrogantes desde una perspectiva normativa, doctrinal y jurisprudencial. Para ello, se examina la evolución histórica de la responsabilidad de mando, desde el caso Yamashita y la experiencia de los tribunales penales internacionales ad hoc, hasta su codificación en el Estatuto de Roma y su posterior recepción en el ordenamiento jurídico colombiano. En este recorrido se analizan, además, las interpretaciones desarrolladas por la Corte Constitucional con el fin de identificar tensiones, vacíos y riesgos en la aplicación de la figura, así como posibles oportunidades para el fortalecimiento del modelo de justicia transicional.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación adopta un enfoque cualitativo de carácter dogmático-jurídico, con un diseño analítico y descriptivo. En una primera fase, se realiza un examen histórico y normativo de la responsabilidad de mando en el derecho penal internacional, atendiendo a su evolución desde la jurisprudencia de posguerra hasta su formulación en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Este análisis permite identificar los elementos estructurales del régimen de imputación por omisión y las principales controversias doctrinales asociadas a su aplicación.

En una segunda etapa, el estudio se concentra en la recepción de estos estándares en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir del bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este ejercicio resulta indispensable para comprender el marco normativo dentro del cual actúa la Jurisdicción Especial para la Paz y los límites que el orden constitucional impone a la aplicación de la responsabilidad de mando en escenarios de justicia transicional.

Finalmente, se incorpora un análisis contextual del modelo colombiano de justicia transicional, con especial atención al papel asignado a la JEP en la investigación y juzgamiento de los máximos responsables. Este análisis no pretende agotar el estudio de su jurisprudencia, sino identificar los principales desafíos dogmáticos y metodológicos que enfrenta una jurisdicción de esta naturaleza al aplicar estándares del derecho penal internacional en contextos de macrocriminalidad, como los problemas probatorios, la determinación del control efectivo y la compleja conciliación entre verdad, justicia y garantías procesales.

De este modo, la metodología adoptada busca articular el estudio dogmático de la responsabilidad de mando con el análisis del contexto específico de la justicia transicional colombiana, ofreciendo una aproximación que dialogue de manera crítica entre los estándares internacionales, el marco constitucional interno y los retos propios de la Jurisdicción Especial para la Paz.

II. LOS ORÍGENES DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La responsabilidad de mando no fue el producto de una construcción teórica acabada ni de una formulación repentina. Por el contrario, se configuró de manera progresiva, a partir de la necesidad práctica de dar respuesta jurídica a conductas que el derecho penal tradicional no lograba abarcar adecuadamente. Su origen está íntimamente ligado a las atrocidades cometidas durante los conflictos armados del siglo XX y al esfuerzo de la comunidad internacional por delimitar criterios jurídicos que permitieran atribuir responsabilidad a quienes, desde posiciones de autoridad, ejercían poder dentro de estructuras jerárquicas complejas. Su desarrollo histórico evidencia un tránsito progresivo: desde una concepción inicial centrada exclusivamente en la culpabilidad individual por actos materiales directamente ejecutados, hacia una comprensión más amplia según la cual los superiores jerárquicos asumen deberes jurídicos positivos de vigilancia, prevención y sanción respecto de los crímenes cometidos por sus subordinados.

Este desplazamiento dogmático respondió a la constatación de que la criminalidad propia de los conflictos armados y de la violencia organizada no podía explicarse ni sancionarse adecuadamente desde esquemas clásicos de autoría individual, pues dichas conductas se desarrollan, por regla general, en el marco de organizaciones estructuradas que operan a partir de relaciones de mando y obediencia. En este escenario, la responsabilidad de mando comenzó a perfilarse como un instrumento destinado a impedir que los superiores jerárquicos eludieran su responsabilidad penal escudándose en la distancia propia de la cadena de mando, en la delegación de funciones o en la falta de participación directa en los hechos. De este modo, se fue consolidando un régimen de imputación que descansa en la omisión culpable del deber de control que pesa sobre quien ejerce autoridad (Ambos, 2005; Olásolo, 2013; Mettraux, 2009). La doctrina contemporánea ha subrayado que este modelo no supone una ruptura con el principio de culpabilidad, sino una adaptación necesaria del derecho penal a las dinámicas propias de la macrocriminalidad, en las que la tolerancia, aquiescencia o pasividad deliberada del superior puede resultar tan determinante como la ejecución material del delito (Werle y Jeßberger, 2020; Garrocho Salcedo, 2023).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 529-558
https://doi.org/10.18543/ed.3589 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

1. *El caso Yamashita y la emergencia del estándar de "hubiere debido saber"*

El proceso seguido contra el general japonés Tomoyuki Yamashita, adelantado por una comisión militar estadounidense en Manila en 1945, marcó un punto de inflexión en la configuración de la responsabilidad de mando en el derecho penal internacional. Yamashita fue acusado de no haber ejercido un control adecuado sobre las tropas bajo su mando durante la ocupación japonesa en Filipinas, contexto en el que se perpetraron masacres, violaciones y actos de violencia indiscriminada contra la población civil. Lo novedoso del caso radicó en que, aun cuando no se acreditó que hubiera impartido órdenes directas para la comisión de tales crímenes, el tribunal lo declaró responsable por no haber adoptado las medidas necesarias para impedirlos o sancionarlos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, al revisar la sentencia, confirmó la condena y sostuvo que un comandante tiene el deber de conocer y controlar lo que ocurre bajo su mando, incluso en circunstancias de guerra extrema. En palabras del fallo, "la ausencia de pruebas directas de órdenes criminales no exime al comandante de su deber de supervisión cuando, dadas las circunstancias, hubiere debido saber de las atrocidades cometidas por sus tropas" (In re Yamashita, 327 U.S. 1, 1946). Esta formulación introdujo el estándar del *should have known*, posteriormente traducido en la doctrina como "hubiere debido saber", que se convertiría en uno de los pilares de la responsabilidad de mando.

El impacto del caso Yamashita se dejó sentir de manera inmediata en el desarrollo del derecho penal internacional. Por primera vez, se sostuvo de forma expresa que la responsabilidad del superior jerárquico no se agota en la prueba de un conocimiento efectivo de los crímenes, sino que puede derivarse también de su omisión culpable frente a la existencia de indicios objetivos y verificables de conductas criminales. Como señala Olásolo (2013), "la condena de Yamashita cristalizó la noción de que el mando no es un privilegio jerárquico, sino un espacio reforzado de deberes positivos, cuya infracción por negligencia acarrea responsabilidad penal" (p. 147). En un sentido similar, Mettraux (2009) destaca que este precedente permitió desplazar el eje del análisis desde la autoría material hacia el incumplimiento de los deberes de garante que acompañan el ejercicio del mando.

Con todo, el juicio no estuvo exento de cuestionamientos. Desde sus inicios, generó intensas controversias en la doctrina, al punto de que algunos autores lo calificaron como una manifestación de la denominada "justicia de los vencedores". Desde una lectura abiertamente crítica, varios autores han señalado que la imputación formulada en el caso Yamashita fue excesivamente severa y se aproximó peligrosamente a una forma de responsabilidad

objetiva, difícil de conciliar con los principios clásicos del derecho penal (Schabas, 2010; Cassese, 2003). Frente a estas objeciones, otros sectores doctrinales han defendido el precedente como una respuesta necesaria frente a los fenómenos de macrocriminalidad, en la medida en que permitió cerrar espacios de impunidad y evitar que los altos mandos se escudaran en la complejidad de los conflictos armados para eludir sus deberes de control y supervisión (Ambos, 2005; Werle y Jeßberger, 2020).

Más allá de estas discusiones, el caso Yamashita marcó un punto de inflexión al sentar las bases para la posterior codificación de la responsabilidad de mando en el derecho internacional humanitario y en el derecho penal internacional.

Los Convenios de Ginebra de 1949 retomaron esta lógica al imponer a los superiores militares la obligación de prevenir y sancionar las violaciones graves, mientras que los Protocolos adicionales de 1977 reafirmaron de manera expresa el deber de vigilancia. Finalmente, el artículo 28 del Estatuto de Roma incorporó el estándar de "hubiere debido saber" como criterio normativo vinculante para la Corte Penal Internacional, consolidando así un régimen autónomo de imputación basado en la omisión culpable del superior.

2. *De los tribunales de posguerra a la codificación en los Convenios de Ginebra y los Protocolos de 1977*

El tránsito desde el caso Yamashita hacia la codificación de la responsabilidad de mando en instrumentos normativos internacionales se encuentra profundamente vinculado al proceso de reconstrucción jurídica que siguió a la Segunda Guerra Mundial. Si bien los juicios de Núremberg y Tokio se centraron principalmente en la persecución de los grandes criminales de guerra bajo categorías como la planificación y ejecución de crímenes contra la paz, su legado abrió el camino para el reconocimiento de formas indirectas de responsabilidad basadas en la posición jerárquica de los acusados.

En el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI), la acusación contra altos mandos nazis evidenció que muchos de ellos no habían participado directamente en las atrocidades, pero habían creado, tolerado o permitido estructuras que facilitaron su comisión. Aunque el Estatuto del TMI no contenía una regulación expresa sobre la responsabilidad de mando, la práctica del tribunal mostró que el mando jerárquico generaba deberes jurídicos de control. En varios fallos se sostuvo que "el liderazgo en organizaciones criminales no puede ser excusado alegando desconocimiento de los crímenes masivos que se cometieron bajo su autoridad" (International Military Tribunal [IMT], 1947, p. 221). Este razonamiento, aunque sin el desarrollo dogmático que tendría después, ya apuntaba a la noción de que el mando implica un deber reforzado de vigilancia.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 529-558
https://doi.org/10.18543/ed.3589 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMILEO), más conocido como Tribunal de Tokio, fue aún más explícito al vincular la posición jerárquica con la responsabilidad penal. En varios casos, altos oficiales japoneses fueron condenados no por impartir órdenes directas, sino por no haber impedido que sus subordinados perpetraran atrocidades contra prisioneros de guerra y población civil. El fallo contra el general Matsui Iwane destacó que la responsabilidad de los comandantes incluía un deber de previsión y supervisión, al afirmar que "la magnitud de las atrocidades cometidas hacía imposible que el acusado pudiera alegar ignorancia razonable" (Tribunal de Tokio, 1948, p. 1156). En este sentido, Tokio continuó la senda iniciada por Yamashita, reforzando la idea de que el mando jerárquico comporta obligaciones jurídicas activas y no solo un estatus formal.

No obstante, tanto en Núremberg como en Tokio, la figura de la responsabilidad de mando no fue sistematizada de manera explícita en los estatutos ni en los fallos, lo que dejó un margen de ambigüedad doctrinal. La jurisprudencia apuntaba hacia la necesidad de exigir responsabilidades por omisiones, pero los criterios de imputación eran aún difusos y dependían de interpretaciones casuísticas. Esta indefinición llevó a que la doctrina se dividiera: mientras algunos autores vieron en estos fallos un germen de responsabilidad objetiva (Pritchard y Zaide, 1981), otros consideraron que se trataba de una incipiente construcción del principio de culpabilidad por omisión (Ambos, 2005).

La consolidación normativa llegó pocos años después con los Convenios de Ginebra de 1949. Aunque su propósito principal fue reforzar la protección de las víctimas de los conflictos armados, también introdujeron un deber claro de los Estados y de los mandos militares de asegurar el cumplimiento de las normas humanitarias. El artículo 129 del III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, estableció la obligación de los Estados de buscar y sancionar a las personas responsables de violaciones graves, mientras que el artículo 146 del IV Convenio, sobre la protección de civiles, incorporó un deber análogo. Si bien no se mencionaba expresamente la figura de la "responsabilidad de mando", estos preceptos reforzaron la idea de que la inacción de los superiores frente a violaciones graves activaba deberes de investigación y sanción.

El paso decisivo, sin embargo, lo dieron los Protocolos adicionales de 1977. En particular, el artículo 86 del Protocolo I cristalizó por primera vez en un tratado internacional el estándar derivado de Yamashita: "El hecho de que una infracción del presente Protocolo sea cometida por un subordinado no exime de responsabilidad a sus superiores si estos sabían, o poseían informaciones que les permitieran concluir, en las circunstancias del momento, que se estaba cometiendo una infracción y no tomaron todas las medidas a su alcance para impedirla o reprimirla" (Protocolo I, 1977, art. 86.2).

Este precepto no solo positivizó la figura, sino que amplió de manera significativa el espectro de imputación. En él se reconocía que el superior debía actuar diligentemente incluso cuando no tenía conocimiento pleno, pues bastaba con que existieran informaciones que razonablemente debían ponerlo en alerta. Además, el artículo 87 del mismo Protocolo reforzó este deber al establecer que "los jefes militares deberán, en la medida de lo posible, impedir y, en todo caso, reprimir las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por las fuerzas bajo su mando" (Protocolo I, 1977, art. 87.1).

La doctrina ha subrayado la importancia de esta codificación. Para Andreu-Guzmán (2012), "los Protocolos de 1977 representan la madurez normativa de la responsabilidad de mando, al transformar en regla escrita lo que había sido un desarrollo jurisprudencial incierto y fragmentario" (p. 72). En la misma línea, Olásolo (2013) sostiene que la positivización de este estándar marcó el tránsito definitivo de una responsabilidad cercana a la objetiva hacia un régimen autónomo basado en deberes concretos de supervisión (p. 150).

En suma, la etapa que va de los tribunales de posguerra a la adopción de los Protocolos adicionales de 1977 revela un proceso de progresiva formalización. Lo que comenzó como un criterio judicial emergente –la exigencia de que el superior "hubiere debido saber"– se convirtió en un estándar normativo vinculante en el derecho internacional humanitario. Este recorrido muestra que la responsabilidad de mando no fue un concepto impuesto *ex nihilo* por el Estatuto de Roma, sino la culminación de una evolución histórica orientada a garantizar que los máximos responsables no pudieran escudarse en la complejidad del mando para evadir su deber de control.

3. *Debate doctrinal inicial: entre la responsabilidad objetiva y la culpabilidad por omisión*

La positivización de la responsabilidad de mando en los Protocolos adicionales de 1977 no cerró de manera inmediata el debate académico ni eliminó las ambigüedades jurídicas heredadas de los juicios de posguerra. Por el contrario, abrió una etapa de intensa discusión doctrinal en torno a los fundamentos de esta figura, particularmente acerca de si se trataba de una forma velada de responsabilidad objetiva o, por el contrario, de un régimen de imputación construido sobre la culpabilidad por omisión.

El principal punto de fricción surgió a partir de la fórmula "hubiere debido saber", consagrada tanto en la jurisprudencia derivada del caso Yamashita como en el artículo 86 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Para algunos autores, esta expresión imponía un estándar de diligencia tan elevado que podía convertir al superior en responsable prácticamente por el solo hecho de ocupar una posición de mando, incluso en

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 529-558
https://doi.org/10.18543/ed.3589 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

ausencia de prueba de conocimiento efectivo o de indicios concretos y verificables de criminalidad (Green, 1997; Pritchard y Zaide, 1981). Desde esta perspectiva crítica, la responsabilidad de mando corría el riesgo de degenerar en una forma encubierta de responsabilidad objetiva, proscrita en el derecho penal moderno por su incompatibilidad con el principio de culpabilidad.

Otros autores, sin embargo, defendieron que dicho estándar no implicaba una responsabilidad automática ni basada exclusivamente en la jerarquía, sino la exigencia de un deber reforzado de vigilancia inherente a la posición de superior. Según Ambos (2005), la clave interpretativa reside en comprender que la responsabilidad no se fundamenta en el resultado delictivo en sí mismo, sino en la infracción de un deber jurídico de garante: el deber de supervisar, informarse y adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir o sancionar la comisión de crímenes internacionales. En este sentido, el fundamento de la imputación no sería la mera existencia de delitos cometidos por subordinados, sino la omisión culpable del superior que, teniendo la capacidad material de actuar, no lo hizo. En una línea similar, Mettraux (2009) y Werle y Jeßberger (2020) subrayan que la responsabilidad de mando exige siempre un análisis concreto de los deberes incumplidos y de la posibilidad real de actuación del superior.

La tensión entre ambas interpretaciones no era menor, pues de ella dependía el carácter mismo de la figura. Si se aceptaba la tesis de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad de mando se aproximaba peligrosamente a una lógica de *strict liability*, en la que la sola jerarquía bastaría para fundar la imputación penal. En cambio, si se asumía la tesis de la culpabilidad por omisión, el análisis debía centrarse en la existencia de un deber jurídico específico incumplido, en la capacidad material del superior para ejercer un control efectivo y en su posibilidad real de adoptar medidas preventivas o sancionatorias (Olásolo, 2013; Garrocho Salcedo, 2023).

Este debate doctrinal también se reflejó en la práctica judicial. Mientras algunos fallos de tribunales militares nacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial parecían aplicar la responsabilidad de mando de manera amplia, vinculándola casi automáticamente al cargo jerárquico, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda adoptó una postura progresivamente más restrictiva. En el caso *Čelebići*, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) sostuvo que "la mera autoridad formal no basta: debe demostrarse control efectivo y la posibilidad real de impedir o sancionar" (TPIY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T, 1998, párr. 378). Esta precisión buscó precisamente evitar que la figura degenerara en una forma de responsabilidad objetiva.

En paralelo, la doctrina latinoamericana subrayó la importancia de preservar un equilibrio entre los fines preventivos de la responsabilidad de mando y el respeto irrestricto del principio de culpabilidad. Uprimny (2017) advirtió

que "el riesgo de convertir la responsabilidad de mando en responsabilidad objetiva no es meramente teórico, sino que se deriva de interpretaciones excesivamente laxas del estándar 'hubiere debido saber', que pueden terminar sancionando a superiores sin pruebas sólidas de su omisión culpable" (p. 9). Chacón (2023), por su parte, enfatiza que el elemento decisivo para la imputación sigue siendo la noción de control efectivo, en la medida en que solo cuando se demuestre la capacidad real de mando y de intervención puede exigirse responsabilidad penal por omisión.

En suma, el dilema entre responsabilidad objetiva y culpabilidad por omisión continúa siendo un eje central del debate contemporáneo en torno a la responsabilidad de mando. No estamos ante una simple controversia de carácter técnico, sino frente a un debate que toca el núcleo de la legitimidad del propio derecho penal internacional. Un modelo que atribuya responsabilidad a los superiores únicamente en razón de su posición jerárquica corre el riesgo de vaciar de contenido el principio de culpabilidad y, con ello, de debilitar la confianza en la justicia penal internacional. Pero, en sentido inverso, un enfoque que relativice los deberes de vigilancia y control inherentes al ejercicio del mando termina por abrir espacios de impunidad para quienes, desde posiciones de poder, optan conscientemente por no intervenir y permitir que los crímenes se perpetúen.

III. LA CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La responsabilidad de mando, cuyo origen suele situarse en el caso *Yamashita* y en los juicios de Núremberg y Tokio, alcanzó un grado más elaborado de desarrollo a partir de la segunda mitad de la década de 1990, gracias al trabajo de los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR). Estas jurisdicciones, creadas como respuesta a graves violaciones del derecho internacional humanitario, se convirtieron en verdaderos espacios de experimentación jurídica, en los que fue posible depurar y precisar los elementos estructurales de esta forma de imputación.

Uno de los aportes más relevantes de los tribunales penales internacionales ad hoc fue haber superado las ambigüedades que rodeaban las primeras formulaciones de la responsabilidad de mando, en especial aquellas relacionadas con el alcance del deber de vigilancia que recae sobre los superiores. A través de su jurisprudencia, estos tribunales fueron precisando progresivamente los elementos centrales de la figura, desplazando lecturas excesivamente formales y dotándola de mayor densidad jurídica.

En ese proceso, la noción de control efectivo adquirió un papel determinante, al consolidarse como el criterio clave para establecer si existía una

relación de superioridad jurídicamente relevante desde el punto de vista penal. Junto a ello, la jurisprudencia comenzó a diferenciar con mayor claridad los distintos niveles de conocimiento exigibles al superior, distinguiendo entre el conocimiento efectivo, el conocimiento que puede inferirse de las circunstancias del caso y el denominado deber de saber. A estas precisiones se sumó la afirmación de una obligación positiva de actuar, en virtud de la cual el superior debe adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los crímenes, lo que terminó por configurar la responsabilidad de mando como un régimen autónomo de imputación por omisión.

1. *Aportes de los tribunales ad hoc: Čelebići, Akayesu y Musema*

Dentro de esta etapa de consolidación, el primer hito jurisprudencial de especial relevancia lo constituye el caso *Čelebići* (1998), resuelto por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el que se sentaron bases fundamentales para la comprensión contemporánea de la responsabilidad de mando. En esta decisión, el tribunal dejó sentado que la responsabilidad de mando no puede derivarse de manera automática de la jerarquía formal, sino que requiere la acreditación de un control efectivo. Este control fue entendido como la capacidad material del superior para prevenir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados o, en su defecto, para sancionar a los responsables una vez cometidos los hechos. En palabras de la Sala: "la mera existencia de un vínculo jerárquico formal no es suficiente; lo determinante es la capacidad real de mando y disciplina" (TPIY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T, 1998, párr. 378). Este razonamiento supuso un quiebre frente a interpretaciones más laxas propias de la posguerra, pues reafirmó que la figura se sustenta en la omisión de un deber jurídico y no en una forma de responsabilidad automática derivada del cargo.

El tribunal también precisó el estándar del "tenía razones para saber", al sostener que la responsabilidad surge cuando el superior dispone de información suficiente que, en las circunstancias del caso, debía haberlo alertado sobre la comisión de crímenes (IT-96-21-T, párr. 383). Este estándar intermedio, heredero del precedente Yamashita, adquirió en Čelebići un carácter normativo consolidado, impidiendo que los superiores alegaran desconocimiento frente a violaciones masivas que eran notorias o de público conocimiento. La doctrina ha resaltado la trascendencia de este aporte: según Ambos (2005), el fallo "representó la cristalización de un deber reforzado de informarse, que excluye la indiferencia deliberada como estrategia de defensa" (p. 138). En la misma línea, Garrocho Salcedo (2016) subraya que este estándar contribuyó a delimitar con mayor precisión la frontera entre negligencia penalmente relevante y responsabilidad objetiva, reforzando el principio de culpabilidad.

Un segundo aporte crucial provino del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) con el caso Akayesu (1998). Este fallo supuso un punto de inflexión, al extender la responsabilidad de mando a autoridades civiles y no limitarla exclusivamente al ámbito militar; en el caso concreto, al alcalde de la comuna de Taba durante el genocidio de Ruanda. Aunque no se probó que Akayesu hubiera ordenado directamente las atrocidades, el tribunal concluyó que, en su calidad de máxima autoridad local, tenía el deber de proteger a la población civil y de impedir los crímenes cometidos en su jurisdicción (TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 1998, párr. 491).

La relevancia del caso *Akayesu* reside en haber desbordado el enfoque estrictamente castrense que durante años condicionó la comprensión de la responsabilidad de mando. A partir de esta decisión, quedó claro que la figura no es patrimonio exclusivo de los ejércitos, sino que puede proyectarse también sobre líderes civiles que, de manera formal o fáctica, ejercen un control efectivo sobre grupos armados o sobre comunidades locales. En este sentido, Olásolo (2013) destaca que la sentencia evidenció que la responsabilidad de mando no se circunscribe a estructuras militares formales, sino que resulta aplicable a cualquier organización jerárquica dotada de una capacidad real de control, ampliando así de forma significativa el alcance subjetivo de la imputación (p. 145). Este entendimiento ha sido reforzado por trabajos más recientes del mismo autor, en los que se enfatiza que el criterio decisivo no es la naturaleza civil o militar del cargo, sino la capacidad real de dirección y supervisión (Olásolo, 2018).

Finalmente, el caso Musema (2000) reforzó la tríada estructural de la figura: (i) la relación superior–subordinado basada en el control efectivo; (ii) el conocimiento real o inferido de los crímenes; y (iii) la omisión de medidas necesarias y razonables. En este asunto, el TPIR condenó al director de una fábrica por genocidio, al establecerse que había facilitado recursos y omitido intervenir para impedir las matanzas, pese a contar con la capacidad material para hacerlo (TPIR, *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, 2000, párr. 140). Este fallo consolidó la noción de que la responsabilidad de mando se fundamenta en un deber positivo de supervisión, que trasciende la mera pasividad del superior.

En conjunto, Čelebići, Akayesu y Musema conforman un bloque jurisprudencial que transformó la responsabilidad de mando en un régimen autónomo de imputación por omisión. Estos precedentes establecieron que la figura no sanciona cargos formales, sino funciones efectivamente ejercidas; que no se limita al ámbito militar, sino que alcanza a autoridades civiles; y que el núcleo de la imputación radica en el incumplimiento de un deber de garante frente a crímenes internacionales, tal como lo ha sistematizado la doctrina contemporánea (Garrocho Salcedo, 2016; Olásolo, 2018; Ambos, 2020).

2. *El caso Bemba y la Corte Penal Internacional: tensiones en el estándar de conocimiento*

La responsabilidad de mando alcanzó en la Corte Penal Internacional (CPI) uno de sus momentos más controvertidos con el proceso seguido contra Jean-Pierre Bemba Gombo, líder del *Mouvement de Libération du Congo* (MLC). Este caso se convirtió en un punto de referencia obligado porque, por primera vez en la historia del tribunal, se dictó una condena con fundamento en el artículo 28 del Estatuto de Roma y porque, en un giro posterior, dicha condena fue revocada en sede de apelación. Esta oscilación puso de manifiesto las tensiones más profundas de la figura, en particular en torno al estándar de conocimiento exigible al superior y a la razonabilidad de las medidas de prevención y sanción.

Bemba fue acusado en su calidad de comandante de las fuerzas del MLC, las cuales intervinieron en la República Centroafricana entre 2002 y 2003, apoyando al entonces presidente Ange-Félix Patassé. Durante dichas operaciones, las tropas cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, incluyendo asesinatos, saqueos y violencia sexual a gran escala. La Fiscalía de la CPI no centró su acusación en actos directos de Bemba, sino en su omisión de prevenir y sancionar las atrocidades perpetradas por sus subordinados (CPI, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08, 2016).

La Sala de Primera Instancia, en sentencia de 2016, lo declaró culpable y concluyó que ejercía control efectivo sobre las fuerzas, sustentado en su autoridad jerárquica, en la capacidad de impartir órdenes y remover mandos, así como en su acceso a recursos logísticos y financieros (ICC-01/05-01/08, párrs. 170-183). En relación con el estándar de conocimiento, la Sala sostuvo que el acusado no solo contaba con información directa sobre los crímenes, sino que la multiplicidad de informes recibidos hacía inevitable concluir que conocía lo que estaba ocurriendo (párr. 188). Para el tribunal, Bemba limitó su actuación a la creación de comisiones de investigación meramente formales, sin que de ellas se derivaran sanciones efectivas. En palabras del fallo, tales actuaciones "no fueron ni necesarias ni razonables para detener los crímenes, sino meros gestos cosméticos" (párr. 207).

La condena, que incluyó una pena de dieciocho años de prisión, fue inicialmente celebrada como un hito en la lucha contra la impunidad de altos mandos militares y políticos. Para Olásolo (2013), esta decisión evidenció que la Corte había logrado aplicar el artículo 28 del Estatuto de Roma como un régimen autónomo de imputación por omisión, diferenciado de la autoría mediata y fundado en el incumplimiento de deberes jurídicos concretos. En trabajos posteriores, el mismo autor ha destacado que la sentencia de primera instancia representó uno de los desarrollos más ambiciosos de la responsabilidad de mando en la práctica de la CPI (Olásolo, 2018).

Sin embargo, el desenlace posterior reveló las fragilidades estructurales de la figura. En 2018, la Sala de Apelaciones revocó la condena por mayoría, al considerar que la Sala de Primera Instancia había incurrido en errores en la valoración de la prueba relativa al conocimiento del acusado y a la razonabilidad de las medidas adoptadas. El fallo de apelación sostuvo que no se acreditó, más allá de toda duda razonable, que Bemba hubiera podido ejercer un control efectivo sobre las tropas del MLC, en la medida en que estas operaban en territorio extranjero y bajo condiciones logísticas y operacionales complejas (CPI, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08 A, 2018, párr. 170). Asimismo, señaló que algunas de las acciones emprendidas por el acusado, aunque limitadas, podían considerarse razonables atendiendo a las restricciones políticas y materiales propias de su posición (párr. 171).

La absolución dio lugar a un intenso debate doctrinal. Para Ambos (2018), la decisión puso de relieve las dificultades probatorias inherentes al artículo 28 del Estatuto de Roma, en tanto exige un ejercicio contrafáctico complejo: determinar qué medidas eran necesarias y razonables y si, de haberse adoptado, habrían evitado efectivamente la comisión de los crímenes. En una línea argumentativa cercana, Garrocho Salcedo (2019) advierte que el caso *Bemba* puso de manifiesto la fragilidad del estándar de imputación cuando se exige una demostración prácticamente inalcanzable de la eficacia causal de las medidas que el superior dejó de adoptar. En una línea cercana, Chacón (2023) observa que la sentencia de apelación puso en evidencia la fragilidad del estándar de conocimiento, en la medida en que la introducción de dudas razonables sobre la idoneidad de las medidas exigibles fue suficiente para conducir a la absolución del superior jerárquico. Esta lectura ha alimentado la percepción de que el umbral probatorio aplicado terminó inclinándose en favor del acusado.

Desde posiciones más críticas, otros autores han cuestionado con mayor contundencia el alcance de dicha absolución, al considerar que tuvo un efecto debilitante sobre la función preventiva de la responsabilidad de mando. Uprimny (2017), por ejemplo, advierte que elevar en exceso las exigencias probatorias relativas a la eficacia de las medidas omitidas puede vaciar de contenido la figura y, al mismo tiempo, enviar un mensaje preocupante de tolerancia frente a la impunidad en escenarios de macrocriminalidad. En una línea similar, Schabas (2021) sostiene que una interpretación excesivamente restrictiva del artículo 28 del Estatuto de Roma corre el riesgo de erosionar la credibilidad de la Corte Penal Internacional como instancia encargada de juzgar a los máximos responsables de crímenes internacionales.

La propia Corte Penal Internacional, consciente de este dilema, intentó introducir ciertos matices en su sentencia de apelación al precisar que la responsabilidad de mando no constituye un mecanismo de imputación automática. Por el contrario, exige una valoración rigurosa y contextualizada de

elementos como el conocimiento del superior, el control efectivo sobre los subordinados y la razonabilidad de las medidas que podían exigírsele en cada caso concreto (ICC-01/05-01/08 A, párr. 172). Con todo, este pronunciamiento dejó abiertas interrogantes relevantes en torno a la coherencia y previsibilidad del estándar, así como respecto de la fuerza normativa y la eficacia práctica del artículo 28 del Estatuto de Roma.

En consecuencia, el caso *Bemba* no solo puso en evidencia las tensiones inherentes a la aplicación concreta del derecho penal internacional, sino que sigue planteando un desafío de fondo: encontrar un equilibrio razonable entre la protección del principio de culpabilidad y la necesidad de evitar que los máximos responsables de crímenes atroces eludan su responsabilidad amparados en tecnicismos procesales o en estándares probatorios excesivamente rígidos.

3. *Elementos estructurales y límites de la figura: control efectivo, deber de vigilancia y problemas probatorios*

La consolidación jurisprudencial de la responsabilidad de mando ha girado, en buena medida, en torno a tres ejes conceptuales que constituyen sus elementos estructurales: el control efectivo, el deber de vigilancia y la exigencia de adoptar medidas necesarias y razonables. Los criterios recogidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma, y posteriormente desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc, han permitido trazar con mayor claridad los contornos –y también las fronteras– de la responsabilidad de mando. Sin embargo, cuando estos elementos se trasladan al terreno de los casos concretos, emergen dificultades probatorias nada menores, que ponen de manifiesto una tensión persistente: cómo preservar el principio de culpabilidad sin debilitar la capacidad del sistema penal internacional para perseguir de manera efectiva a los máximos responsables de crímenes internacionales.

3.1. Control efectivo: más allá de la jerarquía formal

El control efectivo ha sido comprendido, en la práctica, como algo más que la simple titularidad de un cargo o una posición formal dentro de una estructura jerárquica. Lo relevante es la capacidad material del superior para influir de manera real en la actuación de sus subordinados, ya sea orientando su conducta, ejerciendo supervisión o imponiendo sanciones cuando resulte necesario. Por ello, la sola acreditación de un vínculo jerárquico no resulta suficiente. Así lo precisó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Čelebići* (1998), al señalar que "la mera existencia de un vínculo jerárquico no es suficiente, sino que se requiere demostrar la capacidad

concreta de prevenir o castigar la comisión de crímenes" (TPIY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T, párr. 378).

Este criterio permitió superar una visión excesivamente formalista, en la que bastaba el rango militar para inferir control. Así, comandantes *de facto*, como Zdravko Mucić, fueron declarados responsables, pese a carecer de un nombramiento oficial, al comprobarse que ejercían mando real en campos de detención. Para Olásolo (2013), este giro resultó fundamental para "desplazar la ficción de la jerarquía formal hacia la constatación de una potestad efectiva de dirección" (p. 144).

En el ámbito de la CPI, este criterio se reafirmó en el caso Bemba, donde la Sala de Primera Instancia sostuvo que el acusado ejercía control efectivo al poder nombrar y remover oficiales, ordenar operaciones y disponer de recursos financieros y logísticos (ICC-01/05-01/08, 2016, párr. 183). No obstante, la Sala de Apelaciones relativizó esta conclusión, al señalar que el control debía probarse con mayor rigor cuando las tropas actuaban en territorio extranjero, lo cual abrió un debate sobre la intensidad probatoria necesaria para demostrar este elemento.

3.2. El deber de vigilancia y el estándar de diligencia reforzada

El segundo eje estructural es el deber de vigilancia, que convierte al superior en garante de la legalidad de las conductas de sus subordinados. Este deber tiene un carácter reforzado en contextos de conflicto armado, donde la estructura jerárquica se traduce en una obligación de supervisión permanente. El Protocolo I de 1977 ya lo había anticipado en su artículo 87, al señalar que "los jefes militares deberán impedir y, en todo caso, reprimir las infracciones" (art. 87.1).

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), especialmente en el caso Musema (2000), reiteró que este deber es exigible incluso cuando no existen órdenes directas del superior, pues lo que se sanciona es su pasividad culpable frente a información disponible o a circunstancias notorias (ICTR-96-13-T, párr. 143). En ese mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia, al analizar la incorporación del Estatuto de Roma, señaló que el deber de vigilancia responde a la obligación del Estado de garantizar la disciplina militar y de prevenir violaciones al derecho internacional humanitario (Sentencia C-578 de 2002, F.J. 47).

El alcance de este deber no está exento de discusión. Mientras algunos autores sostienen que se trata de una obligación casi absoluta, otros advierten que debe interpretarse a la luz de las condiciones materiales del superior. Winter (2009) señala que "el deber de vigilancia no puede convertirse en una carga desproporcionada, so pena de deslizar la figura hacia la responsabilidad objetiva" (pp. 190–191).

3.3. Medidas necesarias y razonables: entre lo posible y lo exigible

El tercer elemento estructural es la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o sancionar los crímenes. Este estándar, recogido en el artículo 28 del Estatuto de Roma, ha sido uno de los más debatidos, pues implica evaluar qué acciones eran efectivamente posibles en un contexto determinado.

El TPIY, en Blaškić (2000), fue claro al señalar que el deber del superior no se agota en la prevención, sino que incluye también la represión disciplinaria y la sanción de los responsables (IT-95-14-T, párr. 300). A su vez, el Tribunal Especial para Sierra Leona, en Brima, Kamara y Kanu (2007), enfatizó que la responsabilidad de mando no se funda en la responsabilidad vicaria, sino en la culpabilidad personal derivada de la omisión de medidas que estaban dentro de su alcance (SCSL-04-16-T, párr. 789).

El debate central aquí es de carácter contrafáctico: ¿qué medidas eran razonablemente exigibles y si, de haberse adoptado, habrían evitado la comisión de los crímenes? La absolución de Bemba en 2018 mostró la dificultad de responder con certeza a esta pregunta, pues la Sala de Apelaciones consideró que algunas medidas limitadas podían ser razonables dadas las restricciones logísticas y políticas de su posición (ICC-01/05-01/08 A, 2018, párr. 171).

4. *Problemas probatorios: la delgada línea entre certeza y especulación*

Más allá de su diseño normativo, los tres elementos estructurales de la responsabilidad de mando enfrentan un desafío común: los problemas probatorios. En la mayoría de los casos, las atrocidades se cometen en contextos de violencia masiva, en los que la prueba directa del conocimiento del superior, del control efectivo o de las medidas omitidas resulta escasa o fragmentaria.

Por esta razón, los tribunales internacionales han debido recurrir de manera recurrente a inferencias razonables a partir del contexto, la magnitud de los crímenes y la posición jerárquica del acusado. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Akayesu, en el que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) concluyó que resultaba inconcebible que, en su condición de máxima autoridad local, el acusado desconociera las masacres y violaciones sistemáticas cometidas en su jurisdicción (ICTR-96-4-T, párr. 491). No obstante, este recurso a las inferencias ha sido objeto de críticas doctrinales, en la medida en que puede tensionar el principio de culpabilidad si no se emplea con criterios estrictos de racionalidad probatoria.

Ambos (2005) advierte que la responsabilidad de mando enfrenta un dilema estructural: "sin el recurso a inferencias objetivas, sería imposible sancionar a superiores que se amparan en la indiferencia; pero un uso excesivo de las inferencias puede derivar en imputaciones cercanas a la

responsabilidad objetiva" (p. 138). En un sentido similar, Garrocho Salcedo (2019) señala que la prueba de la omisión del superior exige un equilibrio delicado entre la valoración del contexto y la acreditación concreta de la capacidad de control, a fin de evitar una inversión indebida de la carga de la prueba. Por su parte, Olásolo (2018) ha destacado que el desafío probatorio constituye uno de los principales puntos de fricción en la aplicación práctica del artículo 28 del Estatuto de Roma, especialmente en escenarios de macrocriminalidad y estructuras de mando complejas.

Los elementos estructurales de la responsabilidad de mando –el control efectivo, el deber de vigilancia y la obligación de adoptar medidas necesarias y razonables– han permitido construir, en el derecho penal internacional, un régimen autónomo de imputación por omisión. Ahora bien, su operatividad no depende únicamente de su formulación normativa, sino de la posibilidad real de demostrar, en cada caso concreto, que el superior contaba con una capacidad efectiva de control, tenía condiciones para informarse sobre lo que ocurría bajo su mando y, aun así, omitió actuar frente a la comisión de crímenes internacionales. Este es, sin duda, uno de los principales desafíos probatorios que atraviesa tanto la práctica de los tribunales internacionales como la de las jurisdicciones nacionales –entre ellas, la colombiana– y que pone de relieve una tensión permanente: evitar escenarios de impunidad sin desdibujar el principio de culpabilidad.

De cara al futuro, el desafío consiste precisamente en manejar ese equilibrio. La responsabilidad de mando debe seguir siendo una herramienta legítima y funcional para enfrentar formas complejas de criminalidad en contextos de conflicto, pero sin que ello implique sacrificar las garantías básicas del derecho penal ni comprometer la legitimidad del sistema de justicia en su conjunto.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN COLOMBIA: DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

La responsabilidad de mando no se ha mantenido como una figura confinada al ámbito del derecho penal internacional. Por el contrario, ha ido permeando los ordenamientos jurídicos internos, entre ellos el colombiano, que se han visto obligados a incorporar estándares internacionales orientados a la protección de los derechos humanos y al respeto del derecho internacional humanitario. Este proceso no ha sido fortuito: responde tanto a la apertura constitucional inaugurada en 1991 como a los compromisos derivados de la adhesión de Colombia al Estatuto de Roma en 2002.

La recepción de esta figura en Colombia se encuentra íntimamente ligada a la noción de bloque de constitucionalidad, a través de la cual los tratados

internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario adquieren jerarquía constitucional y prevalencia sobre la legislación ordinaria (Const., art. 93). En consecuencia, la responsabilidad de mando dejó de ser un concepto exclusivo del derecho internacional para convertirse en un parámetro normativo de obligatorio cumplimiento para jueces, fiscales y autoridades nacionales.

1. *La incorporación del artículo 28 del Estatuto de Roma y la Sentencia C-578 de 2002*

La incorporación del artículo 28 del Estatuto de Roma en Colombia marcó un antes y un después en la concepción de la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos. Hasta ese momento, el derecho penal interno privilegiaba un enfoque basado en la responsabilidad directa y en la autoría inmediata de los delitos. El régimen de responsabilidad por omisión de mando, con su estándar de "sabía o, en razón de las circunstancias, hubiere debido saber", suponía una transformación sustancial, pues trasladaba al superior un deber positivo de vigilancia y sanción.

El debate constitucional sobre la compatibilidad de este régimen con la Carta Política se resolvió en la Sentencia C-578 de 2002, en la que la Corte examinó la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002, aprobatoria del Estatuto de Roma. El núcleo de la discusión giraba en torno a si la responsabilidad de mando podía interpretarse como una forma de responsabilidad objetiva, prohibida por el artículo 29 de la Constitución.

La Corte concluyó que no existía tal incompatibilidad. Según su razonamiento, la responsabilidad de mando se fundamenta en el incumplimiento de deberes jurídicos específicos y no en una atribución automática por el solo hecho de ostentar una posición jerárquica. El fallo fue enfático al afirmar:

> "La responsabilidad de mando establecida en el Estatuto de Roma encuentra fundamento en la obligación internacional de investigar, sancionar y reparar graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario" (Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, F.J. 45).

Asimismo, la Corte precisó que el principio de responsabilidad de mando se ajusta a la Constitución porque responde a la obligación del Estado de garantizar la disciplina militar y de prevenir violaciones al derecho internacional humanitario:

> "El principio de responsabilidad de mando es compatible con la Constitución en cuanto responde a la obligación del Estado colombiano de garantizar la disciplina militar y de prevenir la comisión de violaciones al derecho internacional humanitario" (C-578/02, F.J. 47).

Con esta decisión, el tribunal no solo abrió la puerta a la plena aplicación del artículo 28 en Colombia, sino que también estableció que los jueces nacionales debían aplicar estos estándares internacionales en los procesos internos. En palabras de Uprimny (2017), la Corte consolidó "la transformación del derecho penal colombiano hacia un modelo permeado por los compromisos internacionales en materia de lucha contra la impunidad" (p. 12).

Además, la Corte precisó que el estándar de "hubiere debido saber" no implica una forma de responsabilidad automática. Por el contrario, exige una valoración contextual de las circunstancias del caso y de las posibilidades reales que tenía el superior de conocer lo que ocurría bajo su mando. Este matiz resultó especialmente relevante, pues permitió armonizar la responsabilidad de mando con el principio de culpabilidad, sin que ello supusiera vaciar de contenido las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Desde una perspectiva práctica, la Sentencia C-578 de 2002 incorporó al bloque de constitucionalidad el régimen previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, dotándolo de fuerza vinculante en el ordenamiento interno. A partir de este reconocimiento, cualquier proceso penal en Colombia relacionado con crímenes internacionales debía interpretarse conforme a dicho estándar, incluso en un momento previo a la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Este primer reconocimiento sentó las bases del debate que se desarrollaría posteriormente en torno a la aplicación de la responsabilidad de mando en escenarios de justicia transicional. El marco definido en 2002 fue retomado, profundizado y reafirmado en decisiones posteriores, como las sentencias C-674 de 2017 y C-080 de 2018, en las cuales la Corte insistió en que el artículo 28 del Estatuto de Roma constituye un límite que no puede ser desconocido ni por el legislador ni por la JEP al momento de investigar a los máximos responsables.

En definitiva, la Sentencia C-578 de 2002 no se limitó a legitimar la recepción del artículo 28 en el ordenamiento colombiano, sino que lo elevó a la categoría de parámetro constitucional obligatorio. Con ello, aseguró que el Estado no pudiera sustraerse de los compromisos asumidos frente a la Corte Penal Internacional. Su impacto fue doble: por un lado, consolidó el bloque de constitucionalidad como un mecanismo efectivo de integración normativa; por otro, fijó un estándar ineludible en la lucha contra la impunidad de los máximos responsables en contextos de conflicto armado.

2. *Justicia transicional y responsabilidad de mando: los fallos C-674 de 2017 y C-080 de 2018*

La incorporación de la figura de la responsabilidad de mando en el bloque de constitucionalidad, reconocida en la Sentencia C-578 de 2002, abrió el

camino para que este régimen se convirtiera en un parámetro obligatorio en el derecho interno colombiano. Sin embargo, la verdadera prueba de su alcance y vigencia se produjo en el marco del proceso de paz con las FARC-EP y la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). En este escenario, la Corte Constitucional debió resolver un debate particularmente complejo: cómo compatibilizar las exigencias del artículo 28 del Estatuto de Roma con un modelo de justicia transicional orientado a garantizar la paz, sin sacrificar los compromisos internacionales de lucha contra la impunidad.

El primer gran pronunciamiento se produjo en la Sentencia C-674 de 2017, mediante la cual la Corte revisó el Acto Legislativo 01 de 2017, que creó la JEP. Una de las principales controversias radicaba en el artículo transitorio 24, que regulaba la responsabilidad de mando en el marco de esta jurisdicción. Diversos sectores académicos y organizaciones de derechos humanos advirtieron que el texto aprobado por el Congreso había restringido de manera indebida el estándar de imputación, al limitarlo al conocimiento efectivo de los superiores militares. Ello implicaba, en la práctica, una desviación del estándar previsto en el Estatuto de Roma, que también contempla el criterio de "hubiere debido saber", ampliamente desarrollado por la jurisprudencia internacional (Ambos, 2016; Olásolo, 2018).

La Corte fue categórica al señalar que esta interpretación resultaba incompatible con los compromisos internacionales asumidos por Colombia. En el fallo se afirmó:

> "El Acto Legislativo debe interpretarse en armonía con el artículo 28 del Estatuto de Roma, de manera que se garantice que los máximos responsables no queden en la impunidad" (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, F.J. 619).

De esta manera, el tribunal corrigió cualquier intento de flexibilizar el régimen de responsabilidad de mando respecto de los miembros de la Fuerza Pública, enfatizando que la justicia transicional no podía convertirse en un espacio de excepción frente a los estándares internacionales. Más aún, la Corte recordó expresamente que esta figura se aplica tanto a militares como a civiles, en coherencia con el propio Estatuto de Roma y con la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales:

> "La responsabilidad de mando se aplica en Colombia tanto a comandantes militares como a superiores civiles que ejerzan control efectivo sobre la comisión de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional" (C-674/17, F.J. 621).

Este pronunciamiento tuvo un impacto político y jurídico significativo. Desde el punto de vista político, neutralizó los discursos que pretendían presentar el Acuerdo de Paz como un mecanismo de impunidad para las Fuerzas

Armadas. Desde el punto de vista jurídico, blindó a la JEP frente a eventuales cuestionamientos de la Corte Penal Internacional (CPI), que podría haber activado su competencia complementaria en caso de que Colombia hubiera adoptado estándares menos exigentes que los previstos en el artículo 28 del Estatuto de Roma (Uprimny, 2017; Schabas, 2021).

La segunda decisión relevante fue la Sentencia C-080 de 2018, en la que la Corte revisó la Ley Estatutaria de la JEP. En esta ocasión, el tribunal reafirmó y profundizó lo sostenido en la C-674 de 2017, dejando claro que ni el legislador ni la propia JEP podían reinterpretar el alcance del artículo 28 de manera restrictiva. En palabras del fallo:

> "El Congreso no puede desconocer el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad y es vinculante para Colombia en virtud de la ratificación del Estatuto" (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, F.J. 125).

La Corte fue aún más precisa al señalar que la JEP debía aplicar el estándar de responsabilidad de mando en estricta consonancia con el Estatuto de Roma, garantizando así la investigación y el juzgamiento de los máximos responsables de crímenes internacionales:

> "La Jurisdicción Especial para la Paz deberá aplicar el estándar de responsabilidad de mando en consonancia con el artículo 28 del Estatuto de Roma, garantizando la investigación de los máximos responsables y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano" (C-080/18, F.J. 128).

Con este pronunciamiento, la Corte dejó poco margen para lecturas flexibles o reinterpretaciones amplias de la responsabilidad de mando en el marco de la justicia transicional. Al hacerlo, envió también una señal clara hacia la comunidad internacional: el proceso de paz en Colombia debía desarrollarse dentro de los parámetros del derecho penal internacional, de modo que se garantizara una complementariedad positiva con la Corte Penal Internacional, conforme al principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma (Olásolo, 2018; Ambos, 2020).

Ambas sentencias ponen de relieve una concepción de la justicia transicional que no la asume como una excepción frente a los estándares internacionales, sino como un escenario en el que dichos estándares deben aplicarse de forma coherente y exigente. Al reafirmar la vigencia de la responsabilidad de mando en el ámbito de la JEP, la Corte Constitucional no solo fortaleció los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, sino que además cerró la posibilidad de que Colombia fuera cuestionada por un eventual incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de investigación y sanción de crímenes atroces.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 529-558
https://doi.org/10.18543/ed.3589 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Desde una lectura crítica, puede afirmarse que las sentencias C-674 de 2017 y C-080 de 2018 consiguieron articular un equilibrio particularmente sensible entre la aspiración de alcanzar la paz y las exigencias propias de la justicia, evitando que una se impusiera de manera irreflexiva sobre la otra. Como advierte Chacón (2023), "el reto de la justicia transicional en Colombia consiste en compatibilizar la búsqueda de reconciliación con el respeto estricto a los estándares del Estatuto de Roma, evitando que los máximos responsables utilicen la JEP como un espacio de blindaje frente a la justicia internacional" (p. 264). En una línea similar, Garrocho Salcedo (2019) destaca que la legitimidad misma de la justicia transicional depende, en buena medida, de su capacidad real para investigar y sancionar a quienes ejercieron posiciones de poder.

En definitiva, estas dos decisiones jurisprudenciales no solo reafirmaron la plena vigencia de la responsabilidad de mando en el ordenamiento jurídico colombiano, sino que la consolidaron como un parámetro ineludible dentro del modelo de justicia transicional. La Corte Constitucional fue clara al señalar que la paz no puede construirse sobre la base de la impunidad y que los compromisos internacionales asumidos por el Estado imponen la obligación de asegurar que quienes ostentaron posiciones de mando respondan por las omisiones que facilitaron la comisión de crímenes atroces.

3. *Perspectivas críticas: tensiones, alcances y retos de aplicación en la JEP*

La recepción de la responsabilidad de mando en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) representa uno de los puntos más complejos y debatidos del proceso de justicia transicional en Colombia. Si bien la Corte Constitucional, en fallos como las sentencias C-674 de 2017 y C-080 de 2018, aseguró que el estándar fijado por el artículo 28 del Estatuto de Roma debía aplicarse plenamente, la práctica judicial de la JEP ha evidenciado tensiones que revelan los desafíos de armonizar el derecho penal internacional con un contexto transicional profundamente marcado por la violencia prolongada, la desigualdad estructural y la necesidad de reconciliación nacional.

Una primera tensión se presenta en la interpretación del estándar de conocimiento exigido a los superiores militares y civiles. Mientras que el Estatuto de Roma reconoce fórmulas escalonadas –"sabía", "tenía razones para saber" y "hubiere debido saber"–, en el debate nacional algunos sectores han insistido en privilegiar exclusivamente el estándar del conocimiento efectivo. Esta reducción no solo resulta contraria a la jurisprudencia internacional consolidada, sino que limita la capacidad de la JEP para investigar omisiones sistemáticas en contextos de macrocriminalidad (Ambos, 2016; Olásolo, 2018). En efecto, si la responsabilidad de mando quedara atada únicamente al

conocimiento real, se corre el riesgo de que altos responsables se escuden en la ausencia de órdenes directas o reportes explícitos, debilitando el deber de actuar con una diligencia reforzada.

En segundo término aparece el dilema estructural entre justicia y paz. La justicia transicional se construye, por definición, sobre la búsqueda de un equilibrio entre la satisfacción de los derechos de las víctimas y la posibilidad de reincorporar a los responsables a la vida civil. No obstante, cuando se trata de la responsabilidad de mando, ese equilibrio se vuelve especialmente delicado. Una aplicación demasiado estricta de los estándares puede terminar desincentivando la participación de altos mandos en los procesos de verdad y rendición de cuentas; pero una flexibilización excesiva, en sentido contrario, corre el riesgo de abrir espacios de impunidad difíciles de conciliar con los compromisos internacionales asumidos por Colombia (Uprimny y Saffon, 2007; Teitel, 2014). Consciente de esta tensión, la Corte Constitucional ha reiterado que la búsqueda de la paz no puede adelantarse a costa del deber estatal de investigar y sancionar a los máximos responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad (C-674/17, F.J. 619).

Un tercer reto es de naturaleza probatoria. La JEP debe reconstruir patrones de macrocriminalidad en contextos en los que, con frecuencia, no existen órdenes escritas ni registros formales de las cadenas de mando. La acreditación del "control efectivo" o de la "razón para saber" suele depender de testimonios, informes de inteligencia, contextos notorios de violencia o incluso de inferencias basadas en la magnitud y sistematicidad de los crímenes. Esto plantea una dificultad metodológica relevante: ¿hasta qué punto puede una jurisdicción transicional, con recursos limitados y plazos restringidos, cumplir con el estándar probatorio internacional de "más allá de toda duda razonable"? La experiencia del caso Bemba ante la Corte Penal Internacional ilustra la fragilidad de este estándar cuando la defensa enfatiza la ausencia de pruebas directas sobre el conocimiento del superior (CPI, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08 A, 2018; Ambos, 2018).

Asimismo, existen tensiones en la aplicación diferenciada de la figura a civiles y militares. Mientras que el artículo 28 del Estatuto de Roma impone a los comandantes militares un deber de vigilancia reforzado bajo el criterio de "hubiere debido saber", a los superiores civiles se les exige el estándar de la "deliberada desatención". En el contexto colombiano, esta distinción ha sido objeto de debate, en la medida en que, en escenarios de guerra irregular, autoridades civiles –como alcaldes, gobernadores u otros funcionarios– han ejercido control *de facto* sobre actores armados. Una aplicación excesivamente formalista de esta diferenciación puede conducir, sin una justificación suficiente, a una reducción indebida de la responsabilidad de las autoridades políticas frente a la comisión de atrocidades masivas (Chacón, 2023; Garrocho Salcedo, 2019). La experiencia reciente de la JEP ha debido enfrentarse

directamente a este problema en investigaciones relativas a los vínculos entre estructuras estatales y grupos paramilitares, evidenciando que, en determinados contextos, el ejercicio de un poder fáctico puede resultar tan decisivo como la titularidad de un poder formal.

A este panorama se añade un desafío de carácter transversal, relacionado con la articulación entre la Jurisdicción Especial para la Paz y los sistemas de justicia ordinaria e internacional. El principio de complementariedad positiva con la Corte Penal Internacional exige que la jurisdicción transicional no sea percibida como un espacio de blindaje frente a la justicia internacional. En la medida en que el Estado colombiano no logre demostrar que la JEP investiga y sanciona de manera efectiva a los máximos responsables, podría reactivarse la competencia de la CPI, con efectos adversos tanto para la legitimidad del proceso de paz como para la confianza de las víctimas en el sistema de justicia (Schabas, 2021; Olásolo, 2018).

En conjunto, las principales críticas formuladas en torno a la aplicación de la responsabilidad de mando en el marco de la JEP permiten identificar varios núcleos problemáticos. Por un lado, la necesidad de interpretar los estándares de conocimiento de forma coherente con lo previsto en el Estatuto de Roma; por otro, la compleja relación entre justicia y paz, que no puede resolverse mediante fórmulas que deriven en impunidad; y, finalmente, los retos probatorios y de legitimidad que enfrenta una jurisdicción transicional cuando opera en contextos de macrocriminalidad. Como recuerda Ambos (2017), la responsabilidad de mando "no es un artificio teórico, sino una herramienta práctica para asegurar que quienes ostentan posiciones de poder respondan por sus omisiones frente a crímenes atroces" (p. 142).

Desde esta perspectiva, la aplicación rigurosa y coherente de la responsabilidad de mando en Colombia no constituye únicamente una exigencia jurídica derivada del bloque de constitucionalidad, sino también una condición necesaria para la legitimidad de la paz y para la credibilidad del sistema de justicia transicional en su conjunto.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho penal internacional ha demostrado que no se trata de un sistema cerrado ni inmutable, sino de un ordenamiento en constante transformación. Esta dinámica evolutiva se observa con particular claridad en el desarrollo de la responsabilidad de mando, desde su formulación inicial en el caso *Yamashita* hasta su aplicación contemporánea en las decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. La figura surgió como una respuesta necesaria frente a la persistente impunidad de superiores militares y civiles que, amparados en la distancia jerárquica, en la ausencia física del lugar de los hechos o en la fragmentación de las cadenas de mando, negaban

toda responsabilidad por los crímenes y atrocidades cometidos por sus subordinados (Ambos, 2005; Olásolo, 2013; Garrocho Salcedo, 2019).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma –incorporado a través del bloque de constitucionalidad– marcó un claro punto de inflexión. En esta tarea, la Corte Constitucional colombiana, mediante pronunciamientos de constitucionalidad como las sentencias C-578 de 2002, C-674 de 2017 y C-080 de 2018, determinó que el estándar internacional de la responsabilidad de mando debía aplicarse con especial rigor en el marco de la naciente Jurisdicción Especial para la Paz. Al mismo tiempo, advirtió que dicha aplicación no podía desconocer los principios del debido proceso y de culpabilidad. En consecuencia, el reto para la JEP no consiste en reproducir de manera acrítica la dogmática internacional, sino en adaptar este régimen de imputación a un proceso transicional cuyo objetivo no es exclusivamente punitivo, sino que también busca la reconciliación y la sanación social en el contexto de un proceso de paz (Teitel, 2014; Uprimny, 2017).

Del análisis desarrollado en la presente investigación se desprende que la justicia transicional en Colombia enfrenta al menos tres tensiones de carácter estructural. La primera se relaciona con el deber de sancionar a los máximos responsables y, simultáneamente, con la necesidad imperiosa de preservar y garantizar la paz con los actores sometidos al sistema. La segunda radica en la aplicación de los estándares internacionales de responsabilidad de mando frente a las limitaciones probatorias propias de los procesos de macrocriminalidad, en los que la prueba directa suele ser escasa o inexistente. La tercera tensión aparece en el debate entre la responsabilidad penal de los mandos y la atribución de una responsabilidad meramente moral por los actos cometidos por sus subordinados. Resolver este dilema exige que la justicia transicional mantenga un equilibrio especialmente delicado entre la justicia material debida a las víctimas y las garantías propias de quienes son sometidos a proceso, evitando tanto escenarios de impunidad como respuestas penales que se agoten en un castigo puramente simbólico (Ambos, 2017; Chacón, 2023).

La experiencia internacional –y de manera particular lo ocurrido en el caso *Bemba* ante la Corte Penal Internacional– muestra que la aplicación adecuada de la responsabilidad de mando depende, en buena medida, de un uso prudente y técnicamente riguroso del estándar de imputación. Ello supone sancionar únicamente cuando existan pruebas claras y suficientes del control efectivo ejercido sobre los subordinados y de la omisión culpable del superior, pero también absolver cuando la distancia jerárquica o la ausencia de una capacidad real de mando así lo justifiquen. Solo desde este equilibrio la figura puede preservar su legitimidad, a la luz de los principios del derecho penal internacional y del principio de culpabilidad (Ambos, 2018; Schabas, 2021).

Por último, la responsabilidad de mando no debería entenderse exclusivamente como una herramienta punitiva. En un sentido más amplio, puede concebirse también como un instrumento orientado al esclarecimiento de la verdad y a la garantía de no repetición, sin desconocer su relevancia para las víctimas en el marco de la justicia transicional. En la medida en que esta jurisdicción aplique el estándar con rigor jurídico, transparencia y proporcionalidad, estará en condiciones de contribuir a la consolidación de una cultura de responsabilidad que trascienda la guerra, fortalezca la paz y reduzca el riesgo de que futuras atrocidades se cometan al amparo de estructuras jerárquicas opacas. La experiencia histórica sugiere, en este punto, que el verdadero triunfo del derecho no se mide por la severidad de las condenas, sino por la legitimidad con la que la justicia es ejercida por los tribunales de paz.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai. 2005. *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Madrid: Marcial Pons.

—— 2016. *Derecho penal internacional y justicia transicional: fundamentos y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

—— 2017. *Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press.

—— 2018. "Command Responsibility and the Bemba Case: A Step Backwards for ICC Jurisprudence?" *Journal of International Criminal Justice* 16 (1): 117–136. https://doi.org/10.1093/jicj/mqy008.

Andreu-Guzmán, Federico. 2012. *Responsabilidad de los superiores jerárquicos por crímenes internacionales*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

Chacón, Natalia. 2023. *Responsabilidad de mando y justicia transicional en Colombia: tensiones y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Corte Constitucional de Colombia. 2002. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

—— 2017. Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

—— 2018. Sentencia C-080 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Penal Internacional. 2016. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Sentencia de 21 de marzo de 2016.

—— 2018. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08 A, Sentencia de apelación de 8 de junio de 2018.

Garrocho Salcedo, Ana María. 2019. *La responsabilidad penal del superior jerárquico en el derecho internacional penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

—— 2021. "Responsabilidad de mando, culpabilidad por omisión y límites del derecho penal internacional." *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 23: 1–32.

Green, Leslie C. 1997. *The Contemporary Law of Armed Conflict*. 2.ª ed. Manchester: Manchester University Press.

International Military Tribunal (IMT). 1947. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946*. Vol. I. Nuremberg: IMT.

International Military Tribunal for the Far East (IMTFE). 1948. *The Tokyo War Crimes Trial: The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East*. New York: Garland Publishing.

Olásolo, Héctor. 2013. *Responsabilidad de los superiores y derecho penal internacional*. Bogotá: Tirant lo Blanch / Universidad del Rosario.

—— 2018. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.

—— 2020. "Command Responsibility and the Limits of Criminal Liability for Omissions." *Criminal Law Forum* 31 (3): 421–449.

Pritchard, R. John, y Sonia M. Zaide, eds. 1981. *The Tokyo War Crimes Trial: Index and Guide*. New York: Garland Publishing.

Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. 1977.

Schabas, William A. 2010. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.

—— 2021. *An Introduction to the International Criminal Court*. 6.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Special Court for Sierra Leone (SCSL). 2007. *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Case No. SCSL-04-16-T, Sentencia de 20 de junio de 2007.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). 1998. *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*, IT-96-21-T, Sentencia de 16 de noviembre de 1998.

—— 2000. *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-T, Sentencia de 3 de marzo de 2000.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). 1998. *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de septiembre de 1998.

—— 2000. *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, Sentencia de 27 de enero de 2000.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos. 1946. *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946).

Uprimny, Rodrigo. 2017. "La responsabilidad de mando y la justicia transicional en Colombia: entre la paz y la justicia." *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 23 (2): 5–15.

Uprimny, Rodrigo, y María Paula Saffon. 2007. "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades." *Revista Pensamiento Jurídico* 19: 45–76.

Winter, Jay. 2009. *Law and the Uses of History: Reflections on the Yamashita Case*. Cambridge: Cambridge University Press.

INCLUSIÓN DE MUJERES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA: UNA POLÍTICA EMERGENTE EN COLOMBIA[1]

Inclusion of women in strategic public procurement: an emerging policy in Colombia

Cristian Andrés Díaz Díez[2]
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad EAFIT, Medellín. Colombia
https://orcid.org/0000-0001-9139-6941

https://doi.org/10.18543/ed.3590

Fecha de recepción: 12.12.2025
Fecha de aceptación: 10.04.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

En los últimos años, el ordenamiento jurídico colombiano ha acogido el modelo de contratación pública estratégica. En aplicación de este paradigma, ha reforzado la inclusión de las mujeres mediante incentivos procedimentales y durante la ejecución contractual. El objetivo de este trabajo es determinar el alcance de dicha política horizontal para el sistema de compras públicas. Con tal propósito, el artículo explica el concepto de cláusulas sociales y la discriminación positiva de las mujeres como efecto de la constitucionalización. Asimismo, detalla las acciones afirmativas a favor de la población femenina en la contratación estatal. Finalmente, resalta la necesaria

[1] El presente trabajo se enmarca en el proyecto de generación de conocimiento "La responsabilidad estratégica del Estado verde", Ref. PID2023-149184OB-C41, ejecutado en virtud de la ayuda concedida por la Agencia Estatal de Investigación, adscrita al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, de España.

[2] Email: cdiazdi@eafit.edu.co

proporcionalidad de estas medidas para no afectar la igualdad y la libertad de competencia de otros actores ni la calidad del objeto contractual.

Palabras clave

Cláusulas sociales, mujeres, contratación pública estratégica, políticas horizontales, igualdad.

Abstract

In recent years, the Colombian legal system has embraced the strategic public procurement model. In applying this paradigm, it has reinforced the inclusion of women through procedural incentives and during contract execution. The objective of this paper is to determine the scope of this horizontal policy for the public procurement system. To this purpose, the article explains the concept of social clauses and positive discrimination in favor of women as an expression of constitutional effectiveness. It also details affirmative actions in favor of the female population in public procurement. Finally, it highlights the necessary proportionality of these measures so as not to affect the equality and free competition of other actors or the quality of the contractual object.

Keywords

Social clauses, women, strategic public procurement, horizontal policies, equality.

Sumario: I. Introducción. II. Cláusulas sociales en la compra pública estratégica. III. Inclusión de mujeres en la contratación pública. 1. Un factor de constitucionalización del Derecho administrativo. 2. Discriminación positiva de la población femenina en el Derecho comparado de compras públicas. 3. Contratación pública e inserción laboral de mujeres en la normativa vigente. 4. Eficacia y desarrollo de la política por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-. IV. Cláusulas sociales a favor de mujeres. 1. Requisitos habilitantes. 2. Criterios de calificación inicial y de desempate. 3. Obligaciones contractuales. V. Proporcionalidad de las cláusulas. 1. Igualdad. 2. Libertad de competencia y de empresa. 3. Calidad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia, el sistema de contratación pública ha ido consolidándose como un ámbito estratégico para lograr objetivos sociales, ambientales y de innovación (Benavides, 2025: 11-12). Este rasgo se manifiesta principalmente en la expedición de leyes, reglamentos y pautas no vinculantes –de *soft law*– (Martínez Jurado, 2018: 301) que han fomentado la inclusión de sectores vulnerables, la adopción de medidas de protección de los ecosistemas y el estímulo a la generación de conocimiento aplicado. Durante esta década se destacan las Leyes 2069 de 2020[3] y 2232 de 2022[4], así como el Decreto 1860 de 2021[5], entre otros textos normativos que han vinculado dichos fines a la contratación del Estado. Con tal orientación se está produciendo un cambio de paradigma en la compra pública (Kuhn, 2013: 101-114). En efecto, ha dejado de concebirse exclusivamente como una transacción comercial que busca el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de las entidades estatales. Sin desconocer este objetivo económico, también se estructura como un escenario clave para desarrollar "políticas horizontales" que trascienden de la actividad contractual concreta (Arrowsmith, 2019: 225).

Las acciones afirmativas a favor de las mujeres se ubican en este contexto (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024d: 5; Lesmes Zabalegui, 2005: 64-65; Vallejo Molina, 2017: 161). Dichas medidas de discriminación positiva se expresan actualmente en enunciados normativos que establecen que las entidades estatales deberían prever

[3] Diario Oficial de Colombia n.º 51.544, de 31 de diciembre de 2020.
[4] Diario Oficial de Colombia n.º 52.089, de 8 de julio de 2022.
[5] Diario Oficial de Colombia n.º 51.898, de 24 de diciembre de 2021.

requisitos habilitantes –de participación– y factores de asignación de puntaje –de calificación– especiales, que favorezcan la incorporación de la población femenina en el mercado de la compra pública. Asimismo, se reflejan en normas que determinan la adopción de acciones con este propósito durante la ejecución del contrato. Ya la Corte Constitucional había condicionado la interpretación de algunos preceptos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993[6], artículo 24.5b) y parágrafo del artículo 30], en el sentido de aclarar que las acciones afirmativas en la contratación estatal no son contrarias a los principios de igualdad, selección objetiva y transparencia, sino que, por el contrario, son mecanismos que materializan el Estado social y que afianzan tales postulados (sentencia C-932/2007). Dicho Estatuto también contiene, hace tiempo, un bosquejo programático del mandato de proteger a los grupos tradicionalmente excluidos en la contratación pública, bajo el rótulo ambiguo de "promoción del desarrollo" (Ley 1150 de 2007[7], artículo 12). Sin embargo, este objetivo no alcanzó la eficacia esperada.

Por tal motivo, en años más recientes se han expedido disposiciones legales y reglamentarias que dotan de mayor contenido el deber de establecer cláusulas sociales en beneficio de las mujeres, de las personas con discapacidad, de quienes han sido víctimas del conflicto armado y de los adultos mayores, entre otras comunidades en situación de vulnerabilidad (Nogueira López, 2025: 216-229; Nyeck, 2023: 1-4). La Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021 –que reformó el Decreto 1082 de 2015[8]– han constituido un hito en este sentido, al impulsar la inserción laboral de estos sectores dentro de la compra pública, como elemento de la política de emprendimiento. Asimismo, a ello han contribuido decisivamente algunos instrumentos regulatorios de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, en su calidad de órgano rector del sistema, principalmente, la *Guía de contratación pública sostenible y socialmente responsable* (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024a) y la *Guía para incentivar la participación de mujeres en el sistema de compras y contratación pública* (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024d), publicadas en 2024.

El objetivo de este trabajo es explicar el alcance, para el sistema de contratación pública, de las normas que exigen adoptar acciones de discriminación positiva a favor de las mujeres. Si bien, como se ha indicado, son varias comunidades las que se han beneficiado de estos incentivos, el presente artículo se enfoca en la población femenina. Además del imperativo de la delimitación temática que rige en la investigación académica, otras razones

[6] Diario Oficial de Colombia n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993.
[7] Diario Oficial de Colombia n.º 46.691, de 16 de julio de 2007.
[8] Diario Oficial de Colombia n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015.

metodológicas justifican esta decisión. Por una parte, se cuenta con estudios de Derecho comparado que han analizado el impacto de las políticas horizontales para la inclusión femenina en la contratación pública y que permiten un diálogo con la normativa colombiana. Por otra parte, los preceptos que otorgan estos beneficios a las mujeres se expresan en las distintas etapas de la actividad contractual, de manera que permiten una visión integral de estas acciones afirmativas en el sector. Adicionalmente, la selección de las mujeres, como grupo favorecido, no obsta para que algunos de los argumentos y de las conclusiones del trabajo también se apliquen a otros sujetos que gozan igualmente de una especial protección constitucional en la contratación de las entidades estatales. Partiendo de estas aclaraciones sobre el objeto de estudio, es pertinente señalar también que un texto de esta naturaleza exige una metodología adecuada para interpretar las disposiciones normativas vigentes y valorarlas bajo el tamiz de las herramientas teóricas. En tal sentido, aunque, esencialmente, el artículo es producto de una investigación de carácter dogmático, también se nutre de algunos conceptos de la teoría general del Derecho, en especial, de las categorías abstractas que explican la transformación del Derecho administrativo en el Estado constitucional (Prieto Sanchís, 2009: 52-56).

Para lograr esta finalidad, el texto se estructura como se indica seguidamente. En primer lugar, se precisa en qué consiste la compra pública estratégica y cómo las cláusulas sociales posibilitan la ejecución de políticas horizontales del Estado en este sector. En segundo lugar, se explica por qué las acciones afirmativas de las mujeres en la contratación pública pueden concebirse como expresión de la constitucionalización del Derecho administrativo y de qué manera se incardinan en dicho modelo de compra. En tercer lugar, se profundiza, desde una perspectiva dogmática, en las cláusulas sociales a favor de las mujeres en el trámite de la contratación pública, expresadas en requisitos habilitantes, criterios de calificación con puntos –en la evaluación inicial y en el desempate– y obligaciones durante la ejecución del contrato. En cuarto lugar, se reflexiona sobre el reto de implementación proporcional de estos incentivos. Concretamente, se pone de presente la necesidad de efectuar una ponderación adecuada que salvaguarde los derechos de las mujeres en forma equilibrada con otros principios que también protege el sistema de compras públicas, como la igualdad de otros actores, la libertad de competencia y de empresa y la calidad del objeto contractual.

II. CLÁUSULAS SOCIALES EN LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA

Como ha expresado la Corte Constitucional, la contratación pública es un medio para alcanzar los fines del Estado social de Derecho (sentencias

C-949/2001, C-713/2009 y C-154/2023, entre otras). En efecto, las entidades estatales deben adquirir bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población y las exigencias administrativas que hay que atender al cumplir ese cometido. Esta conciencia sobre el carácter instrumental del contrato estatal se ha afianzado en los últimos años con la asunción del modelo de compra pública estratégica (Duque Botero, 2022: 114-117). A diferencia del esquema tradicional que solo concibe la contratación estatal como una transacción en que deben salvaguardarse principios como la economía, la eficacia y la calidad del objeto, la compra pública estratégica se compromete con otros fines transversales que también debe atender la Administración pública (Patrucco et al., 2024: 2-22). Desde esta perspectiva, dicho modelo de contratación se considera estratégico porque amplía la instrumentalidad de la compra para cumplir los objetivos del Estado contemporáneo, al enfatizar en la sostenibilidad ambiental, la inclusión social y la innovación (Curi et al., 2023: 65-67). El contrato, bajo este modelo, es herramienta social no solo en la medida en que el objeto del negocio jurídico sirve para satisfacer necesidades de interés general. También lo es porque la contratación como tal puede ser un vehículo para promover políticas públicas que van más allá de la actividad contractual específica. Por tal razón, estas políticas deben tenerse en cuenta al valorar la mejor relación entre calidad y precio (Benavides, 2025: 16-36).

El siguiente ejemplo ilustra lo expresado: en la compra pública tradicional, la celebración de un contrato de obra, para construir el edificio de un colegio, se orienta por el fin social de garantizar el acceso a la educación; en el modelo de compra pública estratégica, también, pero, además, debe satisfacer otros fines relevantes, como el uso de materiales ambientalmente sustentables o la vinculación de trabajadores social o económicamente vulnerables. En otras palabras, la compra pública estratégica complementa –no niega– la visión economicista de la contratación estatal que busca optimizar los recursos para adquirir bienes y servicios de calidad. Este fin no desaparece del sistema, pero debe armonizarse con el deber de emplear la contratación como mecanismo para materializar políticas horizontales del Estado (Arrowsmith, 2019: 225). La responsabilidad de alcanzar estos objetivos es, por tanto, un parámetro que también debe dirigir las compras públicas (Burzaco Samper, 2016: 287; Duque Botero, 2022: 77-82).

La forma en que esta responsabilidad se concreta, en el marco de la contratación pública estratégica, es, fundamentalmente, mediante el establecimiento de cláusulas por parte de las entidades estatales contratantes para garantizar esos bienes jurídicos transversales. Dentro de estas consideraciones destacan las cláusulas sociales, ambientales y de innovación. Las primeras se estructuran con la finalidad de incluir en la contratación a sectores sociales que requieren de una mayor protección del Estado, como las

personas con discapacidad, las víctimas de la violencia, la población afrodescendiente o indígena, los adultos mayores, así como las micro, pequeñas y medianas empresas (Díez Sastre, 2017: 201-202; Diz y Nogueira, 2017: 82; Duque Botero, 2017: 70-73; Fondevila Antolín, 2019: 303-305; Gallego Córcoles, 2017: 95-96; 2021: 85-97; Herce Maza, 2022: 244-273).

Se ha señalado que estas medidas pretenden, además, democratizar la compra pública, para que puedan acceder a ella diversos actores y no solo quienes ostentan poder económico (Padilla Tejeda, 2024: 287-291). Las cláusulas ambientales, por su parte, buscan la protección ecológica, fomentando el uso de materiales sostenibles, la economía circular y la disminución del impacto climático, entre otras acciones dirigidas al cuidado de los ecosistemas (Aragão, 2018: 170-178; Delgado Fernández, 2018: 176-178; Mélon, 2020: 139-141; Ruiz Olmo, 2024: 3-7). Las cláusulas de innovación promueven el desarrollo científico y tecnológico en la compra pública (Marín Sánchez, 2019: 195-207; Valencia-Tello y Duque Botero, 2017: 57-86). Los tres tipos de cláusulas pueden establecerse en el pliego de condiciones o documento equivalente, así como en el contrato. En tal sentido, pueden comportarse bien como requisitos habilitantes o factores de calificación con puntos en el procedimiento de selección, bien como obligaciones vigentes durante la ejecución del contrato.

Este enfoque estratégico de la compra pública en el país se ha fortalecido durante los últimos años como consecuencia de diversos factores. El ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE– (Cancillería de Colombia, 2020) supuso para el Estado una serie de compromisos relacionados con el logro de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), entre los cuales se encuentra la disminución de la pobreza, el cuidado del medio ambiente y el fomento de la innovación (Naciones Unidas, 2025). Estos deberes deben armonizarse con las obligaciones adquiridas en virtud de los tratados comerciales suscritos con otros Estados, que pueden contener cláusulas de reciprocidad que condicionan la preferencia por las ofertas nacionales o la protección de la industria local. Asimismo, la compra pública estratégica puede considerarse una expresión de la globalización. Este fenómeno ha propiciado el acercamiento entre los Estados y las organizaciones supranacionales, al igual que la transferencia de conceptos y modelos entre los ordenamientos jurídicos (Mir Puigpelat, 2004: 25-93).

Como muestra de ello, algunos Estados de América Latina vienen acogiendo esta perspectiva, auspiciada por la Organización de Estados Americanos –OEA– (Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Organización de los Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo y Red Latinoamericana de Abogados de Impacto, 2021). También han seguido la tendencia de la Unión Europea, que ha exhortado a sus Estados miembros a incorporar cláusulas sociales, ambientales e innovadoras en la contratación

desde 2014, con las directivas de cuarta generación (Román Márquez, 2019: 479-480). En suma, la compra pública estratégica puede considerarse actualmente un modelo que trasciende las fronteras nacionales y que atiende a la necesidad de brindar una respuesta adecuada a los retos del Estado social contemporáneo en este sector de la economía. El establecimiento de directrices que fomentan la contratación con mujeres, además de ser un instrumento de constitucionalización del Derecho administrativo económico, también impulsa el paradigma estratégico de contratación pública.

III. INCLUSIÓN DE MUJERES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Un factor de constitucionalización del Derecho administrativo*

La Constitución define las bases del régimen jurídico-administrativo. No en vano se dice, evocando la frase de Fritz Werner, que el Derecho administrativo es "Derecho constitucional concretizado" (De la Sierra, 2010: 50). Con fundamento en ello se ha defendido la conveniencia de aludir, en forma combinada, a la expresión "Derecho administrativo constitucional" (Rodríguez-Arana Muñoz, 2009: 9-10). La constitucionalización es la irradiación eficaz de todo el ordenamiento jurídico por los preceptos constitucionales (Pimiento Echeverri, 2014: 351-354). En tal sentido, implica que estos mandatos superiores condicionan la validez de los demás. Por tanto, exige tomarse en serio el principio de supremacía constitucional. En virtud de este postulado se estructura el control de constitucionalidad difuso o concentrado. La constitucionalización también supone, entre otros aspectos, la consagración de derechos fundamentales en una Constitución rígida, así como su fuerza vinculante, aplicación directa y garantía judicial. Igualmente, conlleva la interpretación extensiva de la Constitución y la derivación de preceptos constitucionales que impregnan todo el Derecho positivo (Comanducci, 2005: 81; Guastini, 2005: 49-73).

Esto significa que la interpretación de las normas inferiores debe realizarse en armonía con la Constitución. Asimismo, quiere decir que los mandatos constitucionales tienen eficacia directa, salvo que el mismo constituyente los supedite a desarrollos legislativos o reglamentarios. Se ha denominado neoconstitucionalismo a este proceso de revalorización de la Constitución en el sistema de fuentes, así como a la atenuación del formalismo legal en la interpretación y aplicación del Derecho (García Figueroa, 2009: 18-20; Prieto Sanchís, 2009: 51-61). El neoconstitucionalismo, como ideología, teoría o método de análisis del Derecho, marca una diferencia con las formas de constitucionalismo moderno, vigentes en Europa hasta mediados del siglo XX, en las que no se reconocía a las constituciones suficiente eficacia, rigidez o preeminencia respecto de las demás normas (Comanducci, 2005: 82-87).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 559-593
https://doi.org/10.18543/ed.3590 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

La Constitución Política de Colombia, de 1991[9], ha reforzado este proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico, pues no solo se declara suprema (artículos 4 y 241), sino que además establece procedimientos especiales de reforma, prevé mecanismos de control de constitucionalidad de las normas inferiores, impone mandatos no meramente programáticos y contiene un amplio catálogo –enunciativo– de derechos que deben salvaguardar las autoridades y, en algunos casos, los particulares (Quinche Ramírez, 2023). Uno de los derechos fundamentales, contenidos en la Constitución, es el de igualdad (artículo 13). Este derecho se consagra no simplemente como reconocimiento de la igualdad formal, sino también como mandato de igualdad material. En efecto, exige adoptar medidas de discriminación positiva, esto es, acciones afirmativas a favor de sectores de la población que, por diversas razones, han sido injustamente segregados.

El derecho fundamental a la igualdad se soporta en la premisa de que existen diferencias naturales, económicas o de otra índole que deben ser reducidas o eliminadas con la intervención del Estado (Rousseau, 2013: 17-18, 79, 129). En tal sentido, no es una categoría lineal, sino, por el contrario, asimétrica. Es decir, parte de la base de que hay personas que deben gozar de un tratamiento diferencial para llevarlas a un punto en que puedan tener, en la medida de lo posible, las oportunidades de las demás. Por tanto, paradójicamente, la igualdad exige en ciertos casos desigualdad (Alexy, 2017: 361-363). Esta distinción se justifica por razones como la edad, el género, la pobreza, la violencia, la raza y, en general, la pertenencia a grupos históricamente excluidos. Asimismo, como ha reconocido la Corte Constitucional, el artículo 209 de la Constitución prevé la igualdad como uno de los principios de la función administrativa que deben salvaguardarse en la contratación pública (sentencias C-862/2008 y C-713/2009, entre otras). De ahí que fortalecer la garantía de la igualdad refleje la constitucionalización de este ámbito del Derecho administrativo económico.

2. *Discriminación positiva de la población femenina en el Derecho comparado de compras públicas*

Las cláusulas sociales pueden estipularse en la contratación pública con el objetivo de promover la igualdad. Atendiendo a esta finalidad, son susceptibles de emplearse para afianzar la equidad de género (Burzaco Samper, 2016: 288). En tal sentido, se consideran instrumentos que potencian el Estado social, pues mediante ellas se fortalece no solo la igualdad formal sino también la igualdad material que fundamenta la vigencia de los derechos

[9] Gaceta Constitucional de Colombia n.º 116, de 20 de julio de 1991.

sociales (Diz y Nogueira, 2017: 77-95). La población femenina es uno de los grupos en cuyo beneficio se prevén tales estipulaciones (Orser et al., 2021: 261). En efecto, mediante estas cláusulas se puede lograr el acceso de las mujeres al mercado laboral, garantizando de este modo su derecho al trabajo. El Reino Unido adoptó esta estrategia desde los años ochenta, al servirse de la contratación pública para promover la igualdad de género (Arrowsmith, 2019: 233-234). Esta tendencia viene consolidándose desde la década anterior en Europa (Sarter, 2020: 66-89), principalmente, en virtud de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE[10] y 2014/24/UE[11], de 26 de febrero de 2014.

Tales Directivas establecen que la contratación pública puede impulsar, entre otros objetivos estratégicos, la igualdad de las mujeres en el acceso a la contratación pública y al mercado laboral (Directiva 2014/23/UE, considerando 65 y artículo 3; Directiva 2014/24/UE, considerando 98 y artículos 18.1, 24, 41, 42.2, 56.3 y 76.1.). Un caso de transposición de estas Directivas se ha presentado en España. En su Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público[12], se fomenta la igualdad de género y la contratación femenina, al indicar que este puede ser un criterio cualitativo, de tipo social, para determinar la mejor relación entre calidad y precio, dentro de los requisitos de adjudicación del contrato, los criterios de desempate o las condiciones especiales de ejecución, según determine discrecionalmente el órgano contratante [artículos 145.2, 147.1e), 147.2c) y 202.2; Bernal Blay 2008, 244-252; Belando Garín 2017, 431-445; Martínez Méndez 2022, 191-199]. Sin embargo, en el contexto de la Unión Europea, la inclusión de estas cláusulas en la contratación pública ha generado discusiones que se han intensificado en los últimos años, debido al posible impacto negativo de estas medidas sobre la libre competencia y de empresa que las Directivas mencionadas también salvaguardan (Directiva 2014/23/UE, artículos 37.3, 38, 40.2; Directiva 2014/24/UE, artículo 18.1, 24, 30.6 y 40, entre otros). En tal sentido, se ha privilegiado la incorporación de estas cláusulas como condiciones de ejecución, más que como requisitos de solvencia o criterios de adjudicación, pues de este modo se garantiza una menor restricción a la concurrencia de los interesados (Gallego Córcoles, 2021: 89).

Como expresión del proceso de internacionalización, que ha favorecido la uniformidad de algunos aspectos de los sistemas de compras públicas (Benavides, 2014: 15-65), dichas cláusulas sociales también se han incorporado gradualmente en la normativa de contratos estatales de América Latina, en países como Chile, Ecuador y Colombia (Alvarado Vélez, 2025: 21; Ruiz,

[10] Diario Oficial de la Unión Europea n.º 94, de 28 de marzo de 2014.
[11] Diario Oficial de la Unión Europea n.º 94, de 28 de marzo de 2014.
[12] Boletín Oficial del Estado n.º 272, de 9 de noviembre de 2017.

2020: 32). Estas cláusulas buscan mejorar los bajos niveles de participación de las mujeres en el mercado de las compras públicas de la región, derivados, entre otros factores, de obstáculos para acceder a oportunidades económicas y barreras de género (Comotto et al., 2026: 4-43). Uno de los sectores en que se han implementado ha sido en el de compra pública de alimentos a mujeres rurales –campesinas e indígenas– (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, 2019: 20-43). Estas cláusulas se han ido consolidando en la contratación pública no solo como consecuencia de la imitación de sistemas foráneos. También han emergido como resultado de la reivindicación feminista de medidas diferenciales para lograr una participación paritaria en el Estado; por ejemplo, oportunidades económicas o cuotas de género (Lombardo y Verge, 2017: 304-306).

Asimismo, estas acciones afirmativas son producto de la eficacia de instrumentos internacionales como la *Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, de la Organización de Estados Americanos, acordada en Belém do Pará el 9 de junio de 1994. Dichas convenciones se aprobaron en Colombia, respectivamente, en las Leyes 51 de 1981[13] y 248 de 1995[14]. Puede decirse por tanto que la implementación de políticas horizontales en la contratación pública a favor de las mujeres se articula con el derecho internacional de los derechos humanos y va más allá del sistema de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que también ha desempeñado un papel relevante en la reconfiguración de los sistemas de compra pública de América Latina, igualmente, ha promovido en los últimos años la igualdad de género en este sector (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2021: 2-28).

3. *Contratación pública e inserción laboral de mujeres en la normativa vigente*

En Colombia, la contratación de las entidades estatales, por regla general, debe efectuarse en un escenario competitivo. No en vano, la licitación pública constituye el procedimiento de selección contractual aplicable cuando el legislador no ha previsto trámites especiales (Ley 1150 de 2007, artículo 2.1). De este modo, la protección de la igualdad, en principio, se materializa mediante la garantía de la libre concurrencia de los interesados.

[13] Diario Oficial de Colombia n.º 35.794, de 7 de julio de 1981.

[14] Diario Oficial de Colombia n.º 42.171, de 29 de diciembre de 1995.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad condicionada de algunas disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993, artículos 24.5b) y 30.12], bajo el entendido de que los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad no se oponen a que en el pliego de condiciones o documento equivalente se establezcan acciones afirmativas a favor de quienes requieren mayor atención de parte del Estado (sentencias C-932/2007 y C-713/2009).

En armonía con esta orientación jurisprudencial, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 establece estrategias para promover el desarrollo en la contratación pública. El concepto de desarrollo al que alude la norma incluye a los sectores vulnerables, tal como exige el Estado social. Por ello, además de las medidas a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, dicha Ley determina que en los pliegos de condiciones deben incluirse mecanismos que fomenten la provisión de bienes y servicios por parte de grupos tradicionalmente excluidos. Dentro de estas comunidades se encuentran las personas que padezcan pobreza extrema, quienes hayan sido víctimas del desplazamiento forzado, quienes hacen parte de procesos de reincorporación o reintegración en el marco del conflicto armado y, en general, los sujetos que gozan de especial protección constitucional (Duque Botero, 2017: 70-73). No obstante, según el enunciado normativo al que se hace referencia, dicho deber ha de cumplirse de acuerdo con las condiciones señaladas en el reglamento que expida el gobierno nacional. En otras palabras, el legislador condiciona la eficacia del precepto al desarrollo reglamentario previo. Asimismo, indica que estas acciones afirmativas deben garantizar el cumplimiento y la calidad del objeto contractual.

En los últimos años, este objetivo de promover el desarrollo en la contratación pública se ha articulado con una política que propicia acciones más concretas en beneficio de sujetos que gozan de especial protección constitucional. En estas estrategias se ubica el compromiso estatal de estimular la equidad de género y, en general, la garantía de los derechos de las mujeres como uno de dichos sujetos (Corte Constitucional, sentencia T-027/2017). Muestra de ello ha sido la Ley 2281 de 2023[15] que creó el Ministerio de Igualdad y Equidad. Esta Ley establece dentro de sus competencias funciones como la de suprimir las barreras sociales, políticas y económicas que generan discriminación contra las mujeres (artículo 4.2), así como la de adoptar un enfoque de género que permita su empoderamiento (artículos 5.1 y 5.10). En el ámbito de la contratación pública se ha reconocido que, dentro de los criterios sociales para valorar la mejor relación entre calidad y precio, las entidades estatales pueden incluir el fomento a la contratación de mujeres

[15] Diario Oficial de Colombia n.º 52.267, de 4 de enero de 2023. Esta Ley fue declarada inexequible con efectos diferidos, desde la finalización de la legislatura 2025-2026 (Corte Constitucional, sentencia C-161/2024). Por tanto, continúa vigente.

(Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.2.2., modificado por el artículo 4 del Decreto 142 de 2023[16]). Pero, sin duda, ha sido la Ley 2069 de 2020 la que ha impulsado la inclusión femenina de manera más contundente, como parte de la política de emprendimiento.

El artículo 32 de esta Ley señala que las entidades estatales procurarán crear requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales, como acción afirmativa, a favor de emprendimientos y empresas de mujeres, respetando los acuerdos comerciales vigentes suscritos por Colombia. No obstante, la norma establece que la configuración de estos criterios especiales debe atender al análisis del sector. Esto significa que las entidades estatales tienen discrecionalidad para definir la conveniencia del criterio diferencial de acuerdo con el estudio de mercado y las características del objeto a contratar. Por otra parte, la norma efectúa una distinción importante relacionada con el régimen y los procedimientos de selección. Indica que la inclusión de estos requisitos y puntajes diferenciales se debe realizar, por parte de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, artículo 2), en la licitación pública, la selección abreviada de menor cuantía y el concurso de méritos. Por tanto, no es posible establecer estos factores a favor de las mujeres en los procedimientos de selección abreviada que obedezcan a otras causales –como la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización o la celebración de contratos para prestar servicios de salud– ni en la contratación de mínima cuantía [Ley 1150 de 2007, artículos 2.2a), 2.2c) y 2.5].

Además, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 ordena que, si el análisis del sector lo amerita, estos criterios diferenciales se incluyan también en los procedimientos competitivos adelantados por las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que se rigen por mayor cantidad de normas de Derecho privado, como las empresas sociales del Estado (Ley 100 de 1993[17], artículo 195.6), las universidades públicas (Ley 30 de 1992[18], artículo 93) y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994[19], artículos 31 y 32), entre otras. La consideración de estas entidades estatales como destinatarias del deber de establecer criterios diferenciales para las mujeres, puede considerarse un retorno parcial del Derecho administrativo, en la medida en que les exige acatar una norma especial, derogatoria del Derecho común (Sánchez Morón, 2018: 48). Incluso, paradójicamente, dicho precepto jurídico-administrativo aplica de manera más fuerte para estas entidades que para las

[16] Diario Oficial de Colombia n.º 52.295, de 1 de febrero de 2023.
[17] Diario Oficial de Colombia n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993.
[18] Diario Oficial de Colombia n.º 40.700, de 29 de diciembre de 1992.
[19] Diario Oficial de Colombia n.º 41.433, de 11 de julio de 1994.

sometidas al referido Estatuto. Mientras que estas solo están llamadas a incorporar dichos criterios a favor de la población femenina en los tres procedimientos de selección a que se aludió, las entidades estatales exceptuadas deben hacerlo en todos los procedimientos competitivos que realicen para contratar, es decir, en todos aquellos que impliquen una convocatoria pública o un pedido singular de ofertas a varios sujetos, incluyendo la invitación cerrada a distintas empresas.

Según la Ley 2069 de 2020 (artículo 32), la definición de los emprendimientos y empresas de mujeres debe efectuarla un decreto reglamentario del presidente de la República (Constitución, artículo 189.11). En cumplimiento de este mandato, actualmente el reglamento establece que dichos emprendimientos y empresas son aquellos que cumplan, por lo menos, alguna de las condiciones indicadas a continuación. Una de ellas es que más del 50% de las acciones, cuotas de participación o partes de interés pertenezca a mujeres. La otra circunstancia que puede probar la existencia de un emprendimiento o una empresa de mujeres es que estas ejercen al menos el 50% de los cargos directivos o puestos análogos en la persona jurídica. Los supuestos explicados previamente deben demostrarse con la certificación expedida por el representante legal, revisor fiscal o contador, según el caso (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.14., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021).

Asimismo, se configura la categoría de emprendimiento y empresa de mujeres cuando quien presente la oferta sea una mujer –persona natural– y además logra evidenciar que ha ejercido actividades con un establecimiento de comercio, aportando la copia de la cédula de ciudadanía o de extranjería o del pasaporte, en su caso, así como del registro mercantil. También pueden probar dicha denominación las asociaciones y cooperativas en las que más del 50% de las personas asociadas sean mujeres, según la certificación del representante legal. En todos los eventos indicados con anterioridad se debe demostrar que las calidades exigidas por la norma –mujeres propietarias de las acciones, partes de interés o cuotas de participación, titulares de los cargos directivos o análogos, personas naturales comerciantes o asociadas– se han tenido durante el año previo al cierre del procedimiento de selección contractual (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.14., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021). Como se advierte, el reconocimiento de incentivos a estos emprendimientos y empresas de mujeres es un avance en la inclusión femenina, pero deja por fuera a otras mujeres que no pueden acreditar ese estatus. Esto genera discusiones constitucionales que se abordarán más adelante, al examinar la proporcionalidad (sección V).

Hasta hace poco, las acciones afirmativas de los emprendimientos y empresas de mujeres se complementaban con los estímulos previstos en la

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 559-593
https://doi.org/10.18543/ed.3590 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Ley 2294 de 2023[20], que contiene el Plan Nacional de Desarrollo vigente. Esta Ley permitía que las entidades estatales contrataran de manera directa, hasta por la mínima cuantía, con sujetos que hicieran parte de la "economía popular y comunitaria". La Ley otorgaba a este mecanismo contractual la denominación de asociación público-popular. El objeto de este tipo de contrato podía ser la ejecución de obras o la adquisición de bienes y servicios en ámbitos como los de infraestructura social, construcción de caminos vecinales o de vivienda rural, alimentos, gestión de servicios de acueducto y cultura, entre otros (artículo 100).

El Decreto 874 de 2024[21], antes de perder fuerza ejecutoria, preceptuaba las condiciones que debían reunirse para integrar la economía popular y comunitaria, como presupuesto para beneficiarse de esta modalidad de contratación. Establecía que en este sector se incluían actividades de tipo doméstico o comunitario realizadas por unidades económicas que podían calificarse como de baja escala. Además, señalaba que quienes desarrollaran estas actividades podían organizarse en forma personal, familiar y mediante microempresas o micronegocios. Igualmente, precisaba que estos sujetos podían actuar de modo individual o asociativo (artículo 1). La Ley 2294 de 2023 incluía a las mujeres en la economía comunitaria (artículo 101). Esto significa que, además de los incentivos contenidos en la normativa de emprendimiento, podían ser contratadas de manera directa hasta por la mínima cuantía, si cumplían las demás condiciones para celebrar contratos de asociación público-popular. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 100 y 101 de la Ley 2294 de 2023, por vulnerar la reserva de ley, debido a que no establecían claramente los sujetos que podían beneficiarse de esta modalidad contractual (sentencia C-033/2026).

4. *Eficacia y desarrollo de la política por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–*

Un desafío que enfrenta la inclusión de cláusulas sociales a favor de las mujeres en la contratación pública tiene que ver con su eficacia. Esta depende, en primer lugar, de la claridad de los requisitos legales para su aplicación. Es indispensable saber las condiciones que deben reunirse para beneficiarse de estas medidas y cómo deben hacerse efectivas. Aunque en la normativa vigente algunos requisitos son claros, otros están redactados en forma compleja, como el factor de desempate a favor de proponentes plurales en los cuales participe una madre cabeza de familia, que admite varias combinaciones y porcentajes que dificultan su entendimiento (Decreto 1082 de

[20] Diario Oficial de Colombia n.º 52.400, de 19 de mayo de 2023.
[21] Diario Oficial de Colombia n.º 52.811, de 8 de julio de 2024.

2015, numeral 7 del artículo 2.2.1.2.4.2.17.). En segundo lugar, la eficacia también está condicionada por la comprensión adecuada de la forma en que puede acreditarse cada situación para ser acreedor de los incentivos, por ejemplo, la calidad de empresas de vigilancia y seguridad privada que vinculen laboralmente a mujeres (Decreto 1279 de 2021, artículo 2). A su vez, en tercer lugar, está determinada por la manera de resolver las situaciones en que concurren en una persona varias calidades, como la de mujer víctima de violencia intrafamiliar y la discapacidad.

En cuarto lugar, la eficacia está sujeta a la verificación de la entidad estatal contratante (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024d: 21). Si esta no adelanta una efectiva supervisión o interventoría durante la ejecución del contrato, para constatar que el contratista conserva en su nómina o en su organización a las mujeres, tal como hayan exigido los requisitos habilitantes o de acuerdo con los criterios de calificación aplicados, se corre el riesgo de que solo las utilice para obtener la adjudicación del contrato. La finalidad inclusiva de las cláusulas sociales se materializa de modo más satisfactorio cuando se vigila el cumplimiento de las estipuladas como obligaciones contractuales, salvaguardando igualmente, de manera razonable, los intereses económicos del contratista. En quinto lugar, estas cláusulas ganarían eficacia si se extienden a otras mujeres. La definición de un segmento femenino –como las víctimas de violencia intrafamiliar, las madres cabeza de familia o las emprendedoras– podría no ser suficiente, porque otras mujeres también requieren apoyo para acceder al mercado de la compra pública, debido al género o a interseccionalidades adicionales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ha promovido la inclusión femenina en los contratos del Estado, en desarrollo de la normativa analizada y, principalmente, mediante instrumentos de *soft law*, para garantizar su eficacia. Este ente rector ha considerado que las mujeres constituyen un sector vulnerable frente al cual debe potenciarse la igualdad de oportunidades y, en general, el respeto de los derechos humanos en el mercado de las compras públicas (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024a: 6; 2024c: 1-5; 2024d: 5). En 2020, meses antes de expedirse la Ley 2069, la Agencia señaló la necesidad de implementar "políticas horizontales con enfoque de género" mediante la inclusión de cláusulas sociales en beneficio de las mujeres, por su calidad de sujetos de especial protección constitucional (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2020: 1). En aquella oportunidad la Agencia justificó dicha invitación con tres argumentos: el grave impacto económico de la pandemia del COVID-19 para las mujeres, su alta tasa de desempleo en comparación con la de los hombres y la posibilidad que brinda el principio de autonomía de la voluntad para

estipular estas cláusulas, en virtud de la remisión que efectúa el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las normas civiles y comerciales (Ley 80 de 1993, artículos 13, 32 y 40).

En los últimos años, la Agencia ha exhortado a las entidades estatales, independientemente del régimen jurídico aplicable, y a los patrimonios autónomos conformados por estas a que incluyan requisitos de participación especiales y puntajes adicionales a favor de emprendimientos y empresas de mujeres. La Agencia ha reiterado que dichos factores diferenciales son procedentes en los procedimientos de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada de menor cuantía, así como en los procedimientos competitivos adelantados por las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Lo anterior, sin perjuicio de cumplir los acuerdos comerciales suscritos por Colombia (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024c: 2-5). El 17 de diciembre de 2024 la Agencia publicó la *Guía para incentivar la participación de mujeres en el sistema de compras y contratación pública*, un documento en el que brinda pautas más específicas y claras para concretar las normas legales y reglamentarias en la materia (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024d: 17-43).

La Agencia también ha expedido circulares en las que ha reiterado el deber de remitir información sobre los incentivos aplicados a las mujeres (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2023: 2-4; 2024b: 3-5), como establece la norma legal sobre la materia (Ley 2069 de 2020, artículo 33). Esta es una estrategia importante para incrementar la eficacia de tales acciones afirmativas. Asimismo, el órgano rector del sistema de compras públicas interpretó en su momento que las mujeres podían considerarse actores de la economía popular y comunitaria para celebrar asociaciones público-populares, por iniciativa individual o colectiva (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024d: 12), antes de que se declarara inexequible esta modalidad de contratación (Corte Constitucional, sentencia C-033/2026).

IV. CLÁUSULAS SOCIALES A FAVOR DE MUJERES

1. *Requisitos habilitantes*

Como se expresó preliminarmente, una de las alternativas para establecer cláusulas sociales a favor de mujeres es como requisitos habilitantes. Estos requisitos definen las condiciones de solvencia técnica, financiera, administrativa y jurídica para participar en el procedimiento de selección contractual. Dichas exigencias de participación no otorgan puntaje, pues son condiciones que las entidades estatales deben verificar antes de calificar aritméticamente

las ofertas. Además, han de ser proporcionales al objeto del contrato (Ley 1150 de 2007, artículo 5.1). A nivel comparado, se ha admitido que las cláusulas sociales que promueven la inclusión de las mujeres en el mercado de las compras públicas pueden acogerse dentro de tales requisitos de solvencia (Gómez Fariñas, 2019: 68-74). En Colombia, el mandato de tener en cuenta este criterio de género, al definir los requisitos que habilitan a concurrir en el procedimiento de selección, no implica que las entidades estatales siempre deban señalar incentivos para las mujeres. Por el contrario, la ley preserva la discrecionalidad administrativa para confeccionar el pliego de condiciones o el documento equivalente y para ponderar la conveniencia de incluir estas cláusulas (Ley 2069 de 2020, artículo 32).

En efecto, la Ley 2069 de 2020 (artículo 32) no consagra una regla –un mandato definitivo–, sino un principio –un mandato de optimización– (Alexy, 2017: 63-84). La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– no admite esta tesis. Por el contrario, considera que si el análisis del sector permite deducir la existencia de emprendimientos o empresas de mujeres deben establecerse requisitos habilitantes diferenciales en su favor. Esta postura permite inferir que, para el máximo órgano rector del sistema de compras públicas, se trata de una potestad reglada (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024d: 40). Esta interpretación no es admisible, pues la Ley 2069 de 2020 respeta la competencia de las entidades estatales para ponderar la procedencia de dichas acciones afirmativas, considerando no solo los derechos de las mujeres, sino también los derechos de los demás sujetos de especial protección constitucional y la pertinencia de los criterios diferenciales para el objeto contractual. La obligación de las entidades estatales es valorar en cada caso la oportunidad de establecer requisitos habilitantes diferenciales para la población femenina cuando el objeto del contrato lo permita.

El Decreto 1082 de 2015 establece que, para ser beneficiarios de los requisitos habilitantes diferenciales, los emprendimientos y empresas de mujeres deben estar domiciliados en Colombia. Además, indica que estos requisitos deben establecerse en relación con factores como el período de experiencia, la cantidad de contratos acreditados, el índice de capacidad financiera u organizacional y el monto de la garantía de seriedad de la oferta. Según el reglamento, las entidades estatales deben establecer requisitos más exigentes, en relación con dichos factores, para los demás oferentes que no sean empresas y emprendimientos de mujeres. No obstante, preceptúa que estos requisitos deben definirse sin afectar las exigencias habilitantes indispensables para cumplir con calidad el objeto del contrato (artículo 2.2.1.2.4.2.15.).

La norma reglamentaria del Decreto 1082 de 2015 también precisa que solo es posible beneficiar con estos requisitos habilitantes diferenciales –y

con los factores de calificación especiales que se explicarán luego– a los consorcios y uniones temporales si, por lo menos, uno de sus integrantes es emprendimiento o empresa de mujeres y si, además, tiene participación en la forma asociativa del 10%, como mínimo (artículo 2.2.1.2.4.2.15.). Asimismo, dispone que la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– puede establecer un valor de suficiencia diferencial en la garantía de seriedad de la oferta que presenten los emprendimientos o empresas de mujeres (parágrafo del artículo 2.2.1.2.3.1.9.). Además, señala que los incentivos contemplados para las micro, pequeñas y medianas empresas no excluyen los criterios a favor de aquellos emprendimientos y empresas femeninas (parágrafo 4 del artículo 2.2.1.2.4.2.4.).

2. *Criterios de calificación inicial y de desempate*

La inclusión de mujeres también puede fomentarse mediante el establecimiento de criterios de calificación con puntos en el pliego de condiciones o en su documento equivalente. Estos factores de calificación diferenciales se clasifican en dos: los que benefician directamente la contratación pública con mujeres y los que favorecen a oferentes distintos que vinculen población femenina. En el primer caso, el puntaje adicional que puede otorgarse a las ofertas presentadas por emprendimientos y empresas de mujeres no puede superar el 0.25% del total de los puntos (Ley 2069 de 2020, artículo 32, parágrafo 3). Sin embargo, se prohíbe su concesión en aquellos casos en que el único factor de calificación con puntos sea el menor precio; por ejemplo, en los procedimientos de mínima cuantía (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.15., adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021).

Como se indicó, la normativa vigente también beneficia con incentivos en la calificación, a oferentes que contraten mujeres, es decir, consagra un "sistema de cuotas reflejas o indirectas" (Rodríguez Escanciano, 2019: 23). Por ejemplo, exige el otorgamiento de puntajes adicionales en los procedimientos de licitación pública a empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada por contar con mujeres vinculadas laboralmente. El puntaje máximo que puede concederse en virtud de este criterio es del 1% del total de puntos (Ley 1920 de 2018[22], artículo 6; Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.10., adicionado por el artículo 2 del Decreto 1279 de 2021[23]). Sin embargo, el reglamento ha omitido desarrollar también este mandato para otras modalidades de selección, a pesar de que la norma legal establece que el puntaje adicional debe concederse en la licitación pública, el concurso de méritos y la contratación directa (Ley 1920 de 2018, artículo 6).

[22] Diario Oficial de Colombia n.º 50.652, de 12 de julio de 2018.
[23] Diario Oficial de Colombia n.º 51.826, de 13 de octubre de 2021.

Además de los estímulos en los criterios de calificación inicial, mencionados previamente, los incentivos para la población femenina se expresan en los factores aplicables en casos de empate entre las propuestas. La Ley 2069 de 2020 establece un factor de desempate especial a favor de las mujeres en la compra pública (artículo 35). Concretamente, ubica en el segundo lugar de los criterios de resolución del empate –solo precedido por la oferta de bienes o servicios nacionales– la preferencia por la propuesta de la mujer cabeza de familia o víctima de violencia intrafamiliar, del proponente plural integrado por estas mujeres o de personas jurídicas en las que aquellas tengan participación mayoritaria. En tal sentido, el factor de desempate no se aplica a todas las mujeres sino solo a las que, además, sean cabezas de familia o víctimas de violencia intrafamiliar. Además, confiere sus beneficios tanto a la propuesta presentada por dichas mujeres, en cuanto que personas naturales, como a la oferta de personas jurídicas en que participen mayoritariamente o de formas asociativas integradas por aquellas. La calidad de mujer cabeza de familia debe acreditarse mediante la constancia de la declaración notarial de esta circunstancia, que certifique desde qué momento se ostenta dicho estatus (Ley 82 de 1993[24], artículo 2, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008[25]; Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.17., numeral 2). Asimismo, la calidad de mujer víctima de violencia intrafamiliar debe demostrarse con la medida de protección decretada por el comisario de familia, el juez civil o promiscuo municipal o la autoridad indígena en su caso (Ley 1257 de 2008[26], artículos 16 y 21).

Para aplicar el factor de desempate a favor de las personas jurídicas con participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, en las condiciones ya expuestas, se deben cumplir requisitos de acreditación adicionales. El representante legal o revisor fiscal, cuando este se exige, debe certificar en forma juramentada que las cuotas parte o acciones corresponden a dichas mujeres en una proporción superior al 50%. Asimismo, debe aportar la documentación de cada una de las mujeres que acrediten su condición de madres cabeza de familia o víctimas de violencia intrafamiliar. Tratándose de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus integrantes debe probar las condiciones indicadas bien como personas naturales, bien como personas jurídicas. En todo caso, las mujeres deben autorizar el tratamiento de sus datos sensibles y la reserva de información (Leyes 1581 de 2012[27] y 1712 de 2014[28]). También se establece un fac-

[24] Diario Oficial de Colombia n.º 41.101, de 3 de noviembre de 1993.
[25] Diario Oficial de Colombia n.º 47.053, de 17 de julio de 2008.
[26] Diario Oficial de Colombia n.º 47.193, de 4 de diciembre de 2008.
[27] Diario Oficial de Colombia n.º 48.587, de 18 de octubre de 2012.
[28] Diario Oficial de Colombia n.º 49.084, de 6 de marzo de 2014.

tor de desempate a favor de proponentes plurales, si se integran por mujeres cabeza de familia, entre otros sujetos (Decreto 1082 de 2015, numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17.).

3. *Obligaciones contractuales*

Las acciones afirmativas a favor de las mujeres, en el mercado de las compras públicas, no se agotan en los requisitos habilitantes y criterios de calificación con puntos. Pueden materializarse además en las condiciones de ejecución del contrato (Bernete García, 2013: 88-93; Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2020: 1). No en vano, la regulación actual exhorta a las entidades estatales, a los patrimonios autónomos constituidos por estas y a los particulares que administren recursos públicos –independientemente del régimen jurídico aplicable– a fomentar en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes la adquisición de bienes y servicios a sujetos de especial protección constitucional por parte del futuro contratista. Dentro de estos sujetos se incluye a las mujeres cabeza de familia (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.16., agregado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021).

La finalidad de la medida es que, durante la ejecución del contrato estatal, los proveedores del contratista sean, de manera prioritaria, estos grupos de la población. No obstante, según la reglamentación vigente, debe garantizarse la calidad del objeto contractual y el cumplimiento de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado, que pueden establecer restricciones derivadas del principio de reciprocidad (Ley 80 de 1993, artículo 20). Además, la asignación de obligaciones al contratista consistentes en dichas acciones afirmativas depende del análisis de oportunidad y conveniencia que efectúe la entidad estatal contratante (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.16.). Este incentivo se diferencia de los demás que han sido explicados en que el Estado no contrata a mujeres ni a organizaciones a las que se encuentran vinculadas, sino que promueve que se conviertan en proveedoras de los contratistas.

Esta provisión femenina no puede ser inferior al 5% ni superior al 10% de los bienes o servicios requeridos en el contrato estatal. La entidad estatal debe consignarlo en el pliego de condiciones, definir las sanciones pecuniarias por su inobservancia y vigilar su cumplimiento durante la ejecución del contrato con la ayuda del supervisor o interventor en su caso (Ley 1474 de 2011[29], artículo 83). El contratista debe conservar la vinculación del porcentaje de mujeres por el cual se le asignó el puntaje adicional so pena de

[29] Diario Oficial de Colombia n.º 48.128, de 12 de julio de 2011.

declarársele el incumplimiento (Ley 1150 de 2007, artículo 17; Ley 1474 de 2011, artículo 86). Por tanto, debe presentar a la entidad estatal los documentos que lo demuestren como requisito para todos los pagos que han de efectuársele (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.12., adicionado por el artículo 2 del Decreto 1279 de 2021). Cuando el procedimiento de selección se rija por los documentos tipo, debe respetarse además lo que haya establecido en ellos la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.4.2.16.).

V. PROPORCIONALIDAD DE LAS CLÁUSULAS

Luego de estudiar los incentivos que el régimen jurídico vigente prevé a favor de las mujeres en la contratación pública colombiana, conviene detenerse en la proporcionalidad de tales medidas, en cuanto desafío de esta política emergente. Como se sabe, los derechos fundamentales no son derechos subjetivos absolutos. En tal sentido, su eficacia depende de la proporcionalidad que pueda lograrse ante la colisión con otros bienes jurídicos. En estas situaciones de conflicto, actual o eventual, suele aplicarse la técnica de la ponderación (Alexy, 2017: 73-76). En virtud de este mecanismo, se sopesan los derechos en juego y se determina cuál de ellos debe prevalecer en forma razonable porque reúne los presupuestos de la regla de prevalencia condicionada, esto es, del criterio objetivo para decidir en ese evento (Arroyo Jiménez, 2009: 23-28; Prieto Sanchís, 2009: 68-70).

Esta técnica también constituye un instrumento esencial de la metodología aplicativa del Derecho administrativo, sobre todo en aquellos casos en que la Administración goza de discrecionalidad para construir o completar el supuesto de hecho abstracto de la norma de conducta aplicable (Rodríguez de Santiago, 2016: 133-142), como sucede cuando valora añadir al pliego de condiciones o documento equivalente medidas de acción afirmativa. La ponderación permite adoptar decisiones razonables frente a normas que establecen programas finalistas o que consagran principios que la Administración debe salvaguardar (Arroyo Jiménez, 2009: 22-23). Las cláusulas sociales con enfoque de género, en la contratación pública, deben someterse por tanto a este análisis de proporcionalidad para que no menoscaben otros principios que el sistema jurídico también ordena garantizar.

El control de la proporcionalidad de estas cláusulas ha de efectuarse en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial (Cabañas García, 2010: 19-21). En el primer escenario, la Administración debe no solo ponderar la conveniencia de incorporarlas, sino además resolver las observaciones o solicitudes de los interesados con respecto a la aplicación de dichos criterios y adoptar las decisiones pertinentes para restablecer la juridicidad. En el segundo, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede

analizar la validez de las medidas, cuando se formule ante ella una demanda en ejercicio de medios de control como los de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, según cada circunstancia (Ley 1437 de 2011[30], artículos 137, 138 y 141). En particular, dentro de los medios de control contencioso-administrativos se puede inspeccionar la proporcionalidad de la cláusula social a favor de las mujeres, establecida por la entidad estatal contratante en el pliego de condiciones o en el documento equivalente, pues este es uno de los cánones principales reconocidos en la Ley, que establece que la decisión administrativa discrecional "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa" (Ley 1437 de 2011, artículo 44). Lo anterior sin perjuicio de la procedencia de la acción de tutela, en forma subsidiaria o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales (Constitución Política, artículo 86).

El análisis de proporcionalidad de las cláusulas sociales a favor de las mujeres debe llevarse a cabo observando su impacto frente a otros principios que pueden resultar afectados en cada caso. Teniendo como criterio metodológico la escogencia de aquellos que suelen generar mayor discusión cuando se examina la conveniencia de incluir este tipo de criterios de género, seguidamente, se examina el reto de implementación proporcional de tales cláusulas, de modo que no se lesione injustificadamente la igualdad y la libertad de competencia y de empresa de otros actores ni la calidad del objeto contractual. Esta selección analítica no desconoce que los criterios diferenciales para la población femenina también deben respetar otros postulados dignos de amparo.

1. *Igualdad*

Las acciones afirmativas a favor de las mujeres exigen la superación del examen de igualdad en las instancias legislativa, administrativa y judicial. En otras palabras, estas cláusulas deben pasar por una ponderación en la que se analice su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Duque Botero, 2022: 565-569). Con este examen se puede establecer si las medidas han tenido una justificación objetiva o si responden a intereses que pueden afectar negativamente a otros sectores, como cuando solo promueven el favoritismo (Maréchal y Morand, 2022: 2). El legislador tiene libertad de configuración para disponer en la ley mecanismos de discriminación positiva a favor de ciertas personas, pero estas medidas deben ser proporcionales, de

[30] Diario Oficial de Colombia n.º 47.956, de 18 de enero de 2011.

manera que no se menoscabe la igualdad de otros grupos. Esto es algo susceptible de revisarse en el control de constitucionalidad. En esta perspectiva, pueden someterse a juicio cuestiones como la razonabilidad de que se establezcan beneficios en la contratación pública para mujeres cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar o que tengan emprendimientos o empresas, y no para otras mujeres que no reúnen esas condiciones, como podría ser el caso de mujeres desempleadas o que han sido víctimas de abuso sexual por fuera de la familia.

De igual manera, puede interrogarse por qué el legislador prevé un trato diferencial para las mujeres y no también a favor de otros sectores, atendiendo al amplio espectro del género y la sexualidad diversa, como la población LGTBIQ+ (Arango Benjumea, 2015: 140-143; Biland y Hersant, 2025: 3). Estas distinciones deben ser razonables y justificadas objetivamente. Asimismo, puede ser objeto de examen constitucional el concepto de mujer con base en el cual se confieren los incentivos. Según la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– (2024d: 36-37), para aplicar las normas que establecen incentivos a la mujer, esta calidad debe acreditarse mostrando la asignación de un género "femenino" en el documento de identidad, mediante la anotación respectiva. Por tanto, la Agencia interpreta que dichos estímulos no aplican para personas con género no binario. Sin embargo, este es un asunto que aún se discute en los estudios interdisciplinares sobre el tema y que también es susceptible de generar debates constitucionales (Bonilla Llanos y Gutiérrez Varón, 2024: 123-130; Butler, 2007).

A su vez, la Administración, como se explicó, tiene un importante margen de discrecionalidad para concretar estas acciones afirmativas en la confección del pliego de condiciones o del documento equivalente y del contrato. Las normas legales y reglamentarias brindan a la entidad estatal contratante competencia para determinar la conveniencia de estas medidas y, en su caso, para definir los requisitos de solvencia y los factores de calificación diferenciales que emplearán concretamente en el procedimiento contractual, respetando los límites explicados. Por ende, la entidad estatal contratante también debe adelantar un adecuado análisis de proporcionalidad, teniendo en cuenta que las mujeres no son el único grupo de la población en cuyo favor se deben implementar cláusulas sociales en el sistema de contratación pública. El régimen jurídico vigente también prevé este tratamiento diferencial en beneficio de personas con discapacidad, de miembros de comunidades indígenas, gitanas o afrodescendientes, de víctimas del conflicto armado, de micro, pequeñas y medianas empresas, de quienes hacen parte de procesos de reintegración a la vida civil y de otros sujetos (Duque Botero, 2022: 83-93). De hecho, recientemente, la norma legal que consagra los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de

mujeres fue modificada, para incluir también a los jóvenes egresados del sistema de protección a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– (Ley 2479 de 2025[31], artículo 21, que modificó el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020). Por tanto, la entidad estatal contratante debe afrontar el reto de configurar cláusulas sociales para las mujeres que no menoscaben la igualdad de estos otros sujetos de especial protección constitucional.

2. *Libertad de competencia y de empresa*

Asimismo, las entidades estatales deben examinar la proporcionalidad de estas cláusulas para que no lesionen arbitrariamente la libre competencia y de empresa de los demás actores del mercado (Díez Sastre, 2017: 197-200). Si bien la Constitución colombiana reconoce que este derecho puede estar sujeto a restricciones derivadas del modelo de Estado social (artículo 333), es uno de los postulados rectores del sistema de contratación pública. La normativa de este sector garantiza la libre concurrencia de los interesados como regla general y prevé la contratación directa como excepción (Ley 1150 de 2007, artículo 2). Este derecho incluye la posibilidad de organizarse como empresa para suministrar bienes y servicios en el ámbito mercantil público. La inclusión de cláusulas sociales genera el riesgo de que las entidades estatales contratantes restrinjan injustificadamente el mercado, impidiendo que otros actores participen en los procedimientos de selección. De este modo, puede suceder que el establecimiento del criterio social basado en el género, en lugar de ser una medida inclusiva realmente necesaria, sea un instrumento para direccionar en forma arbitraria la contratación, es decir, para que solo puedan participar ciertas empresas, como aquellas cuya propiedad o dirección pertenezca a mujeres.

En el contexto comparado, esta circunstancia ha dado lugar a debates en sede jurisdiccional. A raíz de ello, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde hace varios años, ha indicado que la inclusión de este tipo de cláusulas ha de ser proporcional, de manera que no se menoscabe la libertad de competencia y de empresa que también ampara el Derecho a nivel supranacional (Medina Arnáiz, 2012: 217-225). Para cumplir este parámetro, de acuerdo con la jurisprudencia de dicho Tribunal, las cláusulas sociales no pueden establecer una discriminación negativa –irrazonable– para los demás competidores (2012[32]), deben publicarse adecuadamente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones –de modo que se garantice su

[31] Diario Oficial de Colombia n.º 53.183, de 6 de julio de 2025.

[32] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 10 de mayo de 2012. Comisión-Países Bajos. Asunto C-368/10.

transparencia (2000[33])– y han de vincularse en forma clara con el objeto del contrato (2002[34]).

El posible impacto negativo de las cláusulas sociales de género sobre la libertad de concurrencia de los interesados, en los procedimientos contractuales de naturaleza competitiva, amerita que las entidades contratantes efectúen un análisis de oportunidad para determinar en qué modalidades de selección resulta más conveniente su inclusión. Por ejemplo, la incorporación de estas cláusulas podría ser menos desproporcionada en modalidades de selección que no impliquen una licitación pública o un procedimiento análogo, como en aquellas en que la Administración emplea medios propios de aprovisionamiento (*in-house providing*), tal como se admite en Europa (Carullo, 2016: 64-79; Díez Sastre, 2023: 34). Si bien en Colombia no existe un modelo similar, también rigen excepciones a los procedimientos contractuales competitivos que admiten la inclusión de cláusulas para promover la equidad de género. Por ejemplo, se puede pactar en los convenios de interés público con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, celebrados mediante trámite no competitivo (Decreto 092 de 2017[35], artículo 4), que se priorice, en su ejecución, la adquisición de bienes y servicios a mujeres, hasta cierto porcentaje. Esto sin perjuicio de la posibilidad de establecer criterios sociales proporcionales en las demás modalidades de selección, en los términos exigidos por la normativa ya estudiada.

3. *Calidad*

Por último, la proporcionalidad de las cláusulas sociales a favor de las mujeres exige también la armonización de esta acción afirmativa con la satisfacción de la calidad del objeto contractual. No puede asumirse que por el hecho de incentivar la inclusión de las mujeres en la contratación pública disminuirá la calidad de los bienes y servicios adquiridos por el Estado. Este es un estereotipo sexista que resulta inadmisible (Rodríguez Escanciano, 2019: 51). Pero, como también se ha señalado en relación con las cláusulas sociales que benefician a otros grupos de la población –personas con discapacidad, víctimas del conflicto armado, afrodescendientes, entre otras–, los requisitos habilitantes y factores de calificación de las propuestas podrían establecerse desproporcionadamente en razón a tales circunstancias si no se considera también aquello que se requiere para que el Estado obtenga bienes y servicios idóneos. Es decir, existe el riesgo

[33] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 26 de septiembre de 2000. Comisión-Francia. Asunto C-225/98.

[34] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 17 de septiembre de 2002. Concordia Bus Finland. Asunto C-513/99.

[35] Diario Oficial de Colombia n.º 50.125, de 23 de enero de 2017.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 559-593
https://doi.org/10.18543/ed.3590 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

de que los requisitos de participación y los criterios de asignación de puntaje se confeccionen atendiendo de manera exclusiva o mayoritaria a este trato diferencial –por ejemplo, solo con un enfoque de género– y sin contemplar lo que, de igual manera, debe exigirse para que el contrato se ejecute adecuadamente: para que la carretera se construya como indican las reglas de la ingeniería o para que el estudio de factibilidad del proyecto urbanístico esté adecuadamente sustentado, por mencionar algunos casos.

Esta fijación de los requisitos habilitantes y criterios de calificación basada solo en medidas de discriminación positiva se encuentra proscrita por la normativa vigente, que determina, como se explicó, que las cláusulas sociales –entre estas aquellas que benefician a las mujeres– se apliquen solo si la entidad estatal las ha considerado convenientes, como resultado del estudio del sector, y siempre que no afecten la calidad del objeto contractual (Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, 2024c: 4-5). En este contexto, los órganos contratantes deben buscar la mejor forma de equilibrar la adecuación técnica de la contratación con la política horizontal de la inclusión femenina (Benavides, 2025: 24-34).

VI. CONCLUSIONES

Durante los últimos años, el sistema de contratación pública en Colombia se ha ido transformando en un ámbito de concreción de políticas horizontales, es decir, en un sector óptimo para satisfacer fines que trascienden de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Dentro de este enfoque, conocido como contratación pública estratégica, se fomenta la incorporación de cláusulas sociales, ambientales y de innovación, de modo que los contratos permitan lograr los objetivos del Estado social de Derecho, la sostenibilidad ecológica y el desarrollo científico-tecnológico.

Para fortalecer las consideraciones sociales, se han expedido enunciados normativos que promueven el acceso de mujeres al mercado de las compras públicas. Las leyes y reglamentos vigentes impulsan esta política exhortando a las entidades estatales contratantes a otorgar un trato más considerado a las mujeres en tres aspectos: en la fijación de los requisitos habilitantes, en la confección de los criterios de calificación con puntos y en la instancia de ejecución del contrato. Sin embargo, la normativa no desarrolla estos beneficios para toda la población femenina en forma expresa. Los consagra principalmente en favor de las madres cabeza de familia, de quienes han sido víctimas de violencia intrafamiliar y de emprendimientos o empresas de mujeres definidos con carácter restrictivo. Tal circunstancia genera inquietudes en cuanto a su constitucionalidad.

Pero, aunque se trata de una política emergente, puede considerarse un supuesto de constitucionalización del Derecho administrativo que dirige la

contratación pública, pues ha potenciado la eficacia de los derechos fundamentales y del Estado social. En efecto, este modelo exige que la igualdad sea real y efectiva. Por tal razón, ordena medidas de discriminación positiva, también conocidas como acciones afirmativas. La promoción de incentivos en las compras públicas a favor de las mujeres es una de estas acciones. No obstante, la manera en que actualmente se regulan estas cláusulas sociales enfocadas en el género femenino suscita el reto de inclusión proporcional de tales criterios para que no lesionen otros principios que también garantiza el sistema de compras públicas.

Debe justificarse, por una parte, la compatibilidad de las acciones afirmativas de algunas personas de la población femenina con la exigencia de trato igualitario hacia otras mujeres no incluidas en las categorías más favorecidas por la normativa y otros grupos poblacionales vulnerables, como los adultos mayores, las víctimas del conflicto armado y las personas con discapacidad. Por otra parte, las entidades estatales contratantes deben evitar que el establecimiento de los criterios sociales en favor de las mujeres afecte indebidamente la libre competencia y de empresa que permite la concurrencia en los procedimientos contractuales de convocatoria pública. Su incorporación como condiciones de ejecución o en modalidades que tengan un menor impacto sobre la competencia puede mitigar este riesgo. Adicionalmente, la inclusión de cláusulas sociales en general y para las mujeres en particular no puede poner en riesgo o afectar la calidad del objeto contractual. Por tanto, el reto que aquí surge para las entidades estatales, en la compra pública, es definir requisitos habilitantes y criterios de asignación de puntaje que garanticen al mismo tiempo la ejecución óptima del contrato y la inclusión de las mujeres, ponderando adecuadamente estos fines. Ello es posible, pero requiere esfuerzo y audacia en la fase de planeación contractual. Finalmente, la eficacia de las acciones afirmativas que benefician a las mujeres en el mercado de la contratación pública depende de que los requisitos para acceder a estas medidas se establezcan claramente y de que se vigile su cumplimiento. Esto debe suceder no solo en el procedimiento de selección y en el perfeccionamiento del contrato, sino además en su ejecución, para garantizar que los criterios cumplan su finalidad estratégica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía académica

Alexy, Robert. 2017. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alvarado Vélez, Julio A. 2025. «Mujeres rurales y contratación pública: una estrategia jurídica para promover la conservación ambiental en Chimborazo». *Nullius:*

Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho 6 (1): 19-32. https://doi.org/10.33936/nullius.v6i1.7227.

Aragão, Alexandra. 2018. «Los criterios ambientales de valoración y adjudicación en la contratación pública: situación actual y desarrollos futuros». En *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, dirigido por Roberto Galán Vioque, 163-178. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.

Arango Benjumea, Carlos Julio. 2015. «Matrimonio civil entre personas del mismo sexo vs. uniones maritales de hecho en Colombia y su referencia en el Derecho Civil español». *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 2: 121-145. https://doi.org/10.18002/rjule.v0i2.3733.

Arrowsmith, Sue. 2019. «Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21: 223-261. https://doi.org/10.18601/21452946.n21.11.

Arroyo Jiménez, Luis. 2009. «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». En *Ponderación y Derecho administrativo*, coordinado por Luis Ortega y Susana de la Sierra, 19-49. Madrid: Marcial Pons.

Belando Garín, Beatriz. 2017. «La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres». En *Observatorio de los contratos públicos 2016*, dirigido por José María Gimeno Feliú, 431-445. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Benavides, José Luis. 2014. «La internacionalización de los contratos públicos». En *Contratos públicos. Estudios*, de José Luis Benavides, 15-65. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, José Luis. 2025. «Contratación estratégica. Un cambio en la concepción de las compras públicas». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 34: 9-41. https://doi.org/10.18601/21452946.n34.02.

Bernal Blay, Miguel Ángel. 2008. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 10: 211-252. Acceso el 14 de noviembre de 2025. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5573370.

Bernete García, Juan. 2013. «Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local». *Cuadernos de Trabajo Social* 26 (1): 85-94. https://doi.org/10.5209/rev_CUTS.2013.v26.n1.40691.

Biland, Émilie y Jeanne Hersant. 2025. «El activismo LGBT+ para el matrimonio igualitario en Chile: visibilidad pública, movilización legal y tenacidad legislativa». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 16 (1): 1-32. https://doi.org/10.7770/rchdcp-v16n1-art416.

Bonilla Llanos, César Augusto y Karent Eliana Gutiérrez Varón. 2024. «Análisis del sistema pensional colombiano respecto a la inclusión del género no binario en la pensión de vejez». *Revista Vía Iuris*, n.º 36: 119-132. https://doi.org/10.37511/viaiuris.n36a6.

Burzaco Samper, María. 2016. «Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública,*

Social y Cooperativa, n.º 86: 281-310. Acceso el 2 de octubre de 2025. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5585459.

Butler, Judith. 2007. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.

Cabañas García, Juan Carlos. 2010. *El Derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. Navarra: Aranzadi.

Carullo, Gherardo. 2016. «Contratos de la Administración Pública para la autoproducción de bienes y servicios: el caso europeo de las operaciones "internas" mediante *in house providing*». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15: 61-81. https://doi.org/10.18601/21452946.n15.05.

Comanducci, Paolo. 2005. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico». En *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ª ed., editado por Miguel Carbonell, 75-98. Madrid: Trotta.

Curi, Delfina, Mara Inzaina, Helena O'Rourke-Potocki, Dominique Sandy, Grace Sly y Philipp Tepper. 2023. «Public Procurement: A Strategic Tool for a Green, Inclusive, and Innovative Europe». *European Public Mosaic (EPuM). Open Journal on Public Service*, 62-79. https://raco.cat/index.php/EPuM/article/view/436616.

De la Sierra, Susana. 2010. «El procedimiento en el marco de las transformaciones del Derecho Administrativo». *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 9: 49-64. Acceso el 12 de noviembre de 2025. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13705

Delgado Fernández, María del Rosario. 2018. «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución». En *Compra pública verde*, dirigido por Ximena Lazo Vitoria, 175-188. Barcelona: Atelier.

Díez Sastre, Silvia. 2017. «Las cláusulas sociales en la contratación pública». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21: 195-219. Acceso el 25 de octubre de 2025. https://afduam.es/wp-content/uploads/2021/06/Contenido-22.pdf.

Díez Sastre, Silvia. 2023. «Not Only Public Procurement for a Strategic State». *European Public Mosaic (EPuM): Open Journal on Public Service*, n.º 21: 28-39. https://raco.cat/index.php/EPuM/article/view/436613.

Diz, Isabel y Alba Nogueira. 2017. «Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales?» *Revista Española de Sociología* 26 (3): 77-95. https://doi.org/10.22325/fes/res.2017.36.

Duque Botero, Juan David. 2017. «La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública en el marco del postconflicto colombiano». *Revista de Direito Brasileira* 17 (7): 63-75. https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v17i7.3247.

Duque Botero, Juan David. 2022. *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, Tirant lo Blanch.

Fondevila Antolín, Jorge. 2019. «La exigencia o baremación de empleabilidad de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión». En *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional*, dirigido por María M. Pardo López y Alfonso Sánchez García, 303-317. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Gallego Córcoles, María Isabel. 2017. «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública». *Documentación Administrativa*, n.º 4: 92-113. https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10497.

Gallego Córcoles, Isabel. 2021. «Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea». *IUS ET VERITAS*, n.º 62: 82-97. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.004.

García Figueroa, Alfonso. 2009. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

Gómez Fariñas, Beatriz. 2019. «Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de solvencia». En *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional*, dirigido por María M. Pardo López y Alfonso Sánchez García, 63-81. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Guastini, Riccardo. 2005. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ª ed., editado por Miguel Carbonell, 49-73. Madrid: Trotta.

Herce Maza, José Ignacio. 2022. «Cláusulas sociales en las condiciones especiales de ejecución de los contratos públicos: una apuesta por el interés común». *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* 6 (21): 231-278. https://doi.org/10.48143/rdai.21.herce.

Kuhn, Thomas S. 2013. *La estructura de las revoluciones científicas*. 4.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.

Lesmes Zabalegui, Santiago. 2005. «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral». *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, n.º 13: 53-86. https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.3464.

Lombardo, Emanuela y Tània Verge. 2017. «Cuotas de género en política y economía. Regulación y configuración institucional en España». *Política y gobierno* 24 (2): 301-331. Acceso el 20 de octubre de 2025. http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/1017.

Maréchal, François y Pierre-Henri Morand. 2022. «Are social and environmental clauses a tool for favoritism? Analysis of French public procurement contracts». *European Journal of Political Economy* 73: 1-24. https://doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2021.102140.

Marín Sánchez, Ana. 2019. «El papel estratégico de las Administraciones Públicas en la innovación y la sostenibilidad ambiental: compra pública verde e innovadora». *M+A, Revista Electrónica de Medioambiente* 20 (2): 193-227. Acceso el 3 de octubre de 2025. https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-135812/ARTICULO_2_M+A_2019.2.pdf.

Martínez Jurado, Darío. 2018. «El *soft law* en derecho administrativo y su control judicial en Colombia». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 20: 289-343. https://doi.org/10.18601/21452946.n20.12.

Martínez Méndez, Sara. 2022. «Las cláusulas sociales y la perspectiva de género en la contratación pública». *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 45: 183-201. https://doi.org/10.15366/rjuam2022.45.008.

Medina Arnáiz, Teresa. 2012. «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista Española de derecho administrativo*, n.º 153: 213-240.

Mélon, Lela. 2020. «Sustainable Public Procurement Best Practices at Sub-National Level: Drivers of Strategic Public Procurement Practices in Catalonia and Barcelona». *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)* 15 (2): 139-162. https://doi.org/10.21552/epppl/2020/2/7.

Mir Puigpelat, Oriol. 2004. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

Nogueira López, Alba. 2025. «Vulnerabilidad. Reducto o frontera del Estado social». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 12: 215-246. https://doi.org/10.37417/RDP/vol_12_2025_3152.

Nyeck, S. N. 2023. «Introduction». En *Gender, Vulnerability Theory and Public Procurement: Perspectives on Global Reform*, editado por S. N. Nyeck. Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781003371663.

Orser, Barbara, Xiaolu Liao, Allan L. Riding, Quang Duong y Jerome Catimel. 2021. «Gender-responsive public procurement: strategies to support women-owned enterprises». *Journal of Public Procurement* 21 (3): 260-284. https://doi.org/10.1108/JOPP-11-2019-0078.

Padilla Tejeda, Cristóbal. 2024. «Hacia la democratización: el cambio de la contratación pública en Colombia». *Cultura Latinoamericana* 39 (1): 281-295. Acceso el 20 de noviembre de 2025. https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/6483.

Patrucco, Andrea S., Katri Kauppi, Carmela Di Mauro y Fredo Schotanus. 2024. «Enhancing strategic public procurement: a public service logic perspective». *Public Management Review*: 1-21. https://doi.org/10.1080/14719037.2024.2411630.

Pimiento Echeverri, Julián Andrés. 2014. «Las acciones populares como instrumento de constitucionalización de la acción administrativa». En *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*, editado por Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón, 349-373. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Prieto Sanchís, Luis. 2009. «Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales». En *Ponderación y Derecho administrativo*, coordinado por Luis Ortega y Susana de la Sierra, 51-71. Madrid: Marcial Pons.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. 2023. *El control de constitucionalidad*. 3.ª ed. Bogotá: Temis.

Rodríguez de Santiago, José María. 2016. *Metodología del Derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. 2009. *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Escanciano, Susana. 2019. «Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa». *Revista del Ministerio de*

Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, n.º extraordinario: 51-73. Acceso el 4 de octubre de 2025. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7249091.

Román Márquez, Alejandro. 2019. «Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: su incorporación al ordenamiento jurídico español». *Revista Chilena de Derecho* 46 (2): 477-500. https://doi.org/10.4067/s0718-34372019000200477.

Rousseau, Jean-Jacques. 2013. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Ruiz Olmo, Irene. 2024. «La descarbonización como elemento integrante de las cláusulas ambientales en la contratación pública». *Revista Catalana de Dret Ambiental* 15 (1): 1-39. https://doi.org/10.17345/rcda3768.

Sánchez Morón, Miguel. 2018. «El retorno del Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 206: 37-66. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.02.

Sarter, E. K. 2020. «The Development and Implementation of Gender Equality Considerations in Public Procurement in Germany». *Feminist Economics* 26 (3): 66-89. https://doi.org/10.1080/13545701.2020.1718731.

Valencia-Tello, Diana Carolina y Juan David Duque Botero. 2017. «La contratación pública para la innovación». En *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, editado por Manuel Alberto Restrepo Medina 57-86. Universidad del Rosario.

Vallejo Molina, Juan Pablo. 2017. «Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia». *Pensamiento Jurídico*, n.º 46: 153-168. Acceso el 15 de octubre de 2025. https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65929.

Informes y documentos oficiales

Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. 2020. «Circular Externa 4 de 2020». Acceso el 16 de octubre. https://www.colombiacompra.gov.co/wp-content/uploads/2024/08/circular_externa_004_de_2020.pdf.

Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. 2023. «Circular Externa 001 de 2023». Acceso el 30 de agosto. https://www.colombiacompra.gov.co/wp-content/uploads/2024/08/circular_del_aplicativo_de_la_ley_de_emprendimiento_-_version_final_febrero_09_2023_1.pdf.

Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. 2024a. «Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable». Acceso el 2 de septiembre. https://operaciones.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_de_contratacion_publica_sostenible_y_socialmente_responsable_2024.pdf.

Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. 2024b. «Circular Externa 001 de 2024». Acceso el 15 de septiembre. https://www.colombiacompra.gov.co/wp-content/uploads/2024/08/circular_del_aplicativo_de_la_ley_de_emprendimiento_act_2024_aj_1.pdf.

Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. 2024c. «Circular Externa 004 de 2024». Acceso el 3 de septiembre. https://www.colombiacompra.gov.co/wp-content/uploads/2025/03/circular_emprendimientos_y_empresas_de_mujeres_-_septiembre_2024.pdf.

Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. 2024d. «Guía para incentivar la participación de mujeres en el sistema de compras y contratación pública». Acceso el 20 de agosto. https://operaciones.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_para_incentivar_la_contratacion_de_mujeres.pdf.

Cancillería de Colombia. 2020. «Colombia, Estado miembro número 37 de la OCDE». Acceso el 3 de diciembre de 2025. https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/colombia-estado-miembro-numero-37-ocde.

Comotto, Sabrina, Leslie Harper y Maria Trinidad Inostroza Castro. 2026. «Participation of Women in Public Procurement: Experiences and Lessons from Latin America and the Caribbean». Inter-American Development Bank. Acceso el 26 de febrero de 2026. https://doi.org/10.18235/0013920.

Naciones Unidas. 2025. «Objetivos de Desarrollo Sostenible». Acceso el 2 de noviembre de 2025. https://www.un.org/es/impacto-acad%C3%A9mico/page/objetivos-de-desarrollo-sostenible.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. 2019. «Mujeres rurales y programas de compras públicas en América Latina y Caribe». Acceso el 16 de septiembre. https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/fb4f3e6a-52ad-41ea-b956-9511475009c7/content.

Organisation for Economic Co-operation and Development. 2021. «Promoting Gender Equality through Public Procurement: Challenges and Good Practices». OECD Publishing. Acceso el 18 de febrero de 2026. https://doi.org/10.1787/5d8f6f76-en.

Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Organización de los Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo y Red Latinoamericana de Abogados de Impacto. 2021. *Directiva modelo para la promoción de compras públicas sostenibles*. Acceso el 21 de noviembre de 2025. https://ricg.org/es/publicaciones/lanzamiento-directiva-modelo-para-la-promocion-de-compras-publicas-sostenibles/.

Ruiz, Ana Joaquina. 2020. «Inclusión de mujeres en las contrataciones públicas: la experiencia latinoamericana. Un Informe de investigación de ILDA. Comisionado por el programa Open Up Contracting de Hivos». Acceso el 12 de septiembre. https://hivos.org/assets/2021/02/Inclusion-de-mujeres-en-las-contrataciones-publicas-1-1.pdf.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-949/2001, de 5 de septiembre. Expediente D-3.277.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-932/2007, de 8 de noviembre. Expediente D-6.794.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-862/2008, de 3 de septiembre. Expediente D-7.166.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713/2009, de 7 de octubre. Expediente D-7.663.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-154/2023, de 11 de mayo. Expediente D-14.870.
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-027/2017, de 23 de enero. Expediente T-5.742.929.
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-033/2026, de 25 de febrero. Expediente D-15.486.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 26 de septiembre de 2000. Comisión-Francia. Asunto C-225/98.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 17 de septiembre de 2002. Concordia Bus Finland. Asunto C-513/99.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 10 de mayo de 2012. Comisión-Países Bajos. Asunto C-368/10.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN SU MODALIDAD REAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: UNA CRÍTICA A SU CONFIGURACIÓN TÍPICA[1]

The crime of influence peddling involving actual influence in the Peruvian Criminal Code: A critique of its legal structure

Daniel Quispe Meza[2]
Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú
https://orcid.org/0000-0002-5979-4744

https://doi.org/10.18543/ed.3591

Fecha de recepción: 30.01.2026
Fecha de aceptación: 13.05.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

Desde la doctrina penal se han desarrollado posturas a favor y en contra de incorporar como delito el tráfico de influencias en su modalidad real, debido a que el

[1] Esta publicación es parte del proyecto PID2023-148510NB-I00 del que son investigadores principales los profesores doctores Miguel Díaz y García Conlledo y María A. Trapero Barreales, de cuyo equipo de trabajo formo parte.

[2] Email: daniel.quispem@pucp.pe. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España), doctorado en curso en el Programa de Doctorado Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar de la Universidad de León (España). Profesor a tiempo parcial por asignaturas en el Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal, Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de criminalidad organizada (DEPECCO).

traficante y el comprador de influencias son particulares ajenos a la Administración, por lo que la conducta del primero no colocaría en peligro a su correcto funcionamiento. En ese contexto, en el trabajo se evalúa la compatibilidad de su estructura típica con la técnica de tipificación de peligro abstracto y con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, especialmente el de lesividad y el de mínima intervención. El análisis permite concluir que la sanción penal del tráfico de influencias resulta legítima siempre que se reformule el tipo penal y se exija como elemento objetivo la efectiva intercesión del sujeto activo ante el funcionario público. De esta manera, la conducta del traficante es *ex ante* idónea para crear un riesgo prohibido para el correcto funcionamiento de la Administración, particularmente en lo relativo a su imparcialidad.

Palabras clave

Derecho penal, corrupción pública, Administración Pública, tráfico de influencias, bien jurídico.

Abstract

Criminal law doctrine has developed positions both for and against incorporating influence peddling in its actual form as a crime, given that the peddler and purchaser of influence are individuals outside the administration, meaning that the former's conduct would not jeopardize its proper functioning. In this context, the paper evaluates the compatibility of its typical structure with the technique of abstract danger classification and with the limiting principles of state *ius puniendi*, especially those of harmfulness and minimum intervention. The analysis leads to the conclusion that the criminal sanction for influence peddling is legitimate provided that the criminal offense is reformulated and that the effective intercession of the active subject before the public official is required as an objective element. In this way, the conduct of the trafficker is ex ante suitable for creating a prohibited risk to the proper functioning of the Administration, particularly with regard to its impartiality.

Keywords

Criminal law, public corruption, public administration, influence peddling, legal asset.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de corrupción pública y su relación con el delito de tráfico de influencias. III. Argumentos en contra de la criminalización del tráfico de influencias. 1. La conducta del traficante de influencias no pone en peligro ni lesiona bien jurídico alguno de la Administración Pública: ausencia de un desvalor penal. 2. El delito de tráfico de influencias como acto preparatorio de otros delitos contra la Administración Pública. IV. Argumentos a favor de la criminalización del tráfico de influencias. 1. Importancia jurídico-penal de sancionar el tráfico de influencias: necesidad de proteger externamente a la Administración Pública. 2. El delito de tráfico de influencias frente a la tesis de los actos preparatorios de otros delitos contra la Administración Pública. V. Toma de postura y propuesta de *lege ferenda*. 1. Aspectos metodológicos previos: los límites al *ius puniendi* estatal. 2. La conducta del traficante de influencias no pone en peligro al correcto funcionamiento de la Administración Pública. 3. El tráfico de influencias como delito autónomo y ajeno a actos preparatorio de otros tipos penales. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción pública ha sido tradicionalmente asociada a supuestos en los que interviene un funcionario público que en el ejercicio de sus funciones desvía el interés general para favorecer intereses privados. No obstante, la experiencia contemporánea demuestra que la corrupción no solo se manifiesta como una conducta que exclusivamente le concierne a un funcionario público, sino que también suele estructurarse a través de redes complejas de intermediación en las que participan sujetos ajenos a la Administración Pública. En ese contexto, la figura del intermediario –el denominado traficante de influencias– adquiere relevancia central en la dinámica de la corrupción pública moderna, ya que este funge como mediador entre los intereses de las empresas y las decisiones funcionariales (Abanto 2019, 53).

Debido a ello, el legislador peruano incorporó el delito de tráfico de influencias en el artículo 400 del Código Penal peruano de 1991 y lo ubicó sistemáticamente dentro del Título XVIII, "Delitos contra la Administración Pública", a pesar de que el sujeto activo es un particular. En este tipo penal se sanciona a quien invocando influencias reales o simuladas ofrece interceder ante un funcionario público en un asunto judicial o administrativo a cambio de un beneficio indebido. Como se advierte, el legislador parece justificar la intervención penal al asumir que la conducta del particular puede, por sí misma, poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

No obstante, la incorporación de este delito al ordenamiento jurídico no ha estado exenta de críticas. Por un lado, un sector de la doctrina ha

cuestionado su legitimidad, principalmente, porque la conducta del traficante de influencias se desarrolla en el ámbito privado, esto es, no implica necesariamente contacto alguno con la Administración– se trata de un acuerdo entre el traficante de influencias y el comprador de influencias–. Por ello, no se pondría en peligro ni lesionaría bien jurídico alguno de la Administración, por lo que su criminalización vulneraría el principio de lesividad y el de mínima intervención del Derecho penal. Asimismo, se estaría ante un tipo prescindible al tratarse de un acto preparatorio de delitos como el cohecho o prevaricato.

Frente a esa postura, otro sector de la doctrina ha defendido la relevancia jurídico-penal de criminalizar el tráfico de influencias bajo el argumento de que la protección de la Administración Pública no debe limitarse a sancionar únicamente conductas cometidas por funcionarios públicos –protección interna–, ya que la protección también debe ser externa –esto es, de ataques cometidos por particulares–.

En ese sentido, la protección debe extenderse a aquellas conductas de particulares capaces por sí mismas de generar un entorno de presión ilícita como consecuencia de las influencias que ostentan. Desde esa perspectiva, el tráfico de influencias se constituiría en un mecanismo idóneo que busca sancionar la conducta del intermediario que no siempre culmina en la realización de un delito por parte del funcionario: el cohecho o la prevaricación. Consecuentemente, no se trata de un acto preparatorio de otros delitos, ya que estos no abarcan la compraventa de influencias.

En el presente trabajo se parte de la premisa de que ninguna de estas posiciones resulta plenamente satisfactoria. Si bien es posible aceptar, de manera general, que es legítima la tutela penal externa de la Administración Pública, la actual estructura típica del delito de tráfico de influencias en su modalidad real no supera el estándar mínimo de lesividad exigido por los principios limitadores del *ius puniendi* estatal. Esto se debe a que el mero ofrecimiento de intercesión ante un funcionario público como consecuencia de las influencias que ostenta el traficante no constituye una conducta *ex ante* idónea para generar un riesgo jurídicamente desaprobado para el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Por ese motivo, el objetivo central de este trabajo es demostrar que la criminalización del tráfico de influencias en su modalidad real solo puede resultar constitucionalmente legítima si se replantea su estructura típica[3]. Con ese

[3] Desde una mirada amplia de este fenómeno criminal podría afirmarse que el haberse incorporado este tipo penal al ordenamiento jurídico implica que se condice con los principios limitadores del *ius puniendi estatal* (función político-criminal del bien jurídico). No obstante, el legislador en el diseño de la política criminal estatal se encuentra sujeto a límites constitucionales (Silva Sánchez 2018, 42), por lo que resulta imperativo

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 595-620
https://doi.org/10.18543/ed.3591 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

fin, se propone de *lege ferenda* que para la consumación del delito se exija como elemento objetivo del tipo la efectiva intercesión del traficante ante un funcionario público, aun cuando dicha intercesión no logre influir efectivamente en la decisión final de este último. Con esta reformulación se mantiene la técnica de tipificación de peligro abstracto con la diferencia de que desde una perspectiva *ex ante* la conducta del traficante resulta idónea para afectar el correcto funcionamiento de la Administración.

Desde una perspectiva metodológica, en el trabajo se adopta un enfoque dogmático-analítico basado en el análisis del delito de tráfico de influencias como delito de peligro abstracto y su relación con los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad como límites al *ius puniendi* estatal. Asimismo, para fundamentar la postura aquí defendida realizo un análisis del Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116[4] emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú con la finalidad de evaluar la coherencia entre la fundamentación esbozada con relación al bien jurídico protegido y la estructura típica vigente.

Finalmente, el estudio de este trabajo se circunscribe exclusivamente al delito de tráfico de influencias en su modalidad real, es decir, a aquellos supuestos en los que el traficante ostenta efectivamente influencias que pueden ser ejercidas ante un funcionario público. Se excluye expresamente el estudio de la modalidad de influencias simuladas –denominada también "venta de humo"–, debido a que ambas modalidades presentan diferencias sustantivas desde una perspectiva de lesividad, por lo que no deberían ser tratadas en un mismo tipo penal por el legislador[5].

---

evaluar si es que su tipificación guarda relación con la exclusiva protección de bienes constitucional y penalmente relevantes con el fin de no limitar la libertad del ciudadano más allá de lo estrictamente necesario (Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia N.° 00014-2006-PI/TC, 19 de enero de 2007, párrafo 12). En ese sentido, el legislador penal tiene discrecionalidad relativa al momento de incorporar penas y conductas, ya que este debe ceñirse al conjunto de valores, principios y derechos que se encuentran en la Constitución Política del Perú (Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia N.° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre de 2006, párrafo 15; Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia N.° 0006-2014-PI/TC, 5 de marzo de 2020, párrafo 36).

[4] Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116, IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Corte Suprema [Perú], 2 de octubre de 2015. Según el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú, Decreto Supremo 017-93-JUS, los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales. En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan.

[5] Resulta discutible la técnica legislativa que incorpora, dentro del mismo tipo penal, la sanción tanto de quien ostenta influencias como de quien alardea de ellas. No se trata de

II. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El concepto de corrupción no es unívoco, puesto que ello dependerá de cuál es el enfoque en el que se aborde dicho fenómeno criminal (de la Mata Barranca 2016, 4). Por ejemplo, existen definiciones elaboradas desde la sociología[6] o las ciencias políticas y también, claro está, desde el derecho. Por ese motivo, será la definición abordada desde la perspectiva del derecho la que se intentará delimitar en las siguientes líneas.

Dicho esto, el término corrupción proviene etimológicamente del latín "*corruptio, -onis"* que a su vez deriva del término *corrumpere* que significa "juntos" (*com*) y "romper" (*rumpere*) (Rodríguez Collao 2004, 341). Es decir, según su origen, la corrupción tiene como rasgo fundamental un acuerdo bilateral ("juntos") en el que se busca ("romper") o desviar, por ejemplo, una determinada actuación.

En el caso de la corrupción pública, es la Administración quien encomienda a un funcionario público un deber que, finalmente, quebranta, por lo que desvía el interés general a fin de obtener un beneficio propio o para un tercero; esto genera que la Administración Pública no funcione correctamente. En consecuencia, se trata del abuso de un poder público encomendado para beneficio propio o para un tercero.

Conforme a esta definición, surge la interrogante con relación a cómo se vincula este concepto con el delito de tráfico de influencias que, como se señaló, pese a encontrarse ubicado de manera sistemática dentro del Título XVIII, del Código Penal, sanciona a un particular que, invocando o teniendo

---

conductas que puedan ser equiparables desde una perspectiva de lesividad, debido a que, en el segundo supuesto, al no existir un vínculo real con un funcionario público, el traficante de influencias nunca podría utilizarlo para torcer la voluntad de este. A mayor abundamiento, en relación con este debate, Abanto (2003, 528) sostiene que la "influencia simulada" no guarda relación con el "tráfico de influencias", puesto que no atenta contra el bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Desde esa perspectiva, no se vulneraría bien jurídico alguno de la Administración, por lo que se está ante una modalidad de dudosa constitucionalidad. Ello ocurre a pesar de que en el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción regula conjuntamente los supuestos de influencias reales y simuladas. No obstante, dicha disposición establece que la incorporación de este delito no es obligatoria, sino potestativa, circunstancia que obedece a los problemas que se abordarán en los siguientes apartados de este trabajo.

[6] Según Rodríguez Collao (2004, 343), «en el ámbito de las ciencias sociales no existe un concepto unívoco de corrupción, básicamente en atención a que este fenómeno cuenta con una pluralidad de enfoques metodológicos, cada uno de los cuales destaca, enfatiza o confiere primacía a algún elemento concreto de los varios que suelen proponerse como factores inherentes a la estructura de aquella categoría social».

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 595-620
https://doi.org/10.18543/ed.3591 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

influencias ofrece a otro particular interceder (al tercero interesado), ante un funcionario público a cambio de un beneficio indebido.

Desde una primera aproximación, es posible advertir que el traficante de influencias, al ser un particular, no puede quebrantar ningún deber especial por el hecho de que la Administración no le ha encomendado actuar conforme a sus intereses. Esta es la razón por la que se puede pensar que el delito de tráfico de influencias no podría ser considerado como un auténtico delito de corrupción pública al no requerirse de la participación de un funcionario público[7] (Muñoz Lorente 2014, 251).

Sin embargo, estamos ante un problema aparente, toda vez que el concepto de corrupción pública debe ser ampliado para abarcar aquellas conductas que, aun sin implicar una afectación directa, resulten idóneas para lesionar los intereses de la Administración. En tal sentido, resulta necesario incluir dentro de dicho concepto aquellas actuaciones que alteren gravemente el cumplimiento de los fines de la Administración con el fin de garantizar su correcto funcionamiento (Asua Batarrita 1997, 17). Solo desde esta perspectiva es posible asegurar una protección omnicomprensiva de la Administración sin dejar de sancionar conductas que puedan comprometer gravemente sus intereses.

De este modo, lo fundamental para calificar una conducta como corrupta es que pueda existir una desviación del interés público a favor de un interés particular, por lo que la corrupción tiene como eje fundamental el conflicto de intereses que lleva a lo que se denomina la "privatización" del Estado (Cugat Mauri 1997, 51). Es en ese contexto que la figura del "intermediario" se convierte en un elemento trascendental en los casos de corrupción, puesto que este se encuentra situado en el centro de diversas relaciones de intercambio de carácter triangular (Cugat Mauri 1997, 53).

Por ese motivo, el deber encomendado por parte de la Administración a un funcionario no es un elemento esencial en el concepto de corrupción que aquí se plantea, ya que se deben abarcar otras conductas que puedan generar una desviación del interés público hacia el beneficio privado. Desde esta perspectiva, estamos frente a una nueva relación trilateral: el intermediario (traficante de influencias) se encuentra entre el particular y el funcionario. Bajo este contexto, la actuación del traficante de influencias como "intermediario" resulta trascendental, ya que, sin su actuación, el tercero interesado se

[7] Es distinta la situación relacional, por ejemplo, entre el cohecho activo y el cohecho pasivo, pues en este delito uno de los sujetos forma parte de la Administración Pública, lo que justifica considerar al cohecho activo como un auténtico delito contra la Administración en el que el particular, con su intervención, contribuye a la afectación del correcto funcionamiento de aquella. En cambio, distinta es la situación cuando intervienen dos particulares, ambos ajenos a la Administración, quienes no se encuentran vinculados por deberes de actuación conforme a sus intereses.

vería imposibilitado, en la mayoría de los casos, de poder acceder directamente a un funcionario público, a fin de que este último, finalmente, desvíe el interés general.

En síntesis, el delito de tráfico de influencias es un verdadero delito de corrupción pública en el que se sanciona a los "conseguidores" (entiéndase, intermediarios) que se encuentran, en la mayoría de los casos, profesionalmente organizados (Queralt Jiménez 2015, 1231). En consecuencia, el concepto de corrupción pública también abarca el intercambio de favores que viene a ser la venta de la influencia a cambio de una contraprestación de carácter económico (Díaz-Maroto y Villarejo 2009, 3), usualmente.

Dicho esto, queda meridianamente claro que en el replanteamiento del concepto de corrupción pública se incluye a quienes tienen influencias dentro de la Administración. Esta delimitación conceptual es un punto de partida para evaluar si es viable incorporar un tipo penal que sancione al traficante de influencias, toda vez que el hecho de que una conducta pueda ser considerada como un auténtico acto de corrupción de naturaleza pública no lleva automáticamente a afirmar la legitimidad de la intervención penal[8].

Con lo expuesto, en las siguientes líneas se desarrollarán los principales argumentos en contra y a favor de la incorporación del tráfico de influencias como delito en el ordenamiento jurídico penal peruano para, posteriormente, fundamentar de mejor forma la postura que se propone en este trabajo.

III. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. *La conducta del traficante de influencias no pone en peligro ni lesiona bien jurídico alguno de la Administración Pública: ausencia de un desvalor penal*

Un sector de la doctrina ha señalado que no resulta adecuada la incorporación del tráfico de influencias como delito contra la Administración Pública, debido a que no es posible encontrar un bien jurídico digno de protección penal. Esto se debe, principalmente, porque el sujeto activo es un particular que se encuentra alejado de la Administración Pública –su actuación se desarrolla en el ámbito privado– por lo que la lesión o puesta en peligro de la función pública resulta ser difusa[9] (Cugat Mauri 1997, 239-240; Morillas

[8] Muchos actos que, por definición, pueden ser considerados como auténticos actos de corrupción son tutelados por el Derecho Administrativo Sancionador, debido al carácter subsidiario del Derecho penal.

[9] Cugat Mauri (1997, 239-240) sostiene que le parece adecuada la conclusión de que no existe un bien jurídico digno de protección penal; no obstante, ello lleva a admitir que

Cuevas 2005, 911; Morales Prats y Rodríguez Puerta 2011, 1808-1809; Mannes 2000, 2; Muñoz Conde 2023, 1015; Escrihuela Chumilla 2022, 1976).

Es importante recalcar que en este tipo penal no se sanciona el efectivo ejercicio de influencias sobre un funcionario, sino el alardear que se poseen influencias y exigir una dádiva a fin de ejercerlas o, sin necesidad de alardear, se sanciona el aceptar la dádiva que ofrece el interesado que conoce que el traficante tiene especiales relaciones con un funcionario público, por ejemplo, por tener un vínculo familiar (Muñoz Lorente 2014, 251). En otras palabras, si el particular no puede acceder a la Administración, no existe bien jurídico que pueda afectarse, motivo por el que el tráfico de influencias contravendría los principios limitadores del *ius puniendi*, como lo es el de mínima intervención o última ratio, así como su carácter fragmentario, siendo su inclusión en el ordenamiento jurídico penal desacertada (García Planas 1992, 30; Morillas Cuevas 2005, 911; Vázquez-Portomeñe 2020, 67)[10].

el tipo penal es de nula aplicación, por lo que "vale la pena intentar, en un ejercicio posiblemente voluntarista, la consecuencia contraria". Morillas Cueva (2005, 911) menciona que se está ante un tipo penal de difícil comprensión y justificación, ya que para su materialización no se requiere que se influya a un funcionario público con el fin de que adopte una determinada resolución. En este caso, se está ante una relación entre particulares en donde se sanciona la promesa (objetivo final y lejano) de influenciar ante un funcionario, constituyéndose en una conducta que afecta de manera muy mediata a la Administración Pública. Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011, 1808-1809) sostienen que se está ante una remota relación con la Administración, por lo que resulta complejo vincularla con el correcto funcionamiento de la Administración, ya que, para ello, por lo menos, debería intervenir un funcionario con lo cual sí habría un acercamiento real a la Administración. Manes (2000, 2) menciona que el tráfico de influencias es una norma carente del necesario nivel de objetividad, ya que se caracteriza por sancionar conductas típicas demasiado indeterminadas para asegurar al bien jurídico una efectiva capacidad de selección del área de lo penalmente relevante. Sin embargo, el autor no niega que este delito pueda ser útil al sancionar casos de intermediación a cambio de favores, pero precisa que la poca taxatividad de este delito generaría problemas para su aplicación. Muñoz Conde (2023, 1015) sostiene que se está ante un tipo penal residual que no afecta bien jurídico alguno. En ese sentido, al no exigir el tipo penal que se utilice la influencia, la conducta del intermediario sería inocua para la Administración (aunque sostiene que puede tratarse de un peligro abstracto). Sumado a ello, también sería inocua debido a que la conducta del intermediario se ve consumada sin necesidad de que el tercero interesado haya aceptado la oferta. Desde una perspectiva similar, siguiendo a Suárez Montes, Cury (1996, 102) sostiene que el bien jurídico a proteger sería el "prestigio y buen nombre de la Administración"; no obstante, si ello es así, se está ante un desvalor de acción insignificante, por lo que no se justificaría la intervención del Derecho penal respecto de este tipo de conductas.

[10] Morillas Cueva (2005, 911) sostiene que "más parece una apuesta simbólica del legislador que un delito fundamentado en parámetros y principios básicos en la estructura jurídico-penal". Vázquez-Portomeñe (2020, 67) indica que adelantar la intervención pe-

Por ese motivo, se señala, con razón, que este delito únicamente tiene relación con la Administración respecto al objeto de la influencia en una relación entre privados (Muñoz Conde 2023, 1014). Inclusive, si se buscase su justificación como delito de acumulación en el que la suma de diversas conductas típicas lesiona al bien jurídico protegido, la intervención penal sería de todas maneras desproporcionada. Por ello, una conducta por sí sola no lograría poner en peligro ni lesionar bien jurídico alguno (Ossandón 2003, 165).

Con lo expuesto, parte de la doctrina afirma que se está ante un delito innecesario que supone "un nuevo intento de juridificación de problemas políticos o bien una medida propagandística" (García Arán 1997, 90). Además, su incorporación como delito "generaría más problemas de los que resuelve" (Olaizola 1999, 473). De ahí que como reflexión final pueda indicarse que quienes se encuentran en contra de la sanción del tráfico de influencias argumentan que si lo que se busca es sancionar a quien manifiesta ser capaz de conseguir favores por parte de los funcionarios implicaría sancionar a un particular que no tiene relación con la Administración y que con dicha conducta no podría ponerse en peligro bien jurídico alguno.

2. *El delito de tráfico de influencias como acto preparatorio de otros delitos contra la Administración Pública*

Una segunda crítica se dirige a cuestionar que al no comprometerse a los poderes públicos con la actuación del traficante se estaría ante un acto preparatorio de otros delitos contra la Administración Pública (Orts 2019, 699; Rodríguez López & Sobrino Martínez 2008, 287; Nakazaki Servigón 2013, 8; Torres Manrique 2022, 420; Hugo y Huarcaya 2018, 491), lo cual implicaría que resulte innecesaria su incorporación como delito autónomo en el Código Penal. Esta crítica se vincula con la formulada en el punto precedente, en la medida en que la sanción del mero ofrecimiento de influencias pretende impedir que el traficante llegue efectivamente a influir en un funcionario público y, con ello, a generar una afectación real a los intereses de la Administración.

Según este sector de la doctrina, el adelantamiento de las barreras de protección resulta innecesaria, ya que existen delitos contra la Administración Pública que ya se encargan de sancionar la conducta del funcionario público

---

nal para sancionar situaciones en las que no interviene aún un funcionario público "no se compadece bien con el carácter fragmentario del Derecho penal», por lo que el tipo penal tendría una función «meramente simbólica". Pese a ello, no descarta que sí puedan existir situaciones en el que grandes grupos de presión, de gran dimensión, puedan afectar distintos bienes jurídico-penales vinculados a la libre competencia o buen gobierno que justificarían que se elaboren técnicas de tipificación similares al ofrecimiento de influencias.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 595-620
https://doi.org/10.18543/ed.3591 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

que se deja influenciar por un particular, por ejemplo, a través del cohecho o la prevaricación en el que se encontrarían recogidas la mayor parte de conductas tipificadas en el delito de tráfico de influencias (Olaizola Nogales 1999, 465-466). En el caso del cohecho, por ejemplo, se sanciona al particular que busca al funcionario a fin de que este último, valiéndose de su posición, intervenga a favor del primero a cambio de un beneficio indebido (García Arán 1997, 89-90), mientras que en el caso de la prevaricación se podría sancionar a título de instigador al particular que busca influir en una determinada decisión (García Arán 1997, 90).

Por ese motivo, se ha argumentado que la intervención del Derecho penal no se encontraría justificada, puesto que el adelantamiento de las barreras de punibilidad contravendría las cláusulas generales sobre el castigo excepcional de actos preparatorios, tal como lo es la conspiración, proposición o provocación (Díaz-Maroto 2009, 5; Díaz y García 1997, 175). En esa línea, ha sido el legislador quien aumentó de manera indiscriminada la protección penal al elevar a la categoría de delito un acto preparatorio sin fundamento jurídico alguno, por lo que el "Estado constitucional sigue dejando amplios espacios a un ejercicio abusivo del poder" (Hugo y Huarcaya 2018, 491-492).

Siendo esto así, puede llegarse a la conclusión de que se está ante un tipo penal de difícil justificación que ejerce una función simbólica, cuyo fin es tranquilizar a la conciencia colectiva y ello genera que se distorsione la misión del Derecho penal, pues este se estaría convirtiendo en "prima ratio no ya jurídica sino moral" (Díaz-Maroto 2009, 5; Morales Prats y Rodríguez Puerta 2011, 1809).

Culminado el desarrollo de los argumentos en contra de la criminalización del delito de tráfico de influencias se procederá a continuación a desarrollar los principales argumentos a favor de la criminalización de este delito en el ordenamiento jurídico peruano.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. *Importancia jurídico-penal de sancionar el tráfico de influencias: necesidad de proteger externamente a la Administración Pública*

Como se ha podido estudiar, el primer argumento en contra de la criminalización del tráfico de influencias se dirigió a sostener que este delito sanciona a un particular ajeno a la función pública, por lo que no tiene un deber frente a la Administración, con lo cual su conducta no pondría en peligro ni lesionaría bien jurídico alguno contra la Administración Pública.

Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que el legislador ha optado por criminalizar este delito, debido a que el traficar con influencias es un factor que potencialmente crea un ambiente desfavorable para la correcta toma de decisiones en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública (Hurtado 2005, 288). Ello se debe a que la capacidad de presión que ostentan las redes de intereses ha alcanzado una dimensión de tal entidad que puede causar efectos sobre la buena marcha de la función pública, ya que estos grupos pueden tener, inclusive, más poder que los propios funcionarios públicos (Cugat 2006, 62).

De ahí que este fenómeno criminal pueda encontrarse en pequeños "negocios" en los que se accede a funcionarios públicos a través de "tramitadores" (por ejemplo, para encargar un otorgamiento de licencia), así como también en asuntos judiciales más importantes (por ejemplo, un juez que resuelve una prisión preventiva) y, claro está, también ocurre en asuntos internacionales de gran envergadura que involucra a expolíticos, grandes empresas transnacionales, empresas estatales y mandatarios políticos de un alto nivel (Abanto 2019, 50-51).

Por ese motivo, este sector de la doctrina considera que el legislador ha querido brindar protección a la Administración Pública tanto de manera interna como externa. De manera interna, por ejemplo, al sancionar con el delito de cohecho a un funcionario que infringe un determinado deber encomendado y de manera externa al sancionar a quienes, desde afuera, puedan lograr desestabilizar el correcto funcionamiento de la Administración, toda vez que los funcionarios públicos deben emitir resoluciones sin que medie ningún tipo de influencia ilícita (Reátegui 2017, 780-781; Reaño, Caro y San Martín 2002, 27).

En tal sentido, una tutela adecuada de la Administración no implica únicamente sancionar a un funcionario que ponga en peligro o lesione intereses de la Administración, ya que también resulta importante evitar que terceros ajenos, aunque sea remotamente, puedan con su actuación generar efectos perjudiciales. En el caso del tráfico de influencias, el comprador (tercero interesado) puede comprender que el funcionario es corruptible y, por ello, se podría crear un ambiente desfavorable respecto a la adecuada toma de decisiones (Hurtado 2005, 287-288). Concretamente, se puede enviar un mensaje erróneo respecto a que en la Administración existen funcionarios influenciables que quebrantarían la imparcialidad con la que deben actuar (Pérez Ferrer 2022, 85).

Bajo estas consideraciones, se sostiene que la ubicación sistemática del delito de tráfico de influencias es excepcional y ello se debe a su cercanía con el bien jurídico Administración Pública que se pone en peligro "mediante una lejana y peligrosa acción que puede afectar el principio de imparcialidad, ya en fase de agotamiento". (Reátegui 2017, 780-781, Rojas 2021, 224).

Conforme a lo señalado, se encontraría legitimada la intervención penal, ya que existe un efectivo desvalor penal al momento de sancionar la potencial influencia que se puede ejercer ante un funcionario público que va a emitir una resolución (Abanto 2019, 51-52).

De esta manera, se busca evitar que se quebranten las estructuras democráticas y el ejercicio de la función pública (Abanto 2019, 52-53), sumado a la relevancia en el ámbito social, ya que tiene un efecto preventivo general positivo de especial importancia (Reátegui 2017, 981). Por ese motivo, sostienen que resulta necesario adelantar las barreras de protección a fin de evitar ataques externos en contra de la Administración.

2. *El delito de tráfico de influencias como un acto preparatorio de otros delitos contra la Administración Pública*

Finalmente, existen críticas dirigidas a sostener que el tráfico de influencias es un tipo prescindible, debido a que existen otros delitos como el cohecho o la prevaricación que abarcan las conductas de tráfico, por lo que se trataría de un acto preparatorio de estos delitos. De esta manera, bastaría con la sanción del funcionario público y la aplicación de las reglas de participación delictiva para sancionar al *extraneus* a fin de tutelar adecuadamente los intereses de la Administración Pública.

Al respecto, Mir sostiene que el tráfico de influencias no incluye la contraprestación del funcionario influido y, por el contrario, el núcleo de prohibición se circunscribe a la presión que el traficante puede realizar, por lo que se trata de un ámbito de aplicación no abarcado por el cohecho, aunque, ciertamente, se constituye en un tipo residual (Mir Puig 2000, 253). En esa misma línea, en el caso peruano, atendiendo a la estructura del tipo, el establecer contacto o influir ante un funcionario público por parte del traficante de influencias se encuentra dentro de la fase de agotamiento del delito y, dependiendo del caso concreto, podría configurarse el delito de cohecho (Salinas 2019, 755).

En efecto, los tipos penales de cohecho no sancionan la compraventa de influencias, sino la compraventa de la función pública, por lo que no criminalizar este delito propiciaría espacios de impunidad con relación a conductas de especial relevancia para la Administración Pública (ausencia de protección externa). De ahí que la no criminalización de este tipo penal llevaría a sancionar al traficante de influencias cuando se verifique la efectiva intercesión ante el funcionario público o cuando se pueda verificar que el funcionario ha emitido un pronunciamiento como consecuencia de la influencia (Reaño, Caro y San Martín 2002, 28).

De este modo, a fin de evitar espacios de impunidad en el que la intervención penal se realizaría a través de otros tipos penales y posteriores al

ofrecimiento de influencias, este sector de la doctrina sostiene que el legislador nacional justificadamente ha adelantado las barreras de protección. Esto se debe a que de prescindir de este tipo penal se dejaría de lado la sanción de conductas graves por parte de aquellas personas que ofrecen sus influencias a fin de interceder ante funcionarios públicos que emitirán una resolución (Reaño, Caro y San Martín 2002, 28-29).

Por ese motivo, sostienen que afirmar que se trata de un tipo prescindible al constituirse en un acto preparatorio del delito de cohecho no resulta del todo preciso, ya que no se recogen conductas similares, toda vez que en el delito de tráfico de influencias el intermediario actúa de manera autónoma (sin que el funcionario conozca el acuerdo que realiza el traficante con el interesado). Entonces, ambas conductas son excluyentes entre sí, pues o bien se ostentan determinadas influencias o bien se tiene dinero para poder comprar voluntades (Cugat 2006, 67).

Con lo expuesto, en el delito de tráfico de influencias no se busca sancionar la compraventa de la función pública, sino la potencial influencia que tiene el traficante que intercederá ante un funcionario público (Abanto 2014, 809). Se trata de la sanción de un supuesto de intermediación punible, toda vez que el traficante de influencias se encuentra entre el interesado y el funcionario público ante quien se ofrece interceder (Reátegui 2017, 979).

Desde esa perspectiva, si una persona trafica con influencias se debe a que unos la tienen (el traficante de influencias) y otros la pretenden (el comprador de influencias), por lo que se da un intercambio: una ventaja de cualquier tipo (económica o no) por parte del comprador de influencias a cambio de la influencia que tendrá como destino final a un funcionario para que emita una resolución que le produzca beneficios (García Arán 1997, 87).

A modo de ejemplo, podría indicarse lo siguiente: el tercero interesado se dirige directamente hacia el funcionario a fin de "influenciarlo" (ofrece algún medio corruptor), por lo que cometería el delito de cohecho activo genérico y si el funcionario acepta la solicitud del interesado respondería por un delito de cohecho pasivo (sea propio o impropio) y, en dicho escenario, el traficante quedaría al margen de esta relación eminentemente bilateral (Reátegui 2017, 979). En este caso, el traficante de influencias ofreció a un tercero interesado interceder ante un funcionario público, siendo finalmente el comprador de influencias –a raíz de la intermediación del traficante– quien realiza las coordinaciones con el funcionario a quien le termina entregando un beneficio indebido.

En resumen, con el delito de tráfico de influencias se busca llenar un vacío de punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano a fin de abarcar conductas que no pueden ser sancionadas por el delito de cohecho y que podrían afectar el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Abanto 2003, 523-524). En palabras de Peña Cabrera (2021, 714-715), el legislador buscó "cerrar el circuito delictivo de los injustos de cohecho" en tanto que el

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 595-620
https://doi.org/10.18543/ed.3591 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

sujeto activo es un intermediario entre el particular y el funcionario. Por lo tanto, el tráfico de influencias se convierte en "una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que completa el esquema de modalidades de corrupción penalmente relevantes" (Rojas 2021, 226).

V. TOMA DE POSTURA Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

1. *Aspectos metodológicos previos: los límites al ius puniendi estatal*

En este apartado se desarrollan los principales aspectos a tomar en consideración para asumir una postura coherente y respetuosa de los principios básicos del Derecho penal al momento de analizar el delito de tráfico de influencias. Por ello, es importante tener en cuenta que este no tiene únicamente como fin ser un instrumento de control, sino que también asume como fin propio el que se realicen determinados valores (Silva Sánchez 2000, 100).

De ahí que los postulados político-criminales como límites al *ius puniendi* cobren especial relevancia como fundamento de la intervención penal, por lo que dentro de la criminalización primaria[11] estos principios operan tanto como fundamento y límite (Zúñiga 2001, 145). Por ello, la política criminal le indicará a través de diversas cuestiones valorativas al Derecho penal cómo y por qué intervenir a través del Derecho penal o si, por el contrario, se deben utilizar medios de control social menos lesivos (Zúñiga 2001, 154).

De este modo, para la intervención penal, se deberá analizar si es que un determinado fenómeno criminal atiende tanto a fines preventivo generales como especiales y someterse a los principios político-criminales que sirven como límites al Derecho penal, tales como el de legalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, culpabilidad y lesividad, por lo que si estos principios no pueden cumplirse, conforme al principio de subsidiariedad del Derecho penal, deberá buscarse otro programa político-criminal adecuado para enfrentar determinado fenómeno criminal (Zúñiga 2001, 154-155). En consecuencia, el legislador deberá ponderar estos principios al momento de prevenir delitos, puesto que se deben respetar los principios rectores del *ius puniendi* (Sanz 2019, 88).

Atendiendo a estos principios es que se debe evaluar si la incorporación del delito de tráfico de influencias en el Código Penal es adecuada. Para ello, debe atenderse a su estructura típica en el que se advierte que se está ante una

[11] Baratta (2002, 168) sostiene que «la criminalización primaria es el mecanismo en el que se elaboran las normas, mientras que la criminalización secundaria es el mecanismo en el que se aplican las normas dentro de un proceso penal que incluye tanto la acción de averiguación por parte de determinado organismo y culmina con el juicio. Finalmente, se da el mecanismo de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad».

técnica de tipificación de delito de peligro abstracto en el que la conducta típica es el invocar influencias en el que, para su consumación, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero un beneficio indebido (medio comisivo) con la finalidad de ofrecerse a interceder ante un funcionario que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Siendo esto así, para evaluar si la estructura de delito de peligro de este tipo penal respeta los principios del *ius puniendi* estatal debe partirse de dos premisas metodológicas: (i) el Derecho penal no debe intervenir para proteger todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos bienes jurídicos penalmente relevantes; (ii) conforme al principio de ofensividad, el Derecho penal debe intervenir únicamente en la prevención de conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico penal (Trapero 2015, 1).

Lo anteriormente señalado guarda relación con lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal en el que se establece que la pena precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Por ello, que el sujeto activo realice la conducta descrita en el tipo penal no es suficiente para afirmar que ha logrado superar el estándar de lesividad requerido por el Derecho penal, ya que ello debe evaluarse en el caso concreto en tanto que forma parte de la garantía de exclusiva protección de bienes jurídicos.

En consecuencia, al tratarse de un delito de peligro abstracto, desde una primera aproximación, se ha afirmado que la estructura de esta clase de delitos tiene como presupuesto a su peligrosidad típica en abstracto, esto es, ajena al caso concreto respecto de un determinado comportamiento o de un comportamiento con determinadas consecuencias (Jakobs 1991, 172), por lo que no se exige comprobar la realización de un resultado de peligro concreto y ello se debe a que el legislador busca prevenir peligros y lesiones específicas a bienes jurídicos (Roxin y Greco 2020, 438).

Sin embargo, presuponer la legitimidad de intervención penal por la peligrosidad de la conducta puede llevar a afectar el principio de culpabilidad, por lo que se hace necesario un enfoque diferenciado en esta clase de delitos (Roxin y Greco 2020, 68, 78)[12]. Y no solo puede afectarse el principio de culpabilidad, sino también debe tomarse en consideración al principio de lesividad, y al propio Estado de derecho[13], por lo que, en lo que sigue, resultará

[12] Roxin y Greco (2020, 531- 535), aunque advierten que un análisis extenso de esta categoría de delitos y su resolución debe de realizarse en un estudio de la parte especial, dividen la resolución de casos divididos en: «(i) clásicos delitos de peligro abstracto, (ii) infracciones masivas como la conducción en estado de ebriedad, (iii) delitos con bienes jurídicos intermedios espirituales y (iv) delitos de aptitud abstracta».

[13] Jakobs (1991, 174) alude a determinados delitos de peligro abstracto que incumplen el principio de legalidad al justificarse la intervención penal o el incremento de penas

fundamental evaluar si el mero ofrecimiento de influencias guarda relación con estos principios limitadores del *ius puniendi* estatal desarrollados precedentemente.

2. *La conducta del traficante de influencias no pone en peligro al correcto funcionamiento de la Administración Pública*

Como se ha expuesto, un sector de la doctrina consideró que la conducta del traficante de influencias no ponía en peligro ni lesionaba bien jurídico alguno de la Administración, por lo que existía una ausencia de un desvalor penal en tanto que la incriminación de dicha conducta carecería de justificación desde los principios de lesividad y de mínima intervención. Por otro lado, otro sector doctrinal ha defendido la relevancia jurídico-penal de sancionar el tráfico de influencias debido a que se constituye en un mecanismo idóneo para proteger la Administración frente a ataques externos, específicamente de aquellos realizados por particulares ajenos a la Administración.

Como se adelantó, la posición aquí asumida se sitúa en un plano intermedio: no se niega la posibilidad de una tutela penal externa de la Administración Pública, pero no es menos cierto que la actual configuración típica del delito de tráfico de influencias no resulta idónea para colocar en peligro a su correcto funcionamiento, motivo por el que su estructura debe ser replanteada a fin de que se condiga con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal.

Considerando lo anterior, el artículo 400 del Código Penal se constituye en un delito de peligro abstracto cuya consumación se produce cuando el traficante de influencias invoca influencias a cambio de un beneficio indebido con la finalidad de interceder ante un funcionario público. La conducta típica se encuentra en un estadio previo en el que intervienen dos particulares ajenos a la Administración Pública, con lo cual no existe contacto alguno con la esfera interna de esta.

Desde la teoría de los delitos de peligro, la legitimidad de la intervención penal exige que la conducta descrita en el tipo sea *ex ante* idónea para lograr la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido, ya que, de no ser así, no se estará ante un verdadero delito, sino frente a una criminalización incompatible con los principios de lesividad y de mínima intervención (Acale 2000, 176-177).

---

sobre la base de un contexto previo de planificación del autor. Coloca como ejemplo a los delitos de falsificación de moneda y de documentos en el que se crea un tipo penal para penalizar la intención de su uso. En estos casos, el motivo de intervención penal es un castigo encubierto por una conducta abstractamente peligrosa como consecuencia de una mera planificación, es decir, por pensamientos.

Aplicado al tráfico de influencias, aun cuando pueda aceptarse que el correcto funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien jurídico digno de protección penal, es importante evaluar si la conducta típica, tal como se encuentra estructurada, es idónea para generar un riesgo jurídicamente desaprobado para dicho bien. De no ser así, la intervención penal carecería de todo tipo de fundamento.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha intentado dar respuesta a la legitimidad del tráfico de influencias reales en su Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116. Por ello, se indicó en el fundamento jurídico catorce que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y que este bien jurídico resulta vulnerado si "el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público". En este caso, el funcionario termina siendo corrompido como consecuencia de la influencia ejercida por parte del traficante.

Conforme a lo desarrollado, el tipo penal de tráfico de influencias no se consuma cuando el sujeto activo logra influir efectivamente en el funcionario público, sino en un estadio previo, en el que únicamente intervienen el traficante y el comprador de influencias. En consecuencia, el ejemplo utilizado por la Corte Suprema para fundamentar la afectación del bien jurídico corresponde a un acto postconsumativo que se sitúa fuera del ámbito de aplicación del tipo penal.

Esto denota claramente una contradicción relevante: la Corte Suprema intenta legitimar la intervención penal a partir de un escenario que el propio tipo penal no exige para su consumación, ya que coloca un ejemplo que no se condice con la estructura típica actual, sino frente a una fase posterior a la de la consumación. Desde la perspectiva aquí defendida, como se ha señalado, es precisamente hacia ese estadio al que debería orientarse una eventual reforma de *lege ferenda*, bajo los fundamentos que se desarrollarán a continuación.

Desde la teoría de los delitos de peligro, se legitima la intervención penal siempre que exista un "potente desvalor de acción (objetivo y/o subjetivo) en el que exista una peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta realizada por el sujeto activo en el que, además, debe existir un dolo de peligro" (Pérez-Sauquillo 2019, 318). La peligrosidad objetiva debe ser evaluada por el juez colocándose en la posición del autor y desde una perspectiva *ex ante*, atendiendo a los conocimientos generales del hombre medio, así como a los conocimientos especiales del autor, si los tuviese (Pérez Sauquillo 2019, 319-320). Esta evaluación debe realizarse conforme a los criterios de imputación objetiva con el fin de constatar si se creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido (Mendoza 2002, 74-75).

Considerando lo anterior, se plantea el siguiente ejemplo concreto que permite identificar con claridad el núcleo de prohibición del delito: "A"

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 595-620
https://doi.org/10.18543/ed.3591 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

traficante de influencias, le indica al tercero interesado "B" que conoce al juez de familia que tomará una decisión en su proceso de alimentos y que puede interceder e influir en su decisión siempre que "B" le otorgue un beneficio indebido a "A". En ese contexto, "B" acepta y le otorga a "A" tres mil euros.

Desde una perspectiva *ex ante* no existen razones suficientes para afirmar que esta conducta coloque en peligro al correcto funcionamiento de la Administración Pública, toda vez que el sujeto activo es un particular ajeno a la Administración que se limita a invocar influencias, aceptadas por otro particular (el tercero interesado) también ajeno a la Administración –inclusive, para la consumación no se requiere ni siquiera de la aceptación del comprador de influencias–. En tal escenario, la conducta no resulta idónea para generar un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido, por lo que se evidencia un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal[14].

Como se adelantó, lo anterior no implica negar la validez de los argumentos que defienden la tutela penal externa de la Administración Pública. Sin embargo, para que dicha tutela resulte compatible con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal la técnica legislativa debe exigir, por lo menos, una relación con un sujeto que pertenezca a la esfera interna de la Administración, tal como ocurre en el delito de cohecho activo genérico.

En consecuencia, de *lege ferenda*, la estructura típica del delito de tráfico de influencias debería ser reformulada. En lugar de exigirse como elemento de tendencia interna trascendente que la conducta del traficante tenga la finalidad de "ofrecer interceder ante un funcionario", dicho elemento debería reconducirse a un elemento del tipo objetivo para su consumación, esto es, exigir la efectiva intercesión ante un funcionario, aun cuando este último no acepte la propuesta.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, interceder significa "hablar en favor de alguien para conseguirle un bien o librarlo de un mal"; es decir, semánticamente no implica que el receptor acepte algún tipo de proposición por parte del destinatario. En consecuencia, para la consumación del tipo penal no es necesario exigir que se influyere efectivamente en la decisión del funcionario, sino únicamente el intento de influenciar mediante la intercesión.

Esa propuesta permite dotar de lesividad a la conducta del particular que intenta ingresar a la esfera interna de la Administración. Desde una

[14] Al inicio de este trabajo se señaló que el tráfico de influencias constituye, por definición, un auténtico acto de corrupción pública. No obstante, también se advirtió que el hecho de que pueda ser considerado como un acto corrupto no implica, *per se,* que sea un delito si la conducta no se condice con los límites del *ius puniendi*.

perspectiva *ex ante*, ello ya colocaría en riesgo al correcto funcionamiento de la Administración Pública –específicamente, la imparcialidad–, puesto que el tráfico de influencias no se limitaría a ser un acuerdo entre dos particulares ajenos a ella. Asimismo, esta propuesta resulta más coherente con la justificación brindada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario, con la diferencia que desde la postura aquí adoptada el tipo penal no exige que el traficante logre influenciar en la decisión del funcionario público.

La razón por la cual no se propone exigir para la consumación del delito una efectiva influencia sobre el funcionario radica en la conveniencia de mantener una técnica de tipificación propia de los delitos de peligro abstracto a fin de que el Derecho penal adelante sus barreras de protección y no deba esperarse a que el sistema penal se active únicamente cuando la influencia ya se ha materializado en una decisión adoptada por el funcionario público quien quebranta la imparcialidad de la Administración.

Finalmente, esta propuesta resulta compatible con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal en tanto que, desde una perspectiva *ex ante*, puede afirmarse la existencia de una relación –aunque remota– entre la conducta típica y el correcto funcionamiento de la Administración Pública, con independencia de que *ex post* el funcionario acepte o no la propuesta del traficante de influencias. Por ello, esta postura no lleva a excluir sin más de la sanción penal al comprador de influencias, ya que este podrá responder como instigador o como cómplice del autor siempre que este último interceda ante un funcionario público. La exclusión de punibilidad de la relación previa entre comprador y vendedor de influencias no deja desprotegida a la Administración, sino que garantiza la legitimidad del Derecho penal como última ratio.

3. *El tráfico de influencias como delito autónomo y ajeno a actos preparatorios de otros tipos penales*

Partiendo de lo propuesto en el punto anterior de este trabajo, el delito de tráfico de influencias no es un acto preparatorio de otros tipos penales, como el cohecho o la prevaricación, ya que este tiene un núcleo propio de injusto que dista de lo que pretende protegerse en otros tipos penales.

Teóricamente, se trataría de un acto preparatorio individual que, por excepción, se encuentra tipificado como delito autónomo en la parte especial del Código Penal[15]. De manera crítica se sostiene que "la tendencia expansiva al aumento en el uso de esta técnica implica un preocupante peligro de

[15] Con mayor profundidad la doctrina se ocupa del desarrollo de actos preparatorios pluripersonales ligados a codelincuencia (dentro de estos, al fundamento de punición de la proposición, provocación y conspiración). A modo de ejemplo, Mir Puig (2016, 350-

abuso" (Luzón 2025, 670). Inclusive, desde esa perspectiva, al tratarse de un "delito preparatorio" debería encontrarse ineludiblemente ligado al tipo penal posterior: el cohecho o la prevaricación.

Para ello, siguiendo a Silva, es importante realizar una reducción teleológica con base en cuatro requisitos: "(i) determinar cuál es el delito fin, (ii) establecer que la conducta del agente es ex ante idónea para favorecer aquel delito fin y (iii) apreciar que el agente realiza esa conducta abarcando con el dolo su idoneidad lesiva e (iv) imponer una pena disminuida proporcionadamente en relación con la realización del delito fin" (Silva 2025, 1108).

En este caso, el "delito fin" sería el cohecho o la prevaricación; sin embargo, la conducta del traficante de influencias no es *ex ante* idónea para favorecer el delito fin, ya que se trata de tipos penales autónomos. Por ejemplo, en el caso del cohecho, el interceder ante un funcionario no es *ex ante* idónea para una compraventa de la función pública y, en el caso del prevaricato, tampoco lo es el instigar al funcionario para que emita una resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley. Sin duda alguna, el interceder ante un funcionario como conducta típica dista de lo que se pretende sancionar en el delito de cohecho o prevaricato, por lo que no resulta dogmáticamente adecuado sostener que se trata de un acto preparatorio de estos delitos.

Con lo expuesto, el tráfico de influencias es un delito autónomo y tiene una razón de ser en el ordenamiento jurídico peruano: evitar que exista un mercado paralelo ilegal en el que se propicie la compraventa de influencias que, posiblemente, genere que el funcionario público desvíe el interés general hacia un interés privado como consecuencia de las influencias ejercidas por el traficante. En ese sentido, se trata de un tipo penal de necesaria razón de ser en el ordenamiento jurídico peruano en tanto que se orienta a la protección de ataques externos a la Administración y, a su vez, adelanta las barreras de protección con el fin de anticipar que se cometan delitos como el cohecho o el prevaricato, sin que ello implique que tenga naturaleza accesoria respecto de estos tipos penales.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo se buscó demostrar que el delito de tráfico de influencias en su modalidad real, tal como se encuentra tipificado, no logra superar el estándar de lesividad que se exige como garantía y límite del *ius puniendi* estatal. Desde la estructura de delito de peligro abstracto, tanto el ofrecimiento de influencias, como el acuerdo entre el traficante y el tercero

351) señala que estrictamente un acto preparatorio tiene como fundamento la "especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal".

interesado no presenta una peligrosidad *ex ante* capaz de superar el riesgo prohibido exigido por el Derecho penal. Esta situación, aunque no aceptada expresamente por la Corte Suprema de la República del Perú, parece orientarse en dicho sentido, ya que en su Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116 se coloca como ejemplo de afectación al correcto funcionamiento de la Administración Pública el ejercicio de una efectiva injerencia por parte del traficante de influencias hacia un funcionario público quien finalmente desvía el interés general hacia uno particular.

Considerando lo anterior, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.–El delito de tráfico de influencias es un auténtico delito contra la Administración Pública. El concepto de corrupción pública no debe ser entendido de manera restrictiva como el abuso del poder público encomendado para beneficio propio o de tercero, puesto que existen otro tipo de actuaciones que pueden desviar el interés general, tal como ocurre con la conducta que realiza el traficante de influencias o también llamado "intermediario". Siendo esto así, debe incluirse en el concepto de corrupción pública, pese a que no participa un funcionario, a aquel intermediario que trafica con influencias, puesto que a través de él un particular tendrá la posibilidad de acceder a un funcionario quien finalmente con su conducta podría desviar el interés general.

SEGUNDA.– El Derecho penal busca brindarle protección a la Administración Pública tanto de ataques internos como externos. De ahí que no solo se sancionen conductas como las de cohecho pasivo (ataque interno), sino también conductas de "ataque externo" como ocurre en el tráfico de influencias, siempre que el tipo penal exija, claro está, que el traficante de influencias interceda ante el funcionario público, aunque este último no acepte dicha propuesta. La reconfiguración del tipo penal que se propone en este trabajo mantiene la estructura de peligro abstracto y, a su vez, se condice con el principio de lesividad en tanto que la conducta del traficante es *ex ante* idónea para crear un riesgo jurídicamente prohibido para el correcto funcionamiento de la Administración, en particular para su imparcialidad.

TERCERA.–No se está ante un acto preparatorio de otros delitos contra la Administración Pública como, por ejemplo, el cohecho, puesto que en el tráfico de influencias se sanciona la compraventa de influencias, mientras que en el delito de cohecho se sanciona la compraventa de la función pública. Es importante no perder de vista que no existe tipo penal alguno que sancione la conducta de quien funge de intermediario entre un tercero interesado y un funcionario público, por lo que se trata de un tipo penal autónomo en el que se hace necesaria la intervención penal.

CUARTA.–Prescindir del delito de tráfico de influencias implicaría que existan vacíos de punibilidad, pues se debería esperar a que el sujeto activo influya de manera efectiva en la decisión de un funcionario para poder

sancionarlo penalmente a través de otros tipos penales. Por ello, resulta importante que el Derecho penal sancione el tráfico de influencias, debido a su potencial peligro para la Administración Pública. Todo ello, ciertamente, debe realizarse en estricto respeto de los principios limitadores del Derecho penal.

VII. REFERENCIAS

Abanto Vásquez, Manuel. 2003. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra Editores.

Abanto Vásquez, Manuel. 2014. «Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias». En *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública,* editado por Manuel Abanto, 795–822. Lima: Grijley.

Abanto Vásquez, Manuel. 2019. «Punibilidad del tráfico de influencias puro». En *El delito de tráfico de influencias,* de Manuel Abanto Vásquez y Francisco Vázquez-Portomeñe Seijas, 49–73. Lima: Instituto Pacífico.

Acale Sánchez, María. 2000. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad.* Granada: Comares.

Asua Batarrita, Adela. 1997. «La tutela del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». En *Delitos contra la Administración Pública,* editado por Adela Asua Batarrita, 13–55. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

Baratta, Alessandro. 2002. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico- penal*. 1.ª reimp. Obra original publicada en 1982. Avellaneda: Siglo veintiuno Editores Argentina.

Cugat Mauri, Miriam. 1997. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs.

Cugat Mauri, Miriam. 2006. «Tráfico de influencias (art. 8)». En *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, coordinado por Luis Arroyo y Adán Nieto, 61–77. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Cury, Enrique. 1996. «Notas sobre el tráfico de influencias». *Revista de Ciencia Política,* 18 (1–2): 99–104. Acceso el 12 de diciembre de 2025. https://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/6996.

De la Mata Barranca, Norberto J. 2016. «La lucha contra la corrupción política». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 18 (1): 1–25. Acceso el 07 de noviembre de 2025. http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf.

Díaz-Maroto y Villarejo, Julio. 2009. «Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias». *Diario La Ley* 7286: 1–7.

Díaz y García Conlledo, Miguel. 1997. «El delito de tráfico de influencias». En *Delitos contra la Administración Pública,* editado por Adela Asua Batarrita, 171–178. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

Escrihuela Chumilla, Francisco. 2022. *Todo Penal: Actualizado con las reformas de la garantía integral de la libertad sexual y de imprudencia en la conducción.* 3.ª ed. Madrid: La Ley.

García Arán, Mercedes. 1997. «Los delitos de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995». En *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal,* editado por Francisco Muñoz Conde, 81–103. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

García Planas, Gabriel. 1992. «El nuevo delito de tráfico de influencias». *Cuadernos de la Facultad de Derecho (UIB)*, 18: 19–31.

Hugo Álvarez, Jorge y Huarcaya Ramos, Betty. 2018. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios.* Lima: Gaceta Jurídica.

Hurtado Pozo, José. 2005. «Interpretación y aplicación del artículo 400 del CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias». En *Interpretación y aplicación de la ley penal: Anuario de Derecho Penal,* editado por José Hurtado Pozo, 269–301. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Jakobs, Günther. 1991. *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*. Berlín: Walter de Gruyter.

Manes, Vittorio. 2000. «Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública». Traducción de Herminio Padilla Alba. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2. Acceso el 23 de agosto de 2025. https://revistacriminologia.com/02/recpc_02-01.html.

Mendoza Buergo, Blanca. 2002. «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto». *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2.ª época, 9, 39–82.

Mir Puig, Carlos. 2000. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal.* Barcelona: José María Bosch.

Mir Puig, Santiago. 2016. *Derecho Penal. Parte General*. 10.ª ed. Montevideo: BdeF.

Morales Prats, Fermín y María José Rodríguez Puerta. 2011. «Capítulo VI. Del tráfico de influencias». En *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal,* editado por Gonzalo Quintero. 9.ª ed., 1798–1811. Madrid: Thomson Reuters.

Morillas Cuevas, Lorenzo. 2005. «Lección 42. Delitos contra la Administración Pública (VI). Tráfico de influencias». En *Derecho Penal Español. Parte Especial*, editada por Manuel Cobo del Rosal, 2.ª ed. 907–913. Madrid: Dykinson.

Muñoz Conde, Francisco. 2023. *Derecho penal. Parte Especial.* 25.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Lorente, José. 2014. «El delito de tráfico de influencias». *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad* 7: 248–255. Acceso el 14 de noviembre de 2025. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2247.

Nakazaki Servigón, César. 2013. *Los delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia.* Lima: Gaceta Jurídica.

Olaizola Nogales, Inés. 1999. *El delito de cohecho.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Orts, Enrique. 2019. «Lección XXXVIII. Delitos contra la Administración Pública (II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública». En *Derecho Penal. Parte Especial*, editado por José González, 6.ª ed. 689–709. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ossandón Widow, María Magdalena. 2003. «Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias». *Revista de Derecho* 10: 161–180. Acceso el 11 de octubre de 2025. https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2161.

Peña Cabrera Freyre, Alonso. 2021. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris SAC.

Pérez Ferrer, Fátima. 2022. *Análisis doctrinal y jurisprudencia del delito de tráfico de influencias ¿Oportunidad o necesidad de su tipificación en el Código Penal español?* Pamplona: Aranzadi.

Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen. 2019. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Queralt Jiménez, Joan. 2015. *Derecho penal español parte especial.* 7.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Reaño Peschiera, José, Dino Caro Coria y César San Martín Castro. 2002. «Capítulo primero. Aspectos sustantivos y procesales del delito de tráfico de influencias con relación al caso "Montesinos"». En *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales,* editado por César San Martín Castro, 21–100. Lima: Jurista Editores.

Reátegui Sánchez, James. 2017. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores.

Rodríguez Collao, Luis. 2004. «Delimitación del concepto penal de corrupción». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 25: 339–359. Acceso el 10 de agosto de 2025. https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/559.

Rodríguez López, Pedro y Ana Sobrino Martínez. 2008. *Delitos contra la Administración Pública: Delincuencia Administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito.* Barcelona: Bosch.

Rojas Vargas, Fidel. 2021. *Delitos contra la Administración Pública. Tomo II.* Lima: Gaceta Jurídica.

Roxin, Claus y Luis Greco. 2020. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.* 5. Aufl. München: C.H.Beck.

Salinas Siccha, Ramiro. 2019. *Delitos contra la Administración pública.* 5.ª ed. Lima: Editorial Iustitia.

Sanz Mulas, Nieves. 2019. *Política criminal*. 3.ª ed. Salamanca: Ratio Legis.

Silva Sánchez, Jesús-María. 2000. «Política criminal en la dogmática: algunas consideraciones sobre contenidos y límites». En *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, por Claus Roxin, traducido por Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, 95–120. Valencia: Tirant lo Blanch.

Silva Sánchez, Jesús-María. 2018. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal.* Barcelona: Atelier.

Silva Sánchez, Jesús-María. 2025. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Aranzadi.

Torres Manrique, Jorge. 2022. «Consideraciones interdisciplinarias respecto al delito de tráfico de influencias, gestión pública y derechos fundamentales». En *Los delitos más frecuentes en la Administración Pública,* 415-438. Lima: Instituto Pacífico.

Trapero Barreales, María. 2015. «Los delitos de peligro». En *Actas del I Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP),* 1–8. Acceso el 04 de octubre de 2025. https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Ponencia-Trapero.-Delitos-de-peligro.pdf

Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando. 2020. *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código Penal español (arts. 428, 429 y 430)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Zúñiga Rodríguez, Laura. 2001. *Política criminal*. Madrid: Colex.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 595-620
https://doi.org/10.18543/ed.3591 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

PATRONES OSCUROS: RETOS PARA EL DERECHO DEL CONSUMIDOR PERUANO EN LA ERA DIGITAL

Dark Patterns: Challenges for Peruvian Consumer Law in the Digital Era

Guillermo Robilliard Silva[1]
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Perú
https://orcid.org/0009-0009-4450-3084

https://doi.org/10.18543/ed.3593

Fecha de recepción: 14.08.2025
Fecha de aceptación: 01.11.2025
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El comercio electrónico en Perú ha transformado las relaciones de consumo, generando nuevos riesgos para los usuarios. Entre ellos destacan los patrones oscuros, estrategias de diseño digital que manipulan decisiones mediante sesgos cognitivos, afectando la autonomía y el derecho a la información del consumidor. Este artículo analiza, desde un enfoque dogmático y comparado, los vacíos normativos del marco peruano frente a estas prácticas y las limitaciones para su sanción efectiva. A partir del estudio de experiencias en la Unión Europea, Estados Unidos y Chile, se propone una definición normativa y se identifican desafíos regulatorios clave.

Palabras clave

Patrones oscuros, comercio electrónico, derecho del consumidor, autonomía del consumidor, regulación digital

[1] Email: grobilliard@pucp.edu.pe

Abstract

E-commerce in Peru has transformed consumer relations, introducing new risks for users. Among these, *dark patterns* stand out as digital design strategies that manipulate decision-making through cognitive biases, undermining consumer autonomy and the right to information. This article, adopting a dogmatic and comparative legal approach, examines the regulatory gaps within the Peruvian framework regarding these practices and the limitations of their effective enforcement. Drawing on experiences from the European Union, the United States, and Chile, it proposes a normative definition of dark patterns and identifies key regulatory challenges.

Keywords

Dark patterns, E-commerce, consumer law, consumer autonomy, digital regulation

Sumario: I. Introducción: transformación del consumo en la era digital peruana. II. Patrones oscuros: concepto y elementos distintivos. III. Impacto de los dark patterns en los derechos del consumidor: autonomía, información y consentimiento. IV. El marco jurídico peruano: vacíos y desafíos regulatorios en el contexto de la transformación digital. V. Regulación comparada. 1. Perspectiva latinoamericana: Chile. 2. Estados Unidos. 3. La Unión Europea. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN: TRANSFORMACIÓN DEL CONSUMO EN LA ERA DIGITAL PERUANA

En las últimas dos décadas, el comercio electrónico ha experimentado un crecimiento exponencial a nivel global. Cada vez más personas prefieren realizar sus compras por medio de Internet, donde, además, obtienen mejores ofertas que en las tiendas físicas. A su vez, las tiendas físicas, por cuestiones de ahorro de espacio físico y contratación de personal asistencial en compras, también, han preferido ampliar su oferta digital. De esa forma, tanto las preferencias del consumidor como las decisiones de los proveedores han transformado radicalmente las relaciones de consumo y su interacción. Este proceso de transformación se aceleró durante la pandemia. En este período, las compras online aumentaron hasta un 41% (Paraschiv y otros, 2022, p. 221).

El Perú no ha sido ajeno a esta dinámica. Según el Reporte Oficial de la Industria Ecommerce en Perú del período 2022–2023, al cierre de 2022, aproximadamente el 46% de la población –equivalente a 15.3 millones de personas– había realizado compras en línea. Este crecimiento ubicó al país entre los seis mercados de mayor expansión en comercio electrónico de América Latina, impulsado principalmente por la adopción de métodos de pago digitales y el acceso masivo a Internet (Cámara Peruana de Comercio Electrónico, 2023, p. 25-27).

El avance tecnológico ha permitido que las personas puedan tener un acceso rápido a los bienes y servicios de consumo. A pesar de sus beneficios, este fenómeno no está exento de riesgos o peligros. Esto se debe a que la irrupción de plataformas en línea ha generado nuevas formas de asimetría informativa, donde los proveedores concentran una cantidad desproporcionada de datos sobre los usuarios. A través del uso de dicha información, los proveedores pueden diseñar estrategias de comercialización altamente personalizadas. Esta personalización que, por un lado, podría ser usada para reducir costos de transacción en los consumidores, también es utilizada como un arma en contra de ellos.

En ese sentido, dichas prácticas han derivado en la configuración de entornos digitales que, lejos de ser neutrales, moldean activamente el comportamiento del consumidor mediante técnicas de influencia conductual. Entre estas, los denominados "patrones oscuros" aparecen como un desafío jurídico emergente: tácticas deliberadas de diseño que inducen decisiones de consumo no deseadas o contrarias al interés del usuario, aprovechando sesgos cognitivos y limitaciones en su capacidad deliberativa (Car y Cassetti, 2025, p.1). Es decir, la actual arquitectura digital de venta y compra induce a la toma de decisiones que, sin estos patrones, podría no haber ocurrido.

El impacto de estas prácticas trasciende el derecho de libertad de empresa de todo consumidor, pues compromete la esencia del derecho del consumidor. La autonomía de la voluntad –principio rector del derecho contractual– se ve erosionada cuando las decisiones de compra dejan de ser producto de una reflexión libre e informada. En paralelo, el derecho a la información, consagrado en la Constitución peruana de 1993 y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el "CPDC") peruano, se torna insuficiente.

Frente a ello, el presente artículo se propone analizar el fenómeno de los patrones oscuros desde una perspectiva dogmática y comparada, explorando sus fundamentos conceptuales, el impacto que tienen en los derechos del consumidor, y la experiencia de distintas jurisdicciones en su regulación. A partir de este análisis, se plantea identificar los principales vacíos del ordenamiento jurídico peruano con el objetivo de formular propuestas para su adecuada incorporación normativa. En ese sentido, las propuestas a plantear podrán ser utilizadas como un punto de partida para su posterior regulación en el Perú.

II. PATRONES OSCUROS: CONCEPTO Y ELEMENTOS DISTINTIVOS

Durante la última década, la expresión "patrones oscuros" se ha convertido en un concepto clave para referirnos a aquellas estrategias de diseño digital que guían, manipulan o condicionan nuestras decisiones de consumo sin que apenas lo advirtamos. El término lo acuñó en 2010 el experto en experiencia de usuario Harry Brignull, quien los describió como interfaces concebidas deliberadamente para engañar al usuario y llevarlo a realizar acciones que, en circunstancias normales, no elegiría (Varela, 2020, p. 8).

Lo que distingue a estos patrones de la persuasión comercial legítima es su explotación sistemática de sesgos cognitivos. Se apoyan en atajos mentales como la escasez ("solo quedan dos unidades"), el anclaje (mostrar primero un precio inflado para que el descuento parezca irresistible) o la prueba social ("35 personas han comprado este producto en la última hora") para moldear la conducta del consumidor. El objetivo no es informar, sino

distorsionar la racionalidad del usuario y reducir su margen de reflexión. Ejemplos cotidianos son los carritos de compra que añaden automáticamente artículos extra o las suscripciones "gratuitas" que se renuevan sin un consentimiento claramente expresado.

Detectar estas tácticas no siempre resulta sencillo. Las interfaces suelen presentarse como neutrales y, en apariencia, nos ofrecen las mismas opciones; sin embargo, la arquitectura subyacente está configurada para empujarnos hacia un resultado predeterminado. Este tipo de influencia, además de comprometer la autonomía individual, puede generar un perjuicio colectivo al violar la libre competencia (OCDE, 2022, p. 8). En consecuencia, comprender y regular los patrones oscuros se ha convertido en una tarea prioritaria para quienes velan por los derechos del consumidor y la equidad en el entorno digital.

En el ámbito jurídico, la ausencia de un consenso en la definición ha generado dificultades para su regulación. Organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la "OCDE") han procurado ofrecer una descripción más amplia. Dicho organismo internacional ha identificado tres elementos característicos: i) el uso de la arquitectura de elección para influir en decisiones; ii) la limitación de la autonomía y la capacidad deliberativa del consumidor; y iii) la utilización de engaños, coacción o manipulación que producen perjuicios directos o indirectos para los usuarios (OCDE, 2022, p. 8).

Como ocurre con cualquier herramienta digital, las plataformas de comercio electrónico necesitan una interfaz que medie la interacción entre el consumidor y los bienes o servicios que se ofertan. Esa interfaz la diseña cada proveedor de acuerdo con su modelo de negocio y, en principio, ello no supone un perjuicio: bien implementada, puede mejorar la navegación, simplificar los procesos de compra y, en general, optimizar la experiencia del usuario. Esta capacidad de personalización se explica porque la relación continua con la plataforma brinda al proveedor un caudal de información –patrones de búsqueda, productos favoritos, tiempos de permanencia– que le permite conocer con precisión los hábitos y preferencias del consumidor (Mato, 2024, p. 53).

No obstante, esta misma capacidad de recolectar información puede emplearse de manera adversa para el consumidor. Esto se agrava al considerar la vulnerabilidad inherente que presenta en las relaciones de consumo. Al disponer de datos conductuales detallados, el proveedor puede diseñar estrategias e interfaces que ofrezcan opciones adicionales o incentivos que inducen decisiones automáticas, poco deliberadas y con un esfuerzo cognitivo mínimo. En tales escenarios, la arquitectura digital deja de ser un instrumento neutral para convertirse en un mecanismo de fabricación de decisiones automáticas e intuitivas sin consciencia deliberada (OCDE, 2022, p. 9).

Por su lado, la clasificación de los patrones oscuros constituye un desafío para la doctrina y la regulación, dada la naturaleza dinámica y cambiante de estas prácticas. No existe, hasta la fecha, una taxonomía uniforme aceptada por la comunidad académica ni por los legisladores. Desde la primera propuesta de Harry Brignull en 2010 –quien identificó siete tipos básicos–, la proliferación de estudios empíricos y avances tecnológicos han revelado cientos de variaciones adicionales (Varela, 2020, p. 8)[2]. Esta diversidad dificulta establecer categorías cerradas, pero a la vez evidencia la necesidad de tipologías funcionales que permitan su identificación y eventual sanción en entornos digitales.

Uno de los intentos más recientes y relevantes para sistematizar estas prácticas proviene de la OCDE, cuyo informe denominado *Dark Commercial Patterns* (2022) agrupa las estrategias de manipulación en distintas categorías. Según la OCDE, los patrones oscuros pueden manifestarse mediante: (i) acciones forzadas, que obligan al usuario a realizar pasos innecesarios para acceder a un servicio; (ii) interferencias de interfaz, que manipulan visualmente la presentación de opciones; (iii) persistencia excesiva, basada en solicitudes reiteradas que presionan al consumidor[3]; (iv) obstrucciones, que introducen fricciones intencionadas para disuadir acciones desfavorables para el proveedor; (v) furtividad, que oculta o retrasa información clave a través de la falacia del costo hundido; (vi) prueba social manipulada, que explota la percepción de comportamiento colectivo[4]; y (vii) estrategias de urgencia, que simulan escasez o limitaciones temporales para inducir decisiones apresuradas (OCDE, 2022, p. 10-11).

Esta clasificación resulta particularmente útil para el análisis jurídico, ya que identifica cómo cada categoría impacta en la autonomía y la capacidad deliberativa del consumidor. Por ejemplo, los patrones furtivos y las

[2] De manera precisa, se trae a colación el estudio realizado por la Universidad de Princeton en el 2019. A partir del análisis de 53 mil páginas de Internet, se descubrieron más de mil ochocientos dieciocho ejemplos de patrones oscuros (Mathur et al. 2019, p. 27).

[3] En esta categoría también se incluyen los denominados pop-ups o ventanas emergentes que preguntan al usuario si desea habilitar notificaciones, ofreciendo únicamente las opciones "sí, acepto" o "por ahora no", lo que impide al consumidor rechazar de forma definitiva dicha solicitud (Mato, 2024, p. 55).

[4] En Chile, el SERNAC subdividió esta práctica en dos categorías específicas. La primera corresponde a los mensajes de actividad, los cuales informan al usuario sobre interacciones en el sitio web, como el número de visualizaciones de un producto o la cantidad de visitas a determinada página. La segunda categoría se refiere a testimonios de compras recientes, que pueden resultar confusos, engañosos o incluso ser completamente falsos (SERNAC, 2022, p. 4). En ese sentido, este tipo de tácticas busca generar una sensación de popularidad o alta demanda, apelando al sesgo de prueba social para inducir decisiones de compra apresuradas.

interferencias de interfaz son especialmente relevantes para evaluar el cumplimiento del deber de información en el derecho del consumidor, mientras que las acciones forzadas y las obstrucciones podrían considerarse métodos coercitivos o agresivos, sancionables bajo normativas de prácticas comerciales desleales. Esta relación entre tipología y efectos jurídicos permite vislumbrar criterios objetivos para la interpretación y eventual regulación de estas prácticas.

Por otro lado, para complementar el concepto, es imperante tener en cuenta el contexto de su desarrollo. Precisamente, la evolución del marketing digital ha transformado de manera significativa el comportamiento de los consumidores y la dinámica de los mercados. Herramientas como el análisis de datos, la segmentación de audiencias y la personalización de experiencias permiten a las empresas optimizar sus estrategias comerciales, ofreciendo productos y servicios ajustados a los intereses de los usuarios (Alvino, 2021, como se citó en Román, Tarambis y Moscoso, 2022, p. 148; Schiffman y Lazar, 2010, p. 14). Desde esta óptica, el marketing digital no reemplaza al marketing tradicional. Su fin ulterior es potenciarlo. Al incorporar tecnologías de la información, abre nuevas vías de comunicación y eleva la eficiencia en la relación proveedor-consumidor (Mejía, 2017, citado en Sandoval, Alcalá y Martínez, 2018, p. 4).

Hoy se ha consolidado como una herramienta estratégica, tanto en mercados locales como globales, al combinar modelos de negocio innovadores con tácticas avanzadas que multiplican los puntos de contacto comerciales (Román, Tarambis y Moscoso, 2022, p. 149). En un entorno donde la información es abundante y los canales digitales permiten la inmediatez, el consumidor puede comparar precios, calidades y experiencias con un solo *clic*, ejerciendo así un mayor poder para determinar el valor de los productos que adquiere.

Para responder a este consumidor empoderado, las empresas segmentan sus audiencias y elaboran mensajes que apelan no solo a la razón, sino también a las emociones y motivaciones profundas que influyen en la decisión de compra (Kotler, Kartajaya y Setiawan, 2013, p. 11). Idealmente, este enfoque debería traducirse en un marketing genuinamente centrado en el usuario, capaz de presentarle la oferta adecuada en el momento justo, mejorando su experiencia y favoreciendo la competencia por calidad y precio.

La característica más distintiva del marketing digital es su capacidad de crear un canal bidireccional: el proveedor no solo envía información, también recibe retroalimentación constante sobre hábitos y preferencias. Ello posibilita experiencias cada vez más personalizadas y, en apariencia, un mercado más equilibrado. Pero la moneda tiene otra cara: esta misma personalización abre la puerta a un grado de influencia sin precedentes, donde la

frontera entre satisfacer necesidades y manipular decisiones se difumina peligrosamente.

Uno de los motores de ese poder es la posibilidad de recopilar y procesar volúmenes masivos de datos –clics, tiempos de permanencia, historiales de compra– mediante algoritmos de seguimiento, sistemas de recomendación y técnicas de segmentación avanzada (Wilson, Johnson y Brown, 2024, p. 2). Con estos insumos, las empresas pueden construir ofertas "a medida" que, si bien pueden resultar útiles, también corren el riesgo de explotar sesgos cognitivos y emocionales del usuario.

Aquí se traza la línea crítica entre persuasión legítima y manipulación ilícita. La primera descansa en argumentos claros, verificables y comparables que ayudan al consumidor a elegir. La segunda –propia de los patrones oscuros– se apoya en vulnerabilidades psicológicas para conducirlo hacia opciones que, de otro modo, descartaría (Brenncke, 2024, p. 7). El incentivo comercial se convierte entonces en una arquitectura de elección que limita la autodeterminación del usuario y plantea un desafío regulatorio: ¿cómo preservar la innovación y la personalización sin sacrificar la libertad de decisión del consumidor?

Para responder a la interrogante, es crucial advertir al lector que no toda influencia externa constituye una violación a la autonomía del consumidor. Incluso una decisión no reflexiva puede ser autónoma si está alineada con las preferencias y valores del consumidor (Brenncke 2024, p. 7). Lo problemático surge cuando la interfaz digital interfiere en el proceso deliberativo mediante estímulos diseñados para alterar la percepción, las mismas que se realizan por medio del tratamiento de datos de los consumidores, los cuales son recabados por *cookies*. En tales casos, aprovechando el análisis de información y hábitos del consumidor, la arquitectura digital deja de ser un instrumento neutral de persuasión para convertirse en un mecanismo de control encubierto de la conducta del usuario.

Desde la perspectiva del derecho de libertad de empresa, corresponde al proveedor determinar la forma en que ofrecerá sus productos o servicios en el mercado (Salas y Almanza, 2021, p. 206). Este derecho ampara la libertad de elección del modelo de negocio, el cual se materializa a través de la estructura organizacional y los procesos internos que permiten su funcionamiento (Osterwalder y Pigneur, 2013, p. 14). En virtud de ello, los proveedores diseñan sus estrategias comerciales y la arquitectura digital de sus plataformas con el fin de posicionarse de manera competitiva, empleando la publicidad y las herramientas tecnológicas disponibles para atraer y retener consumidores. Desde un punto de vista general, tales prácticas son legítimas y se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico. Para ello, solo será necesario que respeten los límites impuestos por la normativa de protección al consumidor y la libre competencia.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 621-650
https://doi.org/10.18543/ed.3593 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

De la misma forma, la libertad de empresa permite a los proveedores diseñar sus mensajes y sus plataformas con el fin de atraer clientes, pero ese margen termina allí donde la estrategia abandona la persuasión abierta y se convierte en manipulación invisible. Como recuerda Laghrissi (2025, p. 106), la publicidad, por definición, persigue influir en la elección del público; no obstante, cuando una interfaz está pensada para acortar deliberadamente el tiempo de reflexión –por ejemplo, mediante contadores regresivos, ventanas emergentes insistentes o preselección de opciones– el equilibrio entre las partes se rompe. Resulta entonces imprescindible trazar una línea clara: de un lado, la persuasión legítima, que presenta razones comprensibles y comparables; del otro, la manipulación ilícita, que actúa sobre los resortes psicológicos del usuario privándolo de una deliberación auténtica. En esa frontera, se decide la vigencia práctica de la autonomía del consumidor.

Se invita a pensar en la rutina diaria de cualquier persona. Desde elegir qué desayunar hasta decidir una inversión importante, cada jornada está repleta de elecciones grandes y pequeñas. Incluso en el mundo físico, esa sucesión de decisiones exige un esfuerzo cognitivo nada despreciable. La digitalización del consumo ha elevado la exigencia varios peldaños adicionales: un mismo usuario recibe ofertas, descuentos personalizados y recordatorios permanentes a través del móvil, el correo y las redes sociales. Gestionar ese caudal de información simultánea puede sobrecargar, e incluso paralizar, la capacidad racional necesaria para comparar alternativas con calma y criterio.

Ante tal escenario, el marketing digital ha perfeccionado técnicas cada vez más precisas: hoy no se limita a llamar la atención, sino que predice y modela el comportamiento del consumidor. Ello lo hace al analizar las micro-decisiones del consumidor –desplazamientos de ratón, tiempo de permanencia, histórico de compras– y ajusta en tiempo real los mensajes y precios que le muestra (Casado, 2017, pp. 3-4). A primera vista, podría pensarse que se sigue actuando de forma plenamente racional. No obstante, como advierte Gastañadui (2024, pp. 67-68), la mente opera con sesgos cognitivos inevitables que se activan en casi todas las situaciones de elección: heurísticas de escasez, preferencias por lo inmediato, aversión a la pérdida. Cuando el diseño digital aprovecha esos atajos mentales para precipitar decisiones, la frontera entre influencia legítima y manipulación queda peligrosamente difuminada.

Comprender el funcionamiento de estos sesgos es esencial para explicar cómo los patrones oscuros logran manipular de forma efectiva la conducta del consumidor. La literatura especializada los define como patrones de pensamiento erróneos o desviados que emergen al juzgar o decidir (Gómez-Mejía y Peña, 2019, p. 395). Estos sesgos están íntimamente relacionados con el uso de heurísticas, entendidas como atajos mentales empleados para

simplificar la resolución de problemas o la toma de decisiones en situaciones complejas. Aunque, si bien estas heurísticas facilitan respuestas rápidas y eficientes, también pueden generar errores sistemáticos de razonamiento que desvían la decisión de una lógica estrictamente racional (Casado, 2017, p. 8).

Esta vulnerabilidad cognitiva no debe interpretarse únicamente como una deficiencia del consumidor, sino también como una condición estructural del comportamiento humano que los proveedores digitales han aprendido cómo, cuándo y dónde explotar. Las plataformas de comercio electrónico utilizan algoritmos de aprendizaje automático y técnicas de segmentación para identificar los sesgos más frecuentes en cada perfil de usuario y, a partir de ello, diseñar interfaces capaces de activarlos de manera casi imperceptible. Para realizar dicha personalización, es necesario el tratamiento masivo de los datos personales que el usuario va dejando en cada una de sus interacciones con la red.

En ese sentido, la arquitectura digital está diseñada para dar comodidad al usuario. Ello permite que las defensas sean disminuidas o eliminadas. En ese espacio de "confort", los proveedores han encontrado herramientas de manipulación. Al final, ¿quién podría sospechar de una herramienta que le anticipa lo que quiere?

La relevancia de este fenómeno para el derecho del consumidor radica en que las decisiones afectadas por sesgos cognitivos no son plenamente libres ni informadas, aunque formalmente cumplan con requisitos legales como el consentimiento expreso o la aceptación de términos contractuales. Esto plantea un desafío regulatorio: ¿cómo proteger al consumidor cuando la interferencia no se manifiesta como un engaño explícito, sino como una manipulación sutil de su propio proceso mental de elección? Conforme se expresó anteriormente, no se niega que el sujeto haya manifestado su voluntad. Pero el problema se encuentra en el contexto en el que fue manifestada dicha voluntad.

Para responder a la interrogante planteada, es necesario abordar aquellos sesgos cognitivos que guardan relación directa con la clasificación de patrones oscuros analizada previamente. El objetivo es mostrar cómo dichos sesgos operan en la práctica, de qué modo influyen en las decisiones de consumo y por qué su explotación sistemática por parte de proveedores digitales compromete las decisiones comerciales en la era digital.

Uno de los sesgos más importantes, tanto en la publicidad como en las propias decisiones personales, es el sesgo de la prueba social. Este describe la tendencia humana a imitar o alinearse con las acciones y decisiones de otras personas (Graef, 2023, p. 3). En entornos digitales, esta inclinación se ve amplificada por la dinámica de las redes sociales, donde la popularidad de productos y servicios se construye, en gran medida, a partir de interacciones visibles como "me gusta", comentarios o compartidos. Esta exposición genera una presión social implícita, dado que los usuarios buscan validación

al adoptar comportamientos percibidos como socialmente aceptados (Ballara, 2023, p. 1855). De esa forma, se consigue una mayor confianza en la adquisición del producto (Bermejo, 2023, p. 285).

El segundo de ellos es el sesgo de escasez. Este se fundamenta en la percepción de que un producto resulta más valioso cuando se considera limitado en disponibilidad (Sin, Harris, Nilsson y Beck, 2025, p. 64). Esta percepción se explica porque la escasez influye tanto en la valoración económica del bien como en su popularidad percibida. Por ello, estrategias de marketing como ofertas por tiempo limitado, anuncios de "últimas unidades disponibles" o la comercialización de ediciones especiales son ampliamente utilizadas para fomentar decisiones rápidas y poco deliberadas de compra[5].

El tercero de ellos es el sesgo de anclaje. Este describe la tendencia de los individuos a basar sus juicios y elecciones de manera desproporcionada en la primera información que reciben, conocida como ancla (Cabarcas, 2024, p. 35). Dicho de otro modo, la primera impresión genera un punto de referencia inconsciente que condiciona evaluaciones posteriores. En ese sentido, esta confianza inicial fija un valor en el subconsciente del consumidor que servirá como parámetro para evaluar la conveniencia de una transacción posterior (Nicolau 2020, p. 11).

III. IMPACTO DE LOS DARK PATTERNS EN LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: AUTONOMÍA, INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO

La irrupción de los patrones oscuros obliga a replantear los pilares tradicionales del Derecho del Consumo. Aunque la autonomía contractual y el deber de información fueron pensados para equilibrar la relación proveedor-consumidor, las arquitecturas digitales actuales permiten inducir elecciones sin que el usuario advierta la interferencia. El siguiente análisis examina hasta qué punto estas prácticas desdibujan la frontera entre consentimiento válido y manipulación, así como las tensiones que generan en el modelo jurídico peruano.

El principio de autonomía de la voluntad, considerado eje del derecho contractual –en la medida en que las partes regulan libremente sus relaciones jurídicas– (Hernández y Guerra, 2012, p. 27), revela sus límites cuando se traslada al ámbito del consumo masivo. En específico, dicha concepción resulta insuficiente para proteger al consumidor, sujeto estructuralmente

[5] Para más información sobre un estudio cualitativo sobre el tema, véase Wu, Y., Xin, L., Li, D., Yu, J. and Guo, J. (2021), "How does scarcity promotion lead to impulse purchase in the online market? A field experiment". *Information & Management*, 58(1): 103283. https://doi.org/10.1016/j.im.2020.103283

vulnerable frente al poder de mercado del proveedor (Durand, 2010, p. 75). La fragilidad se intensifica en el comercio electrónico: el consentimiento, pilar de la autonomía, puede ser moldeado por la propia interfaz que guía, oculta o resalta determinada información.

Para la toma de decisiones en el mercado, es imperante tener información. Frente a ello, se ha concebido al "paradigma de la información". A través de él, se presume que, dotado de datos claros y suficientes, el consumidor decide de modo autónomo. Un acto verdaderamente autónomo implicaría recibir la información obligatoria, comprenderla, integrarla en el proceso deliberativo y poder justificar la elección resultante (Brenncke, 2024, p. 19-22). Este modelo coincide con una concepción de autonomía entendida como autodeterminación racional.

El ordenamiento peruano adopta dicho paradigma. El artículo V del CPDC consagra la soberanía del consumidor, confiando en que la información "adecuada, suficiente, veraz y oportuna" garantiza elecciones libres. Así, se tutela a un "consumidor racional informado" (Thorne, 2010, p. 64). Sin embargo, este diseño normativo ignora elementos clave de la psicología del comportamiento y del neuromarketing.

Los patrones oscuros desafían esa lógica, ya que explotan limitaciones cognitivas para inducir comportamientos favorables al proveedor sin activar las alarmas del consumidor (Luguri y Strahilevitz, 2021, p. 44). La diferencia entre una decisión meramente no reflexiva y una decisión distorsionada radica en la presencia de influencias externas que anulan la independencia (Brenncke, 2024, pp. 18-21). Cuando la interfaz introduce urgencia artificial, oculta costos o preselecciona opciones, el acto volitivo puede seguir pareciendo "informado", pero la autodeterminación ha sido socavada. De esa manera, a través de la información brindada, se incide en el consumo.

Por ejemplo, un consumidor puede optar espontáneamente por una compra impulsiva alineada con sus preferencias; pero si esa decisión fue provocada por tácticas de urgencia artificial o por la ocultación de información relevante, la elección deja de ser genuinamente libre. La manipulación se oculta bajo la apariencia de un consentimiento informado, generando una ficción de autonomía que desafía los cimientos del derecho contractual clásico ("la exteriorización de la voluntad") y de protección al consumidor.

La centralidad del paradigma informativo en la protección al consumidor parte de una premisa intuitiva pero exigente: la información solo empodera cuando es realmente comprendida y utilizada por su destinatario. Por ello, en la etapa precontractual, se impone al proveedor un deber de información destinado a asegurar decisiones libres e informadas. Sin embargo, la eficacia de ese deber resulta cuestionable cuando las propias interfaces que vehiculan la información están diseñadas para desviar la atención o para inducir elecciones predeterminadas.

En la dogmática peruana, el deber de informar se concibe como un mecanismo para garantizar el derecho del consumidor a la información. Es decir, consiste en la obligación del proveedor de brindar datos adecuados para que el consumidor adopte la decisión más acorde con sus intereses (Rojas, 2012, p. 66). Este mandato encuentra respaldo constitucional: el artículo 65 de la Constitución Política de 1993, que impone al Estado proteger a los consumidores, lo que incluye el acceso a información veraz y suficiente sobre los bienes y servicios ofrecidos[6]. El CPDC desarrolla dicho mandato en su artículo 2, obligando a que la información sea "veraz, suficiente, comprensible, apropiada, oportuna y fácilmente accesible".

La función preventiva de este deber es clara: reducir la asimetría informativa típica de la relación de consumo (Durand & Flores, 2022, p. 111). En el comercio tradicional, el proveedor posee ventajas de conocimiento que justifican la carga informativa a su favor (Rodríguez, 2008, p. 114-115). Sin embargo, el entorno digital incrementa esa asimetría: las transacciones se realizan mediante interfaces diseñadas por el propio proveedor, quien controla no solo el contenido, sino también la forma, secuencia y visibilidad de la información. El resultado es un escenario donde el consumidor puede tener acceso formal a los datos exigidos por la ley, pero en un formato que dificulta su lectura, comprensión o comparación efectiva.

Aunque el CPDC cubre transacciones electrónicas –y, en teoría, el consumidor digital puede invocar las mismas garantías que en el comercio presencial (Díaz, 2018, p. 40)– surgen dudas sobre su suficiencia frente a los patrones oscuros. Cumplir con el deber de información en sentido estrictamente formal no neutraliza técnicas que explotan heurísticas y sesgos cognitivos; tales tácticas pueden permanecer al margen de la infracción explícita y, sin embargo, minar la autonomía del consumidor. El marco jurídico, al privilegiar la veracidad y completitud del dato, descuida el modo en que ese dato se inserta en una arquitectura de elección diseñada para condicionar la conducta.

Desde luego, ciertas configuraciones extremas podrían encuadrarse en infracciones ya previstas (información engañosa, falta de idoneidad, métodos coercitivos). Pero existe una amplia zona gris donde las estrategias de diseño persuasivo eluden la sanción, perpetuando un entorno digital en el que el consumidor opera con una falsa sensación de control. Esta brecha regulatoria demuestra que el paradigma puramente informativo resulta insuficiente: no basta con exigir datos veraces si la interfaz misma manipula la forma en que

[6] Constitución Política del Perú de 1993

"Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y seguridad de la población."

el consumidor los procesa y valora. Para restaurar condiciones de equidad, el deber de información debe complementarse con reglas que atiendan al contexto cognitivo y al diseño de las plataformas, de modo que la autonomía del consumidor sea protegida no solo en lo formal, sino en lo sustancial.

La proliferación de patrones oscuros obliga a ir más allá del tradicional mandato de "informar al consumidor". Contar con datos ya no garantiza una decisión libre si la interfaz está diseñada para empujar al usuario hacia un resultado concreto. En consecuencia, estas influencias externas requieren una regulación *ad hoc* que no se limite a reforzar el contenido de la información, sino que examine cómo se presenta, en qué momento aparece y qué atajos cognitivos activa. La autonomía, entendida como la auténtica capacidad de elegir, demanda que el diseño de las plataformas sea tan transparente como el mensaje que transmiten.

De cara al Perú, repensar el paradigma vigente significa dotar al ordenamiento de criterios técnicos que permitan identificar la manipulación cognitiva y otorgar a INDECOPI herramientas efectivas para restaurar la libertad contractual en el mundo digital. Esto plantea una disyuntiva inmediata: ¿basta con interpretar creativamente las normas actuales o resulta imprescindible una reforma que declare expresamente ilícitos los patrones oscuros y fije sanciones disuasorias? Resolverla es crucial. De lo contrario, las tácticas de diseño persuasivo seguirán moviéndose en una zona gris, erosionando la confianza de los consumidores y, a la larga, la competitividad del propio mercado electrónico.

IV. EL MARCO JURÍDICO PERUANO: VACÍOS Y DESAFÍOS REGULATORIOS EN EL CONTEXTO DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL

La Constitución peruana reconoce expresamente la protección del consumidor como derecho fundamental, otorgando al Estado la responsabilidad de garantizar que las relaciones de consumo se desarrollen en condiciones de equidad y transparencia. Este mandato se concreta en el CPDC, cuyo Título Preliminar establece como objetivos centrales reducir la asimetría informativa, prevenir abusos y eliminar prácticas que vulneren los intereses de los consumidores. Sin embargo, pese a la amplitud de este mandato[7], el CPDC

[7] La regulación de protección y defensa del consumidor peruano se basa en crear tipos infractores genéricos y ejemplificativos. En ese sentido, ante alguna laguna gris, se procederá con analizar si hubo impacto o no en los derechos de los consumidores. De la misma manera, se ha desarrollado la regulación de derecho de leal competencia peruana. Las tipificaciones de faltas se dividen en aquellas objetivas y las que se debe analizar si hubo o no afectación real en el mercado.

carece de una referencia específica a los patrones oscuros. Ante ello, se procederá a explorar las categorías reguladas.

El artículo 56 del CPDC regula los denominados métodos comerciales coercitivos, sancionando aquellas conductas del proveedor que, de manera explícita, imponen obligaciones o prestaciones no pactadas originalmente. La norma presenta un catálogo enunciativo y abierto de supuestos que incluyen, entre otros, la modificación unilateral de contratos o la imposición de ventas condicionadas. Según la doctrina, estos métodos se asocian a formas tradicionales de presión comercial que restringen de manera visible la libertad del consumidor (Vega, 2019, p. 22).

Si bien la amplitud del precepto permite una interpretación extensiva que podría alcanzar ciertos patrones oscuros –por ejemplo, aquellos que obligan al consumidor a realizar acciones adicionales para evitar cobros predeterminados–, su alcance es insuficiente. La mayoría de los patrones oscuros no operan mediante coacción explícita, sino a través de mecanismos de influencia indirecta basados en la psicología del comportamiento y el diseño de interfaces digitales. Esto significa que, en la práctica, las tácticas más sofisticadas de manipulación escapan a la tipificación actual, lo que limita el poder disuasorio de la norma.

Por su lado, el artículo 58 regula las prácticas comerciales agresivas o engañosas, prohibiendo conductas que afecten de manera significativa la libertad de elección del consumidor, tales como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. Estas prácticas buscan "mermar, limitar o recortar" la capacidad decisoria del consumidor, promoviendo compras impulsivas o desinformadas (Hermoza, 2019, p. 5).

Si bien algunos patrones oscuros podrían subsumirse bajo esta categoría –por ejemplo, interfaces que simulan urgencia o que presentan información engañosa sobre precios–, el artículo 58 no contempla las modalidades digitales de manipulación. La norma fue diseñada para enfrentar escenarios analógicos de presión comercial, por lo que resulta ambigua cuando se trata de conductas algorítmicas o automatizadas. Esta falta de especificidad genera incertidumbre tanto para los operadores jurídicos como para los proveedores, dificultando la identificación y sanción efectiva de estas estrategias en el comercio electrónico.

La revisión conjunta de los artículos 56 y 58 revela que el CPDC ofrece un marco protector básico, pero anclado en concepciones tradicionales de coerción y engaño. Los patrones oscuros, en cambio, constituyen una forma de manipulación más sutil, que opera a través de interfaces persuasivas y sesgos cognitivos, sin recurrir a la coacción directa ni al fraude evidente. Esto crea una zona gris normativa donde muchas prácticas digitales quedan fuera del alcance sancionador. En este contexto, será importante traer a colación el

análisis realizado por el organismo regulador en materia de protección del derecho de consumidor en Perú (INDECOPI).

En 2022, la Dirección de Fiscalización del INDECOPI inspeccionó el portal web y la aplicación móvil de Rappi S.A.C. y detectó que el sistema añadía automáticamente un importe de propina al carrito de compra. Para eliminar ese recargo, el usuario debía realizar pasos adicionales, entre ellos localizar una opción configurada en inglés. La Comisión de Protección al Consumidor N.° 3 inició procedimiento administrativo y, mediante Resolución 0043-2023/CC3, concluyó que la práctica vulneraba el artículo 56 b) (métodos coercitivos) y el numeral 2.2 del CPDC. En consecuencia, se impuso una amonestación por la preselección del cargo de propina, una multa de 1,30 UIT por presentar la opción de rechazo en idioma distinto al español y una medida correctiva que consistía en modificar la interfaz para que el concepto "propina" no aparezca activado por defecto.

Rappi impugnó la decisión alegando (i) atipicidad de la conducta y (ii) afectación a su libertad de empresa. La Sala Especializada en Protección al Consumidor resolvió la impugnación con la Resolución 1235-2024/SPC-INDECOPI, desestimando ambos argumentos y, por primera vez, calificó la práctica como un ejemplo de patrones oscuros: "Estrategias empleadas en sitios web o aplicaciones que obligan a las personas a hacer cosas que no desean –como comprar o registrarse– generando consumo sin intención" (párrafo 69).

Asimismo, la Sala citó el informe de la OCDE (2022) para contextualizar los daños potenciales y concluyó que la preselección de la propina constituía una técnica manipulativa destinada a que el consumidor asuma un costo no pactado. Pese a ello, la decisión final mantuvo la subsunción en el artículo 56 b) –métodos coercitivos– y no enunció una infracción autónoma por patrones oscuros; la propia resolución admite la ambigüedad: "se imputó al proveedor la aplicación de métodos comerciales coercitivos, más no estrictamente la aplicación de patrones oscuros; siendo que, dicha conducta se concretiza con la preselección de un concepto, que requería de una acción adicional para dejar de asumirlo" (párrafos 119-120).

El primer aspecto para destacar es la ambivalencia en el tratamiento normativo que la Sala Especializada en Protección al Consumidor dio a la práctica de *Rappi*. Aunque la resolución reconoce expresamente que la conducta se enmarca en lo que la OCDE denomina patrones oscuros, la sanción finalmente se fundamenta en el artículo 56 b) del CPDC, referido a métodos coercitivos. Esto revela una insuficiencia tipificadora: la autoridad percibe y describe una práctica novedosa, con características distintas a la coerción tradicional, pero se ve obligada a subsumirla analógicamente en una infracción ya existente. Esta situación genera problemas desde el punto de vista del principio de legalidad y tipicidad administrativa, pues deja abierta la

posibilidad de que conductas similares en el futuro no puedan sancionarse si no encajan claramente en los supuestos del artículo 56.

El reconocimiento implícito evidencia un vacío conceptual en la normativa peruana: carece de una definición y tipificación autónoma de patrones oscuros, lo cual obliga a la autoridad a interpretar de manera expansiva figuras pensadas para otros contextos. Ello compromete la seguridad jurídica, tanto para los consumidores –quienes no saben con certeza qué conductas están prohibidas– como para los proveedores, que podrían alegar que su actividad no es sancionable al no estar explícitamente regulada. Esta laguna normativa reduce la eficacia del sistema de protección y debilita el efecto pedagógico que las sanciones deberían tener en el mercado.

Un segundo aspecto crítico es la indefinición conceptual sobre cuándo una práctica debe considerarse un método coercitivo y cuándo constituye un patrón oscuro autónomo. En el caso de *Rappi*, la preselección de la propina no conlleva coacción directa ni amenaza explícita; sin embargo, la Sala opta por calificarla como coercitiva. Esto genera incertidumbre interpretativa: ¿basta la existencia de un costo preactivado para considerarlo coerción, o debe demostrarse un elemento adicional de presión sobre la voluntad del consumidor? La postura expuesta en el presente trabajo se alinea a la segunda opción, ya que la preactivación no necesariamente anula la voluntad del consumidor. Para su calificación de patrón oscuro, es imperante que el diseño sea manipulador y malicioso (Jarovsky, 2022, p. 6)

La falta de criterios diferenciadores crea un riesgo de inconsistencia sancionadora. Otras plataformas que utilicen estrategias de preselección, pero con variaciones mínimas en la interfaz, podrían escapar a la sanción si la autoridad considera que no hay coacción suficiente. La noción de patrón oscuro, en cambio, permite describir con mayor precisión la manipulación digital basada en diseño y sesgos cognitivos, incluso cuando no exista coerción en sentido clásico. Este vacío doctrinal y normativo retrasa la construcción de un marco claro para identificar y sancionar estas prácticas en entornos digitales.

En general, el caso *Rappi* reveló la carencia de criterios técnicos y guías interpretativas para identificar patrones oscuros en el mercado peruano. Aunque la Sala cita ejemplos de la OCDE y reconoce la existencia de estas prácticas, no desarrolla un marco operativo que sirva a la autoridad fiscalizadora ni a los proveedores para determinar cuándo un diseño de interfaz cruza la línea hacia la manipulación ilícita. Por lo tanto, la falta de lineamientos dificulta la actuación proactiva de INDECOPI y limita la capacidad de los consumidores para reconocer estas prácticas.

V. REGULACIÓN COMPARADA

El desarrollo del comercio electrónico ha permitido que el concepto de patrones oscuros haya pasado al primer plano del debate. De ser un concepto desconocido, ha pasado a un tema de debate entre legisladores y académicos. En un contexto en el que el comercio electrónico y el diseño de interfaces digitales trascienden fronteras, resulta indispensable analizar cómo otros sistemas jurídicos han abordado la manipulación cognitiva del consumidor. Este examen comparado no solo permite identificar avances en materia de protección, sino también advertir las limitaciones y desafíos que persisten a nivel global en la regulación de estas prácticas. Sin el análisis comparado, el presente trabajo estaría inconcluso.

La experiencia comparada muestra una clara evolución: el derecho del consumidor está ajustándose a la realidad digital, ya sea creando reglas específicas o reinterpretando figuras tradicionales –como las prácticas engañosas o agresivas– para hacerles frente. En particular, la Unión Europea ha adoptado un enfoque más robusto con la introducción de la Ley de Servicios Digitales, que prohíbe expresamente el uso de patrones oscuros en plataformas en línea. En Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio (en adelante, la "FTC") ha emitido directrices para identificar y sancionar estas tácticas bajo el marco de prácticas desleales y engañosas, mientras que, en Chile, el SERNAC ha desarrollado informes y acciones preventivas para visibilizar el fenómeno. Explorar estos enfoques brinda lecciones valiosas para diseñar un marco regulatorio en el Perú que, sin perder de vista la realidad nacional, se mantenga alineado con los estándares internacionales y proteja eficazmente a los consumidores en el dinámico ecosistema del comercio electrónico.

1. *Perspectiva latinoamericana: Chile*

Chile constituye un caso ilustrativo de respuesta institucional temprana, aunque todavía no normativa, frente a los patrones oscuros. Sin contar con una prohibición expresa en su Ley de Protección al Consumidor, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) optó por una estrategia de investigación y divulgación que puso el fenómeno en la agenda pública. En 2021 el organismo publicó el Informe de resultados de levantamiento de Dark Patterns en comercio electrónico, primer estudio oficial en la región que documenta de forma sistemática la presencia de estas prácticas en sitios web nacionales (SERNAC, 2021).

El informe examinó 110 tiendas participantes en el CyberMonday chileno. La metodología consistió en seleccionar al azar empresas de diversos rubros –con inclusión forzosa de algunas plataformas de alto tráfico– y

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 621-650
https://doi.org/10.18543/ed.3593 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

analizar sus interfaces mediante la taxonomía priorizada por la OCDE. Los hallazgos fueron reveladores: 64 % de las empresas evaluadas empleaban al menos un patrón oscuro, predominando (i) las acciones forzadas que obligaban a registrarse o aceptar condiciones para continuar la compra; (ii) las señales de urgencia o escasez; y (iii) los testimonios dudosos o manipulados (SERNAC, 2021, p. 4). La difusión pública de los resultados generó presión reputacional y motivó mesas de trabajo con cámaras empresariales y plataformas digitales.

Desde una perspectiva crítica, la actuación del SERNAC cumple una función pedagógica y de *soft-law*: visibiliza el problema, identifica las prácticas y ofrece recomendaciones de cumplimiento. Sin embargo, la ausencia de una tipificación específica en la legislación chilena limita la potestad sancionadora: el organismo depende de subsumir la conducta en infracciones tradicionales –como publicidad engañosa o cláusulas abusivas– o de incentivar correcciones voluntarias. Esto crea un riesgo de ineficacia disuasoria, pues las empresas pueden ajustar mínimamente el diseño sin abandonar la lógica de manipulación ni enfrentar multas significativas.

El caso chileno muestra los pros y contras de la autorregulación asistida: la evidencia empírica proporciona insumos valiosos para futuras reformas y eleva el estándar de transparencia, pero la falta de un marco vinculante deja lagunas en la protección efectiva. En la actualidad no se tramita un proyecto de ley que tipifique los patrones oscuros; el debate se mantiene en el ámbito académico y administrativo. Para el Perú, la experiencia chilena subraya la utilidad de los estudios diagnósticos como punto de partida, pero también confirma que sin una prohibición expresa y sanciones proporcionales, la disuasión depende más de la reputación que de la fuerza normativa.

2. *Estados Unidos*

Por su lado, el sistema estadounidense aborda los patrones oscuros principalmente desde la competencia y la protección del consumidor, pero sin una ley federal que los tipifique de forma autónoma. A nivel nacional, la Comisión Federal de Comercio (FTC) se ampara en el artículo 5 de la Federal Trade Commission Act, que prohíbe prácticas "desleales" o "engañosas", para perseguir tácticas de diseño manipulativo. En 2022 la FTC publicó el informe Bringing Dark Patterns to Light, donde identificó cuatro categorías recurrentes: (i) elementos que inducen creencias falsas, (ii) prácticas que ocultan o retrasan información clave, (iii) métodos que generan cargos no autorizados y (iv) tácticas que dificultan el ejercicio de opciones de privacidad (FTC, 2022). El documento anuncia la voluntad de la agencia de intensificar la vigilancia y sancionar a las empresas que, mediante interfaces persuasivas, conduzcan a los consumidores a decisiones no deseadas.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 621-650
https://doi.org/10.18543/ed.3593 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

La estrategia federal se basa, por tanto, en la vía administrativa y jurisprudencial antes que en la codificación legislativa: la FTC emite guidelines, inicia litigios y negocia acuerdos que imponen restituciones y órdenes de cese. Este enfoque presenta dos ventajas: flexibilidad para adaptarse a nuevas tácticas y rapidez en la respuesta. Sin embargo, su eficacia depende de la carga probatoria en cada caso y del presupuesto de la agencia; además, la ausencia de una norma clara genera incertidumbre para las empresas y dificulta que los consumidores identifiquen con anticipación las prácticas ilícitas (Albanese, 2025, pp. 187-188).

Ante esa laguna federal, varios estados han empezado a dictar legislación sectorial. El ejemplo paradigmático es California, cuya California Privacy Rights Act (CPRA) prohíbe expresamente el uso de patrones oscuros para obtener consentimiento en materia de datos personales y define estos patrones como "interfaces diseñadas o manipuladas con el efecto sustancial de menoscabar la autonomía del usuario" (Gastañadui, 2024, p. 80). La CPRA declara inválido cualquier consentimiento obtenido mediante estas tácticas, obligando a las empresas a revisar sus flujos de autorización y a ofrecer controles de privacidad claros y simétricos. Otros estados –Colorado, Connecticut o Virginia– han seguido una senda similar en sus leyes de privacidad, pero con variaciones terminológicas y de alcance, configurando un mosaico normativo que complica el cumplimiento para plataformas con actividad interestatal.

De esa forma, el modelo estadounidense muestra una tensión entre flexibilidad y fragmentación. La eficacia ex post de la FTC depende de su capacidad investigadora y del efecto ejemplarizante de las multas, pero la falta de tipificación legislativa genera espacios de ambigüedad que pueden ser explotados por diseñadores de interfaces. Al mismo tiempo, la proliferación de normas estatales crea riesgos de *forum shopping* y de sobrecarga regulatoria: una empresa puede enfrentarse a requisitos divergentes sobre opacidad de diseño según la jurisdicción. Para el Perú, la experiencia norteamericana sugiere dos lecciones: (i) la actuación firme de una agencia especialista puede contener ciertas prácticas aun sin reforma legal, y (ii) a largo plazo resulta preferible un marco nacional unificado, para evitar brechas y contradicciones, antes que múltiples estándares parciales que diluyan la protección del consumidor.

3. *La Unión Europea teniendo en cuenta, principalmente, la regulación española*

A diferencia de los países anteriormente estudiados, la Unión Europea ha articulado la respuesta más completa frente a los patrones oscuros, aunque no mediante un único instrumento jurídico, sino a través de la progresiva

interacción de varios regímenes normativos. El punto de partida suele situarse en la Directiva 95/46/CE y, sobre todo, en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que introdujo la noción de *privacy by design* y obligó a los responsables del tratamiento a concebir sus servicios de forma transparente y leal (Varela, 2020, p. 25).

Esta exigencia impone a las empresas la obligación de integrar medidas de protección de datos personales desde las fases iniciales de concepción, diseño y desarrollo de sus sistemas, productos y servicios. Ello implica que la configuración de interfaces, arquitecturas de decisión y flujos de interacción debe ser concebida de manera que el tratamiento de la información personal sea transparente, seguro y proporcional a los fines para los cuales se recopila (Mato, 2024, pp. 69, 73).

Esta obligación preventiva supone un cambio sustancial respecto de enfoques normativos tradicionales, centrados exclusivamente en sancionar conductas posteriores a la infracción. Bajo el RGPD, la ausencia de un diseño que respete la privacidad puede, por sí misma, constituir una vulneración a los principios de lealtad y transparencia que guían el tratamiento de datos. Desde esta perspectiva, el uso de patrones oscuros resulta difícilmente compatible con los estándares europeos, pues estas prácticas tienden a opacar la información relevante, manipular el consentimiento del usuario y conducirlo a entregar más datos de los que estaría dispuesto a proporcionar en condiciones de plena libertad y comprensión.

En 2023, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, la "AEPD") impuso por primera vez una sanción específica a una empresa por la utilización de patrones oscuros, marcando un hito en la aplicación práctica del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, "RGPD") y de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). A través de un procedimiento sancionador, la autoridad administrativa multó con 12.000 euros a una compañía que trataba datos personales de sus usuarios de manera contraria a los principios de transparencia y consentimiento informado[8].

La investigación reveló que la empresa recopilaba datos personales mediante dos vías: (i) directamente, cuando los usuarios solicitaban contacto con los abogados anunciados en su plataforma, y (ii) de manera indirecta, a través de la instalación de cookies en los dispositivos de quienes visitaban el sitio web. El principal problema radicaba en el sistema de consentimiento implementado, que requería que los usuarios desmarcaran manualmente las casillas de hasta 130 empresas previamente activadas por defecto. Además,

[8] Para mayor información de la nota de prensa del 22 de mayo de 2023, se puede visitar el siguiente enlace: https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/12-billion-euro-fine-facebook-result-edpb-binding-decision_en

no existía una opción visible para rechazar todas las autorizaciones simultáneamente, lo que generaba una carga excesiva y poco razonable para cualquier interesado (Mato, 2024, p. 76).

La AEPD calificó esta práctica como un patrón oscuro de sobrecarga (*overloading*), al considerar que la estrategia buscaba intencionadamente fatigar al usuario para inducirlo a aceptar el tratamiento de sus datos por parte de múltiples terceros. La resolución identificó también un segundo patrón oscuro: el de ocultación (*skipping*). Varias de las opciones predeterminadas aparecían en un color grisáceo que se confundía con el fondo blanco de la pantalla, dificultando su localización y desmarcado. Esta táctica de camuflaje obligaba al usuario a realizar un esfuerzo visual adicional para ejercer un control efectivo sobre su privacidad[9]. Aunque el caso citado no versa específicamente sobre el consumo, es importante destacar que dicho caso muestra cómo los patrones oscuros manipulan el consentimiento libre e informado de un usuario.

Con base en estas constataciones, la AEPD concluyó que la interfaz del sitio ofrecía un sistema de consentimiento intencionadamente opaco, incompatible con el estándar de "información clara, accesible y comprensible" exigido por el RGPD. Además, la agencia sostuvo que la manipulación del diseño condicionaba el comportamiento y las decisiones de los usuarios, induciéndolos a compartir más datos de los que realmente deseaban, lo que afectaba directamente su derecho a la autodeterminación informativa. Esta resolución no solo estableció un precedente sancionador, sino que también evidenció la aplicación concreta de la noción de patrones oscuros en el ámbito de la protección de datos. Este es un hito importante que da un mensaje pedagógico en el mercado. De esa manera, se refuerza la obligación de las empresas de adoptar sistemas de consentimiento simples, transparentes y respetuosos de la autonomía del usuario.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, "TRLGDCU") de España también contempla disposiciones que pueden aplicarse indirectamente a la sanción de patrones oscuros, incluso cuando no exista una tipificación explícita de estas prácticas. Esta normativa busca garantizar la transparencia contractual y el respeto a los derechos básicos del consumidor, lo que permite que ciertas tácticas de manipulación digital sean subsumidas en sus disposiciones.

Un ejemplo relevante son las prácticas obstruccionistas que dificultan al consumidor poner fin a un contrato o cancelar una suscripción. Aunque el TRLGDCU se refiere específicamente a cláusulas contractuales, su alcance puede extenderse por analogía a los patrones oscuros que imponen

[9] Véase el caso presentado en el Expediente N° EXP202211953 (PS/00080/2023).

obstáculos desproporcionados a la voluntad del consumidor, pues tales prácticas contravienen el propósito fundamental de la norma: proteger a los usuarios frente a desequilibrios injustos en la relación de consumo (Mato, 2024, p. 77). Asimismo, los patrones furtivos (*sneaking*), que consisten en ocultar o retrasar información relevante mediante el diseño de la interfaz, podrían ser objeto de sanción bajo esta ley. Dichas conductas infringen las obligaciones de información precontractual, ya que la legislación exige que el precio y demás condiciones esenciales sean presentados de manera clara, comprensible y accesible antes de que el consumidor quede vinculado a la operación (Mato, 2024, p. 78).

Además del TRLGDCU, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales constituye otro pilar normativo aplicable a los patrones oscuros. Aunque no los menciona expresamente, la Guía interpretativa de la Comisión Europea reconoce que estas tácticas pueden cuestionarse mediante sus disposiciones (Mato, 2024, p. 83). La Directiva define como desleal cualquier práctica que vulnere los estándares de diligencia profesional o que altere significativamente el comportamiento económico del consumidor medio, llevándolo a adoptar decisiones de compra que no habría tomado en condiciones normales (European Union, 2024). Dentro de estas prácticas desleales se distinguen dos categorías: (i) Prácticas comerciales engañosas, por acción (información falsa) o por omisión (supresión u ocultación de datos relevantes) y (ii) Prácticas comerciales agresivas, que emplean acoso, coacción o influencia indebida para limitar la libertad de decisión del consumidor.

A través de estas categorías, la Directiva prohíbe diversas modalidades de patrones oscuros, tales como la creación artificial de urgencia, las pruebas gratuitas engañosas y las llamadas trampas de suscripción, donde la cancelación del servicio se vuelve intencionadamente compleja. En conjunto, tanto el TRLGDCU como la Directiva 2005/29/CE evidencian que, aun sin nombrar expresamente a los patrones oscuros, el marco normativo europeo de protección al consumidor ha desarrollado herramientas funcionales para limitar el uso de prácticas que distorsionan la autonomía del usuario y restringen la transparencia en entornos de comercio digital.

Posteriormente, el Comité Europeo de Protección de Datos preparó las "Directrices 3/2022 sobre patrones oscuros en las interfaces de las plataformas de redes sociales: cómo reconocerlos y evitarlos". Aunque es importante precisar que el enfoque de dichas directrices y las buenas prácticas que brinda se vinculan con la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad, la referencia realizada a los obstáculos que enfrenta el consumidor brinda una base de interpretación para el derecho de consumo, ya que estas Directrices evalúan cuándo un patrón de diseño corresponde a un *dark pattern* (San Miguel 2024, p. 50). Ello no es una actividad gratuita, ya que la

complejidad, como se precisó anteriormente, se encuentra en el espacio gris entre libertad de empresa para crear la arquitectura digital del negocio enfrentada a la necesidad de una consciente manifestación de voluntad por parte del consumidor.

El paso decisivo llegó con la Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act, en adelante, "DSA"), aprobada en 2022 y plenamente aplicable desde febrero de 2024. A partir de ella, se procedió a la uniformización de la regulación de los *dark patterns* en el espacio europeo. Específicamente, su artículo 25 prohíbe que los prestadores de servicios de intermediación configuren o gestionen sus interfaces "de forma que engañen o manipulen" a los destinatarios, o que "distorsionen u obstaculicen significativamente" su capacidad de tomar decisiones libres e informadas. Es la primera disposición europea que nombra de manera explícita a los *dark patterns*, alineándose con la taxonomía de la OCDE (2022) y con la literatura académica (Graef, 2023). La DSA, además, introduce obligaciones reforzadas para las *very large online platforms* (VLOPs), incluyendo auditorías de riesgo y transparencia algorítmica, lo que dota al sistema de mecanismos preventivos y no solo sancionadores.

La estrategia europea se completa con el Reglamento de Mercados Digitales (en adelante, "DMA") –vigente desde marzo de 2024– que impone a los *gatekeepers* prohibiciones conductuales, entre ellas la autopreferencia y la combinación de datos sin consentimiento, prácticas que a menudo se implementan mediante patrones oscuros. Incluso el Derecho de la competencia tradicional ha comenzado a explorar la vinculación entre diseño manipulativo y abuso de posición dominante, como sugiere la investigación de la Comisión Europea sobre los modelos de suscripción de ciertas plataformas *streaming*.

En materia de *enforcement*, destacan resoluciones de autoridades nacionales de protección de datos (CNIL, AEPD, Garante Privacy) que han sancionado diseños de cookie banners que dificultaban el rechazo de rastreadores; y acciones del *Bundeskartellamt* alemán[10] contra Amazon, que obligaron a simplificar el proceso de cancelación de Amazon Prime (Bulowski, Kühling y Zierke, 2022, p. 777). Estos precedentes confirman la capacidad de adaptación del marco europeo: distintos reguladores (datos, consumo, competencia) pueden actuar coordinadamente cuando la práctica vulnera varios intereses protegidos.

Pese a sus avances, la UE enfrenta el "patchwork regulatorio": reglas múltiples con ámbitos de aplicación superpuestos y, a veces, incoherentes (Graef, 2023). La coexistencia de RGPD, UCPD, DSA y DMA plantea dilemas de competencia institucional y riesgo de *forum shopping*. Además, la

[10] Es el homólogo alemán de INDECOPI en el Perú. Entre sus funciones, se encuentra la regulación de la competencia y la defensa de los derechos del consumidor.

eficacia de la DSA dependerá de la dotación de recursos para los Digital Services Coordinators nacionales y para la Comisión Europea, encargada de supervisar a las VLOPs. Finalmente, persiste la necesidad de una guía técnica armonizada que tome en cuenta el esfuerzo de las Directrices 3/2022 y especifique su aplicación en el derecho de consumo. En ese sentido, se permitirá que las plataformas identifiquen y corrijan patrones oscuros antes de la intervención sancionadora.

Para Perú, la experiencia europea demuestra la relevancia de una tipificación expresa complementada con criterios técnicos y sanciones proporcionadas. También sugiere la conveniencia de un enfoque multisectorial que combine protección de datos, defensa de la competencia y derecho del consumidor. Sin embargo, el caso europeo advierte sobre el peligro de una proliferación normativa sin coordinación efectiva. Ello se convierte en una especial problemática para el Perú. El país se encuentra en un contexto de proliferación de normas, lo que, en vez de otorgar seguridad jurídica, la merma (Campos, 2018, p. 119-121). Una eventual reforma peruana podría inspirarse en la DSA –prohibición clara y auditorías de riesgo–, pero debería incorporar un mecanismo de ventanilla única dentro de INDECOPI para evitar fragmentación y garantizar una aplicación coherente.

VI. CONCLUSIONES

El análisis comparado realizado revela que la problemática de los patrones oscuros se encuentra hoy en la intersección de diversas ramas jurídicas: protección de datos, defensa de la competencia y derecho del consumidor. De esa forma, se exigen respuestas normativas capaces de abordar simultáneamente la innovación digital y la tutela efectiva de la autonomía individual sin mermar la libertad de empresa de manera desproporcional. Ante ello, la experiencia internacional muestra dos tendencias claras: i) la incorporación de prohibiciones explícitas y principios de diseño responsable –como la *privacy by design* del RGPD o la prohibición genérica de la DSA– y ii) la utilización de figuras tradicionales (prácticas desleales, métodos agresivos, cláusulas abusivas) para subsumir, de manera supletoria, las nuevas formas de manipulación, que previsiblemente seguirán desarrollándose. Ambas aproximaciones, aunque valiosas, presentan límites que la futura regulación peruana debe considerar con cautela.

En el caso peruano, el CPDC proporciona un andamiaje general centrado en la reducción de la asimetría informativa, pero su configuración analógica se muestra insuficiente para capturar la sutileza de los patrones oscuros. El precedente del proveedor Rappi demuestra que la autoridad puede reconducir ciertas tácticas al artículo 56 (métodos coercitivos) o al artículo 58 (prácticas agresivas), pero lo hace a costa de interpretaciones extensivas que

comprometen la seguridad jurídica. De persistir este esquema, las plataformas más sofisticadas podrán explotar la zona gris normativa, diseñando interfaces que influyan en la decisión de consumo sin incurrir en una infracción tipificada con claridad.

Ello no implica, sin embargo, que la respuesta deba ser un intervencionismo excesivo que estrangule la libertad de empresa y desincentive la innovación en comercio electrónico. La arquitectura de elección digital también puede –y suele– emplearse para facilitar la toma de decisiones del consumidor, simplificar procesos y aumentar la transparencia; cualquier reforma normativa debe salvaguardar este potencial positivo. El reto consiste en establecer un marco que delimite nítidamente la frontera entre la persuasión legítima, orientada a mejorar la experiencia de usuario, y la manipulación ilícita, que mina la voluntad del consumidor al explotar sus sesgos cognitivos.

Con base en las evidencias y análisis desarrollados, se proponen tres líneas de acción: (i) definir y tipificar los patrones oscuros en el CPDC, incorporando una cláusula abierta inspirada en la taxonomía OCDE, pero sujeta a parámetros técnicos que eviten la sobre-inclusión de prácticas neutras o beneficiosas; (ii) adoptar principios de diseño responsable, obligando a los proveedores a incorporar salvaguardas desde la fase de concepción de sus servicios –de modo análogo al *privacy by design* europeo– y a realizar evaluaciones de impacto cuando implementen arquitecturas de elección complejas; y (iii) fortalecer la capacidad institucional de INDECOPI, dotándolo de guías técnicas y facultades de auditoría algorítmica, así como de un régimen sancionador escalonado que disuada económicamente la manipulación sin penalizar de manera indiscriminada la creatividad empresarial.

En síntesis, la necesidad de regulación es ineludible, pero su legitimidad dependerá de que se preserve un equilibrio razonable entre protección al consumidor y libertad de iniciativa privada. Un marco normativo moderno debe reconocer que la información, por sí sola, ya no es garantía de autonomía en entornos digitales y que la verdadera soberanía del consumidor exige neutralizar las interferencias que convierten la elección en una respuesta automática. Solo así se logrará un ecosistema de comercio electrónico que combine innovación, confianza y respeto por la dignidad decisoria de las personas.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Fuentes Académicas*

Albanese, C. (2025). “Hiperpersonalización en moda y los dark patterns en la era del consumo digital”. *Cuadernos Del Centro De Estudios De Diseño Y Comunicación*, (257). https://doi.org/10.18682/cdc.vi257.12211

Ballara, N. (2023). "The Power of Social Validation: A Literature Review on How Likes, Comments, and Shares Shape User Behavior on Social Media". *International Journal of Research Publication and Reviews*, 7(4), pp. 3355-3367. https://doi.org/10.55248/gengpi.4.723.51227

Bermejo, C. (2023). "La influencia de los sesgos cognitivos en Instagram: el caso de Freshly Cosmetics". *MHJournal*, 14 (2), pp. 261-294. https://hdl.handle.net/11000/36428

Brenncke, M. (2024). "Regulating Dark Patterns". *Notre Dame Journal of International & Comparative Law,* 14(1), pp. 1 – 41. https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2310/2310.00340.pdf

Bulowski, S., Kühling, J., y Zierke, O. (2022). "Amazon und der deutsche aketmarkt: Wettbewerb oder Marktmachthebelung?". *Wirtschaftsdienst*, (102), pp. 776-781. https://doi.org/10.1007/s10273-022-3289-y

Cabarcas Vergara, M. (2024). *Influencia del sesgo de anclaje en la conversión desde páginas de ofertas de Amazon, Mercado Libre y AliExpress* [Máster en Gestión de Contenidos Digitales, Universitat de Barcelona]. https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/215939

Cámara Peruana de Comercio Electrónico (2023). *Reporte Oficial de la Industria Ecommerce en Perú. Comercio Electrónico Inteligente: cómo la IA y la globalización están cambiando el juego*. Observatorio Ecommerce 2022-2023. https://capece.org.pe/wp-content/uploads/2023/11/00OBSERVATORIO-ECOMMERCE-2023-V.Final_.pdf

Campos, M. (2019). "Más normas, menos seguridad: el problema de la seguridad jurídica en todo proceso de reforma". *Vox Juris*, 35 (1), pp. 117-125. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6480483

Car, P. y Cassetti, F. (2025). *Regulating dark patterns in the EU: Towards digital fairness*. European Parliamentary Research Service, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2025/767191/EPRS_ATA(2025)767191_EN.pdf

Casado, J. (2017). Comportamiento del cliente: Heurísticos y sesgos cognitivos de los consumidores [Trabajo Fin de Grado, Universidad Zaragoza]. https://zaguan.unizar.es/record/64888/files/TAZ-TFG-2017-3917.pdf

Durand, J. y Flores, P. (2022). *Derecho del consumidor. Diálogo, reflexiones y nuevas perspectivas*. Editorial LP S.A.C.

Durand, J. (2010). "Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma". *Derecho & Sociedad*, (34), pp. 69-81. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13329

Gastañadui, A. (2024). "Patrones oscuros, datos personales y sombras legales: entendiendo a los patrones oscuros desde la normativa peruana sobre protección de datos personales". *Revista Ita Ius Esto*, 22, 64-114. https://itaiusesto.com/2/index.php/ita2/article/view/5

Gómez-Mejía, A. y Peña, V. (2019). Effect of the anchoring and adjustment heuristic and optimism bias in stock market forecasts. *Revista Finanzas y Política Económica,* 11(2), 389-409. http://www.scielo.org.co/pdf/fype/v11n2/2248-6046-fype-11-02-389.pdf

Graef, I. (2023). *The EU regulatory patchwork for dark patterns: An illustration of an inframarginal revolution in European law*. Tilec Discussion Paper. Tilburg

Law and Economics Center. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4411537

Hermoza, Chávez, A. (2019). *Análisis de la regulación de los métodos comerciales agresivos en la venta de paquetes turísticos en el Perú* [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio//handle/20.500.12404/16350

Hernández, K. y Guerra, D. (2012). "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones". R*evista Jurídica De Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, (6), pp. 27–46. https://revistas.uma.es/index.php/rejienuevaepoca/article/view/7773

Jarovsky, L. (2022) "Dark Patterns in Personal Data Collection: Definition, Taxonomy and Lawfulness". *Electronic Journal*. https://doi.org/10.2139/ssrn.4048582

Kotler, P., Kartajaya, H., y Setiawan I. (2013). *Marketing 3.0: cómo atraer a los clientes con un marketing basado en valores*. Madrid: LID Editorial Empresarial.

Laghrissi, H. (2025). "Publicidad y pragmática: análisis pragmático del discurso publicitario en la prensa digital". *L'Archétype*, 3 (spécial), pp. 103–112. https://revues.imist.ma/index.php/archetype/article/view/56353

Luguri, J., y Strahilevitz, L. J. "Shining a Light on Dark Patterns". *Public Law and Legal Theory Working Papers*, (719), pp. 43-109. https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/782/

Mathur, A., Acar, G., Friedman, M., Lucherini, E., Mayer, J., Chetty, M. y Narayanan, A. (2019). Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites. *Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 3, CSCW*, (81), 32 páginas. https://doi.org/10.1145/3359183

Mato, M. (2024). *Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2024-330

Nicolau, N. (2020). *Utilizar la economía del comportamiento para competir en el mercado* [Trabajo de Fin de Grado de Administración de Empresas, Universitat de les ILLes Balears] https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/154290/Nicolau_Sola_NoeliadelPilar_154290.pdf?sequence=3&isAllowed=y

OECD. (2022). "Dark commercial patterns", *OECD Digital Economy Paper*, (336), OECD Publishing, Paris. https://doi.org/10.1787/44f5e846-en

Osterwalder, A., Pigneur, Yves. (2013). *Generación de modelos de negocio*. Barcelona, España: Grupo Planeta.

Paraschiv, D., Titan, E., Manea, D., Ionescu, C., Mihai, M. y Servan, O. (2022). "The change in e-commerce in the context of the Coronavirus pandemic". *Sciendo, 17*(2), pp. 220-223. https://doi.org/10.2478/mmcks-2022-0012

Rojas, C. (2012). "El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing". Themis, (62), pp. 65 – 79. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9014/9423

Román, Y., Tarambis, A. y Moscoso, A. (2022). "La influencia del marketing digital en la decisión de compra de los consumidores de Etafashion". *Digital Publisher CEIT*, 7(3), pp.146-157. https://doi.org/10.33386/593dp.2022.3.1067

Salas Murillo, A. G.; y Almanza Torres, D. J. (2021) "Derechos del consumidor y libertad de empresa: Las controvertidas resoluciones del Organismo peruano protector de los derechos de los consumidores respecto al caso Cinemark–Cineplex". *Economic Analysis of Law Review*, 12 (1), pp. 190-216. https://doi.org/10.31501/ealr.v12i1.12825

Sandoval, A., Alcalá, B. y Martínez, J. (2018). Marketing digital: un análisis del consumidor en México. XXIII Congreso Internacional de Contaduría, Administración e Informática, pp. 1-12. https://repositorios.fca.unam.mx/investigacion/memorias/2018/14.07.pdf

San Miguel, M. (2024). *Dark Patterns y el comercio electrónico* [Trabajo Fin de Grado, Universidad de Oviedo]. Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo. https://hdl.handle.net/10651/72877

Schiffman, L., y Lazar, L. (2010). *Comportamiento del consumidor*. (10ª ed.). Pearson Education. https://psicologadelconsumidor.wordpress.com/wp-content/uploads/2016/04/comportamiento-del-consumidor-schiffman-10edi.pdf

Sin, R., Harris, T., Nilsson, S., y Beck, T. (2025). "Dark patterns in online shopping: do they work and can nudges help mitigate impulse buying?". *Behavioural Public Policy*, 9(1), pp. 61-87. https://doi.org/10.1017/bpp.2022.11

Thorne León, J. (2010). "Las Relaciones de Consumo y los Principios Esenciales en Protección y Defensa del Consumidor. Reflexiones en torno al Proyecto de Código de Consumo". *Derecho & Sociedad,* (34), pp. 61-68. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13328

Varela, M. (2020). *La protección frente al uso de patrones oscuros en la Experiencia de Usuario en la Unión Europea* [Máster Universitario, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio Institucional de la Universidad Carlos III de Madrid. https://www.institutopascualmadoz.es/wp-content/uploads/2016/06/252708_MARIA_VARELA_SUAREZ_TFM_MD_Teleco_-_Maria_Varela_2491027_472412411-1.pdf

Vega, A. (2019). *Regulación del derecho de arrepentimiento en los métodos comerciales engañosos o agresivos en el código de protección y defensa del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano* [Tesis de licenciatura, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/2294

Wilson G., Jhonson, O y Brown, W. (2024). "The Influence of Digital Marketing on Consumer Purchasing Decisions". *Preprints*, pp. 1-21. https://www.preprints.org/manuscript/202408.0347/v1

2. *Fuentes Normativas*

Congreso de la República del Perú. (1993). Constitución Política del Perú. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf

Congreso de la República del Perú. (2010). Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/COdigo%20de%20protecciOn%20y%20defensa%20del%20consumidor.pdf

Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. 41–58 (1914). https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/federal-trade-commission-act

Presidencia de la República del Perú. (2008). Decreto Legislativo N° 1044. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2325241/Decreto%20Legislativo%201044.pdf.pdf?v=1635356391

Unión Europea. (2022). Reglamento de la Ley de Servicios Digitales. (2022). Sobre un mercado único de servicios digitales. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065

3. *Documentos de Organismos Oficiales y Procedimientos Sancionadores*

Agencia Española de Protección de Datos (2023). Expediente N° EXP202211953 (PS/00080/2023). Resolución del Procedimiento Sancionador. https://www.aec.es/wp-media/uploads/ps-00080-2023.pdf

Comisión de Protección al Consumidor N° 3 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2023). Resolución Final N° 043-2023/CC3. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/08/Resolucion-Final-043-2023-CC3-LPDerecho.pdf

Comité Europeo de Protección de Datos (2023). Directrices 3/2022, sobre los patrones de diseño engañosos en las interfaces de las plataformas de redes sociales: cómo reconocerlos y evitarlos. Versión 2.0 adoptadas el 14 de febrero de 2023. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-05/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_es.pdf

Federal Trade Commission. (2022). Bringing dark patterns to light (Staff Report). https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P214800+Dark+Patterns+Report+9.14.2022+-+FINAL.pdf

Parlamento Europeo. (1995). Directiva 95/46/CE. Directiva para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Parlamento Europeo y del Consejo. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Directiva-95-46-CE.pdf

Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC). (2023). Informe de resultados: Levantamiento de patrones oscuros en sitios web. https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-62983.html

Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. (2024). Resolución Final N° 1235-2024/SPC-INDECOPI. https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/cbcef118-72f5-49f8-afeb-65d5c81d7929

Unión Europea. (2005). Directiva 2005/29/CE. Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Parlamento Europeo y del Consejo. https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf

EL TRATAMIENTO DUAL DEL SECRETO EMPRESARIAL Y LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

The Dual Treatment of Trade Secrets and the Expansion of Economic Criminal Law regarding Industrial Property

Iván Vargas-Chaves[1]
Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. Colombia
http://orcid.org/0000-0001-6597-2335

https://doi.org/10.18543/ed.3594

Fecha de recepción: 24.11.2025
Fecha de aceptación: 13.04.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la tensión político-criminal sobre la protección del secreto empresarial, estudiando si la tipificación penal de su violación respeta el principio de intervención mínima frente al régimen de competencia. La metodología empleada sigue el método dogmático en su vertiente *lege lata* para determinar el alcance de las normas vigentes. Los resultados demuestran que, aunque el legislador diseñó un sistema civil *prima ratio* idóneo y expedito, la persistencia y endurecimiento de la vía penal responde a una lógica de «lealtad cualificada» y protección de la confianza que trasciende lo patrimonial. Se concluye que el sistema penal actúa como un mecanismo de refuerzo, aunque esto implique una fricción teórica con el carácter subsidiario del derecho punitivo.

[1] Email: ivan.vargas@unimilitar.edu.co

Palabras clave

Competencia desleal, intervención mínima, secreto empresarial, última ratio, violación de reserva.

Abstract

This paper aims to analyze the political-criminal tension regarding the protection of trade secrets, evaluating whether the criminalization of their violation respects the principle of minimum intervention given the sufficiency of the unfair competition regime. The methodology employed applies the dogmatic method in its *lege lata* aspect to determine the scope of current regulations. The results demonstrate that although the legislator designed a suitable and expeditious *prima ratio* civil system, the persistence and toughening of the criminal route responds to a logic of «qualified loyalty» and protection of trust that transcends merely patrimonial interests. The conclusion holds that the criminal system acts as a reinforcement, even if this implies a theoretical friction with the subsidiary nature of punitive law.

Keywords

Unfair competition, Minimum intervention, Trade secret, Ultima ratio, Breach of confidentiality.

Sumario: I. Introducción. II. El valor jurídico de la competencia y la tensión político-criminal. III. El bien jurídico protegido, la innovación y la competencia leal. IV. La *prima ratio* (el respeto al principio). V. La última *ratio* (la tensión). VI. ¿Derecho penal o administrativo?: La racionalidad de la política criminal en la defensa del secreto empresarial. VII. A modo de discusión. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal económico se enfrenta a una paradoja en la sociedad moderna: la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos esenciales para el funcionamiento del mercado y, simultáneamente, la obligación constitucional de respetar los límites del *ius puniendi* estatal, reservando la violencia legítima del Estado solo para las agresiones más intolerables. En el contexto colombiano, esta tensión dialéctica se manifiesta en el marco regulatorio destinado a proteger el secreto empresarial.

La información confidencial, que abarca desde listas de clientes y estrategias de marketing hasta procedimientos técnicos complejos y algoritmos, se ha afianzado como el motor de la ventaja competitiva en la economía del conocimiento (Gómez Segade, 1974). Sin embargo, su tutela jurídica discurre por dos carriles paralelos que, desde una perspectiva de eficiencia legislativa y dogmática, deberían ser excluyentes o subsidiarios, pero que, en la práctica operativa, se superponen: el derecho de la competencia desleal y el derecho penal.

El problema central que aborda este estudio radica en determinar si la intervención del derecho penal, materializada a través del Artículo 308 del Código Penal colombiano, respeta verdaderamente el principio de última *ratio* o si, por el contrario, constituye una expansión punitiva innecesaria y redundante frente a un sistema de responsabilidad civil y administrativa ya consolidado y fortalecido por la Ley 256 de 1996.

La coexistencia de sanciones administrativas, que incluyen multas pecuniarias de gran magnitud y órdenes de cesación inmediata, junto con penas privativas de la libertad por las mismas conductas fácticas –la revelación o el uso indebido de información reservada–, plantea interrogantes profundos sobre la eficiencia, la proporcionalidad y la coherencia de la política criminal del Estado colombiano. Este fenómeno no es un hecho aislado, sino que refleja una tendencia global hacia la administrativización del derecho penal y la penalización de ilícitos que tradicionalmente pertenecían a la esfera mercantil.

La importancia y la justificación de esta investigación son evidentes ante la realidad empresarial actual. La seguridad jurídica de las corporaciones y la

libertad individual de los ciudadanos dependen de una delimitación precisa de las fronteras entre el ilícito civil y el delito. Desde la óptica propuesta, estudiar esta dualidad permite comprender la valoración que el Estado hace de la innovación: no solo como un activo privado susceptible de apropiación, sino también como un bien de interés público que merece la protección más severa del ordenamiento jurídico. Además, la pertinencia de este ejercicio investigativo se justifica en una coyuntura en la que la economía digital facilita la sustracción masiva de datos y la competencia globalizada presiona a los legisladores para endurecer las barreras de protección, a menudo sacrificando principios garantistas en favor de una seguridad preventiva.

El planteamiento principal que se defiende es que, si bien el legislador colombiano intenta respetar el principio de mínima intervención al establecer un sistema civil y administrativo (Ley 256 de 1996) como regla general para proteger la competencia, cede ante la expansión del derecho penal e ignora parcialmente dicho principio al tipificar la violación del secreto empresarial (Art. 308 C.P.).

Apoyado en el amplio desarrollo que ha tenido la doctrina española en materia de derecho penal económico, se argumenta que esta decisión político-criminal duplica una protección que, en gran medida, ya existía y operaba eficazmente en el ámbito comercial, convirtiendo la amenaza de prisión en una herramienta desproporcionada para resolver conflictos de naturaleza económica, salvo en casos de deslealtad cualificada que el derecho privado no logra contener.

Para sustentar esta tesis y desarrollar el análisis, se ha seguido una metodología que combina dos enfoques principales, adecuados a la naturaleza teórica y normativa del problema. En primer lugar, se aplicó el Método Dogmático en su vertiente *Lege lata*. Este enfoque se centra en el análisis del derecho positivo vigente, lo que permite profundizar en el sentido y alcance de las normas actuales sin proponer necesariamente reformas, sino buscando la mejor interpretación posible de las existentes.

En segundo lugar, se utilizó el método comparado, una herramienta esencial para el perfeccionamiento legislativo y la contextualización de la norma nacional. Se contrastó el régimen colombiano con la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, que constituye una norma supranacional vinculante, y con la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo, identificando similitudes, divergencias y buenas prácticas en el tratamiento del secreto empresarial.

Aquí, es necesario resaltar que este contraste normativo no es accesorio, sino sustancial para entender el alcance de la protección. Al incorporar el análisis de la Decisión 486 de 2000, se evidencia que el régimen supranacional concibe el secreto empresarial como una categoría autónoma dentro del sistema de propiedad industrial, dotándolo de garantías que no requieren

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

registro formal. Esta caracterización permite cuestionar si la vía penal colombiana se alinea con la naturaleza eminentemente competitiva y de mercado que la normativa andina otorga a estos activos intangibles, o si, por el contrario, desborda los contornos trazados por el legislador comunitario.

Para la recolección de información, se emplearon bases de datos académicas de alto impacto, como Scopus, WoS, Scielo, Redalyc y Dialnet. Se realizó una triangulación de información utilizando operadores booleanos en español e inglés (p. ej., "trade secret AND criminal law", "competencia desleal OR unfair competition", "ultima ratio AND economic crime"), asegurando la validez y solidez de los hallazgos mediante la contrastación de fuentes normativas y doctrinales.

De cualquier forma, al tratarse de una investigación dogmática, es necesario admitir la existencia de restricciones metodológicas y de contexto propias de este enfoque, como la falta de datos sobre el volumen de procesos iniciados, prescritos o archivados en los despachos judiciales. Además, no se encontraron fallos relevantes en la Corte Suprema de Justicia en torno a la interpretación dogmática de este delito, restringiendo aún más un análisis de fondo, y limitando la capacidad de comprender en la práctica cómo los operadores judiciales interpretan el elemento subjetivo del tipo frente a la conducta desleal civil, especialmente en aquellos casos complejos donde las fronteras entre ambas jurisdicciones son difusas.

La estructura del documento se organiza en siete apartados detallados. El primer apartado examina el valor jurídico de la competencia y la tensión político-criminal bajo los principios de la protección exclusiva de los bienes jurídicos. El segundo apartado define la naturaleza del bien jurídico protegido, vinculando el secreto empresarial con la innovación y la lealtad de mercado. En tercer lugar, se analiza la *prima ratio*, detallando la protección civil y administrativa otorgada por la Ley 256 de 1996. El cuarto apartado aborda la última *ratio*, estudiando la estructura y justificación del tipo penal del artículo 308.

El quinto capítulo presenta el núcleo argumentativo sobre la redundancia o necesidad de la vía penal, contrastando argumentos de eficiencia económica y justicia retributiva. A continuación, en el sexto apartado, se ofrece una discusión interpretativa de los hallazgos, poniéndolos en diálogo con la literatura existente y proponiendo implicaciones prácticas. Finalmente, se presentan las conclusiones, que responden directamente al problema de investigación y reflexionan sobre el futuro de la política criminal en este ámbito.

El principal aporte de este artículo reside en evidenciar que la protección penal del secreto empresarial en Colombia no responde a una lógica lineal de subsidiariedad, sino a una estrategia de política criminal híbrida, donde la sanción penal cumple una función simbólica y de refuerzo ante la percepción

de la insuficiencia de la reparación económica. La conclusión principal sugiere que esta expansión del derecho penal, aunque criticable desde la pureza dogmática, se ha consolidado como una "válvula de seguridad" necesaria para proteger la confianza en un mercado en el que los activos intangibles superan en valor a los tangibles.

II. EL VALOR JURÍDICO DE LA COMPETENCIA Y LA TENSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

En las sociedades postindustriales, el mercado no se concibe como un ente natural autorregulado, sino como una construcción jurídica e institucional que requiere reglas claras y coercibles para funcionar adecuadamente. Como señalan Terradillos Basoco (2015) o Whish y Bailey (2015), la competencia es el mecanismo esencial mediante el cual se asignan eficientemente los recursos en una economía, beneficiando al consumidor final y fomentando la innovación constante (López de Lerma Galán, 2016).

En el ordenamiento colombiano, este valor no es estrictamente legal, sino que asciende al rango constitucional en el artículo 333 de la Carta Política de 1991, que define la libre competencia como un derecho de todos, que conlleva responsabilidades, y establece que la actividad económica es libre dentro de los límites del bien común.

Sin embargo, la protección de este orden económico plantea un dilema para el derecho punitivo liberal: el principio de intervención mínima dicta que el Estado solo debe recurrir a la sanción más grave –la pena privativa de la libertad– cuando los demás mecanismos de control social formal (civil, administrativo, disciplinario) han fallado o resultan manifiestamente insuficientes para garantizar la convivencia pacífica (Terradillos Basoco, 2008). De hecho, aquí surge la pregunta central que guía este análisis: ¿Es la competencia económica, en su vertiente de lealtad concurrencial, un bien jurídico que justifica, por sí mismo, la privación de la libertad de un ciudadano?

La respuesta de la doctrina mayoritaria, incluyendo a autores como Martínez Buján-Pérez (2016), es afirmativa pero matizada: solo las agresiones más graves al sistema, aquellas que tienen la capacidad de desestabilizar la confianza en el orden socioeconómico o causar daños irreversibles, deberían ser objeto de tutela penal. Para evitar un análisis excesivamente abstracto, este estudio se centra en una cuestión político-criminal concreta y paradigmática en Colombia: el tratamiento dual del secreto empresarial; una figura jurídica que se encuentra protegida simultáneamente por el derecho de la competencia desleal, a través de la Ley 256 de 1996, y por el derecho penal, mediante el artículo 308 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Esta coexistencia normativa debe leerse obligatoriamente bajo la óptica de los compromisos adquiridos por el país en el marco del Derecho

comunitario andino. La Decisión 486 de 2000 integra la protección contra la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial como un mandato directo para los Países Miembros. En consecuencia, el análisis de la intervención estatal no puede desligarse del hecho de que la normativa comunitaria prioriza la lealtad en las transacciones comerciales como el mecanismo idóneo para salvaguardar estos derechos, planteando un escenario donde la intervención punitiva interna podría interpretarse como una capa adicional de seguridad jurídica no prevista, pero tampoco prohibida, por el ordenamiento andino.

Mientras la Ley 256 de 1996 define la violación de secretos como un acto de competencia desleal, sujeto a acciones declarativas, de condena y sanciones administrativas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Código Penal la tipifica como un delito contra el orden económico-social, sancionable con prisión y multas. Desde la óptica propuesta en el presente artículo, esta duplicidad normativa no es un accidente legislativo ni un olvido derogatorio, sino una decisión deliberada de política criminal que refleja la importancia capital que el legislador otorga a la información en la economía moderna.

El análisis de esta dualidad debe partir de la comprensión del concepto de "riesgo" en la sociedad actual. Mendoza Buergo (2001) explica cómo el Derecho penal, en la sociedad del riesgo, tiende a anticipar la barrera de protección, criminalizando conductas de peligro abstracto o acumulativo. En el caso de los secretos empresariales, el riesgo que se pretende conjurar no es físico, sino patrimonial y funcional (De la Mata Barranco et al., 2018).

La divulgación de un secreto empresarial no destruye una fábrica ni lesiona físicamente a una persona, pero puede destruir la posición de mercado de una empresa, anular años de inversión en investigación y desarrollo y, por ende, afectar la estructura competitiva de un sector entero. Sin embargo, si la Ley 256 de 1996 ya ofrece herramientas contundentes para "remover los efectos" del acto desleal e indemnizar integralmente los perjuicios, ¿qué valor agregado real aporta el derecho penal al sistema?

En este contexto de riesgo inmaterial, Fernández Teruelo (2009) advierte que el derecho penal económico experimenta una fase de expansión impulsada por fenómenos como la digitalización de los activos y la aparición de nuevas conductas. Wacquant (2011) caracteriza este proceso como una "expansión hipertrófica", a menudo justificada, aunque de manera peligrosa, por la supuesta insuficiencia del derecho privado para gestionar los riesgos asociados a las nuevas tecnologías. Así, el Estado recurre a la sanción penal no solo como un mecanismo retributivo frente a daños patrimoniales, sino también como una herramienta preventiva para gestionar la inseguridad inherente a la sociedad de la información.

En consecuencia, al adoptar la postura expansiva señalada por Wacquant (2010), el secreto empresarial deja de ser únicamente un elemento de ventaja

competitiva y pasa a considerarse un bien jurídico de carácter macrosocial. Esta perspectiva redefine los límites tradicionales del derecho penal, creando un escenario en el que la intervención penal anticipada busca suplir las deficiencias estructurales de los sistemas de seguridad corporativa e impone penas privativas de libertad con el objetivo de estabilizar la volatilidad del mercado ante el avance de las nuevas tecnologías, llevando al extremo el principio dogmático de intervención mínima.

Este doble tratamiento convierte entonces al secreto empresarial en el ejemplo perfecto para formular interrogantes dogmáticos profundos: ¿Cuándo se justifica el salto cualitativo de la sanción civil/administrativa a la pena de prisión? Un sector de la doctrina, apoyado en la visión de Massaguer Fuentes (2019) y Gómez-Jara Díez (2017) sobre la manipulación del mercado, podría argumentar que la sanción administrativa, si es lo suficientemente alta, es el mecanismo idóneo para corregir fallos de mercado provocados por agentes racionales.

No obstante lo anterior, el legislador colombiano parece haber considerado que ciertas conductas, por su componente de deslealtad interna y de abuso de confianza, trascienden el mero ilícito civil de cálculo costo-beneficio. La violación de la reserva industrial no se concibe solo como un ataque al patrimonio de una empresa individual; se interpreta como un ataque a las reglas de juego básicas que permiten la confianza en el intercambio comercial y en la transferencia de tecnología.

Una pregunta que surge inevitablemente en este punto es la siguiente: ¿Ha ignorado el legislador el principio de mínima intervención al proteger este activo comercial específico? Al realizar una exégesis del Artículo 308 del Código Penal, se evidencia que la conducta sancionada –emplear, revelar, divulgar, descubrir, inventar, realizar un proceso o aplicación industrial o comercial– es prácticamente idéntica en su descripción fáctica a la conducta descrita en el Artículo 16 de la Ley 256 de 1996.

Aquí, sin embargo, la diferencia clave que podría salvar la constitucionalidad de la norma penal radica en la intensidad del reproche y en la cualificación del sujeto activo. Mientras la ley de competencia desleal se enfoca en los efectos en el mercado (desviación de clientela, confusión, explotación de reputación ajena), el tipo penal pone el acento en la forma de comisión: el abuso de una posición privilegiada (cargo, oficio, profesión) o la obtención ilícita mediante maniobras fraudulentas. Esto sugiere que el bien jurídico penalmente protegido es complejo y pluriofensivo: abarca la competencia como institución, pero también la lealtad cualificada y la confidencialidad como pilares de las relaciones comerciales.

De cualquier forma, la tensión es palpable y constante. Por un lado, el principio de última *ratio* exigiría, dogmáticamente, que el derecho penal se retirara de aquellos conflictos en los que la reparación económica es posible

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

y suficiente para restaurar el orden jurídico. Por otro lado, la realidad pragmática de una economía globalizada, donde un secreto inmaterial (un algoritmo, una fórmula química, una base de datos de clientes) puede valer más que todos los activos físicos de una compañía, presiona por una protección reforzada y simbólica.

Y es que, como indica Motta (2004), la política de competencia debe equilibrar la eficiencia estática (precios bajos hoy) y la dinámica (innovación mañana). El legislador colombiano, al mantener y endurecer las penas del artículo 308, parece apostar a que la amenaza de prisión es una herramienta necesaria para proteger la eficiencia dinámica, incentivando a las empresas a innovar bajo la promesa de que el Estado perseguirá con todo su poder punitivo a quien intente apropiarse indebidamente de sus esfuerzos, asumiendo el costo de una posible fricción con el principio de subsidiariedad penal.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, LA INNOVACIÓN Y LA COMPETENCIA LEAL

El bien jurídico protegido, en el contexto constitucional colombiano derivado del artículo 333, es la libre y leal competencia económica. Esta norma superior establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común; por ello, es claro que la competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio instrumental para garantizar la eficiencia del mercado, la asignación óptima de recursos y el bienestar de los consumidores.

Sin embargo, en la economía moderna del conocimiento, esta competencia no se basa exclusivamente en la guerra de precios, sino en la capacidad de innovación y la eficiencia productiva. Stucke (2012) argumenta que entender la competencia requiere mirar más allá de la rivalidad inmediata y considerar los incentivos a largo plazo para el desarrollo tecnológico.

En este escenario, el secreto empresarial (el *know-how*, la lista de clientes, la fórmula, el algoritmo, el proceso logístico) se erige en un activo intangible determinante. Es, en muchos casos, la principal o única ventaja competitiva de una empresa, especialmente de aquellas que no pueden o no desean proteger su innovación mediante el sistema de patentes, ya sea por los altos costos, la limitación temporal o la obligación de divulgación que implica la patente.

A su vez, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, norma supranacional de aplicación directa y preferente en Colombia, define en su artículo 260 el secreto empresarial bajo tres condiciones concurrentes y estrictas: que la información sea secreta (no generalmente conocida ni fácilmente accesible), que tenga valor comercial efectivo o potencial precisamente por ser secreta, y que haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su

legítimo poseedor para mantenerla en esa condición. Esta definición conecta directamente el concepto jurídico con la realidad económica: el valor del secreto reside en su exclusividad y en la voluntad diligente de su titular de preservarlo.

Dicha voluntad de preservación es el eje en torno al cual gira la legitimidad del derecho de exclusión. A diferencia de otras modalidades de la propiedad industrial, como las patentes o las marcas, que nacen de un acto administrativo de concesión y publicidad, el secreto empresarial amparado por la Decisión 486 deriva su existencia jurídica del control fáctico de la información. Por tanto, la protección legal no recae sobre el objeto en sí mismo de manera absoluta, sino sobre la conducta leal de terceros frente a dicho control, lo que refuerza la idea de que la sustracción indebida vulnera un activo que, aunque intangible, posee un contenido patrimonial concreto y tutelable.

De lo anterior se desprende, como conclusión preliminar, que la protección del secreto empresarial no es un fin en sí mismo –no se trata de proteger un interés meramente privado o egoísta del empresario–; es un medio necesario para proteger el bien jurídico colectivo: la competencia basada en el mérito y la innovación.

Si los secretos pudieran ser sustraídos o copiados impunemente, se desincentivaría radicalmente la inversión en innovación. Al respecto, Gómez Segade (2001) destaca la importancia del *know-how* como elemento central en la transferencia de tecnología y en el desarrollo industrial. Si una empresa invierte recursos millonarios en desarrollar un proceso más eficiente y un empleado desleal lo vende a la competencia al día siguiente, el incentivo para invertir desaparece, lo que genera un fallo de mercado. El mercado se llenaría de "polizones" o *free-riders* que esperan a que otros innoven para copiar, en lugar de generadores de valor.

El bien jurídico, entonces, tiene una doble dimensión inseparable. De un lado, individualmente, porque protege el activo inmaterial de la empresa (patrimonio) y reconoce el esfuerzo intelectual y económico. De otro, colectivamente, en tanto que protege la "lealtad" como infraestructura ética del mercado. Sin la garantía estatal de que los secretos serán respetados, las empresas se verían obligadas a "bunkerizarse", invirtiendo recursos desproporcionados en seguridad física y digital, lo que aumentaría los costos de transacción y reduciría la eficiencia general de la economía.

Es importante destacar que la protección del secreto fomenta una competencia más sana y dinámica que la simple imitación servil. Al obligar a los competidores a desarrollar sus propias soluciones o a realizar ingeniería inversa legítima (permitida por la Decisión 486, siempre que se obtenga el producto lícitamente), se promueve la diversidad de ofertas y soluciones tecnológicas. La violación del secreto, por el contrario, es un atajo ilícito que rompe la igualdad de oportunidades.

La doctrina del derecho penal económico, y en particular, autores como Benito Sánchez (2023), Silva Sánchez (1999) y Tiedemann (2012), sugiere que los delitos contra la competencia protegen un orden institucional supraindividual. En este sentido, aplicado al caso de Colombia, el artículo 308 del Código Penal no protege únicamente la propiedad privada de la información, sino también la integridad del sistema nacional de innovación.

El "robo" de secretos es considerado por el legislador penal una agresión directa contra la capacidad de la sociedad para generar riqueza mediante el conocimiento. La diferencia fundamental entre la protección de una patente (que es un derecho de exclusión absoluto y público) y la de un secreto (que es un derecho de exclusión relativo y privado) radica en que el secreto requiere un esfuerzo activo y continuo de custodia por parte de su titular. De hecho, cuando el Estado interviene penalmente, está reforzando ese esfuerzo privado con la fuerza pública, reconociendo que la vulneración de esa custodia privada tiene efectos públicos nocivos que trascienden a las partes involucradas.

En suma, el bien jurídico que subyace a las normas penales y civiles es la "competencia leal basada en el mérito". El secreto empresarial es el vehículo jurídico y económico mediante el cual se materializa y se captura la innovación en muchas industrias; por ende, protegerlo significa asegurar que quien innova pueda apropiarse, al menos temporalmente, del valor de su invención. Si, en cambio, se ignora esta protección, al dejarla en manos de un sistema de sanciones débil, se enviaría la señal equivocada al mercado: que es más rentable espiar que inventar; por ello, la justificación de la norma penal, al menos en la teoría del bien jurídico, se ancla en la necesidad de blindar el motor de la economía moderna contra conductas depredadoras que la vía civil no siempre logra frenar a tiempo o con la suficiente contundencia disuasoria.

IV. LA *PRIMA RATIO* (EL RESPETO AL PRINCIPIO)

El legislador colombiano, en observancia de los mandatos constitucionales y del principio de mínima intervención, diseñó la Ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal como la primera y principal línea de defensa jurídica. Esta norma, promulgada para modernizar el régimen de competencia en el país, tiene como objetivo explícito garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas que se consideren contrarios a la buena fe mercantil y a las sanas costumbres. En concreto, establece un marco general de comportamiento en el mercado que aplica tanto a comerciantes como a cualquier participante, independientemente de que exista una relación de competencia directa (Payán Rodríguez, 2011: 207).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Allí, el tipo civil de la infracción se encuentra consagrado específicamente en el artículo 16, titulado "Violación de Secretos". Esta norma sanciona la explotación o divulgación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva (p. ej., un empleado, un socio, un contratista) o ilegítimamente (p. ej., espionaje industrial). La redacción del artículo es amplia y abarca tanto secretos industriales (técnicos) como comerciales (listas de clientes, estrategias).

Desde nuestra óptica, lo interesante y avanzado de esta disposición es que no requiere que la conducta se haya perfeccionado o haya causado un daño efectivo para que el aparato judicial pueda actuar; basta con la amenaza cierta o el inicio de la conducta desleal para activar los mecanismos de protección, lo que demuestra el carácter eminentemente preventivo de la norma civil. Además, el artículo aclara que la adquisición de secretos mediante espionaje es desleal per se, sin necesidad de acreditar otros requisitos de mercado.

El enfoque de la Ley 256 de 1996 es reparatorio, preventivo y correccional, no punitivo en el sentido de la privación de libertad. Su propósito es restablecer el equilibrio del mercado alterado artificialmente por la conducta desleal. Para lograrlo, el legislador dotó a los jueces civiles del circuito y, de manera concurrente y preferente en la práctica, a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de facultades jurisdiccionales plenas.

Esto es un elemento central del diseño institucional colombiano: una autoridad administrativa especializada (la SIC) puede actuar como juez de la República, lo que agiliza los procesos y ofrece una especialización técnica y un conocimiento del mercado de los que los jueces penales ordinarios suelen carecer. Las interpretaciones que, por vía jurisprudencial, realiza la Superintendencia de Industria y Comercio son un ejemplo paradigmático de cómo esta entidad aborda la complejidad técnica de los actos desleales con un nivel de detalle y profundidad probatoria superior (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 11090 de 2003; Sentencia 016 del 13 de octubre de 2010; Sentencia 1406 del 26 de abril de 2012).

Las sanciones y remedios previstos en la Ley 256 de 1996 constituyen la verdadera *Prima Ratio* del sistema. La ley ofrece dos vías principales de acción judicial. Primero, la Acción Declarativa y de Condena (Art. 20), que busca que el juez declare la ilegalidad de los actos y, en consecuencia, ordene al infractor que retire los efectos producidos y indemnice los perjuicios causados al demandante. Esta indemnización pretende ser integral, cubriendo tanto el daño emergente (lo gastado) como el lucro cesante (lo que se dejó de ganar debido a la pérdida de la ventaja competitiva). Segundo, la Acción Preventiva o de Prohibición, que permite al juez ordenar la cesación inmediata de los actos desleales o prohibir su realización futura si aún no se han consumado, actuando antes de que el daño se vuelva irreversible.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Además de las acciones jurisdiccionales entre privados, la Ley 256 de 1996 permite la intervención administrativa de la SIC en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, para proteger el interés general y el orden económico. En este escenario administrativo, la SIC puede imponer multas significativas a los infractores, que pueden ascender hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dependiendo de la gravedad de la conducta y del patrimonio del infractor.

La Resolución 11090 de 2003 ilustra este poder sancionatorio administrativo. Estas multas no van al patrimonio de la víctima, sino al tesoro público, y tienen un fin disuasorio económico directo. El mensaje de la política pública es claro: la deslealtad no paga. Si una empresa calcula racionalmente que el beneficio de robar un secreto supera la indemnización a la víctima, la multa administrativa entra en la ecuación para romper ese cálculo costo-beneficio y hacer que la infracción resulte económicamente irracional.

Por todo lo anterior, es válido afirmar, en este punto, que dicho sistema civil y administrativo es un claro ejemplo de la *prima ratio* en funcionamiento. Para la inmensa mayoría de los conflictos cotidianos (el empleado que se va y usa la lista de clientes, el socio que copia un proceso simple), la solución idónea es económica (multas, indemnizaciones y prohibiciones), no la cárcel.

Siguiendo a Tobón Franco (2017), el derecho civil y administrativo ofrece herramientas procesales rápidas, como las medidas cautelares innominadas, que pueden detener la hemorragia de información en cuestión de días (ej., allanamientos para incautar discos duros), algo que el proceso penal, con sus garantías reforzadas y tiempos procesales más lentos, raramente logra con la misma eficacia temporal.

La suficiencia de este mecanismo se refuerza con la integración de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que, en sus artículos 260 a 266, regula detalladamente el secreto empresarial y las acciones para su defensa, incluyendo la legitimación activa y pasiva. Esta normativa supranacional se integra al bloque de constitucionalidad y fortalece la vía civil, creando un estándar regional de protección.

En sintonía con esta tendencia de armonización normativa, la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo refuerza la tesis de la suficiencia civil al centrar su esquema de protección en las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar la reparación patrimonial. Al igual que el modelo andino, el legislador europeo optó por definir con precisión la obtención, utilización y revelación ilícitas, priorizando mecanismos de cesación y medidas correctivas sobre la respuesta punitiva.

Esta decisión de política legislativa supranacional evidencia que, en mercados altamente desarrollados, la seguridad jurídica de los activos intangibles se logra primariamente mediante la estandarización de la tutela

judicial efectiva en sede mercantil, sin necesidad de recurrir a la amenaza de privación de libertad como primera línea de defensa (Agudelo Mancera, 2019: 81).

Volviendo al caso de Colombia, la existencia de un régimen tan completo y detallado que define qué es secreto, cuándo se viola y cómo se repara deja poco margen argumentativo para alegar lagunas de punibilidad que justifiquen la intervención penal. Si la vía civil puede detener la conducta, resarcir plenamente a la víctima y multar severamente al infractor, ¿por qué el Estado necesita amenazar con la prisión?

La respuesta desde la perspectiva de la *Prima Ratio* es que, en teoría, no lo necesita para la mayoría de los casos. El derecho penal debe reservarse para agresiones que el derecho administrativo sancionador y el derecho civil de daños no pueden sancionar ni reparar (Benito Sánchez, 2021). En el caso de los secretos empresariales, la mayoría de las infracciones son conductas instrumentales basadas en cálculos económicos.

Por lo tanto, una respuesta económica contundente (indemnización plena + multas administrativas disuasorias) debería ser suficiente para disuadir y castigar. Al establecer este sistema con la Ley 256 de 1996, el legislador demostró conocer y aplicar el principio de subsidiariedad, creando un entorno en el que los conflictos de mercado se resuelven primariamente con herramientas de mercado y de regulación, evitando la estigmatización y el costo social del proceso penal para disputas que son, en esencia, comerciales.

V. LA *ÚLTIMA RATIO* (LA TENSIÓN)

Llegados a este punto, es necesario empezar por señalar que aquí es donde el legislador decide, o asume, que la *prima ratio* del derecho civil y administrativo no es suficiente para conjurar todos los peligros que acechan al orden económico. En concreto, a través del Código Penal (Ley 599 de 2000) se tipifica la "Violación de reserva industrial o comercial" en su Artículo 308, el cual establece:

"El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión (...) incurrirá en prisión...".

La pena original, que ha sido aumentada sistemáticamente por leyes posteriores como la Ley 890 de 2004, oscila entre prisión de 32 y 90 meses y multas considerables, lo que demuestra la gravedad con la que el Estado percibe esta conducta y su voluntad de elevar el costo de la infracción.

Esta severidad punitiva contrasta notablemente con la postura adoptada en el viejo Continente, donde la Directiva (UE) 2016/943 optó deliberadamente por no armonizar las sanciones penales, dejando dicha potestad a la discrecionalidad de los Estados miembros. El considerando 28 de dicho

instrumento comunitario reconoce que la regulación penal de los secretos comerciales varía considerablemente entre los países de la Unión, y prefiere no imponer una obligación de criminalización, sugiriendo tácitamente que la protección administrativa y civil, si es robusta y expedita, constituye el estándar mínimo aceptable.

Mientras Colombia apuesta por una pena de prisión elevada y generalizada, la normativa europea mantiene una cautela que resalta la tensión existente entre la necesidad de proteger la innovación y el riesgo de utilizar el derecho penal para resolver disputas de mercado que podrían gestionarse mediante compensaciones económicas (Bernate Ochoa, 2021: 52)

En este contexto, una pregunta que surge inevitablemente es: ¿Por qué este supuesto es penal y lo planteado en el artículo 16 de la Ley 256 de 1996 es de naturaleza civil? A primera vista, los verbos rectores empleados en ambos cuerpos normativos (revelar, divulgar, emplear/explotar) son casi idénticos y describen la misma realidad fenomenológica. La diferencia no está necesariamente en el resultado material (ambos tipos de infracción afectan la competencia y causan daño patrimonial), sino en la gravedad subjetiva de la conducta y el medio utilizado para su comisión.

El derecho penal no castiga la simple "competencia desleal" cometida por error, culpa o negligencia leve. El tipo penal del artículo 308 es eminentemente doloso; es decir, requiere la intención y voluntad plena de cometer el hecho, con conocimiento de la antijuridicidad. No existe la violación culposa de la reserva industrial en el Código Penal colombiano.

Dicho lo anterior, en otras palabras, el derecho penal no castiga la simple distorsión del mercado; castiga las conductas consideradas de mayor reproche social y ético, identificables en dos modalidades principales dentro del artículo 308 y sus tipos conexos:

Primero, el abuso de confianza (la traición). El tipo penal se aplica específicamente al sujeto activo: no es cualquier persona, sino alguien que tuvo acceso al secreto "por razón de su cargo, oficio o profesión". Esto añade un desvalor de acción adicional y decisivo: la ruptura deliberada del deber de lealtad y de confidencialidad. No es un tercero ajeno; es el ingeniero jefe, el director comercial o el auditor externo traicionando la fe depositada en ellos. Como señala Martínez Buján-Pérez (2016), los delitos económicos a menudo se configuran como delitos de infracción de deber, en los que se castiga la violación de un rol especial de garante.

Segundo, el apoderamiento ilícito (robo). Aunque el inciso primero del Artículo 308 se centra en la revelación por parte de quien tiene el deber de reserva, el mismo artículo, en su inciso segundo (o mediante los tipos conexos de hurto informático y acceso abusivo a sistema informático, artículos 269A y siguientes), castiga al que "se ha apoderado" del secreto o lo obtiene indebidamente, así como a quien lo copia indebidamente. Esto constituye el "espionaje

industrial" en su forma más pura. Aquí, la conducta se asemeja ontológicamente al hurto o a la violación de domicilio, delitos clásicos del derecho penal nuclear. La intromisión ilegítima en la esfera de privacidad de la empresa, para sustraerle su activo más valioso, se considera una agresión intolerable que la indemnización civil no logra expiar socialmente ni prevenir eficazmente.

En relación con esta delicada línea divisoria ontológica, las contribuciones de Tejada Plana (2023) desde el *behavioral compliance* resultan esenciales para comprender la justificación dogmática de la intervención penal en este ámbito. El autor subraya que el salto cualitativo hacia la vía penal debe basarse, además de en la cuantía del daño o en el valor económico del bien intangible, en la gravedad de la deslealtad y en la ruptura de los deberes fácticos y jurídicos de custodia. Desde esta óptica, el tipo penal sanciona tanto la competencia en el mercado y el "parasitismo extremo" como la vulneración manifiesta del poder de disposición, de reserva y de control que el titular ejerce sobre su información secreta.

Así, la delimitación precisa entre el ilícito civil de competencia desleal y el delito de violación de la reserva industrial radica en el desvalor de la acción. Mientras la norma civil sanciona la distorsión de la competencia generada por el uso de la información, la norma penal requiere la superación de barreras de protección, ya sean físicas o lógicas, o una infracción grave del deber fiduciario de confidencialidad. La existencia de este factor de antijuridicidad y abuso justifica, de manera dogmática, la aplicación del principio de última ratio.

En efecto, el legislador traza una línea de política criminal, aunque difusa en la práctica. La competencia desleal (usar el secreto para ganar cuota de mercado) se castiga con multas y la cesación de actos bajo la lógica de la eficiencia. El robo o la traición (apoderarse o revelar abusando de un cargo de confianza) se castiga con prisión bajo la lógica de la retribución y la prevención general. El bien jurídico protegido en el artículo 308 es, por tanto, doble y complejo: protege tanto la competencia (bien colectivo y funcional) como la confianza (pilar ético de las relaciones comerciales).

Autores como Silva Sánchez (1999), Bernate Ochoa (2021) o Mendoza Buergo (2001) podrían argumentar críticamente que esta duplicidad y acumulación de bienes jurídicos son una característica sintomática del derecho penal moderno expansivo, que busca justificar la intervención punitiva en ámbitos donde debería primar la autorregulación o el derecho administrativo.

No en vano, el legislador penal asume, tal vez correctamente desde una perspectiva pragmática, que existen casos en los que la sanción monetaria resulta insuficiente. Esto puede ocurrir porque el infractor es insolvente (un exempleado sin patrimonio que vende el secreto por una suma única) o porque el daño a la víctima es tan devastador (pérdida total del mercado) que requiere una retribución simbólica mayor de lo que solo la pena pública puede proveer.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Además, la ubicación sistemática del artículo en el título "Delitos contra el orden económico-social" confirma que el Estado considera esta conducta un peligro para la colectividad en abstracto, no solo para la empresa víctima en concreto. La divulgación de un secreto empresarial clave podría arruinar un sector entero, generar desempleo masivo o desincentivar la inversión extranjera directa en el país. En este sentido, la prisión actúa como una barrera de contención final y simbólica.

Sin embargo, críticos garantistas como Cervini y Adriasola (2005), Mendoza Buergo (2001) o Bernate Ochoa (2007), señalarían que esta es una función simbólica del derecho penal: usar la amenaza de cárcel para gestionar riesgos económicos y tranquilizar a los mercados, una tarea de gestión de riesgos para la cual el derecho administrativo sancionador suele ser más eficiente y menos costoso en términos de derechos fundamentales.

De cualquier forma, aunque el delito existe y está vigente, la mayoría de los casos se canalizan por la vía civil o laboral. Esto podría interpretarse de dos formas opuestas: o bien el sistema penal es ineficaz, lento y poco técnico frente a la SIC, o bien los actores racionales del mercado prefieren la reparación económica rápida.

No obstante, la sola existencia del artículo 308 del Código constituye una "espada de Dámocles" en la estrategia legal corporativa. En las negociaciones de acuerdos transaccionales tras una violación de secretos, la amenaza creíble de una denuncia penal es una poderosa herramienta de presión que obliga al infractor a cooperar y a cesar la conducta, lo que demuestra que la función latente del tipo penal es, en la práctica, reforzar la eficacia del arreglo civil y disuadir mediante el miedo a la estigmatización.

VI. ¿DERECHO PENAL O ADMINISTRATIVO?: LA RACIONALIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA DEFENSA DEL SECRETO EMPRESARIAL

Llegados a este punto, la cuestión sustancial que debe resolverse es si la existencia del Artículo 308 del Código Penal constituye una redundancia punitiva innecesaria o si, por el contrario, obedece a una necesidad ineludible frente a las carencias estructurales del derecho privado.

De entrada, se puede inferir que la normativa actual ignora el principio de intervención mínima. Desde una postura crítica frente a la expansión del derecho penal, alineada con autores como Silva Sánchez (1999) o Terradillos Basoco (2006), se argumentaría que dicho artículo vulnera la condición de última ratio por una manifiesta duplicidad sancionatoria. La suficiencia de la vía civil es notoria no solo en la teoría normativa, sino también en la práctica institucional vigente.

Además, es preciso considerar que la naturaleza del conflicto es eminentemente privada, patrimonial y circunscrita al mercado. En el fondo, lo que se debate es el derecho a la explotación económica de una idea, lista o método. Por lo anterior, en línea con autores como Tiedemann (2021), recurrir al aparato punitivo del Estado, con sus recursos limitados, para dirimir controversias sobre la titularidad de activos comerciales resulta una medida desproporcionada e ineficiente para el sistema judicial. Además, hacer uso del derecho penal en situaciones en las que bastaría con la intervención del derecho comercial y administrativo es un exceso.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la normativa andina aporta argumentos sólidos a favor de la suficiencia de la vía civil. La Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina dispone que los Países Miembros deben asegurar procedimientos ágiles para impedir la violación de los derechos de propiedad industrial, con énfasis en las medidas de frontera y en la cesación de los actos infractores. Esta disposición sugiere que la prioridad del sistema regional es evitar la distorsión del mercado, objetivo que se logra con mayor naturalidad mediante las órdenes administrativas de la Superintendencia que mediante la imposición de una pena de prisión, la cual, por definición, se aplica cuando el daño al mercado ya se ha consumado.

No obstante, la estructura de protección diseñada en el ámbito comunitario andino no agota las posibilidades de defensa del Estado. Si bien la Decisión 486 delimita el contenido sustancial del derecho de propiedad industrial sobre la información no divulgada, deja un margen de maniobra procesal a las legislaciones nacionales (Agudelo Mancera, 2019: 87). Esto implica que, ante agresiones que desbordan la simple disputa comercial y entran en el terreno del apoderamiento fraudulento, el derecho penal puede actuar como un garante de última instancia para asegurar que los mandatos de protección supranacional no se conviertan en letra muerta frente a infractores que son indiferentes a las sanciones pecuniarias.

Ahora bien, como indica Martínez Buján-Pérez (2016), transformar al Estado en un gestor de cobros o en un protector de intereses corporativos particulares a través de la vía criminal desvirtúa la naturaleza pública de la justicia, lo que conlleva una privatización fáctica del derecho penal. Desde la óptica del derecho comparado, y tal como se indicó en líneas anteriores, la experiencia plasmada en la Directiva (UE) 2016/943 sugiere que la homogeneización de la protección mediante herramientas civiles es la vía más idónea para fomentar la innovación transfronteriza y la confianza en el mercado interior.

Aunado a lo anterior, la normativa europea introduce un criterio de proporcionalidad que bien podría servir de referente para el caso de Colombia, al establecer que las medidas y los remedios jurídicos deben ser proporcionados a la infracción, evitando crear barreras al comercio legítimo. El artículo

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

3 de la citada Directiva es enfático al declarar lícita la obtención de secretos mediante descubrimiento independiente o ingeniería inversa, salvaguardas que, en el ámbito penal, a menudo se desdibujan ante la amenaza de la investigación criminal. Esto pone de manifiesto que un sistema excesivamente punitivo corre el riesgo de enfriar la competencia legítima, al castigar no solo la deslealtad, sino también la agresividad comercial válida que dinamiza la economía, algo que el marco administrativo gestiona con mayor tecnicismo y menor lesividad.

Por otro lado, existe el contraargumento que defiende la necesidad y justificación de la norma penal. Una perspectiva pragmática, centrada en la protección efectiva de la innovación más que en la pureza dogmática, avala esta excepción. El argumento central radica en que la multa administrativa resulta insuficiente frente a la magnitud del beneficio ilícito que se puede obtener en la economía moderna de alta tecnología (Estrada i Cuadras, 2020: 495).

En el contexto actual, un solo secreto, como el código fuente de un software o una fórmula farmacéutica, puede tener una valoración inmensa. Para un competidor desleal o una entidad extranjera, una multa administrativa puede interpretarse simplemente como un costo operativo aceptable a cambio de apropiarse de una tecnología que garantiza rentas perpetuas o una posición dominante en el mercado global.

Solo la amenaza concreta de privación de la libertad del directivo que ordena la sustracción, o del empleado que la ejecuta, logra alterar esa ecuación racional de costos y beneficios. Asimismo, el daño irreparable es un factor diferencial determinante que legitima la intervención penal preventiva. A diferencia de los bienes físicos que pueden reivindicarse, un secreto empresarial revelado no puede volver a su estado original de reserva (Angarita y Náder, 2017: 145).

Una vez que la información ingresa al dominio público o llega al conocimiento de múltiples competidores, pierde automáticamente su protección jurídica como secreto, tal como lo establece la Decisión 486 de 2000. El perjuicio es absoluto e irreversible, y la indemnización civil suele llegar años después, siendo a menudo imposible cuantificar con exactitud el lucro cesante de una innovación que no pudo madurar.

El derecho penal, mediante su carga simbólica y preventiva, intenta evitar este momento irreversible mediante una fuerza intimidatoria superior a la de la norma civil. Finalmente, el poder disuasorio de la pena sobre la persona natural es insustituible. Un número importante de infracciones son cometidas por empleados o exdirectivos que carecen de un patrimonio personal suficiente para cubrir una indemnización civil de gran cuantía, de ahí que pretender hacer efectiva una demanda civil en estos casos suele ser un ejercicio inútil ante la insolvencia del infractor. Cuando la sanción civil carece de fuerza coercitiva por falta de recursos económicos del demandado, la única

amenaza que realmente disuade a un individuo de vender información confidencial es el riesgo cierto de perder su libertad personal (Terradillos Basoco, 2006: 86)

En este escenario, el derecho penal no actúa solo para proteger el patrimonio de la empresa víctima, sino también para sancionar la deslealtad de quien tiene mucho que ganar ilícitamente. El tratamiento dual no debe interpretarse como una mera duplicidad, sino como un sistema escalonado de protección jurídica que atiende a distintos niveles de gravedad y riesgo.

La Ley 256 de 1996 se encarga de gestionar las distorsiones del mercado y reparar los daños entre empresas solventes, mientras que el artículo 308 del Código Penal aborda las conductas más graves y las traiciones internas cualificadas. Aunque dogmáticamente esta postura se aproxima a los límites de la *última ratio*, responde a una necesidad de política criminal para cerrar brechas de impunidad frente a actores insolventes o daños catastróficos.

En materia de política criminal, y ante la disyuntiva de si la tutela penal del secreto empresarial es una necesidad ineludible o una cuestión simbólica, este análisis plantea, de manera crítica, que la aplicación irreflexiva del citado artículo 308 suele funcionar como un derecho penal eminentemente simbólico.

En efecto, como señala Fernández Teruelo (2009) respecto a la expansión de los delitos económicos, la amenaza de prisión se emplea, en la práctica, *in terrorem* para inducir acuerdos extrajudiciales en disputas de naturaleza puramente mercantil. Para evitar que el sistema de justicia penal se reduzca a un mecanismo de cobro corporativo, es necesario que la política criminal restablezca los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, reservando la coacción punitiva exclusivamente para ataques dolosos con potencial sistémico sobre la innovación, y no para resolver cualquier fuga de información comercial.

Para lograr una armonización efectiva entre la protección de los activos inmateriales y la intervención penal mínima, la primera propuesta técnica plantea exigir el cumplimiento normativo penal (*criminal compliance*) como condición material para la intervención del *ius puniendi*. En este sentido, en consonancia con Abadías Selma (2022), el derecho penal no debe intervenir en favor de entidades negligentes.

Además, en el ámbito de la política investigativa, la Fiscalía General de la Nación, en calidad de ente acusador, debería requerir, desde la fase de indagación, la prueba sumaria de que la empresa afectada implementó protocolos efectivos de ciberseguridad, de compartimentación de datos y de cláusulas de confidencialidad verificadas. Si el "secreto" no fue protegido internamente mediante una diligencia organizativa comprobable, el bien jurídico carece de la entidad y de la configuración formal necesarias para activar

la vía penal, por lo que el conflicto debe canalizarse ante la jurisdicción civil y administrativa.

La segunda propuesta técnico-jurídica para garantizar la subsidiariedad efectiva consiste en implementar un filtro de prejudicialidad técnico-mercantil a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, como máximo ente regulatorio en materia de propiedad industrial en Colombia. Siguiendo la distinción entre deslealtad concurrencial y "parasitismo extremo", la acción penal debería estar condicionada a un dictamen administrativo previo.

De hecho, antes de formular una imputación, la Fiscalía debe contar con una certificación de la Superintendencia que acredite que la información vulnerada cumple con los estándares de la Decisión 486 de 2000 y que la conducta excede claramente los remedios previstos en la Ley 256 de 1996. Este diseño institucional evitaría una especie de hipertrofia punitiva y garantizaría que los jueces penales, generalmente ajenos a las complejidades del mercado, no criminalicen conductas que el derecho comunitario andino considera lícitas, como la ingeniería inversa o el descubrimiento independiente.

La consolidación de este modelo híbrido y escalonado, que subordina la intervención de la *última ratio* a la autotutela preventiva empresarial y a un estricto tamizaje administrativo, otorga a esta investigación una relevancia teórica y práctica extrapolable a la comunidad jurídica internacional. Así, la política criminal propuesta demuestra que no es necesario ampliar el Código Penal ante el riesgo tecnológico; al limitar la intervención penal a las deslealtades cualificadas, se garantiza una protección del secreto empresarial eficiente, moderna y alineada con los límites garantistas exigidos por el Estado de Derecho.

VII. A MODO DE DISCUSIÓN

El análisis de la normativa colombiana, apoyado en los estudios de la doctrina especializada, da cuenta de que la coexistencia del Artículo 308 del Código Penal y la Ley 256 de 1996 no es un simple error de técnica legislativa ni una superposición accidental, sino el reflejo de una profunda desconfianza sistémica en la eficacia disuasoria del derecho privado para contener conductas desleales de alto impacto económico.

Adicionalmente, de las reflexiones planteadas se desprende un escenario crítico en el que el legislador colombiano, al mantener y endurecer la vía penal a pesar de contar con un régimen civil eficaz, reconoce implícitamente que la sanción pecuniaria (multa o indemnización), por sí sola, es insuficiente para disuadir la apropiación de intangibles en una economía en la que el conocimiento es el principal activo generador de valor (Agudelo Mancera, 2019: 81).

Así, la "tensión" identificada entre la *última ratio* y la expansión penal no se trata de una contradicción teórica que deba resolverse eliminando una norma, sino de una herramienta de política criminal, donde es el Estado el que mantiene el "garrote" penal visible y afilado para asegurar que las "zanahorias" y reglas del mercado civil funcionen, propugnando el cumplimiento de los deberes de confidencialidad y lealtad.

Esta postura dialoga directamente con la doctrina sobre el derecho penal económico. Concretamente, esta postura se alinea con la obra de autores como Zaffaroni y Dias Dos Santos (2025), Terradillos Basoco (2006) o Martínez Buján-Pérez (2016), quienes advierten sobre la "administrativización" del derecho penal económico, donde el derecho penal se convierte en un refuerzo de la normativa administrativa.

De hecho, en el caso de Colombia, el marco operativo regulatorio sigue fielmente esta tendencia global, utilizando el Derecho penal para reforzar mandatos administrativos de competencia; en contraste con la normativa europea, específicamente la Directiva (UE) 2016/943 que armonizó la protección del secreto empresarial, centrándose casi exclusivamente en remedios civiles y evitando imponer sanciones penales armonizadas a nivel comunitario (Suñol Lucea, 2009: 25).

Esta diferencia en la política criminal revela una particularidad en la recepción del derecho comunitario en Colombia. Mientras que la Decisión 486 de 2000 busca estandarizar los pisos mínimos de protección de la propiedad industrial para facilitar el comercio subregional, el ordenamiento interno ha optado por elevar el techo sancionatorio. Se observa, entonces, que, aunque la norma andina se satisface con mecanismos que garanticen el cese de la infracción, la legislación nacional interpreta que la tutela de estos activos requiere una fuerza coercitiva mayor, lo que genera una hibridación en la que los conceptos civiles de la norma supranacional sirven de base para configurar el tipo penal.

Dicha interacción normativa plantea desafíos interpretativos para los operadores jurídicos. Al momento de valorar la antijuridicidad de la conducta en un proceso penal, el juez no puede ignorar los criterios de licitud establecidos en el régimen de propiedad industrial andino, como la ingeniería inversa o el uso de conocimientos adquiridos legítimamente.

De este modo, la Decisión 486 de 2000 actúa como un filtro negativo del tipo penal: aquello que es lícito bajo la normativa comunitaria en materia de competencia y propiedad industrial no puede ser, en ninguna circunstancia, constitutivo de delito, lo que obliga a la jurisdicción penal a dialogar constantemente con los conceptos del derecho comercial supranacional (García, 2022).

Sobre este mismo punto, resulta particularmente ilustrativo observar cómo el artículo 14 de la Directiva (UE) 2016/943 ofrece una metodología

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

sofisticada para el cálculo de los daños y perjuicios, lo que permite fijar la indemnización con base en las regalías hipotéticas que se habrían pagado si el infractor hubiera solicitado autorización.

Esta aproximación pragmática del derecho europeo desactiva en gran medida la necesidad de la retribución penal, pues transforma el ilícito en una transacción forzosa pero costosa para el infractor, garantizando que la víctima no solo sea resarcida por el daño emergente, sino que también participe de los beneficios obtenidos indebidamente. Al elevar el estándar de la reparación civil a un nivel de sofisticación financiera, se reduce el margen de impunidad económica que tradicionalmente servía de excusa para invocar la intervención del sistema punitivo.

Dicho todo lo anterior en otras palabras, mientras Colombia ha adoptado un enfoque más punitivo y menos liberal al recurrir al juez penal como garante último y necesario –lo que sugiere una diferencia en la cultura jurídica y en la percepción de la solidez institucional–, Europa parece confiar en la madurez de sus jueces civiles y mercantiles para proteger la innovación.

De cualquier manera, con el fin de articular acciones prácticas y de política pública que trasciendan la teoría, es necesario, en primer lugar, que el ente acusador, en este caso, la Fiscalía General de la Nación, establezca criterios claros de priorización para la investigación del delito previsto en el artículo 308. La persecución penal no debería operar de manera automática, sino reservarse para escenarios de mayor gravedad o para aquellos casos en los que la intervención del sistema punitivo resulte útil, cuando la vía civil resulte manifiestamente insuficiente. Esto ocurre, por ejemplo, ante la insolvencia del autor, la participación del crimen organizado o situaciones de espionaje internacional. En estos eventos, la respuesta del derecho privado carecería de la fuerza coercitiva necesaria para restablecer el orden jurídico vulnerado o reparar el daño.

Para los conflictos de menor envergadura o de naturaleza puramente patrimonial, la aplicación del principio de oportunidad se perfilaría como la vía más idónea. Derivar estas disputas hacia la jurisdicción civil o a mecanismos de justicia restaurativa y conciliación permitiría una gestión más eficiente de los recursos judiciales, de este modo, se evitaría la congestión del sistema penal con asuntos que pueden resolverse mediante compensaciones económicas.

Por otra parte, el fortalecimiento de las capacidades forenses en la administración pública es un factor determinante. Si la Superintendencia de Industria y Comercio contara con una infraestructura tecnológica más robusta, incluyendo laboratorios forenses digitales avanzados, la detección y prueba de la sustracción de secretos serían mucho más efectivas, pues no en vano la capacidad de realizar trazabilidad de datos y análisis de dispositivos elevaría el riesgo para los infractores.

Un último aspecto a considerar es el establecimiento de mecanismos de resolución de conflictos y cláusulas penales pecuniarias elevadas, en aras de desincentivar la conducta desleal, en cumplimiento del principio de autonomía de la voluntad. Señala al respecto Peña Valenzuela (2001) que al crear consecuencias económicas severas y específicas desde el contrato, se reduce la dependencia del sistema penal estatal para la protección de los activos intangibles. Esto desplaza la carga de la protección hacia la prevención contractual y el cumplimiento normativo.

Dentro del debate metodológico y aplicativo entre jurisdicciones, la postura de introducir el criminal compliance como eje central adquiere especial relevancia, pues la tutela penal del secreto resulta dogmáticamente ineficiente e ilegítima si las corporaciones no asumen previamente su rol de garantes. En consecuencia, el derecho penal debería intervenir únicamente cuando la empresa afectada demuestre la implementación de programas de cumplimiento preventivo y de protocolos de seguridad sólidos, consolidando jurídicamente el "secreto". De lo contrario, la jurisdicción penal se utilizaría para subsidiar y encubrir la negligencia organizativa y administrativa interna de las empresas.

A partir de la integración de estas corrientes doctrinales, resulta necesario superar la descripción de la dualidad normativa colombiana y proponer soluciones de *lege ferenda* y de hermenéutica judicial aplicables al contexto nacional. Como primera aproximación, se sugiere adoptar, jurisprudencialmente, un estándar de "prejudicialidad técnico-mercantil". Para evitar sentencias contradictorias y prevenir el uso del proceso penal como mecanismo de extorsión corporativa, el juez de garantías o de conocimiento debería suspender el proceso penal hasta que la Superintendencia de Industria y Comercio determine, mediante un incidente previo, si la información en litigio cumple con los requisitos de la Decisión 486 de 2000. En ausencia de este aval técnico-comercial, la tipicidad penal debería descartarse de inmediato.

Como segunda aproximación, se plantea la necesidad de interpretar el artículo 308 del Código Penal, integrando el *compliance* de los intangibles como un elemento normativo implícito del tipo objetivo. Si durante la investigación la empresa denunciante no demuestra una diligencia comprobable en la custodia de sus secretos, mediante auditorías de la información, segregación de bases de datos y acuerdos de confidencialidad actualizados, el bien jurídico perdería su idoneidad para ser protegido por el derecho penal, lo que obligaría a la Fiscalía a archivar las diligencias por atipicidad. Esta interpretación exigiría al mercado colombiano profesionalizar sus esquemas de autoprotección y restituir al derecho penal su carácter estrictamente subsidiario.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 651-680
https://doi.org/10.18543/ed.3594 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

VIII. CONCLUSIONES

El análisis normativo del tratamiento dual del secreto empresarial en Colombia revela una problemática que va más allá de la redundancia legislativa, al evidenciar un conflicto estructural en la política criminal contemporánea. La expansión del derecho penal económico hacia áreas tradicionalmente reservadas al derecho comercial demuestra que el Estado, ante la necesidad de proteger la economía del conocimiento, flexibiliza el principio de intervención mínima y orienta sus herramientas coercitivas hacia activos que antes pertenecían exclusivamente al ámbito privado y corporativo del tráfico mercantil.

La flexibilización identificada en el ordenamiento jurídico responde a una reconceptualización del mercado, que ha dejado de basarse en el intercambio de bienes tangibles para enfocarse en la protección de la información y la innovación constante. Las dinámicas actuales del comercio internacional requieren una revalorización de los activos intangibles, transformando la percepción tradicional de la propiedad industrial y posicionando la seguridad jurídica de los datos como un elemento clave para el desarrollo competitivo y la estabilidad de las inversiones tecnológicas.

Por lo tanto, la tipificación penal establecida en el artículo 308 del Código Penal entra en conflicto con los principios de intervención mínima, al desplazar la primacía de las soluciones civiles y administrativas existentes, especialmente las previstas en la Ley 256 de 1996. El derecho penal debe ceder cuando el ordenamiento jurídico ofrece alternativas de reparación eficaces, como las previstas en la Ley 256 de 1996, que establece un régimen de respuesta inmediata, técnica, preventiva y suficiente para sancionar conductas desleales sin recurrir a la sanción penal.

La facultad otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante poderes jurisdiccionales y sancionatorios, constituye una herramienta de control orientada a corregir distorsiones del mercado mediante la imposición de multas y la emisión de órdenes de cese de actividades ilícitas. El ejercicio de estas competencias administrativas permite neutralizar directamente el beneficio económico del infractor, asegurando que la protección de la reserva industrial no dependa exclusivamente de la sanción privativa de la libertad para preservar la integridad del tráfico mercantil frente a vulneraciones externas.

En este contexto de suficiencia civil, la Decisión 486 de 2000 confiere al secreto empresarial un estatus autónomo, priorizando la lealtad en la competencia y la restitución patrimonial del afectado ante la apropiación indebida de conocimientos técnicos. La normativa supranacional considera que las controversias sobre activos intangibles constituyen litigios de mercado. No obstante, la persistencia de penas de prisión en Colombia evidencia una

desconfianza institucional en la eficacia disuasoria de los remedios económicos tradicionales frente a nuevas formas de infracción comercial que amenazan la estabilidad corporativa (artículo 308).

La desconfianza institucional mencionada se basa en la insuficiencia de la racionalidad económica para disuadir conductas en las que el valor del secreto industrial excede el patrimonio del sujeto que sustrae ilícitamente la información reservada. El Estado justifica la aplicación de la sanción penal frente a infractores insolventes o estructuras de espionaje corporativo, utilizando la privación de la libertad como un mecanismo capaz de modificar el cálculo de coste de quienes carecen de medios materiales para indemnizar el daño causado al sistema de innovación.

El análisis normativo demuestra que el derecho penal colombiano sanciona conductas que vulneran los principios éticos de la actividad mercantil, entre ellas el abuso de confianza, la ruptura de deberes y el apoderamiento ilícito de activos. Esta protección trasciende la propiedad sobre la información, al resguardar la lealtad en las relaciones comerciales y evitar que las empresas asuman costos de transacción que podrían obstaculizar la transferencia de tecnología y la innovación necesarias para la estabilidad del sistema económico nacional ante la pérdida de reserva de sus activos (artículo 308).

Asimismo, la naturaleza irreversible del daño justifica una intervención reforzada, dado que un secreto empresarial divulgado pierde de inmediato su valor jurídico y su utilidad competitiva para el titular original al quedar expuesto al conocimiento general. El legislador penal establece una barrera preventiva para disuadir al potencial infractor, ante la imposibilidad de restaurar el estado anterior una vez que la información reservada ingresa al dominio público y pierde su exclusividad económica (Decisión 486 de 2000).

Por otra parte, la comparación con el derecho internacional, especialmente con la Directiva 2016/943 de la Unión Europea, revela diferencias en la filosofía regulatoria respecto al tratamiento de la deslealtad en el tráfico mercantil y la aplicación de sanciones. El enfoque europeo privilegia metodologías avanzadas de cuantificación de daños para hacer económicamente inviable la infracción, mientras que la normativa colombiana mantiene una orientación punitiva y recurre a la criminalización como respuesta principal ante la vulneración de activos intangibles de naturaleza estrictamente privada.

La divergencia identificada advierte sobre los riesgos de la tendencia a administrativizar el derecho penal mediante el uso del artículo 308 como instrumento de presión para forzar acuerdos entre partes privadas en conflicto. Transformar a la Fiscalía General de la Nación en un gestor de cobros corporativos representa un retroceso hacia un modelo punitivo que debilita las garantías individuales en favor de intereses comerciales, desvirtuando la

función social y pública que debe caracterizar el ejercicio del poder sancionatorio del Estado colombiano.

En este contexto, el establecimiento de límites hermenéuticos claros resulta fundamental para evitar la instrumentalización del aparato penal, exigiendo que los jueces coordinen sus decisiones con los principios del derecho mercantil y con el régimen supranacional vigente. La Decisión 486 de 2000 opera como un límite en el análisis de la tipicidad, asegurando que conductas legítimas, como el descubrimiento independiente o la ingeniería inversa, no sean objeto de investigación criminal que restrinja el dinamismo y la libertad de competencia en el mercado nacional.

Por consiguiente, la coexistencia de ambos sistemas de protección exige una racionalización en su aplicación práctica, para evitar que la persecución penal de la reserva industrial se aplique de manera automática o indiscriminada ante cualquier disputa mercantil. El ente acusador debe emplear criterios de prioridad y aplicar el principio de oportunidad para derivar los conflictos patrimoniales a la jurisdicción civil o a mecanismos de justicia restaurativa que resulten más adecuados para la resolución de disputas entre particulares.

La consolidación del régimen de respuesta inicial requiere el fortalecimiento de las capacidades técnicas y forenses de las autoridades administrativas responsables de supervisar la competencia en el mercado nacional y de proteger la propiedad industrial. Proveer a la Superintendencia de Industria y Comercio de herramientas de trazabilidad de datos incrementaría el riesgo de detección, lo que permitiría que la sanción administrativa actúe como un factor disuasivo efectivo frente a la infracción, sin necesidad de recurrir constantemente a la acción penal pública.

Lo anterior implica comprender que para superar la dialéctica entre la sede civil y la penal debe abandonarse la cuantificación del daño patrimonial para adoptar un criterio dogmático basado en el incremento del desvalor de la acción. El paso hacia la jurisdicción punitiva solo encuentra legitimidad constitucional cuando la conducta supera la simple deslealtad concurrencial, gestionable mediante la restitución y la multa administrativa previstas en la Ley 256 de 1996, y se adentra en la ruptura dolosa de deberes fiduciarios cualificados o en el apoderamiento ilícito.

En este sentido, se propone que el operador judicial asuma como umbral infranqueable para la tipicidad del artículo 308 la comprobación de un doble requisito: que el infractor no solo haya explotado una ventaja ajena en el mercado, sino que, para ello, haya vulnerado deliberadamente los esquemas de cumplimiento (*compliance*) y las barreras de autotutela implementadas por la víctima. Solo bajo esta configuración de "parasitismo extremo", el ilícito mercantil se convierte en un ataque intolerable contra la confianza sistémica, lo que justifica la intervención de la *última ratio*.

En conclusión, la protección del secreto empresarial en Colombia configura un sistema mixto en el que la teoría penal se adapta a las necesidades de supervivencia económica del sector productivo frente a amenazas globales contemporáneas. El tratamiento dual funciona como una medida de seguridad frente a las vulnerabilidades del derecho privado, por lo que la labor dogmática futura debe centrarse en delimitar con precisión los ámbitos de aplicación de la vía penal, garantizando que su uso sea verdaderamente excepcional, selectivo y proporcional a la gravedad de la infracción.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Abadías Selma, A. «La obsoleta regulación penal del "dinero de plástico" en la era del metaverso. Consideraciones acerca de la necesaria reforma del artículo 248.2 c) del Código Penal», en Oliver-Cuello, R. (Ed.), *Las tecnologías de la información en la actividad empresarial: aspectos legales y fiscales*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 14–32.

Agudelo Mancera, D. C., «La tutela penal del secreto empresarial en Colombia», en Velásquez V., F.; Vargas Lozano, R. (Eds.), *Problemas actuales del derecho penal: volumen II: 2014-2017*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 81–120.

Angarita, N. R.; Náder, G. T., «Limitaciones de las cláusulas contractuales para determinar la naturaleza jurídica de la información y para proteger los secretos empresariales», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 24, 2017, pp. 145–165. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/5201

Benito Sánchez, D., «La protección penal de la competencia: ¿ejemplo de exceso punitivo?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1, 2021, pp. 181–209. https://doi.org/10.30827/acfs.vi1.16701

Benito Sánchez, D., «Criminal Law Protection of Competition: An Instance of Punitive Excess?», en Demetrio Crespo, E. et al. (Eds.), *Crisis of the Criminal Law in the Democratic Constitutional State: Manifestations and Trends*, Springer International Publishing, Cham, 2023, pp. 211–230.

Bernate Ochoa, F., *La legitimidad del derecho penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

Bernate Ochoa, F., *Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021.

Cervini, R.; Adriasola, G., *El derecho penal de la empresa, desde una visión garantista*, B de F, Buenos Aires, 2005.

Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial*, 2000.

Congreso de la República de Colombia, *Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*, 1996.

Congreso de la República de Colombia, *Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal*, 2000.

Congreso de la República de Colombia, *Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal*, 2004.

Constitución Política de Colombia, 1991.

De la Mata Barranco, N. J. et al., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

Estrada i Cuadras, A., «Protección de la propiedad, intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en Silva Sánchez, J. M. (Dir.); Robles Planas, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 495–570.

Fernández Teruelo, J., «La expansión selectiva del derecho penal español», *Revista Digital Facultad de Derecho*, 1, 2009, pp. 1–19. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3038441

García, E., «La protección de los secretos empresariales en el régimen andino», *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 22, 43, 2022. https://doi.org/10.22518/jour.ccsh/20220209

Gómez Segade, J. A., *El secreto industrial (Know-How): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.

Gómez Segade, J. A., «En torno al concepto de know how», en Tecnología y derecho, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 73-76.

Gómez-Jara Díez, C., *El delito de manipulación de mercado (arts. 284.2 y 284.3 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

López de Lerma Galán, J. 2016. «La constitución económica liberal como garantía del libre mercado. los derechos de propiedad privada y libertad de empresa». *Estudios De Deusto* 64 (1), pp. 39-60. https://doi.org/10.18543/ed-64(1)-2016pp39-60.

Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Massaguer Fuentes, J., «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)», *Actualidad Jurídica*, 51, 2019, pp. 46–70.

Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

Motta, M., *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge University Press, New York, 2004.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*, 2016.

Payán Rodríguez, C. F., «Secreto empresarial, vigencia como mecanismo de protección en la propiedad intelectual», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, 2011, pp. 207–224. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3006

Peña Valenzuela, D., «Nuevos Alcances de los Secretos: Empresariales en Colombia», *Con-texto*, 9, 2001, pp. 11–20. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxto9&div=6&id=&page=

Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Barcelona, 1999.

Stucke, M., «What is competition?», en Zimmer, D. (Ed.), *The goals of competition law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 27–52.

Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial: Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2009.
Superintendencia de Industria y Comercio, *Resolución 11090 de 2003*, 2003.
Superintendencia de Industria y Comercio, *Sentencia 016 del 13 de octubre de 2010*, 2010.
Superintendencia de Industria y Comercio, *Sentencia 1406 del 26 de abril de 2012*, 2012.
Tejada Plana, D., «Behavioral compliance: ética conductual y cumplimiento normativo», *REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 1, 9, 2023, pp. 2-40. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9148635
Terradillos Basoco, J. M., «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», *Nuevo foro penal*, 70, 2006, pp. 86-115. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3823053
Terradillos Basoco, J. M., «Concepto y método del Derecho penal económico», en Serrano-Piedecasas, J. R.; Demetrio Crespo, E. (Eds.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 11–35.
Terradillos Basoco, J. M., «Derecho penal económico. Lineamientos de política penal», *Revista IUS*, 9, 35, 2015, pp. 7–36. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6629478
Tiedemann, K., *Manual de derecho penal económico: Parte especial con importantes textos legales y reglamentos*, 2012.
Tiedemann, K., *Lecciones de derecho penal económico*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
Tobón-Franco, N., *Secretos empresariales. Concepto y protección*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2017.
Whish, R.; Bailey, D., *Competition law*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.
Zaffaroni, E.; Dias Dos Santos, I., *The New Criminological Critique: Criminology in Times of Financial Totalitarianism*, Springer, 2025.

Recensiones

Díaz Revorio, Francisco Javier; Vidal Prado, Carlos (Dirs.), *Educar en valores, construir ciudadanías*, Dykinson, Madrid, 2025, 534 pp. ISBN: 979-13-7006-297-2

https://doi.org/10.18543/ed.3595

Fecha de recepción: 15.12.2025
Fecha de aceptación: 18.05.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Educar en valores, construir ciudadanías es una obra colectiva que reúne a destacados juristas, filósofos y pedagogos para reflexionar sobre el papel de la educación en la formación de ciudadanos en sociedades democráticas, plurales y globalizadas. Bajo la dirección de Francisco Javier Díaz Revorio y Carlos Vidal Prado, ambos catedráticos de Derecho Constitucional, el libro se convierte en un mosaico de perspectivas que abordan desde la fundamentación de los valores universales hasta los retos de la inclusión educativa, pasando por el derecho comparado y la construcción de identidades nacionales y europeas.

La obra se estructura en cuatro grandes partes. La primera versa acerca de *Educar en valores democráticos en España*. La segunda se refiere a diferentes estudios que tratan la *educación inclusiva*. La tercera comprende trabajos que abordan la cuestión desde el Derecho comparado. Y finalmente la cuarta hace lo propio con respecto a la educación en valores democráticos en España, Gregorio Luri abre el volumen con un ensayo sobre la necesidad de "forjar nuestro país", subrayando la falta de una mentalidad jurídica firme y la tendencia española a la exageración, que dificulta la construcción de consensos. Por su parte, el profesor Francisco Javier Díaz Revorio plantea el debate sobre si existen valores universales o si estos son, en realidad, creaciones occidentales que pretenden exportarse, con mejor o peor fortuna. Examina asimismo la tensión entre el principio de universalismo y el de particularismo, con ejemplos referidos a los derechos de comunidades indígenas. En lo que hace al trabajo del profesor Eloy García López, catedrático de Derecho Constitucional complutense, se aborda un examen minucioso de las elecciones en la España constitucional,

destacando una idea central y es que la mera celebración de comicios no garantiza, *per se*, una cultura democrática sólida. Juan García-Gutiérrez, profesor experto en pedagogía, recurre a Hannah Arendt para reflexionar sobre la educación en tiempos de crisis y la necesidad de formar a las personas en la cultura de los derechos humanos y/o fundamentales.

David Delgado Ramos aborda una de las cuestiones más interesantes que jalonan la obra: el *homeschooling* y su difícil encaje en el ordenamiento jurídico español, recordando la STC 133/2010, donde nuestro Tribunal Constitucional negó la constitucionalidad de la educación en casa. Es un debate, quizá interminable, que navega en medio de las aguas del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza. Mª Ángeles Espinosa Bayal, profesora de psicología de la Universidad Autónoma de Madrid, estudia la ciudadanía en la infancia, apoyándose en la Convención sobre los Derechos del Niño y en conceptos como la autonomía progresiva, donde al infante se le debería enseñar en el marco de asignaturas como "Educación para la Ciudadanía" a ser, precisamente, ciudadano. Amalia Balaguer Pérez, constitucionalista, analiza con minuciosidad la educación para la sostenibilidad en España y Europa, mostrando cómo la protección ambiental se ha convertido en un valor constitucional que cada vez cobra más importancia en los ordenamientos constitucionales europeos, también en España. María José Majano Caño, María Ruiz Dorado y Adriana Travé Valls examinan el desarrollo normativo de la LOMLOE en las comunidades autónomas, donde abordan los ejemplos que suministran Castilla-La Mancha, Cataluña, Murcia y Comunidad Valenciana.

Respecto a la segunda parte, se exponen diversos estudios cuyo nexo es la educación inclusiva. En ese sentido, el apartado se abre con la aportación del constitucionalista Enrique Belda, quien reflexiona sobre la inclusión educativa de las personas con discapacidad, destacando la obligación constitucional de garantizar la dignidad humana y la igualdad de todos. A su mejor juicio, la inclusión se incardina en el derecho a la educación como necesaria exigencia. La profesora María Elena Rebato Peño, también desde el Derecho Constitucional, estudia la violencia política de género y la necesidad de una educación que fomente la participación democrática de las mujeres, libres de toda cortapisa ilegal en el desarrollo de dicha actividad. Cierto es que no se olvida de valores como la libertad de expresión, absolutamente necesarios en el discurrir de nuestra vida, también política.

Tomás Vidal Marín analiza la inclusión educativa de las minorías étnicas, con especial atención al alumnado de procedencia romaní, y revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a los efectos, resaltando que la educación inclusiva puede entenderse ora como derecho fundamental, ora como principio general. Por su parte, María Martín Sánchez propone una educación democrática para la ciudadanía global, conectando la dimensión nacional con la identidad europea y mundial y haciendo hincapié en instrumentos normativos (soft-law) tales como la *Carta del Consejo de Europa*

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 683-686
https://doi.org/10.18543/ed.3595 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

sobre la Educación para la Ciudadanía Democrática.

Comienza la tercera parte, la dedicada al Derecho comparado, con la contribución de la profesora Annamaria Poggi, jurista experta en Derecho Público, donde estudia la evolución de la educación cívica en Italia, desde los años cincuenta hasta la Ley 92/2019, mostrando su trabajo la tensión existente entre la educación cívica y la educación para la ciudadanía; y, especialmente, la sempiterna divisoria ideológica que anida en según qué iniciativas educativas. Inês Gregório elabora su capítulo en torno a la presentación, debate y discusión de iniciativas de buenas prácticas en Portugal tales como el presupuesto participativo escolar, a su mejor entender una de las auténticas experiencias que merecería la pena exportar. Por su parte, el profesor Carlos Vidal Prado analiza la educación en valores democráticos en Europa, comparando Reino Unido, Alemania y Francia, y subrayando el necesario equilibrio que debe observarse entre identidad nacional y valores universales, especialmente en el marco de los debates educativos. El profesor italiano Matteo Nicolini realiza en su trabajo una reflexión en torno al concepto de "democracia medioambiental", destacando el papel de las universidades –y especialmente de los juristas que prestan servicios en ellas– en la formación de ciudadanos conscientes de la sostenibilidad.

Finalmente haremos referencia a la cuarta parte de la obra, que se dedica a estudiar la identidad desde el paradigma personal, cultural y nacional. María G. Amilburu, desde su experiencia en la enseñanza en Psicología, reflexiona sobre la deconstrucción de la identidad personal y cultural en sociedades democráticas y plurales. Luis Miguel González de la Garza hace lo propio como constitucionalista, analizando el impacto de las nuevas tecnologías performativas y la inteligencia artificial en la formación de la identidad individual. Sin desmerecer a los anteriores, uno de los capítulos más sugerentes de la obra al completo es el que firma María Barril Rodríguez-Arana, también constitucionalista, donde estudia la definición de la identidad nacional en relación con el control previo de constitucionalidad de los tratados de la Unión Europea. Es uno de los temas del momento y la autora lo aborda con rigor y valentía, donde atribuye al Estado las competencias básicas aparejadas a su identidad nacional: soberanía, habilitación constitucional para otorgar primacía al Derecho de la Unión Europea y capacidad de controlar si los actos de la UE se extralimitan en sus competencias o vulneran los contenidos de la identidad nacional. Ana Caparrós Gadea explora, de nuevo desde el Derecho Constitucional, la educación democrática y el desarrollo de la identidad nacional y europea, basada en una ciudadanía autogobernada y autorregulada. Daniel Capodiferro Cubero examina en su contribución la articulación de la ciudadanía europea a partir de valores comunes, especialmente los contemplados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, sin dejar de señalar que el ciudadano es destinatario de normas y decisiones que se adoptan lejos del espacio político con el que se encuentra más

familiarizado y en las que, realmente, no participa. Finalmente, podemos leer el trabajo de Tamar Shuali Trachtenberg y Clara Centeno, quienes desde la pedagogía cierran el volumen con un estudio sobre la educación para la ciudadanía europea, proponiendo metodologías y formación docente para fomentar competencias democráticas e interculturales.

En suma, la valoración global del libro es ampliamente positiva. *Educar en valores, construir ciudadanías* es un libro coral que combina teoría constitucional, pedagogía y derecho comparado. Su riqueza reside en la diversidad de enfoques y en la conexión entre valores universales y contextos particulares. La obra muestra cómo la educación es un instrumento esencial para sostener la democracia, garantizar la inclusión y construir identidades abiertas en un mundo globalizado. Es especialmente útil para estudiantes de Derecho Constitucional, Ciencias Políticas y Educación, así como para profesionales y curiosos interesados en la relación entre valores, ciudadanía y democracia.

Ignacio Álvarez Rodríguez
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid, España
https://orcid.org/0000-0001-6873-7269
ialvarez1@ucm.es

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 683-686
https://doi.org/10.18543/ed.3595 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

García Pelayo, Manuel, *El Rey,* Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, 2ª edición, Madrid, 2026, 240 pp. ISBN: 978-84-309-9408-3

https://doi.org/10.18543/ed.3596

Fecha de recepción: 16.04.2026
Fecha de aceptación: 18.05.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

La publicación de cualquier inédito firmado por uno de los más insignes constitucionalistas españoles de la pasada centuria despierta en el público un más que justificado interés. Más aún, si el tema tratado viene a dotar de claridad conceptual a una de las instituciones constitucionales más discutidas –pero verdaderamente menos conocidas– como lo es la jefatura del Estado en una monarquía parlamentaria. La lectura de los tres dictámenes inéditos de Manuel García-Pelayo, en los que se trata con la más depurada precisión doctrinal la cuestión de la Corona en la Constitución española de 1978, permiten, no sólo conocer de primera mano la fundamentada opinión del que fuera el primer presidente del Tribunal Constitucional con respecto a la posición jurídica del Rey, sino también profundizar en su influyente teoría de la Constitución. Los informes vienen acompañados, además, por una nota editorial y un estudio de contextualización rubricados por los profesores Eloy García y Javier Tajadura, respectivamente, que dotan de mayor interés, si cabe, a la lectura de la obra. El valor doctrinal aportado al derecho público por las contribuciones de dos de los académicos que con mayor profundidad han estudiado la posición jurídico-constitucional de la Corona en la actualidad, no puede ser sustituido por la lectura de ningún "intento de recensión" como el que aquí me propongo realizar. De ahí que no me quede más remedio que recomendar encarecidamente la lectura de la que sin duda será una de las obras básicas de todo aquel que quiera profundizar en el conocimiento de la institución monárquica en la Constitución española de 1978.

El libro se abre con una interesante nota editorial del profesor Eloy García en la que comienza por señalar las circunstancias en las que fueron

descubiertos los tres inéditos en los archivos familiares de don Manuel, y los pormenores de su inclusión en la prestigiosa colección *Clásicos del Pensamiento*, editada por Tecnos. Subraya, además, la importancia del contenido de los informes para rellenar el que, a su parecer, constituía un importante vacío en la amplísima obra del maestro iuspublicista: la ausencia de un tratamiento exhaustivo de la monarquía. El profesor Eloy García, quien conoció personalmente a García-Pelayo, manifiesta que tuvo la oportunidad de escuchar de su propia boca que "la razón de ser de la monarquía en la España de 1978 no podía ser otra que su funcionalidad efectiva para la democracia". Una idea que adquiere pleno desarrollo en el tratamiento dado a la Corona en estos tres inéditos informes, y que refuerzan la consideración de la Constitución como un todo normativo, en cuya cúspide vino a situar a la institución monárquica.

Recuerda el profesor García cómo la subrayada funcionalidad de la Corona en el entramado constitucional llevará a un republicano convencido como García-Pelayo a insistir en la utilidad del monarca, no sólo durante la transición política hacia la democracia sino también, para el correcto funcionamiento del sistema institucional diseñado por la Constitución. Como consecuencia del papel protagonista que el autor reservará a la jefatura del Estado en su obra, el Rey se conformará como un órgano esencial en el juego de los acontecimientos políticos. Una figura, que si bien carece de atribuciones estrictamente políticas, está dotada de atribuciones político-constitucionales que lo configuran como "un actor constitucional y no un convidado de piedra". Una idea del monarca "neutral pero no por ello neutralizado" que vendrá a constituirse, como veremos, en el eje central de los tres informes.

Más allá de la importancia teórico-práctica para la definición y posicionamiento institucional de la monarquía en la teoría constitucional de don Manuel, el profesor García sostiene que los informes desempeñan, además, tres propósitos adicionales. Por un lado, sirven para atestiguar la contribución intelectual de terceros –más allá de los redactores oficiales– en la elaboración de la Constitución. Por otro lado, permiten comprobar la importancia que tienen los arquetipos y las definiciones intelectuales en la construcción del contenido sustancial de las instituciones, sin las cuales devienen meras formas vacías. Por último, ayudan a un mejor y más completo entendimiento de la comprensión que del Derecho constitucional tenía Manuel García-Pelayo.

El primero de los dictámenes, fechado el 14 de octubre de 1977, lleva por título: *Consideraciones sobre la Constitución política de España.* En él, García-Pelayo abordará las que considera como cuestiones centrales que deberían ser atendidas por las entonces Cortes constituyentes. Unas páginas que reflejan una vez más la profundidad y solidez teórica de su pensamiento. Una doctrina que sitúa la Constitución como la parte más importante de un sistema constitucional, pero cuya importancia quedará ciertamente relativizada al señalar que su significación efectiva dependerá de

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 687-693
https://doi.org/10.18543/ed.3596 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

factores externos como su interacción con el sistema político y social.

El autor estimaba deseable una Constitución breve, "que se ocupara de los problemas y procedimientos verdaderamente fundamentales y dejara su ulterior complementación a unas leyes constitucionales". Una Carta Magna de formulación flexible capaz de adaptarse al dinamismo del tiempo y cuya estructura fuese compatible con distintos contenidos políticos y sociales. Aboga así, por una Constitución de consenso que, mediante una organización institucional racional basada en la separación de poderes, fije como misión estatal la realización de los valores políticos por ella consagrados. Una teoría constitucional que, en definitiva, configura al Estado como "una unidad de decisión y de acción dotada de la máxima eficacia" y no como una mera herramienta reducida a su mínima expresión.

Las propuestas doctrinales referidas a la institución monárquica aparecen a lo largo del dictamen. En la parte consagrada a la regulación de las funciones del Parlamento, destaca, por ejemplo, la propuesta del autor de atribuir al Rey la facultad de nombramiento del presidente del Gobierno sin la necesidad de someter al candidato a un procedimiento de investidura posterior. La aprobación de los grupos parlamentarios se obtendría en las consultas previas. Como consecuencia lógica de dicha potestad regia, García-Pelayo se opone a la inclusión del "voto de confianza constructivo" –moción de censura de los artículos 113 de la Constitución y 175-179 del Reglamento del Congreso– ya que ello supondría imponer al Rey un candidato en cuyo nombramiento no ha participado, lo que podría desembocar en un conflicto entre órganos. No obstante, su propuesta de regulación sistematizada de "El Rey" se encuentra entre las páginas 35 y 46 del dictamen. En ellas, se distingue la importancia que el autor confiere a la legitimidad funcional de la monarquía. Una funcionalidad que no puede confundirse con instrumentalidad, pues esta última es por definición pasiva, y requiere de la acción de un tercero, mientras que la funcionalidad implica que en ciertos supuestos el rey pueda ejercer sus potestades libremente.

Se trata de un tipo de legitimidad que encuentra su fundamentación en la necesaria– pero a menudo ignorada– consideración de la fuerza normativa de lo fáctico. Como advertiría Ferdinand Lassalle en 1862, si el instrumento constitucional pretende regular jurídicamente la realidad social de forma efectiva debe, necesariamente, tener en cuenta los factores reales de poder. Únicamente así pueden configurarse instituciones que no queden del todo vaciadas de contenido por una excesiva teorización abstracta y una indiferencia hacia la realidad político-social. Funcionalidad que, en nuestro caso, se origina en el papel esencial que jugó el monarca durante la Transición como auténtico poder entre poderes, y "sin cuya acción no se hubieran obtenido los éxitos alcanzados en el proceso de democratización". Una legitimidad que queda constitucionalmente positivizada en la funcionalidad efectiva que cumple la Corona en el régimen democrático contemporáneo como

árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones. En definitiva, una magistratura capaz de reorientar hacia la moderación y el respeto por la norma constitucional las crisis que puedan darse en una realidad cuya complejidad trasciende los márgenes de lo jurídico.

Incide, a su vez, en que la función política del monarca se expresa en una *auctoritas* que "no puede encerrarse en unas competencias jurídicas precisas […] sino que radica en el prestigio y legitimidad de la institución y en la experiencia y conducta de su portador". Unas potestades que, si bien pueden servir de contrapeso al excesivo poder del Ejecutivo, los principios democráticos exigen que "algunas de ellas deban ser ejercidas lo menos posible y otras lo más discretamente posible". Es, precisamente en estas últimas facultades de difícil configuración jurídica donde fundamenta su teoría de la jefatura del Estado como poder de reserva que debe constituir "no tanto un poder de ejercicio normal cuanto una reserva de poder que ha de entrar en acción cuando lo requiera la gravedad o el carácter decisivo o excepcional de las circunstancias"

La parte referida a la Corona termina con una relación de preceptos como propuesta de regulación constitucional. Destacan, por un lado, la atribución de una capacidad, bajo ciertas circunstancias, de rechazo de las propuestas formuladas por el presidente del Gobierno, como el nombramiento y destitución de los ministros o la disolución del Parlamento; por otro, la capacidad de devolución de un proyecto de ley sometido a su sanción en caso de que éste no se adapte formalmente a los preceptos constitucionales.

El segundo dictamen lleva por título *"Consideraciones jurídico-constitucionales sobre la actuación de S.M. el Rey con ocasión de los acontecimientos del 23/24 de febrero"*. Se trata de un análisis de la actuación de don Juan Carlos I en lo que considera un claro exponente de la aplicación práctica, y totalmente justificada, del ejercicio del poder de reserva. El argumento se enmarca en el análisis de la doble actuación del rey, como elemento integrador del sistema, en la situación de excepcionalidad derivada del intento de golpe de Estado. Por un lado, en su calidad de mando supremo de las fuerzas armadas, logra restablecer el orden jerárquico de la cadena de mando militar. Por otro lado, como jefe del Estado, neutraliza la perturbación que en el orden civil produjo la captura del Gobierno ordenando la constitución de la Comisión permanente. De esta forma, logra asegurar la unidad civil y militar del Estado, y la actuación regular de las instituciones.

Apoyándose en una teoría interpretativa que contempla la Constitución como una totalidad lógica, argumenta que el significado de los preceptos únicamente podrá obtenerse de su relación con los demás. En esa medida, el juramento regio del artículo 61 de la norma constitucional de guardar y hacer guardar la Constitución debe implicar, necesariamente, una capacidad de actuación que faculte al monarca para cumplir con su cometido como árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones. Será, por lo tanto, en las situaciones excepcionales que impidan el normal

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 687-693
https://doi.org/10.18543/ed.3596 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

funcionamiento de los órganos estatales, en las que el Rey deba cumplir con su mandato constitucional recurriendo a los poderes implícitos inherentes a su condición de guardián de la Constitución. Una secuencia argumentativa que lleva al autor a la conclusión de que los actos llevados a cabo por Su Majestad durante los días 23 y 24 de febrero de 1981 "estuvieron siempre orientados por la constitucionalidad de los fines y de los medios, y se limitaron al tiempo y a las acciones indispensables para asegurar el funcionamiento regular de las instituciones".

El tercer y último dictamen es un *"Informe sobre los artículos 62 a) y 91 de la Constitución española"*. En este, García-Pelayo realiza un estudio sobre la evolución histórica del concepto de sanción legislativa y de su práctica en el derecho comparado. En su sentido originario, el término "venía a significar el derecho de una autoridad a dotar de imperatividad a unas normas aprobadas por el Parlamento y, por tanto, para convertir en ley lo que hasta entonces era un proyecto de ley, […] no podía cambiar el contenido del texto del proyecto, pero sí poseía la decisión de adoptarlo o rechazarlo en su totalidad y de forma definitiva, lo que diferencia a la sanción del simple veto". Una definición que atestigua la dualidad del poder legislativo (monarca-parlamento) de las monarquías constitucionales europeas del siglo XIX, y que, a tenor de los tratadistas españoles (cita a M. Aragón, E. García de Enterría y J.A. Santamaría) ha perdido todo su significado en las actuales monarquías parlamentarias. Estos últimos entienden que, del tenor literal del texto constitucional, la sanción regia únicamente puede entenderse como "un tributo historicista y puramente simbólico", un mero trámite que "no añade ningún plus de validez a la fuerza vinculatoria de la ley".

Alejándose de posibles interpretaciones forzadas que pudieran servir para dotar de mayor significación a la sanción regia, el autor llega a dicha conclusión recurriendo a la comprensión de la jefatura del Estado como poder de reserva, como guardián de la Constitución. Insiste para ello en la importancia de la interpretación constitucional como un todo, y en la existencia de preceptos dotados de mayor valor y significación por expresar decisiones fundamentales, entre los que sitúa el artículo 1.3 de la Constitución que establece la monarquía parlamentaria como forma política del Estado español. Como en cualquier democracia liberal, la potestad legislativa recae en el Parlamento, no obstante, ésta no es absoluta ya que debe respetar los límites establecidos por la Constitución (principio nuclear del constitucionalismo moderno tributario de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos del abate Sieyès). En un Estado de Derecho el control sobre la observancia y respeto material de dichos límites sólo puede encargarse al Tribunal Constitucional. La negativa del Rey a sancionar una ley argumentando una posible inconstitucionalidad lesionaría gravemente su neutralidad dañando su carácter de símbolo representativo de la unidad y permanencia del Estado. Es en este punto donde vuelve a incidir en la necesidad de diferenciar entre una

interpretación pensada para circunstancias normales y otra de excepcionalidad en la que, por ejemplo, los poderes públicos hubieran sido ocupados por portadores ilegítimos o los actos fuesen manifiesta e inmediatamente inconstitucionales. Será en estos casos excepcionales de crisis en los que el Rey deberá "defender la totalidad constitucional, estatal o nacional frente a una facción […], la legalidad frente a la ilegitimidad". El rechazo a la sanción se erigiría así en acto de defensa constitucional fruto de la literalidad de los artículos 62 y 91 y del deber del monarca de guardar y hacer guardar la Constitución.

Esta segunda edición se inicia con unas páginas en las que el expresidente del Gobierno Felipe González da cuenta de una vivencia personal con García-Pelayo. Unas páginas en las que el expresidente relata cómo instó a don Juan Carlos a entrevistarse con el profesor García-Pelayo durante su viaje a Venezuela. Una sugerencia que incluía la advertencia de desestimar la propuesta del profesor, favorable a intensificar el papel de la Corona mediante unos poderes de moderación que iban más allá de lo que la Constitución podía y debía conferirle. Fruto de este encuentro surgiría el primero de los dictámenes contenidos en esta obra.

Cabe destacar que el volumen incorpora, además, un muestrario epistolar que refleja el intercambio de pareceres mantenido entre Manuel García-Pelayo, Felipe González y la Casa Real en relación con la elaboración de los tres dictámenes. Las dos primeras misivas, vinculadas al informe preconstitucional, atestiguan el diálogo relativo a la conformación de la figura del jefe del Estado en los umbrales del proceso constituyente. La tercera de las cartas, en cambio, acusa recibo por parte de S.M. el Rey del segundo de los dictámenes, el relativo a la actuación de don Juan Carlos I durante el intento de golpe de Estado de 1981. Una correspondencia que viene a reforzar el primero de los propósitos que, señalados por Eloy García en su nota editorial, cumplen los dictámenes, pues, "prueban fehacientemente que nuestra Carta Magna tuvo padres que de una manera u otra –y más allá de sus redactores fundacionales– también contribuyeron intelectualmente con propuestas concretas a su elaboración […] en la que García-Pelayo tuvo un papel discreto […] pero bastante más importante del que posteriormente se ha querido reconocer".

El broche final del libro lo pone el esclarecedor estudio de contextualización "*El Rey constitucional según Manuel García-Pelayo"* realizado por el profesor Javier Tajadura. En él, se destacan las diversas cuestiones constitucionales analizadas por García-Pelayo: la importancia relativa de la Carta Magna en el sistema constitucional, la singularidad de la interpretación constitucional, el significado y alcance tanto de la sanción legislativa como de las situaciones excepcionales, y, por supuesto, la posición constitucional de la Corona. Sobre esta última, el profesor Tajadura analiza, además, la influencia concreta de la doctrina clásica en su configuración, trazando una línea temporal que permite comprobar la mutabilidad de la ciencia constitucional y su capacidad de adaptación a nuevas realidades. Así, por ejemplo, la

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 74/1, enero-junio 2026, págs. 687-693
https://doi.org/10.18543/ed.3596 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

alegada legitimidad funcional de la monarquía es tributaria del pensamiento de Benjamin Constant, parcialmente asumida por la Constitución de 1978 al definir la jefatura del Estado como árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones. Una legitimidad que deja de ser histórica para apoyarse en las funciones que la Corona desempeña para la continuidad del orden constitucional y que se fundamenta en su *auctoritas*. La distinción entre Constitución –como conjunto de decisiones políticas fundamentales–, y leyes constitucionales, deriva del pensamiento de Carl Schmitt, al igual que la diferenciación entre situaciones de normalidad y situaciones excepcionales, y la atribución a la jefatura del Estado de una función de defensa constitucional. Por último, la influencia de Rudolf Smend puede comprobarse en la importancia que se da a la función de integración de la Constitución como una herramienta de estabilización política.

El profesor Tajadura sintetiza la posición y funciones atribuidas por García-Pelayo al monarca en diez tesis entre las que destacarían, por su originalidad en la doctrina española: la posición del rey como clave de bóveda del sistema; la facultad de nombrar al presidente del Gobierno sin necesidad de un procedimiento de investidura; su "poder de reserva" como guardián de la Constitución; y la capacidad de negar la sanción legislativa en ciertas situaciones excepcionales. Un análisis pormenorizado de los tres dictámenes le lleva a la conclusión de que, para García-Pelayo, "el rey es neutral pero no neutralizado, ya que en virtud de su juramento asume la condición de supremo defensor político de la Constitución en situaciones de excepción".

Será concretamente esta doctrina del poder de reserva la que lleve a García-Pelayo a considerar la Corona como la mejor institución para reorientar, hacia la normalidad constitucional, una situación de crisis surgida en los márgenes del ordenamiento. Se configura, así, como una válvula de escape que únicamente deberá activarse en aquellos momentos en los que el marco jurídico pensado para la normalidad sea incapaz de soportar la presión surgida de una crisis que, de otra manera, acabaría por reventar todo el sistema constitucional.

La lectura de esta obra en un contexto político y social marcado por los cambios y la velocidad nos muestra la importancia dada por Manuel García-Pelayo a una magistratura que, como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, y desde la neutralidad que debe guiar su actuación en un régimen democrático, representa la estabilidad frente a la inestabilidad, lo sólido frente a lo líquido, la gravedad frente a la levedad.

Ángel Barredo Artiguez
Investigador Predoctoral
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa. España
https://orcid.org/0009-0008-3445-500X
angel.barredo@ehu.eus

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *La masculinidad como dispositivo de poder. Entre la manosfera y los hombres nuevos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2025, 168 pp., ISBN: 978-84-1091-118-5

https://doi.org/10.18543/ed.3597

Fecha de recepción: 27.01.2026
Fecha de aceptación: 18.05.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Alumbrar hombres nuevos con una revisión parcial de la masculinidad o eliminarla de raíz planteando una necesaria enmienda a la totalidad del sistema en el que se funda y que la sostiene. Esta trascendental disyuntiva es la que afronta el constitucionalista Octavio Salazar Benítez en su nuevo libro cuya lectura recomendamos en esta recensión y que lleva por título *La masculinidad como dispositivo de poder. Entre la manosfera y los hombres nuevos*. Nos encontramos ante la más reciente monografía de un reconocido autor que lleva más de una década compartiendo con rigor y convicción a través de múltiples ensayos sus más profundos pensamientos acerca de cuestiones capitales como la masculinidad, el género, los jóvenes feministas, los machos disidentes o los hombres que (no) deberíamos ser. Todo ello lo convierte sin duda en un referente intelectual indiscutible en este ámbito sobre el que es tan necesario seguir reflexionando para transformar la sociedad con la consecución de la igualdad real y efectiva como horizonte colectivo, lo que constituye la utopía posible que imagina el profesor Salazar Benítez en este ensayo comprometido.

En apenas una docena de capítulos breves y unas ciento sesenta páginas, el autor sigue dejando el listón muy alto en esta nueva publicación al lograr aportar con gran destreza y multitud de referencias bibliográficas un análisis crítico que enfoca como problemática la masculinidad en tanto que dispositivo de poder con el fin de plantear una transformadora hoja de ruta para construir una nueva forma de habitar el mundo para *todes*. En este sentido, es necesario poner en valor el enorme esfuerzo realizado para sintetizar en este ensayo las profundas reflexiones que comparte sobre cuestiones especialmente complejas y, sobre todo, por hacerlo con un

lenguaje sencillo y cuidado, sin perder ni un ápice de rigurosidad, lo que facilita su lectura hasta el punto de poder ser devorado en apenas unas pocas horas y anima a ponerse manos a la obra para caminar hacia el horizonte colectivo que dibuja.

De esta forma, el libro se inicia con una premisa introductoria que proclama un contundente *#YesAllMen* para ratificar que sí: que todos los hombres, por activa o por pasiva, formamos parte del machismo como sistema estructural, tal como demuestran casos reales de la política del pasado y del presente cuyos paralelismos recuerda el autor para plantear el ambicioso objetivo de abordar la masculinidad como estatus de poder y como mandato. Todo ello con el fin de evaluar su incidencia en la concepción de la ciudadanía y del poder en las democracias contemporáneas, con una revisión crítica del constitucionalismo imperfecto que heredamos y que explica buena parte de lo que hoy padecemos.

Para acometer esta tarea, la obra de Salazar Benítez comienza abordando los dilemas y las complejidades de unas sociedades que son formalmente iguales, pero en las que sigue creciendo la vulnerabilidad, lo que pasa por un análisis de los retos que plantean las crisis más recientes y de las realidades que hablan de una nueva etapa histórica, como el reconocimiento progresivo de la diversidad humana, la reacción conservadora, el miedo al futuro, el impacto del mundo digital o la existencia de posiciones frentistas, entre otras. A ello se suma la continuidad de un Derecho antidiscriminatorio que sigue siendo deudor de una concepción formalista de la igualdad al no incorporar la perspectiva de la interseccionalidad, así como la inadecuada visión exclusivamente punitivista que está presente en la discusión pública sobre las más recientes leyes feministas.

Acto seguido, afronta el análisis sobre el sujeto económico-sexual con una explicación sobre la seducción totalitaria que experimentan muchos hombres al reaccionar a los avances feministas desde el agravio, con el apoyo a líderes políticos que les generan la ilusión de volver al pasado. Además, expone la necesidad de enfocar la sexualidad masculina como un problema político que construye jerarquías que deshumanizan a las mujeres con una marcada irresponsabilidad de los hombres sobre la salud sexual y reproductiva, lo que tiene relación con el contexto de una cultura de la pornografía que convierte a los sujetos en objetos de consumo sexual. Una vez enmarcado lo anterior, procede a exponer los fundamentos de la necesaria impugnación feminista del orden socioeconómico descrito, que no deja de ser también un orden de género.

Este recorrido lleva al autor a lo que califica como la rotonda de las "nuevas masculinidades", lo que comienza con un detallado análisis multinivel de las políticas de igualdad para evaluar la escasa atención que los poderes públicos prestan al trabajo con los hombres y al abordaje de la masculinidad, evidenciada con múltiples ejemplos concretos que despertarán el interés del público lector. Ello contrasta con los intentos de romper con los discursos hegemónicos a través de las masculinidades

igualitarias, antipatriarcales, profeministas, disidentes, híbridas y un sinfín de adjetivos que forman un círculo vicioso meramente retórico centrado en lo individual, pero no logran provocar cambios sociales sustantivos. Salazar Benítez anticipa que sobran los adjetivos que se acompañan a la masculinidad para revisarla o transformarla, porque la clave está en el abordaje político de ésta como estructura de poder y orden cultural que se proyecta más allá de los hombres para proceder a desmontar las tramas que sostienen la subordinación de las mujeres y de otros sujetos disidentes (pp. 81-82).

Sentada esta fundamental reflexión, se señala que para revisar críticamente la masculinidad como construcción política se debe abordar cómo los pactos constitucionales se fraguaron sobre procesos de exclusión en forma de acuerdos fraternales hechos por y para los varones blancos heterosexuales. Como constitucionalista, el autor afronta concienzudamente esta tarea desde la contradeclaración feminista de Olimpia de Gouges de 1791 hasta la vigente Carta Magna española, con la mención de ejemplos normativos concretos que demuestran la certeza de este razonamiento. De esta forma, apunta a la necesidad de una urgente y amplia revisión feminista de las Constituciones para la superación de cómo entendemos la racionalidad pública y la vida en común, rompiendo así con las dinámicas que han privilegiado la esfera masculina.

Por otro lado, el autor insiste en la consideración de la masculinidad como subjetividad política para destacar que el poder en sí mismo es un concepto masculino y masculinizado. Así, destaca que, a pesar de las medidas de acción positiva para la incorporación de las mujeres a espacios tradicionalmente ocupados por hombres, el problema es que éstos siguen masculinizados y apunta al objetivo de erradicar el sistema sexo-género moderno. De igual forma, se refiere al poder económico para señalar que una de las transformaciones pendientes no solo pasa por lograr la paridad en órganos empresariales, sino por remover los obstáculos que aún sufren las mujeres en este ámbito.

No obstante, también apunta al problema de la gramática masculina del liderazgo que obliga a las mujeres incorporadas a cargos de responsabilidad a imitar los modos y estilos masculinos para poder mantenerse o avanzar en sus carreras, lo que ocurre en la política, las empresas o la academia. Ello hace que se reafirme en que la democracia paritaria implica cambiar todas las estructuras hechas como un traje a medida de las necesidades de los hombres y revisar los méritos y capacidades para alcanzar cargos de responsabilidad. Así, define como objetivo la construcción de subjetividades andróginas, creativas y liberadas de los estereotipos de género con un nuevo modelo de masculinidades y otro de feminidad (pp. 115-117). De igual manera, pone el foco en la necesidad de desmasculinizar el trabajo para hacer compatible la vida laboral con la personal y familiar con propuestas como la renta básica universal, la reducción de la jornada laboral y la superación de lo que Zafra denomina "vidas trabajo".

Tras el diagnóstico realizado hasta este punto, Salazar Benítez se plantea la necesidad de una enmienda a la totalidad para la resolución de los problemas descritos, cuya clave pasaría no tanto por alumbrar "nuevas masculinidades", sino por poner las bases de un nuevo proyecto civilizatorio, crear una nueva comunidad que supere las lógicas que nos han traído hasta aquí. Así, señala de forma contundente que el enemigo es la masculinidad y la cuestiona para indicar que "no se trataría de sumar masculinidades igualitarias o profeministas […], sino de establecer nuevas condiciones para los pactos de convivencia, de profundizar en las posibilidades deliberativas de las democracias, así como de superar la visión dualista de los sujetos y la organización espacio-temporal sobre la que se sustenta el orden de género" (p. 132). Además, reclama una ambiciosa transformación ética y epistemológica que pasa por impugnar al sujeto moderno para construir subjetividades *nómades* (siguiendo a Braidotti) y equivalentes, poniendo el foco en la autonomía como capacidad de autodeterminación desde una perspectiva de género que deberá ser necesariamente interseccional.

Para concluir, Salazar Benítez hace un llamado a una nueva forma de habitar el mundo poniendo el foco en el ideario educativo constitucional (art. 27.2 de la Constitución Española), con el fin de reivindicar una educación para la ciudadanía y para la *cuidadanía* que será clave en el reto de alcanzar el horizonte de cambio que se ha marcado como objetivo. En paralelo, el profesor alerta sobre los límites del Derecho y, ante el fracaso del sistema judicial para afrontar las violencias machistas y la deriva punitivista de ciertas políticas, invita a pensar en otros modelos de justicia que pongan más el foco en la restauración que en la coacción. Así, apunta a los desafíos políticos, económicos y sobre todo jurídicos que plantea esta utopía feminista en la que la subjetividad política se debería entender como una construcción precaria e imperfecta que nos convierta en seres en tránsito y en la que la universalidad de los derechos sea ante todo un punto de llegada –más que de partida– para la transformación social.

Con estas ilusionantes ideas concluye una obra magistral en su ejecución y estructura que está llamada a ser una referencia de lectura indispensable para una adecuada y profunda reflexión de lo que implica la masculinidad en cuanto subjetividad política, como un auténtico dispositivo de poder. Lejos de quedarse en la superficie del problema y plantear cambios puntuales en forma de recetas mágicas para reformar nuestra masculinidad aderezándola de adjetivos tan vistosos como poco transformadores, el profesor Salazar Benítez la cuestiona y la impugna como algo mucho más amplio para apuntar hacia un horizonte colectivo que la elimine, liberándonos así de un orden de género heredado que continúa provocando malestares y *molestares* que no debemos seguir causando, ni soportando. Una vez leída, compartimos con el autor la necesidad de empezar a desandar los pasos de un sistema de sexo-género que (nos) oprime y excluye para transitar

al fin hacia un horizonte que construya una nueva forma de vivir donde quepamos *todes*. Una tarea transformadora e ilusionante que a nadie se le escapa que es sumamente difícil de conseguir, una utopía sin lugar a duda, pero que no vamos a lograr jamás si no empezamos cuanto antes a hacer aquello para lo que decía Fernando Birri que sirven las utopías: caminar.

Sergio Siverio Luis
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de La Laguna, España
https://orcid.org/0000-0003-4324-4382
ssiverio@ull.edu.es

SEVILLA DURO, Miguel Ángel, *Las integraciones económicas: Concepto, taxonomía y efectos*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2024, 364 pp. ISBN: 979-13-8754-321-1

https://doi.org/10.18543/ed.3598

Fecha de recepción: 05.05.2026
Fecha de aceptación: 18.05.2026
Fecha de publicación en línea: junio 2026

Uno de los desafíos más recurrentes que hoy enfrenta la academia es la obsolescencia de las categorías dogmáticas clásicas para explicar la realidad política y jurídica del siglo XXI. El Estado-nación, concebido bajo el paradigma westfaliano como un ente estanco, soberano y monopolizador del poder público, se encuentra hoy atravesado por dinámicas transnacionales que erosionan sus fronteras normativas. En este contexto de globalización ineludible, la obra *Las integraciones económicas: Concepto, taxonomía y efectos*, elaborada por el doctor Miguel Ángel Sevilla Duro y que constituye una depurada reelaboración de la primera parte de su tesis doctoral, asume una tarea largamente postergada por la doctrina iuspublicista: la construcción de una verdadera teoría general de las integraciones económicas. Con esta premisa, alejándose de los tradicionales estudios de caso y huyendo del eurocentrismo que asume la Unión Europea como el prisma desde el que observar el resto de procesos, Sevilla somete a las integraciones económicas a un riguroso análisis: a lo largo de los ocho capítulos, el libro disecciona el qué, el cómo, el porqué y el para qué de estos esquemas, culminando con un análisis de sus efectos.

El libro arranca contextualizando el fenómeno de las integraciones en su marco: la globalización. El autor desmitifica la idea de una "desglobalización" o colapso del comercio mundial, para ello nos propone estudiar los datos con detenimiento y así observar que nos encontramos ante una transformación del fenómeno, que bien puede encajar en el término *slowbalisation*. Así, ante la inoperancia del multilateralismo puro –representada por el estancamiento de la Organización Mundial del Comercio–, el bilateralismo regional se erige como la vía más pragmática para garantizar la

seguridad jurídica en la expansión del libre mercado.

En los Capítulos II y III, la obra da un paso audaz al proponer la autonomía disciplinar del "Derecho de las Integraciones". En un ejercicio de epistemología jurídica –fundamentado en las teorías de Thomas Kuhn–, Sevilla Duro argumenta que esta incipiente disciplina debe escindirse tanto del Derecho Internacional Público clásico, dada la naturaleza jerárquica, directa y materialmente constitucional que adquieren las normas de integración en sus estadios avanzados, como del propio Derecho Constitucional estatal, al carecer las integraciones del elemento fundacional del poder constituyente original.

Sentadas las bases metodológicas, el autor procede a la delimitación conceptual, huyendo de la paradoja sorites y de las definiciones meramente intuitivas. Para ello, propone una definición basada en una *toolbox* compuesta por siete elementos cumulativos: a) que sea una entidad conformada por varios Estados; b) que se cree de forma libre y voluntaria; c) sobre la base de un tratado; d) que cuente con una estructura propia que se va formalizando: e) que ostente capacidad para expresar una voluntad propia; f) que tenga competencias propias y g) que éstas se orienten principalmente a la profundización en materia económica. Así, Sevilla Duro descarta la "regionalidad" como requisito *sine qua non*, demostrando que existen integraciones que trascienden continentes; y rechaza que la personalidad jurídica internacional expresa o el reconocimiento internacional sean necesarias para considerar la existencia de una integración. En este punto cabe destacar el análisis que hace de cómo las integraciones impactan en la tríada clásica de los elementos del Estado de Jellinek. El autor demuestra que el territorio se reconfigura ante el principio de reconocimiento mutuo; que la población asimila ciudadanías de integración superpuestas a las nacionales, generando un doble vínculo político; y que la soberanía no se enajena ni se transfiere en su titularidad, sino que se limita voluntariamente en su ejercicio, puesto que los Estados preservan, en última instancia, la *Kompetenz-Kompetenz* y el derecho de salida.

Tras un necesario y sintético recorrido histórico por la evolución de estos procesos, identificando las olas del regionalismo, el trabajo da paso al Capítulo V, que constituye el corazón dogmático del libro. Aquí, Sevilla Duro reformula las etapas de integración propuestas en 1962 por el economista Bela Balassa: la Zona de Libre Comercio (ZLC), la Unión Aduanera (UA), el Mercado Común (MC) y la Unión Económica y Monetaria Supraestatal (UEMS), reconociendo la imperfección y transitoriedad de las mismas en la práctica. Pero la verdadera innovación reside en el cruce de estas etapas con los modelos de ejercicio del poder. El autor sistematiza un espectro que va desde el *intergubernamentalismo puro* –basado en la unanimidad y el control estatal, ej. NAFTA/USMCA o ASEAN– hasta la *supraestatalidad pura* –basada en mayorías, efecto directo y tribunales autónomos, ej. UE–, pasando por modelos mixtos y estadios intermedios. El cruce de ambas variables daría lugar a una matriz de 35

combinaciones que permiten clasificar cualquier integración bajo parámetros objetivos. Además, alerta sobre la "segunda fase" de las integraciones, la fase del megaregionalismo, en la que las integraciones alcanzan acuerdos entre sí, superando el paradigma estatalista.

Los Capítulos VI y VII se adentran en la teleología y la sociopolítica de las integraciones. El autor explora por qué los Estados deciden ceder el ejercicio de su soberanía –por imitación de modelos exitosos o por confrontación geopolítica– y cómo los fines estrictamente comerciales acaban desbordándose hacia áreas de *high politics* –como los derechos humanos, la defensa de la democracia, la seguridad o el medioambiente–.

Desde la óptica constitucional, y recuperando y adaptando los debates clásicos entre Rudolf Smend y Hans Kelsen sobre la teoría de la integración del Estado, Sevilla Duro examina la viabilidad de un proyecto político supraestatal en ausencia de un pueblo originario. Su análisis distingue meticulosamente entre la legitimidad de origen, la de ejercicio y la de rendimiento, advirtiendo que, si bien las integraciones pueden subsistir temporalmente amparadas en su eficacia económica y tecnocrática, el avance hacia estadios de integración profunda como el Mercado Común o la UEMS requiere irremediablemente la conformación de una identidad compartida, mecanismos de tolerancia intercultural y, de forma imperativa, la institucionalización del principio de solidaridad interterritorial. De lo contrario, las asimetrías generadas por la apertura comercial destruirán la cohesión social necesaria para legitimar el ordenamiento jurídico supranacional.

Finalmente, el Capítulo VIII dota a la obra de un rigor inusual en las ciencias jurídicas al incorporar el análisis econométrico. Mediante el análisis de los datos de treinta integraciones a partir de la base Regional Integration Knowledge System, el autor demuestra empíricamente sus hipótesis: a mayor profundización en las etapas y, sobre todo, a mayor grado de supraestatalidad institucional, mayor es el crecimiento porcentual del flujo comercial intra y extrarregional. Los números avalan la teoría: el intergubernamentalismo se muestra funcional para las ZLC, pero es insuficiente y menos exitoso si se pretende una integración económica profunda, como un MC o una UEMS.

La aportación de Miguel Ángel Sevilla Duro debe medirse en dos dimensiones: su impacto para el Derecho Constitucional general y su valor fundacional para el estudio específico de las Integraciones Económicas. Durante demasiado tiempo, el Derecho Constitucional ha padecido de una suerte de "miopía estatalista". La obra nos demuestra que la constitución económica de los Estados ya no se decide exclusivamente en los parlamentos nacionales. Sevilla Duro evidencia magistralmente cómo la cesión de competencias a entes supranacionales –especialmente a partir de la fase UA– produce una *desconstitucionalización material* del ordenamiento interno. Cuando un Estado ingresa en un Mercado Común, pierde el control sobre sus políticas comerciales, arancelarias y, eventualmente, monetarias.

Asimismo, la advertencia que lanza el autor sobre la "segunda fase de las integraciones" es crítica. El autor lo califica, citando a García Guerrero, como un "doble salto mortal" para la democracia. Si el ciudadano ya tiene dificultades para controlar a sus representantes en una integración de primera fase –como la UE o el MERCOSUR–, cuando es la propia integración la que negocia con un tercero –ej. el acuerdo UE-MERCOSUR–, la cadena de legitimidad democrática se estira hasta casi romperse. La obra interpela a los constitucionalistas a diseñar nuevos mecanismos de control parlamentario e institucional que salvaguarden el principio democrático en la globalización, evitando que las integraciones se conviertan en herramientas de los ejecutivos para eludir el debate constitucional interno.

Sintetizando la perspectiva del autor, la configuración del Derecho de las Integraciones no puede seguir siendo un mero apéndice del Derecho Internacional. Requiere de una dogmática propia, capaz de dialogar de tú a tú con la Teoría del Estado. *Las integraciones económicas: Concepto, taxonomía y efectos* de Miguel Ángel Sevilla Duro da respuesta a esta necesidad con una obra de gran madurez intelectual y valentía metodológica. Es un texto denso, complejo y exigente, pero necesario para aquel que busque comprender la arquitectura jurídica del poder en el siglo XXI.

Carlos Jacobo Antequera Molina
Instituto de Políticas y Bienes Públicos IPP
CSIC, Madrid. España
https://orcid.org/0009-0006-3054-5302
c.antequera@csic.es

DIRECTRICES PARA AUTORES/AS

1. Información general

La revista *Estudios de 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.

Los originales deberán presentar una aportación científica claramente identificable y no limitarse a una exposición meramente divulgativa, descriptiva o de carácter informativo. A estos efectos, y sin perjuicio del proceso de evaluación, los trabajos deberán responder, al menos, a alguna de las siguientes características: suponer una aportación teórica importante al ámbito del Derecho público, suponer una aportación teórica importante a otros ámbitos de la ciencia jurídica, constituir la aplicación de una determinada hipótesis a un caso o casos concretos, ofrecer nueva evidencia empírica sobre una cuestión de interés, proporcionar una revisión crítica e importante de la literatura sobre el tema o tratarse de un trabajo con una gran aplicación práctica para juristas.

Los trabajos que analicen un ordenamiento jurídico concreto deberán incorporar el suficiente contexto jurídico, institucional, doctrinal y jurisprudencial para permitir valorar su relevancia científica. Con carácter general, deberán incluir una perspectiva comparada que no se limite a una mera yuxtaposición o descripción de normas, jurisprudencia o instituciones, sino que contribuya a contextualizar el objeto de estudio y a formular una aportación científica reconocible para el Derecho público.

La revista admite originales para su publicación en sus secciones habituales de Estudios, Derecho Iberoamericano y Jurisprudencia, así como en las secciones monográficas que puedan establecerse. Periódicamente, la Revista podrá anunciar la elaboración de una sección monográfica sobre temas de especial interés y actualidad jurídica, con el fin de permitir que las personas interesadas envíen originales sobre dicha cuestión. La Revista también acepta sugerencias razonadas sobre la organización de futuras secciones monográficas.

La Revista no cobra importe alguno a los/as autores/as por el envío de los artículos, ni por su evaluación, ni por su posterior publicación.

Además de artículos resultado de investigaciones originales, la revista 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 como OpenOffice, RTF o WordPerfect. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: *revistaestudios@deusto.es*

Los/as autores/as podrán enviar sus originales en cualquier momento, sin sujeción a plazos de cierre de número. Esta regla se entiende sin perjuicio de los plazos específicos que, en su caso, puedan establecerse para el envío de contribuciones destinadas a secciones monográficas.

3. Formato

En la primera página se incluirá el título, nombre del/la autor/a, filiación académica o profesional, número ORCID, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. 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. Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano).

La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).

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. Además, el trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.

Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador. 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. Los títulos de los distintos apartados: Primer rango de apartado: 1. Times New Roman 12, mayúscula y negrita. Segundo rango de apartado: 1.1. Times New Roman 12, minúscula y negrita.

Tercer rango de apartado: 1.1.1. Times New Roman 12, minúscula y cursiva. Cuarto rango de apartado: 1.1.1.1. Times New Roman 12, minúscula. 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.

4. Normas de edición

Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el Manual de Estilo Chicago (CMOS), exclusivamente

mediante el sistema autor-fecha: referencias abreviadas en el texto y relación completa de referencias bibliográficas al final del trabajo. No se admitirán manuscritos que utilicen de manera sustancial otro sistema de cita, sin perjuicio de las referencias a fuentes normativas, jurisprudenciales o documentales que resulten exigidas por la materia.

Para facilitar la preparación de trabajos, la Revista pone a disposición de los/as autores/as una plantilla orientativa de presentación de originales disponible en la web de la revista (https://revista-estudios.revistas.deusto.es/about/submissions).

5. Idiomas

Los/as autores/as son responsables de usar un inglés o un castellano adecuado, y pueden recurrir a servicios profesionales de idiomas, preferentemente antes del envío del manuscrito.

6. Envío

Los manuscritos deben ser enviados únicamente al siguiente correo: *revistaestudios@deusto.es*. Los/as autores/as 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 rezchazo por no respetar los criterios que se han indicado en cuanto al formato, idiomas, enfoque, aportación científica o, cuando resulte pertinente, contextualización comparada del trabajo.

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, no presenta una aportación científica suficiente o no se ajusta al enfoque de la Revista, el manuscrito será rechazado sin que sea evaluado.

7. Proceso de evaluación

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público utiliza el sistema de evaluación «doble ciego», por lo que debe desconocerse tanto la identidad del evaluador como del/la autor/a 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/as autores/as de los trabajos.

Es nuestra intención que los/as autores/as 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.

GUIDELINES FOR AUTHORS

1. General information

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is a biannual journal, published in June and December, which accepts papers in Spanish or English resulting from original research in the different fields of Public Law.

Submissions must present a clearly identifiable scientific contribution and must not be limited to a merely informative, descriptive or non-specialised presentation. To this end, and without prejudice to the peer-review process, submissions must meet at least one of the following criteria: they must make a significant theoretical contribution to the field of Public Law, make a significant theoretical contribution to other areas of legal scholarship, apply a specific hypothesis to one or more concrete cases, offer new empirical evidence on a matter of interest, provide a significant and critical review of the literature on the subject, or constitute a work of substantial practical relevance for legal practitioners.

Papers analysing a specific legal system must provide sufficient legal, institutional, doctrinal and case-law context to allow their scientific relevance to be assessed. As a general rule, they must include a comparative perspective that is not limited to a mere juxtaposition or description of rules, case law or institutions, but which helps to contextualise the subject matter and to formulate a recognisable scientific contribution to Public Law.

The journal accepts submissions for publication in its regular sections: Studies, Ibero-American Law and Case Law, as well as in any thematic sections that may be established. From time to time, the Journal may announce the preparation of a thematic section on issues of special interest and legal relevance, in order to allow interested authors to submit papers on that topic. The Journal also welcomes reasoned suggestions for the organisation of future thematic sections.

The Journal does not charge authors any fee for the submission, evaluation or subsequent publication of articles.

In addition to articles resulting from original research, the journal publishes reviews of scientific books or publications. It does not accept unsolicited reviews. However, it welcomes suggestions of books for review.

2. Submission of manuscripts

Manuscripts must be unpublished, written in Spanish or English, and submitted in Microsoft Word or in a compatible format, such as OpenOffice,

RTF or WordPerfect. They must be sent electronically to the following address: revistaestudios@deusto.es

Authors may submit their manuscripts at any time, with no fixed deadlines for particular issues. This rule is without prejudice to any specific deadlines that may be established for the submission of contributions intended for thematic sections.

3. Format

The first page must include the title, the author's name, academic or professional affiliation, ORCID number, postal and email addresses, and contact telephone number. The second page must include two abstracts, in Spanish and English, of approximately 120 words each, and the keywords of the paper, between 3 and 5 words, both in Spanish and in English. A proposed title in English must also be included if the paper is submitted in Spanish.

The total length of the manuscript must not exceed 30 pages, approximately 10,000 to 12,000 words.

The text of the paper must be preceded by a brief table of contents listing the different sections into which the paper is structured, in Spanish or English depending on the language in which the paper is written. In addition, the paper must include, on the final page, a complete list of the bibliographical references used.

Paragraphs must be single-spaced, justified and with the first line indented by one tab. The font and size must be Times New Roman 12. Footnotes must be in Times New Roman 10. The title of the article must be in Times New Roman 14, uppercase, bold and centred. Section headings must follow this format: first-level heading: 1. Times New Roman 12, uppercase and bold. Second-level heading: 1.1. Times New Roman 12, lowercase and bold.

Third-level heading: 1.1.1. Times New Roman 12, lowercase and italics. Fourth-level heading: 1.1.1.1. Times New Roman 12, lowercase. Further levels of headings, where necessary, must be in Times New Roman 12, lowercase, and preceded first by an uppercase letter followed by a closing parenthesis, and then by a lowercase letter followed by a closing parenthesis.

4. Editorial rules

Bibliographical citations and references to other documentary sources must follow the Chicago Manual of Style (CMOS), exclusively using the author-date system: abbreviated references in the text and a complete list of bibliographical references at the end of the paper. Manuscripts that substantially use another citation system will not be accepted, without prejudice to the references to legal, case-law or documentary sources required by the subject matter.

To facilitate the preparation of manuscripts, the Journal provides authors with an indicative template for the submission of originals articles, which is available on the journal's website (https://revista-estudios.revistas.deusto.es/about/submissions).

5. Languages

Authors are responsible for using appropriate English or Spanish and may make use of professional language services, preferably before submitting the manuscript.

6. Submission

Manuscripts must be sent exclusively to the following email address: revistaestudios@deusto.es. Authors will receive an acknowledgement of receipt from the Editorial Board within a maximum period of 7 days, informing them either that the manuscript has been accepted for subsequent peer review or that it has been rejected for failing to comply with the stated requirements concerning format, languages, approach, scientific contribution or, where appropriate, the comparative contextualisation of the work.

If the rejection is based on matters of format, the defects may be corrected and the manuscript may therefore be accepted for the corresponding peer-review process. However, if the rejection is due to the fact that the work is written neither in English nor in Spanish, the languages accepted by the Journal for publication, or if it is due to the fact that the work does not address matters of Public Law, does not present a sufficient scientific contribution or does not fit the Journal's approach, the manuscript will be rejected without being sent for evaluation.

7. Evaluation process

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público uses a double-blind peer-review system, so that the identity of both the reviewer and the author must remain unknown during the evaluation process. Accordingly, all necessary measures will be taken to prevent the identity of reviewers and authors from being disclosed.

It is the Journal's aim that authors should be informed of the non-acceptance of a manuscript not sent for peer review within 7 days of receipt of the manuscript. Where manuscripts are accepted for evaluation, the process may take between 2 and 3 months.

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 74, Issue 1, January-June 2026
DOI: https://doi.org/10.18543/ed7412026

Table of contents

Studies

The Constitutional project of 1873: the Spanish first republic between revolution and reality
David Delgado Ramos

Analysis of directive (EU) 2024/1785 on industrial emissions and its projection in Digital Environmental Law and in Law 5/2013
Eliana Díaz Cruces

Artificial intelligence, environmental sustainability and justice: towards a comprehensive legal framework for ethical technological development
Pedro Jesús Jiménez Vargas

National Identity, the European Constitutional Core and the Intangibility of the Union's Foundations: A Look into the Future of the European Union
Alejo Martínez Quiñones

Personal Data Protection in the Age of AI: Can an Essentially Normative Approach Be Defended in an Era of Privacy Renunciation?
Federico de Montalvo Jääskeläinen

The right to decent work. On the effectiveness of the constitutional right to work in the face of the digital disruption
María Dolores Montero Caro

Challenges for guaranteeing the right to housing. Can a universal basic income contribute to improving universal access?
Albert Noguera Fernández

The Freedom of Cultural Creation as a Fundamental Right
Irene Rufo Rubio

Constitutionalising Artificial Intelligence
Juan Francisco Sánchez Barrilao

Legal protection against dismissal in the 2030 Agenda as a guarantee of decent work (SDG 8) and its impact on workers' mental health (SDG 3)
Beatriz Sánchez-Girón Martínez

Constitution and artificial biointelligence: the NeoHuman-AI and the promise (or the peril) of a posthuman constitution
José Sánchez Hernández

Interpretive Methods Applied by the CJEU: Theory, Practice, and Tensions Surrounding Judicial Activism
Mar Sánchez Montell

Use of Biometric data in the discrimination of individuals for crime prevention purposes
Silvia I. Verdugo Guzmán

Stalking in European Criminal Policy: A Comparative Perspective from the Istanbul Convention and Directive 2024/1385
Carolina Villacampa Estiarte

Iberoamerican Public Law

The case law evolution of the Colombian Council of State on political defection in Significant Groups of Citizens: A comparative perspective with Chile and Spain
Altus Alejandro Baquero Rueda

Command Responsibility as an Autonomous Mode of Attribution in International Criminal Law: Historical Evolution and Reception in Colombia
Jairo Edmundo Cabrera Pantoja

Inclusion of women in strategic public procurement: an emerging policy in Colombia
Cristian Andrés Díaz Díez

The crime of influence peddling involving actual influence in the Peruvian Criminal Code: A critique of its legal structure
Daniel Quispe Meza

Dark Patterns: Challenges for Peruvian Consumer Law in the Digital Era
Guillermo Robilliard Silva

The Dual Treatment of Trade Secrets and the Expansion of Economic Criminal Law regarding Industrial Property
Iván Vargas-Chaves

Book reviews

Deusto
Faculty of Law