

COLECCIÓN
JÓVENES INVESTIGADORES

LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD 4.0: NUEVOS RETOS PARA EL SIGLO XXI

PRÓLOGO

Sonia Calaza López

DIRECCIÓN

Leticia Fontestad Portalés

COORDINACIÓN

Francesc Pérez Tortosa



eBook en www.colex.es





¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP “Editorial Colex” para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



COLECCIÓN
JÓVENES INVESTIGADORES

LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD 4.0: NUEVOS RETOS PARA EL SIGLO XXI

COLECCIÓN JÓVENES INVESTIGADORES

Directores:

LETICIA FONTESTAD PORTALÉS
Universidad de Málaga

PAULO RAMÓN SUÁREZ XAVIER
Universidad de Málaga
Universidad de Barcelona

Subdirectora:

MARÍA DE LAS NIEVES JIMÉNEZ LÓPEZ
Universidad de Málaga

Coordinadores académicos:

FRANCESC PÉREZ TORTOSA
Universidad de Málaga

LAURA ANDREA FLÓREZ ÁLVAREZ
Universidad de Málaga

Secretaria académica:

ESTER RENEDO SANTAMARÍA
Universidad Isabel I
Universidad de Burgos

Consejo editorial:

ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN
Universidad de Cádiz

MARÍA DEL CORAL ARANGÜENA FANEGO
Universidad de Valladolid

SILVIA BARONA VILAR
Universidad de Valencia

LORENZO BUJOSA VADELL
Universidad de Salamanca

SONIA CALAZA LÓPEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ
Universidad Pablo de Olavide

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
Universidad de Valladolid

MAR JIMENO BULNES
Universidad de Burgos

ROGELIO LASSO
University of Illinois Chicago

LUIZ GUILHERME MARINONI
Universidade Federal do Paraná

FERNANDO MARTÍN DIZ
Universidad de Salamanca

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA
Universidade Federal Fluminense

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Universidad de Vigo

HELENA SOLETO MUÑOZ
Universidad Carlos III de Madrid

DAVID VALLESPÍN PÉREZ
Universidad de Barcelona

COLECCIÓN
JÓVENES INVESTIGADORES

LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD 4.0: NUEVOS RETOS PARA EL SIGLO XXI

La presente obra se incardina dentro del marco investigador del Proyecto de investigación de I+D+I en el marco del Programa Operativo FEDER «Mediación y Derecho Colaborativo: Vías Emergentes de Solución Extrajudicial de Litigios en la Sociedad Digital» (UMA20-FEDERJA-043), siendo la Dra. FONTESTAD PORTALÉS la investigadora principal.

Prólogo:

Sonia Calaza López

Dirección:

Leticia Fontestad Portalés

Coordinación:

Francesc Pérez Tortosa

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Leticia Fontestad Portalés
© Francesc Pérez Tortosa
© Sonia Calaza López
© Lorena Alemán Aróstegui
© Alejandro Araque García
© Patricia Bello San Juan
© Andrea Bravo Bolado
© Mónica María Bustamante Rúa
© Demetrio Carmona Derqui
© Emilio Castro Durán
© María Luisa Domínguez Barragán
© Carlos Domínguez Padilla
© Laura Andrea Flórez Álvarez
© Ana M. Fuentes Cano
© Federico González Barrera
© Manuel González Chinchilla
© Andrea Jamardo Lorenzo
© Túlio Felipe Xavier Januário
© Samuela de Luca
© Laura Márquez Muñoz

© Cynthia Inmaculada Mata Torres
© Rodrigo Miguel Barrio
© Yaiza Moreno Castro
© Juan A. Muriel Diéguez
© Jesús Palomares Bravo
© Hingrid Camila Pérez Bermúdez
© Sonia Rebollo Revesado
© Ester Renedo Santamaría
© Juan Francisco Rodríguez Ayuso
© Javier Rodríguez Mozas
© Nieves Rojano Martín
© Francisco José Sánchez Bolívar
© María Santisteban Castro
© Ana María Vicario Pérez
© Jonathan Torres Téllez
© Almudena Valiño Ces
© Antonio Vasco Gómez
© Antonio José Vélez Toro
© Nerea Yúgueros Prieto

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

AUTORES

- LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI**
Universidad Pública de Navarra
- ALEJANDRO ARAQUE GARCÍA**
Universidad de Málaga
- PATRICIA BELLO SAN JUAN**
Universidad de Málaga
- ANDREA BRAVO BOLADO**
Universidad Autónoma de Madrid
- MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA**
Universidad de Medellín
- DEMETRIO CARMONA DERQUI**
Universidad de Granada
- EMILIO CASTRO DURÁN**
Universidad de Granada
- MARÍA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN**
Universidad de Sevilla
- CARLOS DOMÍNGUEZ PADILLA**
Universidad Pablo de Olavide
- LAURA ANDREA FLÓREZ ÁLVAREZ**
Universidad de Málaga
- ANA M. FUENTES CANO**
Universidad Isabel I
- FEDERICO GONZÁLEZ BARRERA**
Universidad Carlos III de Madrid
- MANUEL GONZÁLEZ CHINCHILLA**
Universidad de Granada
- ANDREA JAMARDO LORENZO**
Fundación Manuel Serra Domínguez
Universidad de León
- TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO**
Fundação para a Ciência e a Tecnologia
Universidad de Coimbra
- SAMUELA DE LUCA**
Universidad de Malaga
- LAURA MÁRQUEZ MUÑOZ**
Universidad de Málaga

CYNTHIA INMACULADA MATA TORRES
Universidad de Málaga

RODRIGO MIGUEL BARRIO
Universidad de Burgos

YAIZA MORENO CASTRO
Universidad de Barcelona

JUAN A. MURIEL DIÉGUEZ
Universidad de Valladolid

JESÚS PALOMARES BRAVO
Universidad de Málaga

HINGRID CAMILA PÉREZ BERMÚDEZ
Universidad de Medellín

SONIA REBOLLO REVESADO
Universidad Pontificia de Salamanca

ESTER RENEDO SANTAMARÍA
Universidad Isabel I
Universidad de Burgos

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO
Universidad Nacional de Educación a Distancia

JAVIER RODRÍGUEZ MOZAS
Abogado

NIEVES ROJANO MARTÍN
Universidad de Málaga

FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ BOLÍVAR
Universidad de Málaga

MARÍA SANTISTEBAN CASTRO
Universitat Pompeu Fabra

ANA MARÍA VICARIO PÉREZ
Universidad de Burgos

JONATHAN TORRES TÉLLEZ
Universidad Pablo de Olavide

ALMUDENA VALIÑO CES
Universidad de Santiago de Compostela

ANTONIO VASCO GÓMEZ
Universidad Isabel I

ANTONIO JOSÉ VÉLEZ TORO
Universidad de Granada

NEREA YUGUEROS PRIETO
Universidad de León

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS	25
PRÓLOGO	27

DERECHO CIVIL

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA INTRODUCCIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA

Yaiza Moreno Castro

0. Introducción	37
1. Consideraciones generales. La adaptación del Código Civil a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.	38
1.1. Modificaciones legislativas	38
1.2. Medidas de apoyo	40
2. Régimen de anulabilidad de los contratos celebrados con personas con discapacidad	41
2.1. Por la persona con discapacidad o sus herederos	42
2.2. Por la persona a quien hubiera correspondido prestar el apoyo	43
2.3. Plazos y efectos de la anulabilidad	43
2.4. Confirmación de los contratos celebrados por una persona con discapacidad.	44
3. La introducción de la ventaja injusta en el Código Civil.	44
3.1. Requisitos	45
3.1.1. Obtención de una ventaja injusta	46
3.1.2. Contexto negocial de debilidad	47
3.1.3. Aprovechamiento	47
3.2. Efectos	48
4. Conclusiones: valoración crítica de la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil	48
5. Bibliografía	50

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACOSO ESCOLAR

Nieves Rojano Martín

0. Introducción	53
1. Regulación de la responsabilidad civil extracontractual en los supuestos de <i>bullying</i> : pluralidad de regímenes	54

SUMARIO

2. El régimen de responsabilidad civil «pura» en los casos de acoso escolar . . .	54
2.1. La responsabilidad civil vicaria o por hecho ajeno	56
2.1.1. Los progenitores del menor acosador como responsables civiles . . .	57
2.1.2. Los tutores del menor acosador como responsables civiles.	60
2.1.3. Los centros docentes como responsables civiles	60
2.1.3.1. La responsabilidad civil de los centros docentes privados.	61
2.1.3.2. La responsabilidad patrimonial de los centros docentes públicos	65
2.2. Los menores acosadores como responsables civiles.	66
3. La doble responsabilidad penal y civil en los casos de <i>bullying</i>	70
3.1. La responsabilidad penal por acoso escolar	70
3.1.1. La responsabilidad penal de los menores y mayores acosadores. . .	70
3.1.2. Tipos delictivos en los que se encuadran las conductas de <i>bullying</i> . .	71
3.1.3. Responsabilidad penal de los progenitores y del personal de centros docentes por conductas de acoso escolar: comisión por omisión.	72
3.2. La responsabilidad civil derivada del ilícito penal.	73
Responsables civiles de las conductas de <i>bullying</i> ante la jurisdicción de menores conforme a la LORPM	74
3.3. Límites y concurrencia de ambas responsabilidades	75
4. Conclusiones	76
5. Bibliografía	78

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL ÁMBITO SANITARIO: RETOS DEL FUTURO

Laura Márquez Muñoz

0. Introducción	81
1. Aproximación al concepto de IA	82
2. La evolución de la IA y la tecnología en general	85
3. Ramas y clasificación de los sistemas de IA	86
4. La relevancia de los sistemas de IA para las Instituciones Públicas, y especialmente para la Organización Mundial de la Salud (OMS)	87
5. Los seis principios sobre la Inteligencia Artificial aplicada a la Salud según la Organización Mundial de la Salud	88
5.1. Preservar la autonomía del ser humano	88
5.2. Promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público	89
5.3. Garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad	92
5.4. Promover la responsabilidad y la rendición de cuentas	94
5.5. Garantizar la inclusividad y equidad	97
5.6. Promover una Inteligencia Artificial con capacidad de respuesta y sostenible.	99
6. Conclusiones	100
7. Bibliografía	100

**ALTERNATIVA A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS
DEBERES DE INFORMACIÓN EN INSTRUMENTOS FINANCIEROS:
REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL**

Alejandro Araque García

0. Introducción	103
1. Supuesto de hecho: ¿vicio del consentimiento o incumplimiento contractual en productos financieros?	104
2. Elementos detallados de los casos	106
2.1. Productos financieros complejos	107
2.2. Deberes de información	114
2.3. Regulación nacional y comunitaria	116
2.4. Resolución judicial: error vicio del consentimiento vs. incumplimiento contractual	121
2.5. Caducidad de la acción: <i>dies a quo</i>	124
3. Conclusiones	128
4. Bibliografía	129

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**EL CONSENTIMIENTO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE
LA LIBERTAD SEXUAL Y SU RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS
BÁSICAS DEL PROCESO PENAL Y SU EFICACIA**

Manuel González Chinchilla

0. Introducción	135
1. El nuevo delito de agresión como forma de violencia sexual	136
1.1. Consideraciones iniciales: desde el Anteproyecto al Proyecto final de Ley Orgánica	136
1.2. El consentimiento en el Proyecto definitivo de Ley Orgánica	140
2. El «nuevo» consentimiento y su relación con las garantías básicas del proceso penal	143
2.1. Reflexiones previas	143
2.2. Consentimiento, declaración de la víctima y el derecho a la presunción de inocencia	144
2.3. Consentimiento y carga de la prueba	149
3. Conclusiones	152
4. Bibliografía	154

**PERICOLOSITÀ SOCIALE E MISURE DI SICUREZZA:
QUALE LEGISLAZIONE IN ITALIA PER IL TRATTAMENTO DEL FOLLE-REO?**

Samuela de Luca

0. Introduzione	155
1. Follia e manicomi: la psichiatria alienista della Legge n.36 del 1904	158

SUMARIO

2. Dalla psichiatria segregante alla psichiatria sociale: il nuovo paradigma della Legge Basaglia.	160
3. Il sistema penale italiano e le misure di sicurezza	161
4. Non imputabilità per vizio di mente: quale misura di sicurezza?	163
5. Pericolosità sociale: presupposto di applicazione delle misure di sicurezza	164
6. Misure di sicurezza: gli aspetti controversi dell'internamento psichiatrico alla luce del nuovo paradigma costituzionale.	166
7. Verso il superamento dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario	169
8. Le rilevazioni del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e della Commissione Marino: una riforma non più prorogabile	171
9. Legge n.9 del 2012: l'introduzione dell'Art. 3-ter al DL 211/2011.	174
10. Legge n.81 del 2014: «ultimo» tassello della riforma	175
11. Misure di sicurezza: situazione attuale e criticità operative di una riforma parziale.	178
12. Conclusioni	181
13. Bibliografia	183

VULNERABILIDAD E HIPOSUFICIENCIA 4.0: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS CONSUMIDORES EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Túlio Felipe Xavier Januário

0. Introducción	187
1. Inteligencia artificial: concepto, funcionamiento y aplicaciones concretas	189
2. Limitaciones de la inteligencia artificial y los consiguientes problemas de orden penal y procesal	191
3. Conclusiones	196
4. Bibliografía	197

LOS PELIGROS DEL DERECHO PENITENCIARIO DEL RIESGO

Lorena Alemán Aróstegui

0. Las tendencias punitivistas del tratamiento del riesgo	201
1. La ejecución de la pena de prisión como ejercicio del <i>ius puniendi</i>	203
1.1. El olvido de la ejecución de la pena de prisión y la falta de garantías	203
1.2. La toma de decisiones penitenciarias como ejercicio del <i>ius puniendi</i>	205
2. El Derecho penitenciario del riesgo y sus peligros	207
2.1. El Derecho penitenciario del riesgo.	207
2.2. Los peligros de los instrumentos de valoración de riesgos	209
3. Conclusión: la necesidad de reforzar las garantías jurídicas en el ámbito penitenciario.	213
4. Bibliografía	216

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL SERVICIO DEL CRIMEN: LA REVOLUCIÓN DEL DEEPFAKE DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Patricia Bello San Juan

0. Un breve acercamiento a la realidad conceptual de la Inteligencia Artificial: estado de la cuestión	219
1. La incidencia de las tecnologías <i>machine learning</i> y <i>deep learning</i> en el desarrollo del <i>deepfake</i>	221
1.1. Análisis de los sistemas de <i>machine learning</i> como revolución en el procesamiento de datos	222
1.2. Las Redes Neuronales Artificiales como herramientas clave en el desarrollo de las tecnologías <i>machine learning</i> y <i>Deep Learning</i>	223
1.3 La antesala al desarrollo de las tecnologías <i>deepfake</i> : abordaje de los sistemas de <i>Deep Learning</i>	226
2. <i>Deepfake</i> y sus aplicaciones delictivas: un nuevo reto para la Criminología.	229
2.1. Las Redes Generativas Adversariales como pieza clave en las dinámicas de funcionamiento de los sistemas <i>deepfake</i>	230
2.2. Principales técnicas de <i>deepfake</i> y su paulatina apertura al público general	231
2.3. ¿Es el <i>deepfake</i> un arma de doble filo? Análisis de las principales conductas lesivas asociadas a su uso	233
2.3.1. El fenómeno de las Fake news y su vinculación con el <i>deepfake</i>	234
2.3.2. La implementación del <i>deepfake</i> como nueva forma de manipulación de los sistemas de justicia	236
2.3.3. La intromisión del <i>deepfake</i> en el ámbito empresarial: el fraude del CEO	237
2.3.4. Daños a bienes personales: pornovenganzas y extorsiones	239
La relación entre el <i>deepfake</i> y la elaboración de material pornográfico: una cuestión de género	240
3. Conclusiones: el <i>deepfake</i> como revolución tecnológica, criminológica y político criminal. La necesidad de cambiar de perspectiva	242
4. Referencias bibliográficas	244

SOBRE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA TRATA DE SERES HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA AL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Ana María Vicario Pérez

0. Introducción	249
1. La criminalidad organizada en el punto de mira del legislador europeo	251
2. La trata de seres humanos en el seno de la criminalidad organizada. Respuesta legislativa	260
3. Normativa europea en materia de protección de derechos de las víctimas de trata y necesidad de identificación de la víctima	264
4. Inteligencia artificial y delito de trata: identificación de las víctimas y condicionantes de su valor probatorio	267
4.1. El uso de la IA en la identificación de las víctimas de trata	267

SUMARIO

4.2. El valor probatorio de la identificación de las víctimas de trata por medio de IA	270
5. Reflexión final	272
6. Bibliografía	273

HUMAN TRAFFICKING: A VICTIM-CENTRED APPROACH. THEORY VS. PRACTICE

Ana M. Fuentes Cano

0. Introduction	277
1. A review of the UK anti-trafficking policy: identification and support measures	278
2. Research Methods	281
3. Results and Discussion.	281
3.1. The impact of distrust on victims of trafficking	281
3.2 The UK NRM challenges victims' welfare assurance before reaching a reasonable grounds decisión	284
4. Conclusions	286
5. Bibliography	286

USOS Y LIMITACIONES DEL *BIG DATA* EN EL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO: UNA PERSPECTIVA DESDE LA ECONOMÍA Y EL URBANISMO

*Demetrio Carmona Derqui
Jonathan Torres Téllez*

0. Introducción: aplicaciones del <i>big data</i> en la Criminología	289
1. La policía predictiva: un uso criminológico del <i>big data</i> desde el urbanismo	293
2. Introducción al ciclo de vida del aprendizaje automático	296
3. Limitaciones de los datos que alimentan los algoritmos	298
4. Qué miden y qué no miden los modelos: los resultados	300
5. Caducidad de los modelos y sobreajuste.	301
6. Perpetuación de los sesgos	302
7. Dependencia del desarrollo de la ciudad	304
8. Conclusiones	306
9. Referencias bibliográficas.	307

TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

THE LEGAL-ADMINISTRATIVE CONTROL OF NEW FORMS OF SHARED TOURISM

Juan Francisco Rodríguez Ayuso

0. Introduction. Brief state of affairs.	313
1. New forms of collaboration arising from the current situation	313
2. Subjects and applicable legal regime.	318

SUMARIO

3. Collaboration in tourism	321
3.1. Interference of collaborationism in the Spanish tourism sector	321
3.2. The role of public bodies in the legal-administrative control of the new forms of collaborative tourism	324
4. Bibliographical references	331

LA CREACIÓN DE LAS CIUDADES SOSTENIBLES: LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS DERIVADOS DE SU GENERACIÓN

Ester Renedo Santamaría

0. Introducción	335
1. La ciudad sostenible: concepto y caracteres que la componen	337
1.1. Concepto	337
1.2. Caracteres que componen la ciudad sostenible	338
1.3. El planeamiento urbanístico: los planes de urbanismo de las ciudades	338
2. Problemática de los residuos de la construcción y de la demolición en suelo urbano	341
2.1. Concepto de residuo	341
2.2. Características de los Residuos para la demolición y la construcción	342
2.3. El ciclo de gestión de los residuos y su posterior tratamiento	343
2.4. La solución que se da a los RCD: las aplicaciones que tienen los materiales reciclados	344
3. La gestión de Residuos de Construcción y Demolición (RCD): la importancia de la recogida para la optimizar su posterior valorización, a través de la economía circular	344
3.1. Los medios establecidos para la gestión de los Residuos de la Construcción y la Demolición	344
3.2. Planes de prevención de residuos.	345
3.2.1. Prevención de Residuos	346
3.2.2. Objetivos de Prevención	346
3.3. Planes de gestión de residuos	347
La dificultad en la segregación de los RCD.	347
3.4. La transcendencia de los planes y programas de prevención y gestión de residuos y la necesidad de su efectiva y real aplicación	348
4. La responsabilidad ¿sobre quién recae?	352
4.1. Responsabilidad del productor del producto	352
4.2. Responsabilidad ampliada del productor en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular	354
4.3. Ampliación de la definición de productor del producto	355
4.4. Cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad ampliada del productor	356
4.5. Responsabilidad, vigilancia, inspección, control y régimen sancionador	357
5. Conclusiones	363
6. Bibliografía	364

DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Antonio José Vélez Toro

0. Introducción	367
1. La protección del medio ambiente en el proceso civil.	368
2. Desafíos para la protección jurisdiccional del medio ambiente en el proceso contencioso-administrativo	371
3. La tutela medio-ambiental ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	373
4. Conclusiones	373
5. Bibliografía	374

ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL ALERTADOR EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA AMBIENTAL A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY QUE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937

Nerea Yugueros Prieto

0. Introducción	377
1. Punto de partida: Anteproyecto de Ley reguladora de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción	380
1.1. Nociones preliminares	380
1.2. Ámbito de aplicación material en especial en materia ambiental	381
1.3. ¿Qué sujetos son los que adquieren la condición de alertador?.	384
2. Análisis prospectivo de la figura del alertador en materia de Justicia Ambiental.	385
2.1. Elementos esenciales de la transposición.	385
2.2. No puede pasar por alto el carácter transversal de la materia ambiental	390
2.3. Posibles aspectos controvertidos	395
3. A modo de conclusión	401
4. Bibliografía	403

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN EN LAS ÚLTIMAS RESOLUCIONES JUDICIALES

María Luisa Domínguez Barragán

0. Introducción	409
1. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la LJCA	411
1.1. Palabras previas	411
1.2. Principales obstáculos procesales	412
1.2.1. La supresión del requisito de «agotamiento de la vía administrativa previa»	412
1.2.2. La necesidad de separar las pretensiones y diferenciar el contenido en el íter procedimental a escoger	417

SUMARIO

1.2.3. La importancia del escrito de interposición del recurso de protección de tutela de derechos fundamentales	418
2. El derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad	420
3. Algunas consideraciones sobre el ejercicio del artículo 23.2 CE a través de los cauces del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.	423
4. Conclusiones	425
5. Bibliografía	426

DERECHO LABORAL

LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN RÉGIMEN DE EMPLEADAS DEL HOGAR TRAS LA REFORMA LABORAL. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE COTIZACIONES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 151 LGSS. ANÁLISIS Y EXÁMEN A LA SENTENCIA TJUE DE 24 DE FEBRERO DE 2022, ASUNTO C-389/20 SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS EN RÉGIMEN DE EMPLEADAS DEL HOGAR

Javier Rodríguez Mozas

0. Introducción	431
1. Análisis de la Sentencia del TJUE de 24 de Febrero de 2022, Asunto: 389/2020	432
2. Reflexión final	438
3. Bibliografía	440

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SMART CONTRACTS: LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Francisco José Sánchez Bolívar

0. Introducción	445
1. La Administración de Justicia.	447
1.1. Concepto y alcance de la Administración de Justicia.	447
1.2. Marco normativo de la Administración Electrónica Judicial	448
1.3. Percepción de la Administración de Justicia y repercusión de su funcionamiento.	452
2. Las nuevas tecnologías y su implantación en la Administración de Justicia: el caso de los «smart contracts»	453
2.1. Tecnología «blockchain»: funcionamiento y características	453
2.2. «Smart contracts»: la tecnología «blockchain» aplicada a los contratos jurídicos	456
2.3. Los oráculos: una pieza fundamental de los «smart contracts».	458
3. La naturaleza jurídica de los «smart contracts».	458
3.1. Validez de los «smart contracts»	459
3.2. Incumplimiento, invalidez e ineficacia de los «smart contracts»	460

SUMARIO

4. Conclusiones 462
5. Reseña bibliográfica 463
 5.1. Bibliografía 463
 5.2. Informes y otras fuentes 464
 5.3. Fuentes jurídicas 465

PROCESO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

**EL SESGO ALGORÍTMICO, EL SESGO HUMANO, Y SU
IMPACTO EN NUESTROS DERECHOS PROCESALES**

Andrea Bravo Bolado

0. Introducción 469
1. La creciente preocupación por los sesgos 471
2. Sesgos humanos y sesgos algorítmicos 473
 2.1. Sesgos cognitivos 473
 2.1.1. El sesgo de representatividad 474
 2.1.2. Sesgo de disponibilidad 475
 2.1.3. Sesgo de anclaje 476
 2.1.4. Sesgo retrospectivo 476
 2.1.5. Sesgo de confirmación 477
 2.2. Sesgos algorítmicos 478
3. Conclusiones 480
4. Bibliografía 481

**ASPECTOS RELEVANTES DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA
INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO JUDICIAL**

Carlos Domínguez Padilla

0. Introducción 483
1. Conceptos fundamentales sobre IA 484
 1.1. *Big Data* 485
 1.2. *Machine Learning* 486
2. IA y prueba electrónica 488
 2.1. Presunción de fiabilidad, probatoria y legal 488
 2.2. Categorías de dispositivos electrónicos 490
 2.3. Tratamiento de la prueba 491
 2.4. Autenticación 491
 2.5. Datos manipulados digitalmente 492
 2.6. Revelación del código de software 493
 2.7. Transparencia 493
3. Situación actual 494
4. Conclusiones 496
5. Bibliografía 496

EL FORTALECIMIENTO DEL INTERÉS CASACIONAL Y EL PROBLEMA DE SU INDEFINICIÓN: ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL SISTEMA ANTE EL DESARROLLO DE LA *SMART JUSTICE*

María Santisteban Castro

0. Introducción	499
1. El fortalecimiento del interés casacional como epicentro de las proyectadas reformas.	500
1.1. La eficiencia como fundamento	500
1.2. El papel del Tribunal Supremo como responsable de la unidad de interpretación de la Jurisprudencia en España: Derecho Judicial y Fuentes del Derecho	502
1.2.1. El papel de la Jurisprudencia	503
1.2.2. El controvertido papel de los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo	505
2. Inteligencia artificial y algoritmización del proceso: la denominada «smart justice».	506
2.1. El uso de algoritmos como instrumento asistencial del Juez en el «Judge Craft» o en el arte de juzgar	507
2.2. Una breve reflexión sobre la figura del llamado «Juez Artificial».	510
2.3. Apuntes sobre la responsabilidad del operador jurídico asistido o sustituido por la máquina inteligente.	512
3. Conclusiones y algunas reflexiones finales	515
4. Bibliografía	517

LAS CLÍNICAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO PARA FOMENTAR LA JUSTICIA COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Cynthia Inmaculada Mata Torres

0. Introducción	521
1. ¿Qué son las Clínicas Jurídicas?	523
La jurisprudencia estatal sobre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.	525
2. Distribución competencial y autonomía universitaria en la regulación de las Clínicas Jurídicas	527
2.1. Precisiones en la normativa autonómica.	530
2.2. Las Clínicas Jurídicas: iniciativas universitarias. La Red Española de Clínicas Jurídicas.	532
3. Principales resultados sociales de las Clínicas Jurídicas en España. ¿Cumplen estas entidades con sus objetivos en la actualidad?	535
4. Conclusiones finales.	536
5. Bibliografía	537

PROCESO CIVIL

LAS POSIBLES ACCIONES PROCESALES QUE TUTELAN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO AL CONSUMO

Jesús Palomares Bravo

0. Introducción	541
1. La acción de nulidad del contrato de crédito <i>revolving</i> fundamentada en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios y la sinuosa doctrina jurisprudencial aplicable	542

SUMARIO

2. Acciones basadas en la normativa de protección de consumidores y usuarios . . .	552
2.1. La acción de nulidad de la cláusula que regula el interés remuneratorio fundamentada en su abusividad por falta de transparencia . . .	553
2.2. La acción de nulidad por abusividad de otras cláusulas contractuales . . .	558
2.3. La acción declarativa de condena patrimonial o acción restitutoria de cantidades.	558
3. Otras acciones judiciales factibles	563
4. Bibliografía	564

LAS POSIBILIDADES DE USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

Antonio Vasco Gómez

0. Introducción	567
1. Aplicación de la Inteligencia Artificial a los procesos judiciales	568
2. Especialidades propias del Derecho de Familia	571
3. Inteligencia Artificial y derecho al juez predeterminado por la Ley	575
4. Conclusiones	583
5. Bibliografía	584

PROCESO PENAL

EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO ANTE EL ANONIMATO DEL CIBERCRIMEN EN LA *DEEP WEB*

Rodrigo Miguel Barrio

0. Introducción	589
1. La Cibercriminalidad y la <i>Deep web</i>	591
1.1. Una aproximación al concepto de <i>Deep Web</i>	591
1.2. El anonimato como virtualidad de la Red Tor	593
1.3. El ámbito objetivo del cibercrimen: el contenido de la <i>Deep Web</i>	597
2. Las medidas de investigación en la <i>Deep Web</i> : el agente encubierto informático	603
2.1. Concepto y características del agente encubierto físico y virtual	604
2.2. Ámbito objetivo del agente encubierto.	607
2.3. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad.	609
2.4. El agente encubierto virtual y sus labores en la <i>Deep (Dark) Web</i>	611
3. A modo de conclusión final	616
4. Bibliografía	617

AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO: ASPECTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS Y ANÁLISIS COMPARADO EN *SOUTH AUSTRALIA*

Federico González Barrera

0. Introducción	619
1. Aproximación teórica a la figura del agente encubierto informático.	620
1.1. Evolución histórica del AEI y conceptualización	620
1.2. Principales características del AEI	622
1.3. Marcos de actuación del AEI.	624

SUMARIO

2. Requisitos de procedibilidad para su aplicación en el marco del proceso penal .	625
3. Efectos procesales del agente encubierto informático	627
3.1. Fase de instrucción	627
3.2. Juicio oral	627
4. La figura del agente encubierto informático en el marco del proceso penal de South Australia	630
4.1. Regulación del AEI en South Australia	631
4.2. Presupuestos de procedibilidad del AEI en SA.	632
4.3. Efectos procesales	634
5. Conclusiones	636
6. Bibliografía	637
6.1. Doctrina	637
6.2. Legislación.	638
6.3. Jurisprudencia.	638
6.3.1. España	638
6.3.2. Australia	639
6.4. Contenido digital	639

INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS EN CANALES CERRADOS DE COMUNICACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM 2020

Juan A. Muriel Diéguez

0. Introducción	641
1. Antecedentes históricos	642
1.1. LO 5/1999 (agente encubierto).	642
1.2. LO 13/2015 (agente encubierto informático).	643
1.2.1. Regulación legal vigente	644
1.2.2. Agente Provocador	645
2. Anteproyecto LECrim 2020.	646
2.1. Régimen general	647
2.2. Solicitud del Ministerio Fiscal	649
2.3. Resolución judicial.	649
2.4. Ámbito de autorización (ampliación).	650
2.5. Desarrollo de la investigación	650
3. LO 7/2021	652
4. Conclusiones	653
5. Bibliografía	653

MECANISMOS INTERNACIONALES Y NACIONALES PARA EL PROCESAMIENTO POR CRÍMENES CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO Y A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Emilio Castro Durán

0. Introducción: la necesidad de una jurisdicción universal y garantías de paz. .	655
1. Mecanismos internacionales y nacionales para el procesamiento por crímenes contra la comunidad internacional.	656
1.1. El principio de jurisdicción universal	656

SUMARIO

1.2. La Justicia Penal Internacional	658
1.3. La jurisdicción internacional en relación con los crímenes internacionales	660
2. Invasión rusa de Ucrania de 2022	662
2.1. Antecedentes	662
2.2. El conflicto desde el punto de vista de la Justicia Penal Internacional	663
2.3. Procedimientos en curso contra la Federación Rusa	664
3. La aplicación de la jurisdicción universal en España	665
3.1. El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985	665
3.2. El proceso de restricción del alcance de la jurisdicción universal en España	667
4. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre.	670
5. Luces y sombras de la jurisdicción universal en España a modo de conclusión.	674
6. Bibliografía	676

LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN SUSCEPTIBLES DE PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA

Andrea Jamardo Lorenzo

0. Introducción	679
1. La cadena de custodia: estado actual de la cuestión.	681
1.1. Desarrollo jurisprudencial y plano doctrinal	682
1.2. Conjunción dogmática entre la cadena de custodia y la prueba prohibida.	687
2. Diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria	690
2.1. Especificaciones precisas al efecto sobre la prueba preconstituída	690
2.2. Ordenación de las diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria.	693
3. Cadena de custodia y preconstitución de la prueba obtenida de las diligencias policiales de prevención.	696
3.1. De las diligencias policiales de prevención de carácter técnico-científico	696
3.1.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba	696
a) Los métodos alcoholimétricos	696
b) Los análisis sobre estupefacientes	697
c) Las inspecciones corporales	698
3.1.2. Presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituída	699
3.1.3. Cadena de custodia y valoración de la prueba	701
3.2. De las diligencias policiales de prevención de carácter digital	702
3.2.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba	702
a) Las grabaciones de videovigilancia	702
b) La geolocalización	703
3.2.2. Presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituída	703
3.2.3. Cadena de custodia y valoración de la prueba	704

SUMARIO

4. A modo de conclusión	705
5. Bibliografía	705

LAS MUJERES VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA: ESTUDIO DESDE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Mónica María Bustamante Rúa

0. Breve reseña del origen del conflicto armado en Colombia: la mesa de diálogos de La Habana y los puntos del Acuerdo de Paz	709
1. ¿Qué es la Justicia de Transición y cuáles son sus elementos?	711
2. ¿Cómo se configura la Jurisdicción Especial para la Paz?	713
3. Retos del proceso penal en la JEP	716
4. La mujer víctima del conflicto armado y el enfoque diferencial en la JEP	718
5. Práctica y valoración de la prueba con víctimas de violencia sexual	723
6. La Paz como principio orientador y clave de lectura en el proceso penal aplicado por la JEP	726
7. Bibliografía	727

DERECHO PARAPROCESAL

LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Almudena Valiño Ces

0. Introducción	733
1. La aplicación de las tecnologías a las ADR: los mecanismos de resolución en línea	736
2. La mediación electrónica	738
2.1. Con carácter preliminar	738
2.2. Marco normativo	739
2.3. Fortalezas o beneficios	741
2.4. Debilidades o inconvenientes	742
3. Conclusiones	745
4. Bibliografía	745

APORTES DE LA JUSTICIA PROPIA EN LA RECONSTRUCCIÓN DEL TEJIDO SOCIAL AFROCOLOMBIANO

Hingrid Camila Pérez Bermúdez

0. Introducción	749
1. La interrelación de la justicia propia con el pluralismo jurídico	751
1.1. Pluralismo jurídico	751
1.2. Justicia propia afrocolombiana	752
2. La justicia propia como identidad	755
3. La justicia propia como aporte a la reconstrucción del tejido social afrocolombiano y los buenos vivires	759

SUMARIO

4. Conclusiones	762
5. Bibliografía	763

**ARBITRAJE INTERNACIONAL: ENTRE EL DESARROLLO DE
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS
Y LOS RIESGOS DE LA CIBERSEGURIDAD EN EL SIGLO XXI**

Laura Andrea Flórez Álvarez

0. Introducción	767
1. El arbitraje internacional como opción de justicia frente a los desafíos del siglo XXI	769
2. Inteligencia artificial y tecnologías disruptivas: los nuevos retos para el arbitraje internacional	771
3. La ciberseguridad en la práctica del arbitraje internacional	776
4. Bibliografía	779

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ANTEPROYECTO
DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020**

Sonia Rebollo Revesado

0. Introducción	781
1. Sobre la justicia restaurativa	782
2. Análisis del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en materia de justicia restaurativa	784
2.1. Exposición de Motivos	784
2.2. Estatuto de la víctima del proceso penal	786
2.3. Formas especiales de terminación del procedimiento penal	786
2.4. El procedimiento por delito privado	793
2.5. Procedimiento general de ejecución. La sentencia condenatoria	794
3. Conclusiones	795
4. Bibliografía	796

AGRADECIMIENTOS

«Ninguno de nosotros es tan bueno solo como todos nosotros juntos con un equipo increíble de personas». Esta máxima, que se atribuye a la exitosa ejecutiva estadounidense Lisa Lutoff-Perlo, resume a la perfección los sentimientos que me embargan en estos momentos en los que ofrecemos a la comunidad científica y al público en general esta publicación. Es indiscutible: sin un equipo de personas ilusionadas y comprometidas resulta imposible que salga adelante ninguna empresa y, aún menos, un libro de estas características.

Dejo constancia, en primer lugar, de mi agradecimiento al nutrido grupo de jóvenes investigadores que han participado en este libro por sus aportaciones y por su entusiasmo. Igualmente, agradezco a la profesora Sonia Calaza por aceptar prologar esta obra, así como por su constante apoyo y aliento. Por último, es de justicia hacer patente mi agradecimiento al profesor Francesc Pérez Tortosa por la ingente labor de coordinación de este libro.

Con esta publicación, además, echa a andar la **Colección Jóvenes Investigadores** de la Editorial Colex que tengo el legítimo orgullo de codirigir junto con el profesor Paulo Ramón Suárez Xavier. No puedo más que agradecer a la Editorial Colex su apuesta decidida por poner en marcha la Colección. Además, hago extensible este agradecimiento a los ya mencionados profesores Paulo Ramón Suárez Xavier y Francesc Pérez Tortosa; a las profesoras María de las Nieves Jiménez López, Laura Andrea Flórez Álvarez y Ester Ranedo Santamaría; así como a los miembros del Consejo editorial de la Colección, por acompañarme en esta apasionante aventura.

Leticia Fontestad Portalés

PRÓLOGO

SAVIA NUEVA: DESBORDANTE VITALIDAD DE LA JOVEN PROCESALÍSTICA ESPAÑOLA

Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho Procesal (UNED)

Savia nueva, con una vitalidad, energía e ilusión desbordantes. Una nueva generación de procesalistas irrumpe, en pleno 2023, con un libro tan evocador como su propio título —*La Justicia en la Sociedad 4.0: Nuevos Retos para el siglo XXI*— y lo hace en una colección científica de nueva creación —«Jóvenes investigadores»— de la Editorial Colex, bajo la —siempre— vibrante dirección de la Profa. D.^a Leticia Fontestad Portalés, procesalista consagrada que atesora todas las virtudes de la juventud a la que lidera, tanto en la referida colección como en la presente obra, y las concilia —en una polifonía perfecta— con otras de su madurez intelectual. Me siento muy afortunada por haber sido elegida para poner en valor todo este «músculo procesal», coordinado —a su vez, por el Prof. Francesc Pérez Tortosa—, y destacar, en un breve —pero emotivo— prólogo las grandes virtudes de los compañeros que llegan, con fuerza, a una disciplina del conocimiento científico tan apasionante como la nuestra: El Derecho Procesal, al que los clásicos calificaron como un «derecho en pie de guerra», el derecho de las grandes conquistas de la humanidad, el derecho a la Justicia, el único derecho que permite, llegado el crítico momento de la desavenencia —en cualquier orden de la vida (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral o, incluso, militar)—, la misma transformación de la realidad social.

Savia nueva, distintos talentos, fresca y buen tono, no exentos de profundidad: Nuevas «formas y maneras» de investigar, sinergias, inteligencias múltiples, temáticas nunca antes abordadas y los fatigosos temas de siempre; pero afrontados ahora desde nuevas ópticas. En suma: una delicia para cualquier lector, tanto para el investigador —que encontrará refrendo, rebatimiento o réplica, en estas páginas, frente a sus propias reflexiones—; como para el profesional —que tendrá la oportunidad de canalizar dogmáticamente todos esos pasos que la práctica enfoca con distinta perspectiva—; y para el mismo ciudadano, quién encontrará soluciones ágiles a sus desavenencias más cotidianas.

Y todo en el marco del Proyecto de investigación I+D+I, liderado por la Profa. D.^a Leticia Fontestad Portalés, en la Universidad de Málaga, titulado *Vías emergentes para la resolución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital*, programa operativo FEDER 2014-2020 (UMA20-FEDERJA-043): Nada menos que 792 páginas de investigación científica —más de 800 con esta presentación— a cargo de 34 autores —20

mujeres y 14 hombres—, muchas de ellas, en un ámbito híbrido —físico/tecnológico— o exclusivamente digital.

Un trabajo coral en lo metodológico, en lo jurídico y hasta en lo geográfico. Aquí y ahora están representadas un buen número de universidades españolas —Autónoma (Madrid), Barcelona, Burgos, Carlos III (Madrid), Granada, León, Málaga, Navarra, Pablo Olavide, Pompeu Fabra, Santiago de Compostela, Sevilla, Universidad Nacional de Educación a Distancia— y algunas extranjeras —por ejemplo, Coimbra o Medellín—; así como un destacado bagaje de ramas de nuestro ordenamiento jurídico: Derecho Civil, Derecho Penal, Criminología, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Administrativo, Derecho Laboral y Derecho paraprocesal.

En una distribución temática por razón de la Jurisdicción comprometida o de los temas —precisamente abordados— en cada concreta investigación se reagrupan en la parte primera, de **DERECHO CIVIL**, los siguientes autores:

D.^a Yaiza Moreno Castro —*Universidad de Barcelona*— presenta un estudio —«La reforma del código civil para el apoyo a las personas con discapacidad: la introducción de la ventaja injusta»—, donde aborda toda la adaptación del Código Civil a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil, con una valoración crítica.

D.^a Nieves Rojano Martín —*Contratada predoctoral FPU de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*— analiza, en su trabajo «La responsabilidad civil por acoso escolar», la pluralidad de regímenes existente en la regulación de la responsabilidad civil extracontractual en los supuestos de *bullying*: el régimen de responsabilidad civil «pura» en los casos de acoso escolar, la doble responsabilidad penal y civil y la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

D.^a Laura Márquez Muñoz —*Doctoranda Universidad de Málaga*— reflexiona en su capítulo «La inteligencia artificial aplicada al ámbito sanitario: Retos del futuro», sobre la evolución de la Inteligencia Artificial y la relevancia de los sistemas de Inteligencia Artificial para las instituciones públicas, y especialmente para la Organización Mundial de la Salud (OMS).

D. Alejandro Araque García —*Becario de Inicio a la Investigación en Derecho Civil Universidad de Málaga*— centra su atención, en su capítulo «Alternativa a la reciente jurisprudencia de los deberes de información en instrumentos financieros: Remisión a la responsabilidad precontractual», en el análisis jurisprudencial de los productos financieros complejos, sus deberes de información, su regulación nacional y comunitaria, la caducidad de su acción y, al término, en su resolución judicial: error vicio del consentimiento vs. incumplimiento contractual.

A continuación, en un segundo bloque temático destinado al **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**, la nueva obra presenta los siguientes trabajos:

D. Manuel González Chinchilla —*Doctorando en Derecho de la Universidad de Granada*— en su capítulo «El consentimiento en el proyecto de Ley orgánica de la libertad sexual y su relación con las garantías básicas del proceso penal y su eficacia», asume el análisis del nuevo —y controvertido— delito de agresión como forma de violencia sexual.

D.^a Samuela de Luca —*Dottoranda in Scienze Giuridiche e Sociali della Università di Malaga*—centra su atención en la «Pericolosità sociale e misure di sicurezza: quale legislazione in Italia per il trattamento del folle-reo?».

D. Túlio Felipe Xavier Januário —*Becario de la «Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT» Doctorando. Universidad de Coimbra*— analiza, en su trabajo «Vulnerabilidad e hiposuficiencia 4.0: la protección jurídico-penal de los consumidores en la

era de la Inteligencia artificial», el concepto, funcionamiento y aplicaciones concretas de la Inteligencia Artificial, así como sus limitaciones de la inteligencia artificial y los consiguientes problemas de orden penal y procesal.

D.^a Lorena Alemán Aróstegui —*Investigadora predoctoral FPU de la Universidad Pública de Navarra*— nos ilustra, en su capítulo «Los peligros del derecho penitenciario del riesgo», sobre las tendencias punitivistas del tratamiento del riesgo, la ejecución de la pena de prisión como ejercicio del *ius puniendi*, el Derecho penitenciario del riesgo y sus peligros.

D.^a Patricia Bello San Juan —*Contratada predoctoral FPU de la Universidad de Málaga*— en su ensayo «La Inteligencia Artificial al servicio del crimen: La revolución del *deepfake* desde una perspectiva criminológica» estudia la incidencia de las tecnologías *machine learning* y *deep learning* en el desarrollo del *deepfake* como revolución tecnológica, criminológica y político-criminal.

D.^a Ana María Vicario Pérez —*Contratada Predoctoral FPU de la Universidad de Burgos*— analiza, en su trabajo «Sobre la criminalidad organizada y la trata de seres humanos. especial referencia al uso de la Inteligencia Artificial en la identificación de las víctimas», la criminalidad organizada en el punto de mira del legislador europeo, la trata de seres humanos en el seno de la criminalidad organizada, la normativa europea en materia de protección de derechos de las víctimas de trata y necesidad de identificación de la víctima y el uso de la Inteligencia Artificial en la identificación de las víctimas de trata.

D.^a Ana M. Fuentes Cano —*Profesora del Grado en Criminología Universidad Isabel I*— explica, en su ensayo «Human trafficking: A victim-centred approach. theory vs. Practice», a review of the UK anti-trafficking policy: identification and support measure, the impact of distrust on victims of trafficking and the UK NRM challenges victims' welfare assurance before reaching a reasonable grounds decision.

D. Demetrio Carmona Derqui —*Universidad de Granada*— y D. Jonathan Torres Téllez —*Universidad Pablo de Olavide*— en sus «Usos y limitaciones del *big data* en el análisis criminológico: una perspectiva desde la economía y el urbanismo» explican las aplicaciones del *big data* en la Criminología y la policía predictiva: un uso criminológico del *big data* desde el urbanismo.

En el tercer bloque, destinado, a la TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE, se integran los siguientes estudios:

D. Juan Francisco Rodríguez Ayuso —*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*— trabaja, en su «The legal-administrative control of new forms of shared tourism», nuevas formas de colaboración derivadas de la situación actual.

D.^a Ester Renedo Santamaría —*Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Isabel I Investigadora predoctoral. Universidad de Burgos*— analiza, en «La creación de las ciudades sostenibles: la responsabilidad en la gestión de los residuos derivados de su generación», la ciudad sostenible: concepto y caracteres que la componen, el planeamiento urbanístico: los planes de urbanismo de las ciudades, la problemática de los residuos de la construcción y de la demolición en suelo urbano, las características de los residuos para la demolición y la construcción, el ciclo de gestión de los residuos y su posterior tratamiento.

D. Antonio José Vélez Toro —*Profesor Sustituto Interino de la Universidad de Granada*— en sus «Desafíos para la protección jurisdiccional del Medio Ambiente», analiza la protección del medio ambiente en el proceso civil, los desafíos para la protección jurisdiccional del medio ambiente en el proceso contencioso-administrativo, la

tutela medioambiental ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

D.^a Nerea Yugueros Prieto —*Profesora Ayudante de Derecho Procesal Universidad de León*— en su «Análisis prospectivo del alertador en el ámbito de la justicia ambiental a la luz del Anteproyecto de Ley que transpone la directiva (UE) 2019/1937 nos informa sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

El cuarto bloque, de **DERECHO ADMINISTRATIVO**, contiene los trabajos que siguen:

D.^a María Luisa Domínguez Barragán —*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla*— trabaja, en su capítulo «La tutela de derechos fundamentales en el contencioso-administrativo y su relación con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. interpretación en las últimas resoluciones judiciales», el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la LJCA, los principales obstáculos procesales y el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, con algunas consideraciones sobre el ejercicio del artículo 23.2 CE a través de los cauces del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

El quinto bloque, de **DERECHO LABORAL**, queda conformado por un trabajo de D. Javier Rodríguez Mozas —*Abogado*— «La situación de las personas trabajadoras en régimen de empleadas del hogar tras la reforma laboral. la modificación del régimen de cotizaciones de conformidad con el artículo 151 LGSS. Análisis y examen a la sentencia TJUE de 24 de febrero de 2022, asunto c-389/20 sobre el derecho a la prestación por desempleo de las personas en régimen de empleadas del hogar».

El sexto bloque, destinado, con carácter general, a la **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, está diseñado con las siguientes aportaciones:

D. Francisco José Sánchez Bolívar —*Investigador predoctoral de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga*— en su trabajo «*Smart contracts*: La automatización de la Administración de Justicia», expone el Marco normativo de la Administración Electrónica Judicial, las nuevas tecnologías y su implantación en la Administración de Justicia: el caso de los «smart contracts».

D.^a Andrea Bravo Bolado —*Contratada predoctoral FPU de la Universidad Autónoma de Madrid*— en su «Proceso y derechos fundamentales. El sesgo algorítmico, el sesgo humano, y su impacto en nuestros derechos procesales» aborda la creciente preocupación por los sesgos.

D. Carlos Domínguez Padilla —*Universidad Pablo de Olavide*— en sus «Aspectos relevantes de la implementación de la inteligencia artificial en el proceso judicial», analiza los conceptos fundamentales sobre la Inteligencia Artificial y la prueba electrónica.

D.^a María Santisteban Castro —*Contratada predoctoral FPI de Derecho Procesal. Universitat Pompeu Fabra*— en su capítulo «El fortalecimiento del interés casacional y el problema de su indefinición: análisis prospectivo del sistema ante el desarrollo de la *Smart Justice*» trabaja el fortalecimiento del interés casacional como epicentro de las proyectadas reformas de eficiencia, el papel del Tribunal Supremo como responsable de la unidad de interpretación de la Jurisprudencia en España: Derecho Judicial y Fuentes del Derecho, la Inteligencia Artificial y algoritmización del proceso: la denominada «smart justice».

D.^a Cynthia Inmaculada Mata Torres —*Doctoranda Derecho Administrativo Universidad de Málaga*— en su trabajo «Las clínicas jurídicas como instrumento para fomentar la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico»- estudia las clínicas jurídicas y los principales resultados sociales de estas en España.

En el séptimo bloque, destinado al **PROCESO CIVIL**, se integran los siguientes trabajos:

D. Jesús Palomares Bravo —*Investigador Contratado Predoctoral de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*— afronta, en «Las posibles acciones procesales que tutelan la protección del consumidor de crédito al consumo», la acción de nulidad del contrato de crédito *revolving* fundamentada en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios y la sinuosa doctrina jurisprudencial aplicable.

D. Antonio Vasco Gómez —*Profesor Doctor de la Universidad Isabel I*— en «Las posibilidades de uso de la inteligencia artificial en los procedimientos judiciales de Derecho de Familia», asume el estudio de la aplicación de la Inteligencia Artificial a los procesos judiciales.

En el octavo bloque, titulado **PROCESO PENAL**, pueden visualizarse los siguientes capítulos:

D. Rodrigo Miguel Barrio —*Profesor ayudante doctor de la Universidad de Burgos*— en «El agente encubierto informático ante el anonimato del cibercrimen en la *deep web*» analiza la cibercriminalidad y la *Deep web*.

D. Federico González Barrera —*Contratado Predoctoral FPI. Universidad Carlos III de Madrid*— en su «Agente encubierto informático: aspectos teórico-prácticos y análisis comparado en *South Australia*», afronta una aproximación teórica a la figura del agente encubierto informático.

D. Juan A. Muriel Diéguez —*Máster en Abogacía de Universidad de Valladolid*— en sus «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación en el Anteproyecto de LECRIM 2020», estudia la LO 13/2015 (agente encubierto informático).

D. Emilio Castro Durán —*Doctorando en Derecho Procesal. Universidad de Granada*— ensalza, en «Mecanismos internacionales y nacionales para el procesamiento por crímenes contra la Comunidad internacional: Especial referencia al conflicto ruso-ucraniano y a la Jurisdicción universal en España», la necesidad de una jurisdicción universal y garantías de paz.

D.^a Andrea Jamardo Lorenzo —*Becaria predoctoral. Fundación Manuel Serra Domínguez. Área de Derecho Procesal. Universidad de León*— en «La cadena de custodia de las diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria» asume la conjunción dogmática entre la cadena de custodia y la prueba prohibida, las diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria, la ordenación de las diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria y la cadena de custodia y preconstitución de la prueba obtenida de las diligencias policiales de prevención.

D.^a Mónica María Bustamante Rúa —*Profesora en la Universidad de Medellín*— en «Las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia: Estudio desde la Jurisdicción especial para la paz», hace una breve reseña del origen del conflicto armado en Colombia: la mesa de diálogos de La Habana y los puntos del Acuerdo de Paz.

En el noveno —y último bloque—, denominado **DERECHO PARAPROCESAL**—precisamente porque las herramientas analizadas: en esencia, mediación y arbitraje, discurren en paralelo al proceso judicial, encontramos, al término, los siguientes trabajos:

D.^a Almudena Valiño Ces —*Investigadora Postdoctoral de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela*— en «La mediación electrónica en la Administración de Justicia: fortalezas y debilidades» trabaja la aplicación de las tecnologías a las ADR: los mecanismos de resolución en línea y la mediación electrónica.

D.^a Hingrid Camila Pérez Bermúdez —*Doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín*— en sus «Aportes de la justicia propia en la reconstrucción del tejido social afrocolombiano» analiza la interrelación de la justicia propia con el pluralismo jurídico y la justicia propia como aporte a la reconstrucción del tejido social afrocolombiano y los buenos vivires.

D.^a Laura Andrea Flórez Álvarez —*Doctoranda en Derecho Procesal Universidad de Málaga*— en su «Arbitraje internacional: entre el desarrollo de la inteligencia artificial, tecnologías disruptivas y los riesgos de la ciberseguridad en el siglo XXI», estudia el arbitraje internacional como opción de justicia frente a los desafíos del siglo XXI, la Inteligencia Artificial y tecnologías disruptivas: los nuevos retos para el arbitraje internacional y la ciberseguridad en la práctica del arbitraje internacional.

D.^a Sonia Rebollo Revesado —*Universidad Pontificia de Salamanca*— en «La Justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020» analiza el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en materia de justicia restaurativa.

Como puede desprenderse de la sintética —pero ilustrativa— enumeración de investigadora/es y materias recién ofrecida, el tratamiento del Derecho Procesal, en clave moderna, ha sido afrontado, de forma integral, armónica y actualizada: El Derecho Procesal cuenta, además, entre sus múltiples —y heterogéneas— virtudes, con una que ahora —a la hora de presentar este libro— debe resaltarse por encima del resto: y es su constante «capacidad de transformación del mundo»: la semilla que planta el justiciable, cada vez que acciona la Justicia, caso de germinar, se convierte en árbol vivo, precisado de constante riego y atención individualizada porque de este cuidado —y adecuado sustrato: temperatura, agua y luz— depende, nada menos que su posterior crecimiento o fotosíntesis, su reproducción o polinización y al fin, la conclusión de su ciclo vital.

A pesar de la «pretendida» globalización y universalización —también de la ansiada digitalización— del mundo postmoderno, lo cierto es que el Derecho objetivo no siempre alcanza a proveer, a cada concreto conflicto, que es uno —y solo uno—, de una solución tan unívoca e incontestable que hasta pudiera ser monitorizada y/o automatizada: en su particularidad y singularidad se encuentra —muchas veces— la clave de la respuesta. Y esta singularidad no se refiere tan solo a las partes —en nuestra clásica relación triangular: Jurisdicción, actores principales con el inestimable apoyo, en su caso, del Ministerio Fiscal—; ni atiende —en exclusiva, al objeto —civil, penal, contencioso-administrativo, laboral o militar— abordado, con tantos y tantos vértices dentro de cada orden jurisdiccional como principios procesales y procedimentales informen la rama del ordenamiento jurídico afectada; tampoco se relaciona tan sólo con un plano físico —nacional o internacional— determinado, ni con un hábitat exclusivamente analógico, frente a otro que lo sea tan sólo digital o incluso en un híbrido a mitad de camino entre lo físico y lo tecnológico.

A todos estos determinantes factores, que no son pocos, se unen muchos otros —afrontados en estas páginas— que nos conciencian —cada día— de la necesidad de aportar investigaciones rigurosas para que ese árbol vivo de la ciencia —el Derecho Procesal— germine, florezca, se reproduzca y culmine su existencia —con eficacia, eficiencia, economía, agilidad, flexibilidad, humanidad y rapidez— en este proceso de feliz germinación de la semilla, de la que se espera, al menos que: primero, brote, —esto es, que el justiciable ponga efectivamente en marcha la acción de la Justicia cuando así lo precise—; después, crezca y florezca —logre sortear, en su fotosíntesis, todos los presupuestos procesales, peticionar las medidas cautelares más adecuadas al caso, así como preparar correctamente sus actos de investigación y/o de prueba—; a continuación, se reproduzca —sirva la sentencia que culmina aquel proceso como crucial jurisprudencia que repercute, positivamente, a modo de polinización, en el

análisis e interpretación, incluso en el enjuiciamiento, de casos similares—; y al término, falezca, pues ningún conflicto debe permanecer reabierto o inconcluso por más tiempo del imprescindible: la «cosa juzgada» debe ofrecer —con la sola excepción de los límites temporales afectantes al Derecho de las personas— un respetuoso descanso eterno a los conflictos, por virulentos que hubieren sido, entre los ciudadanos de un Estado de Derecho tan avanzado, vanguardista y civilizado como, por suerte, lo es el nuestro.

En este libro de jóvenes talentos —a quiénes, por cierto, deseo, recién estrenada la Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) un trayecto universitario transparente, lúcido y sereno—, el proceso de germinación del Derecho Procesal más candente y actual está presente: desde los «medios adecuados de resolución de controversias» —Derecho paraprocesal— hasta la feliz conclusión de los procesos instaurados en todos los órdenes jurisdiccionales de nuestra única Jurisdicción están presentes.

Tenemos mucha suerte, los compañeros de las generaciones intermedias, de que un nutrido grupo de jóvenes procesalistas vengan «pisando fuerte» porque nuestra disciplina —el Derecho Procesal— recorre todas las ramas del ordenamiento jurídico, todas sin excepción alguna, y ello conlleva que la fuerza, el talento y la inteligencia de los procesalistas —siempre en estado de «sinergia» con los civilistas, penalistas, criminólogos, administrativistas, laboralistas, internacionalistas, etc.— ha de ser mayúscula.

Los autores de esta relevante obra han derrochado —a raudales— esa fuerza, talento e inteligencia. Enhorabuena, pues, a la dirección, a la coordinación y a los autores, por la elaboración de una obra tan completa; Felicidades a los lectores por haber elegido, en el día de hoy, esta lectura y comprometerse con el análisis dogmático de las más avanzadas herramientas —tanto artesanales como digitales— del Derecho Procesal. Y buena transición, de la Universidad y de la Justicia hacia el segundo tercio del siglo XXI: que los «árboles vivos» del Derecho Procesal de este siglo —con todas sus, más o menos combativas, generaciones— podamos, en verdad, llegar a disfrutar de una Justicia más próxima, ágil, sencilla, rápida, económica y humana.

DERECHO CIVIL

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA INTRODUCCIÓN DE LA VENTAJA INJUSTA

Yaiza Moreno Castro
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Consideraciones generales. La adaptación del Código Civil a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. 1.1. Modificaciones legislativas. 1.2. Medidas de apoyo. 2. Régimen de anulabilidad de los contratos celebrados con personas con discapacidad. 2.1. Por la persona con discapacidad o sus herederos. 2.2. Por la persona a quien hubiera correspondido prestar el apoyo. 2.3. Plazos y efectos de la anulabilidad. 2.4. Confirmación de los contratos celebrados por una persona con discapacidad. 3. La introducción de la ventaja injusta en el Código Civil. 3.1. Requisitos. 3.1.1. Obtención de una ventaja injusta. 3.1.2. Contexto negocial de debilidad. 3.1.3. Aprovechamiento. 3.2. Efectos. 4. Conclusiones: valoración crítica de la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil. 5. Bibliografía.

0. Introducción

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica adapta el ordenamiento jurídico estatal a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Entre los principios que postula dicha convención, merece una especial atención el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en virtud del cual desaparece de nuestro ordenamiento jurídico la tradicional dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

En este nuevo escenario, adquiere un papel crucial la figura del prestador de apoyo: en el ámbito contractual, se construye un régimen de anulabilidad de los contratos basado en la prescindencia de esta figura cuando fuera precisa para el ejercicio de la capacidad para contratar de la persona con discapacidad.

Uno de los puntos más destacables de esta nueva regulación es la introducción en el Código Civil de una figura presente en el moderno derecho de contratos y hasta ahora desconocida por nuestro derecho estatal: la ventaja injusta. A partir de los tres

requisitos sobre los que se triangula esta institución, el legislador prevé una serie de excepciones al régimen general de la anulabilidad, que permiten una protección superior de las personas con discapacidad.

1. Consideraciones generales. La adaptación del Código Civil a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

1.1. Modificaciones legislativas

Reconociendo la evolucionabilidad del concepto «discapacidad» y la importancia de la autonomía e independencia individual; observando la necesidad de igual participación en la vida social de las personas con discapacidad; y reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, se aprobó el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD).

El propósito del citado instrumento convencional es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad», como medio para la promoción del respeto de su inherente dignidad. Para aseverar una interpretación autónoma y uniforme del concepto ‘persona con discapacidad’, el artículo 1 CDPD delimita su ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo a las personas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Enfocándose en el objetivo antes mencionado, la Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad. Concretamente, merece una especial atención el derecho al igual reconocimiento ante la ley, que preceptúa el artículo 12 y que justifica la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico estatal a la Convención. Este resulta especialmente simbólico del cambio paradigmático que pretende la Convención¹.

El mencionado precepto recoge la reafirmación de los Estados parte en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Y, dando un paso más, exige a estos que reconozcan que estas personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con todas las demás, en todos los aspectos de la vida. Así pues, la igualdad ante la ley no supone únicamente el derecho a exigir la misma protección legal, sino también a obtener el mismo beneficio derivado de su aplicación². La Observación general número 1 (2014) del Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad³, dedicada a la clarificación de cuestiones nucleares para la adecuada implementación del artículo 12 CDPD, expone de manera expresa que, para

1 QUINN, G.: «Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD», *HPOD Conference*, Harvard Law School, 2010.

2 MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021.

3 ALEMANY GARCÍA (2018) realiza una interesante crítica a la Observación General número 1 (2014) del Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad, a partir de la con-

que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica, deben reconocerse ambas facetas, las cuales son inseparables⁴.

Del postulado de la Convención, deriva un reconocimiento genérico —para todas las personas— de la aptitud para poder ejercitar sus derechos. La extensión universal de la capacidad obliga a abandonar la tan arraigada distinción entre las nociones de ‘capacidad jurídica’ y ‘capacidad de obrar’, adoptando un concepto unívoco. Ante tal transformación, se vuelve necesaria la reflexión sobre la conveniencia de tal abandono o, por el contrario, la pertinencia de su mantenimiento⁵; y es amplio el sector de la doctrina española que aboga por una única capacidad jurídica para cuyo ejercicio se pueden necesitar, en su caso, apoyos⁶.

El pasado año 2021, mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), se dio un paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico estatal a la CDPD. Cabe mencionar, sin embargo, algunos antecedentes que cumplían el mismo propósito. Concretamente, son destacables la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; así como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

La reforma más extensa que se lleva a cabo por la Ley 8/2021 afecta al Código Civil (en adelante, CCE), del cual se modifican más de ciento cincuenta artículos. El nuevo sistema de tratamiento de la discapacidad se construye sobre las bases del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. De manera coherente con este planteamiento, se deroga expresamente la incapacitación judicial (antiguos artículos 199 y ss. CCE), y se suprimen la patria potestad prorrogada y rehabilitada (artículo 171 CCE). Desde la óptica de la promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad, estas instituciones se consideran demasiado rígidas⁷. Además, la Observación general número 1 (2014) señala expresamente que «crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención», por lo que la eliminación de los mecanismos sustitutivos es un imperativo para los Estados⁸.

cepción de la dignidad subyacente en la misma, que se acepta de manera aporosa e inspira toda la Convención.

- 4 CUENCA GÓMEZ, P.: «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en MUNAR BERNAT, P.A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, 2021.
- 5 PAU PEDRÓN, A.: «Prólogo», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (dirs.) y GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J.J. (coords.): *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, 2021.
- 6 RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: «Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (dirs.) y RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coord.): *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.
- 7 De manera opuesta, ALEMANY GARCÍA (2020) considera que la representación de personas con discapacidad, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de su derecho a la igualdad.
- 8 CUENCA GÓMEZ, P.: «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones...», *op. cit.*

Como se desprende del artículo 12 CDPD, desde la reforma operada por la Ley 8/2021, el Código Civil reconoce —aunque de manera implícita— que la persona con discapacidad tiene plena capacidad de obrar desde que alcanza la mayoría de edad, de manera idéntica al resto de sujetos (artículo 246 CCE). Y, derivado de este reconocimiento, la persona con discapacidad puede entablar válidamente las relaciones jurídicas que estime, incluyéndose así en el tráfico jurídico en igualdad de condiciones —formales— que cualquier otro individuo. Es por esta razón que desaparece del artículo 1263 CCE toda referencia a las personas con discapacidad.

1.2. Medidas de apoyo

Con el propósito de que el igual reconocimiento de la capacidad jurídica no quede en un mero formalismo y garantizar su ejercicio efectivo, la Convención impone a los Estados parte la obligación de adoptar las medidas de apoyo pertinentes que compensen las desventajas que, de hecho, existen entre las partes en las relaciones privadas (artículo 12.3 CDPD).

'Medida de apoyo'⁹ es un concepto muy amplio que permite aglutinar una multitud de actuaciones encaminadas a asistir, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal, a las personas con discapacidad. Cabe remarcar que la existencia o provisión de una medida no se justifica en la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino en las necesidades que estas puedan tener con el fin de desarrollar su autonomía¹⁰.

Desplazándonos a un ámbito concreto, una persona con discapacidad puede estar provista de una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar¹¹. Aunque habría que atender a cada caso concreto, a modo ejemplificativo, podemos afirmar que la función del prestador de apoyos, en estos casos, podría ser la de informar sobre el alcance de una oferta que se hace o acepta; advertir sobre los riesgos y cargas de una operación; o aconsejar sobre la adopción de medidas de garantía. En cambio, lo que no se requerirá en ningún caso del prestador de apoyo es que supervise ni ratifique los contratos¹².

9 No existe, ni en la Convención ni en la Ley 8/2021, una definición del concepto. Podemos tomar en consideración la explicación de la Observación General núm. 17 (2014) del Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad. Para una aproximación más detallada al concepto, *vid.* DE SALAS MURILLO, S.: «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018.

10 MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «La vulnerabilidad de las personas...», *op. cit.*

11 Una postura especialmente escéptica con la regulación de las medidas de apoyo en el ámbito contractual es la sostenida por CARRASCO PERERA (2018), quien, a propósito del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica, afirma lo siguiente: «Se dará el caso de que los procedimientos de provisión de apoyos no generen confianza social, porque serán instituciones diseñadas para que un sujeto se desarrolle, no para que los terceros sepan con quién y cómo deban contratar».

12 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (dirs.) y RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coord.): *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

El artículo 249 CCE acontece el precepto central del Código Civil por lo que respecta a las medidas de apoyo. Dispone, en primer lugar, la finalidad de estas medidas, que no es otra que la ya fijada por la Convención: permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad.

Las medidas de apoyo pueden establecerse voluntaria o judicialmente, siendo de preferencia las primeras¹³, y debiendo ajustarse todas a ellas a los principios de necesidad y proporcionalidad. Además de aquellas de naturaleza voluntaria, la reforma legal refuerza la figura del guardador de hecho, que se transforma en una institución jurídica de apoyo propia, cuando es suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. También es destacable la regulación detenida que se hace de la institución de la curatela, la cual deberá ser primordialmente asistencial —no representativa—. Y, para situaciones muy concretas, aparece la figura del defensor judicial (artículo 250 CCE)¹⁴.

En todo caso, las personas que presten el apoyo deberán actuar respetando y atendiendo a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Este aspecto, junto con la prioridad que se da a las medidas de apoyo voluntarias, pone de relieve que el eje central de la nueva regulación es la voluntad subjetiva, y no una idea objetiva y universal sobre el bien.

2. Régimen de anulabilidad de los contratos celebrados con personas con discapacidad

Como contrapeso a la libertad contractual que se les reconoce a las personas con discapacidad —al reconocerse su capacidad jurídica plena—, se torna necesario introducir también en el derecho de contratos ciertas normas de carácter tuitivo. En este sentido, la CDPD obliga a que los Estados parte proporcionen a las personas con discapacidad las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos de sus derechos, al margen de las correspondientes medidas de apoyo (artículo 12.4).

Los instrumentos de invalidez o ineficacia de los contratos pueden perfectamente representar una de estas salvaguardias a las que la Convención apela. Dado que la circunstancia de que sea una persona con discapacidad quien contrate ya no será suficiente para justificar la impugnación de un contrato, surge la necesidad de articular un nuevo régimen de anulabilidad de estos negocios jurídicos.

Así, el artículo 1302 CCE, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, prevé un régimen de anulabilidad que establece como requisito necesario que la persona con discapacidad que ha celebrado el contrato estuviera provista de una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar y haya actuado prescindiendo de esta medida cuando fuera precisa. *A sensu contrario*, si la persona contratante tiene una discapacidad, pero no necesita apoyos para ejercer su capacidad, sus actos siempre

13 Para un análisis de la reforma operada por la Ley 8/2021 centrado en la cuestión de la voluntariedad en la constitución de las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, *vid.* MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad: la voluntariedad como nota esencial del apoyo», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020.

14 Podemos encontrar una crítica a la falta de innovación y flexibilidad de estas medidas en CUENCA GÓMEZ, P.: «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones...», *op. cit.*

serán válidos¹⁵. El mencionado precepto, al definir la situación típica, no establece diferencias entre las distintas medidas de apoyo de que podría estar provista la persona con discapacidad: medidas de naturaleza voluntaria, guarda de hecho, curatela o defensor judicial (artículo 250 CCE).

Partiendo de la situación básica descrita en el párrafo anterior, el mencionado precepto distingue dos acciones de nulidad. Del análisis de estas —que se desarrollará en los epígrafes siguientes— se infiere que hasta tres sujetos pueden llegar a ostentar la legitimación activa para accionar la anulabilidad del contrato: la misma persona con discapacidad, sus herederos y la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Sin embargo, en ningún caso estará legitimado para ejercer la acción de anulabilidad el co-contratante de la persona con discapacidad (artículo 1302.4 CCE).

2.1. Por la persona con discapacidad o sus herederos

La primera persona a la que el artículo 1302.3 CCE confiere legitimación para ejercer la acción de anulación es a la misma persona con discapacidad provista de medidas de apoyo.

Es destacable el hecho de que esta protección no la tendrá la persona con discapacidad que no tiene ningún apoyo provisto para contratar, como hemos apuntado más arriba. Así, en tanto que la posibilidad de anulación se fundamenta en la ausencia de la figura que complementa la correcta formación de la voluntad del contratante con discapacidad —la medida de apoyo—, es coherente que la ley prevea expresamente que este podrá contar con el apoyo que precise para anular el contrato.

Aunque es minoritaria, parte de la doctrina entiende que no es posible vincular *ex lege* la anulabilidad del contrato con la ausencia de las medidas de apoyo necesarias para contratar. En esta línea, algunos autores argumentan que es necesario un examen que acredite la incidencia negativa de la falta de asistencia en la formación de la voluntad contractual¹⁶. Sin embargo, de una interpretación literal de la ley, debemos concluir que es condición suficiente para la anulabilidad el hecho de que la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar lo haya hecho prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas.

En el caso que la persona con discapacidad falleciera antes del término del plazo en el que pudiera ejercer la anulación, el contrato podría ser anulado por sus herederos durante el tiempo que faltara para que caducara la acción (1302.3 CCE)¹⁷. Este traslado sucesivo de la acción denota que la causa que justifica la nulidad es objetiva: la no concurrencia en el contrato de quien desempeña la función de medida de apoyo, cuya presencia no es potestativa¹⁸.

15 MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A.: «La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad», en PEREÑA VICENTE, M. (dir.) y DÍAZ PARDO, G., NÚÑEZ, M. (coords.): *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas*, Dykinson, 2018.

16 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La capacidad jurídica para contratar...» *op. cit.*

17 GARCÍA RUBIO, M.P.: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018.

18 MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «La vulnerabilidad de las personas...», *op. cit.*

2.2. Por la persona a quien hubiera correspondido prestar el apoyo

Apartándose sutilmente del criterio de protección absoluta de la voluntad de la persona con discapacidad, desde un punto de vista más paternalista, el segundo párrafo del artículo 1302.3 CCE introduce la posibilidad de que sea la persona a quien hubiera correspondido prestar el apoyo quien ejerza la acción de nulidad del contrato.

En este caso, además del hecho objetivo de la ausencia de las medidas de apoyo requeridas, la ley establece una serie de requisitos adicionales¹⁹: que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad; y que dicho co-contratante obtenga una ventaja injusta.

El legislador relativiza en ciertas situaciones la voluntad de la persona con discapacidad, puesto que legitima a un tercero ajeno a la relación contractual para impugnar el negocio jurídico. Y la razón es velar por la evitación de un perjuicio a la persona con discapacidad. Es por ello por lo que se establece el requisito de que se produzca un resultado desventajoso para la persona con discapacidad, además de una actitud determinada por parte de su co-contratante.

2.3. Plazos y efectos de la anulabilidad

Al igual que por lo que respecta a la legitimación y requisitos de la acción de nulidad, la reforma operada por la Ley 8/2021 diseña un régimen específico de plazos y efectos de la anulabilidad de los contratos para los casos en que una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar contrate prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas.

En los referidos casos, la acción de nulidad se sujetará a un plazo de caducidad de cuatro años, estableciéndose el *dies a quo* en la fecha de celebración del contrato, según establece el artículo 1301.4.º CCE²⁰.

La nulidad del contrato provocará la restitución recíproca de las prestaciones, con sus frutos e intereses (artículo 1303 CCE). Ahora bien, en determinados casos, se prevén una serie de especificidades en el régimen de restitución. Concretamente, estos casos son aquellos que reúnen las características que legitimarían al prestador de apoyos para accionar la nulidad: que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad; y que dicho co-contratante obtuviera una ventaja injusta.

Así, en los casos anteriormente descritos, la persona con discapacidad no estará obligada a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida (artículo 1304 CCE). Además, la acción de nulidad no se extinguirá, aunque el objeto del contrato se hubiera perdido por dolo o culpa de quien pudiera ejercitarla (artículo 1314 CCE).

19 Estos requisitos se estudiarán con más profundidad en el epígrafe 3.1.

20 ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentarios de los artículos 1301, 1302, 1304 y 1314 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

2.4. Confirmación de los contratos celebrados por una persona con discapacidad

Una de las características de los remedios anulatorios es la posible confirmación de los actos, de manera expresa o tácita, por la persona que tuviera derecho a invocar la nulidad (artículo 1311 CCE). A partir de esta confirmación, la acción de nulidad quedaría extinguida (artículo 1309 CCE).

La posibilidad de confirmación legitima a la parte protegida por el remedio para mantener la eficacia del contrato. Así, dado que las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar pueden anular estos contratos cuando contraten prescindiendo de dichas medidas, también tienen la posibilidad de confirmar los mismos.

Que la persona con discapacidad pueda ratificar, sin la necesaria concurrencia de ninguna otra persona, los contratos realizados prescindiendo de las precisas medidas de apoyo es considerado por parte de la doctrina como un reflejo indirecto de su facultad para prescindir libremente de los instrumentos de asistencia establecidos²¹. Sin duda, el derecho a renunciar a las medidas de apoyo es una cuestión controvertida, sobre la que no se pronuncian expresamente ni la Ley 8/2021 ni la CDPD. Sí que lo hace, en cambio, el Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad, en su Observación general número 1 (2014). En la citada, se afirma que las personas deben tener derecho a rechazar, cambiar o poner fin a la relación de apoyo en cualquier momento²².

La posibilidad de rechazar los apoyos reflejaría un sistema de absoluto dominio de la voluntad de la persona con discapacidad. Sin embargo, el legislador oscila entre dos extremos —uno más liberal y otro más paternalista— a la hora de articular los términos en que una persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica. Junto con la —cuestionable— posibilidad que acabamos de mencionar, puede observarse en la ley la consideración de un interés superior a las preferencias de la persona con discapacidad. Este vendría representado por la introducción de la institución de la ventaja injusta, que legitima una serie de especificidades en el régimen anulatorio de los actos celebrados por dicha persona.

3. La introducción de la ventaja injusta en el Código Civil

Enmarcada entre las medidas orientadas a impedir abusos de los derechos de las personas con discapacidad, una de las reformas más destacables de la Ley 8/2021 es la introducción en el Código Civil de una figura presente en el moderno derecho de contratos, pero hasta ahora desconocida por nuestro derecho estatal: la ventaja injusta.

Si bien representa una novedad en el derecho estatal, no es la primera vez que esta institución aparece en la legislación nacional. En el año 2017, con ocasión de la aprobación del libro VI del Código Civil de Catalunya (en adelante, CCCat), el legislador

21 MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «La vulnerabilidad de las personas...», *op. cit.*

22 Sobre la posibilidad de prescindir libremente de las medidas de apoyo establecidas, encontramos opiniones distintas en ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La capacidad jurídica para contratar...», *op. cit.* y GARCÍA RUBIO, M.P.: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil...», *op. cit.* y MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «La vulnerabilidad de las personas...», *op. cit.*; PRADOS GARCÍA, C.: «Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.

catalán se inspiró en los textos internacionales y armonizadores de Derecho contractual europeo y reguló la figura de manera general (artículo 621-45 CCCat). Por el contrario, la reciente reforma de la legislación civil estatal no se ha aprovechado para hacer una regulación general de la ventaja injusta, sino que simplemente se ha introducido para los casos en que personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar lo hagan prescindiendo de dichas medidas.

Sin lugar a duda, los contratos en los que intervienen personas con discapacidad son un escenario en que se torna muy plausible un aprovechamiento por la otra parte, en tanto que la asimetría entre las capacidades naturales de los contratantes, por definición, es innegable. Y, si bien la reforma legal orbita alrededor del principio de autonomía de la voluntad, en los casos en que se produce este aprovechamiento y acontece un resultado materialmente injusto, se da primacía a un interés superior.

Precisamente, la ventaja injusta es una institución que integra criterios de justicia sustantiva y de justicia procedimental²³. Así, es una figura que acontece de gran interés, por la virtualidad que puede tener en los casos que venimos comentando. En estos, nos encontramos ante situaciones grises, en que no puede decirse que la conducta del sujeto que contrata con una persona con discapacidad pueda fundamentar un vicio de la voluntad, pero, sin embargo, existe una actitud de aprovechamiento y esta se traduce en un resultado materialmente desequilibrado.

3.1. Requisitos

El artículo 1302.3 CCE, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, establece lo siguiente:

«Los contratos celebrados por **personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas** [...] también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo [...] cuando el otro contratante **fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad** obteniendo de ello una **ventaja injusta**».

De forma paralela, el artículo 1304 CCE:

«El contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de **haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas**, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera **conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad** obteniendo de ello una **ventaja injusta**».

Y, así mismo, el artículo 1314 CCE:

«También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.
[...]

23 BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

Si la causa de la acción fuera **haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas**, la pérdida de la cosa no será obstáculos para que la acción prevalezca, siempre que **el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad** obteniendo de ello una **ventaja injusta**».

Mediante el análisis de estos artículos, podemos observar que el texto legal hace referencia a tres requisitos de manera recurrente²⁴: que el contratante con discapacidad haya prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas (requisito subjetivo); que el otro contratante se haya aprovechado de la situación de discapacidad (requisito subjetivo); y que el otro contratante haya obtenido una ventaja injusta (requisito objetivo). Los tres mencionados son los elementos sobre los que se triangula la institución de la Ventaja Injusta.

3.1.1. Obtención de una ventaja injusta

En primer lugar, el requisito objetivo de la ventaja injusta —que el Código Civil describe como «obteniendo de ello una ventaja injusta»— consiste en que el contrato produzca un excesivo desequilibrio en favor de uno de los contratantes. En este caso, en favor del co-contratante de la persona con discapacidad.

Doctrinalmente, se entiende que el desequilibrio requerido puede ser de orden económico, pero que también puede situarse en otros factores que van más allá del aspecto monetario. En el segundo de los casos, la ventaja puede concretarse, por ejemplo, en la forma de pago, en las causas de resolución del contrato, o sobre las características del bien objeto del negocio. En cualquier caso, el efecto producido por el elemento objetivo será una ganancia desproporcionada para una de las partes y un correlativo perjuicio para la otra²⁵.

De la literalidad de los artículos 1302, 1304 y 1314 CCE —que mencionan la obtención de una «ventaja injusta»—, podemos concluir que el legislador ha decidido no reducir el requisito objetivo a un beneficio económico excesivo, sino que sería plausible la consideración de otros abusos cualitativamente distintos. Con un redactado distinto, pero con idénticas implicaciones, el artículo 621-45 CCCat también contempla ambas posibilidades, al mencionar la obtención de «un beneficio excesivo o ventaja manifiestamente injusta».

Desde la perspectiva de la libertad contractual, y teniendo en cuenta que una de las ideas que más se repite en el preámbulo de la Ley 8/2021 es el «respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad», podríamos plantearnos por qué estos negocios —con un resultado desequilibrado en perjuicio de la persona con discapaci-

24 Para una interpretación opuesta sobre estos requisitos, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La capacidad jurídica para contratar...» *op. cit.*, quien considera que el prestador de apoyos puede ejercer la acción de anulabilidad en dos casos: a) Cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de la medida de apoyo cuyo cumplimiento era necesario en el momento de la celebración sin que se haya hecho uso de ella. b) Cuando el otro contratante se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta. Si seguimos esta interpretación, cuando el co-contratante de la persona con discapacidad fuera conocedor de la existencia de una medida de apoyo de la que se estaba prescindiendo, no será necesaria la concurrencia del requisito objetivo consistente en la producción de un excesivo desequilibrio en su favor.

25 BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil...*, *op. cit.*

dad— no podrían simplemente representar actos de liberalidad. Y, en nuestra opinión, la respuesta se encuentra en la concurrencia de los dos requisitos subjetivos a los que a continuación haremos referencia.

3.1.2. Contexto negocial de debilidad

Uno de los dos elementos subjetivos que requiere la institución de la ventaja injusta consiste en que el contrato se celebre en un contexto negocial de debilidad para una de las partes, que se entiende que puede encerrar un vicio potencial para la formación de su consentimiento libre. Sin embargo, a diferencia de la mecánica del régimen de los vicios del consentimiento, no es necesario que la parte beneficiada haya creado esta situación ni que haya contribuido a crear o aumentar la debilidad de su co-contratante²⁶.

Cuando una persona discapacitada provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar actúa prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, el Código Civil presume que se cumple el primer requisito subjetivo. Obviamente, esta presunción facilita la protección, en tanto que no será necesario probar la efectiva debilidad del contexto negocial.

Si bien la presunción debe valorarse positivamente desde una perspectiva tuitiva, también es cierto que la regulación del Código Civil limita los casos en que se puede aplicar el régimen de la ventaja injusta. Lamentablemente, la reforma no se ha aprovechado para hacer una regulación general de la institución, por lo que esta queda únicamente circunscrita a los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar que actúen prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas. Así, no podrán beneficiarse de la protección que profiere la institución otros sujetos que podrían encontrarse fácilmente en esta posición de debilidad.

3.1.3. Aprovechamiento

Como último elemento, la institución de la ventaja injusta requiere un aprovechamiento, una explotación consciente de la parte fuerte del contexto negocial, que el artículo 1302.3 CCE describe con la siguiente disyunción: «el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad».

Haciendo una interpretación literal del precepto, debemos afirmar que no es condición necesaria que el co-contratante conozca la situación de discapacidad; bastaría con que se hubiera aprovechado del contexto en que se desarrolla el negocio. Nada se dice, tampoco, sobre que el co-contratante deba ser consciente del exceso o injusticia grave de la ventaja obtenida; por lo que no debería considerarse que ello sea una condición.

Este último requisito de la ventaja injusta entraña una gran dificultad probatoria para la parte actora, que puede llevar en muchas ocasiones incluso a la frustración de la eficacia de la institución. Con el objetivo de paliar tal inconveniente, algunos autores proponen la formulación de una presunción del cumplimiento de este segundo requisito subjetivo en determinados casos²⁷.

26 BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil...*, op. cit.

27 BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil...*, op. cit.

3.2. Efectos

Para apreciar la relevancia de la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil, debemos fijarnos en las consecuencias que ello tiene en el régimen de anulación de los contratos celebrados por personas con discapacidad. Ciertamente, mediante una regulación general de la institución, los efectos de esta en el derecho de contratos podrían ser exponencialmente más amplios. Sin embargo, lo cierto es que la circunscripción de la figura a la anulación de unos contratos concretos —los suscritos por una persona discapacitada provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar que haya actuado prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas— provoca que solamente podamos apreciar su virtualidad en las especificidades que se introducen en el régimen anulatorio justificándose en la concurrencia de los tres requisitos antes mencionados.

Tal como hemos expuesto en el apartado correspondiente, el artículo 1302.3 CCE legitima al prestador de apoyo para accionar la anulación del contrato celebrado por una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, que haya contratado prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas. Esta legitimación está condicionada a la concurrencia de dos requisitos: que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad; y que este haya obtenido una ventaja injusta de ello. Por tanto, cuando concurren los tres elementos sobre los que se triangula la ventaja injusta, quedará legitimado para la anulación del contrato un sujeto que no es parte obligada, ni principal ni subsidiariamente, por este. Basándose en los requisitos de esta figura, entonces, el Código Civil introduce una excepción respecto de la legitimación general para ejercer las acciones de nulidad (artículo 1302.1 CCE).

En segundo lugar, el artículo 1304 CCE establece una excepción a la regla de la *restitutio in integrum*, basada en los tres requisitos a que venimos haciendo referencia. Así, cuando estos concurren, el contratante con discapacidad no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. En este caso, el legislador decide equiparar a las personas con discapacidad con los menores de edad.

Por último, en el artículo 1314 CCE, a propósito de la extinción de las acciones de nulidad, podemos encontrar una tercera excepción al régimen general basada en la ventaja injusta. Establece el citado precepto —de nuevo asimilando la discapacidad con la minoría de edad— que la acción de nulidad no se extinguirá por la pérdida del objeto del contrato; ni siquiera cuando el extravío sea debido al dolo o culpa de quien pudiera ejercitar la acción.

Es relevante noticiar, una vez más, que estas excepciones en el régimen anulatorio que prevén los artículos 1304 y 1314 CCE rigen solo en el caso que coincidan los tres requisitos a que venimos apelando de manera constante. Por tanto, cuando la persona con discapacidad contrate sin las medidas de apoyo precisas para ello, pero falte —o no pueda probarse— la concurrencia de alguno de los requisitos de la ventaja injusta, no procederá este régimen especial, más favorable desde el punto de vista tuitivo.

4. Conclusiones: valoración crítica de la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil

En los epígrafes anteriores hemos destacado las ventajas que —sobre todo en términos tuitivos— supone la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil. Bási-

camente, a partir de la introducción de esta figura y sus requisitos, se ha construido un régimen de anulabilidad que, mediante excepciones a la regla general, permite una protección superior de las personas con discapacidad.

Además, la reforma operada por la Ley 8/2021 supone una modernización del ordenamiento jurídico, tanto por la adaptación de este a la CDPD, como por la tendencia a la asimilación de instituciones presentes en los textos internacionales y armonizadores de Derecho contractual europeo.

Por todo ello, sin duda, la introducción de la ventaja injusta en el Código Civil ha de merecer una valoración general positiva. Esto no es óbice, sin embargo, para presentar algunas consideraciones críticas respecto de la regulación.

En primer lugar, en el epígrafe correspondiente al segundo de los requisitos subjetivos —el aprovechamiento—, ya señalamos que el mismo entrañaba una gran dificultad probatoria para el actor. Es casi inverosímil contemplar un escenario en que, existiendo una situación de debilidad para uno de los contratantes y habiendo obtenido el otro una ventaja injusta, no se haya producido un aprovechamiento injustificado. Sin embargo, la prueba de tal hecho puede resultar una *probatio diabolica*.

Desde el punto de vista de la eficacia, entonces, sería conveniente buscar un mecanismo que evitara la plausible frustración de la acción debida a la dificultad probatoria del requisito subjetivo. Aunque cabe no olvidar el principio de facilidad probatoria que debe ser observado en cualquier proceso (artículo 217.7 LEC), en determinados casos, sería interesante la formulación de una presunción *iuris tantum* que invirtiese la carga de la prueba. Esta podría plantearse a partir de la importancia del desequilibrio entre las prestaciones^{28 29}.

Como hemos afirmado en múltiples ocasiones, la ventaja injusta se utiliza, en este caso, en orden a justificar una serie de excepciones al régimen general de anulabilidad de los contratos. Dos de estas excepciones pueden observarse en el régimen especial de restitución que plantean los artículos 1304 y 1314 CCE. En ambos, mediante la previsión de la excepción, se lleva a cabo una equiparación de las personas con discapacidad con los menores de edad. Tal símil cuestionaría el ajuste de la regulación española a la CDPD, desde el punto de vista de la prohibición de discriminación³⁰.

Y, desde una óptica más general, el hecho de circunscribir la ventaja injusta al régimen anulatorio de los contratos provoca que sea la nulidad la única consecuencia prevista para los casos en que pueden observarse —y probarse— los tres requisitos. Al ser una institución autónoma, distinta de los tradicionales vicios del consentimiento, sería posible prever entre los remedios en los casos de ventaja injusta algunos distintos a la anulación del contrato. Así lo hace, por ejemplo, el Código Civil de Cataluña, que regula tanto la rescisión como la adaptación judicial del contrato (artículos 621-45.1 y 621-47.1 CCCat).

Creemos que el régimen anulatorio como única posibilidad merece una valoración crítica negativa. Aunque la atribución de la facultad de anulación pueda estar plenamente justificada por la concurrencia de los requisitos que demanda la ventaja injusta, la adopción de una solución adaptativa sería mucho más coherente con el principio de conservación del negocio jurídico. Este principio requeriría el diseño de

28 BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil...*, op. cit.

29 GINÉS CASTELLET, N.: «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *InDret*, núm. 4, 2016.

30 PRADOS GARCÍA, C.: «Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad...», op. cit.

un sistema que permitiese —y diera preferencia— la adaptación de los contratos, «con la finalidad de salvar el proyecto económico que los contratantes consideraban apto para satisfacer sus intereses respectivos»³¹.

Por último, a guisa de crítica general, debemos lamentar que la reforma de la legislación civil no se haya aprovechado para hacer una regulación general de la ventaja injusta, quedando está reservada únicamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad para contratar que hayan contratado prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas. Aunque es oportuna la introducción de la ventaja injusta a través de una reforma materialmente orientada a la protección de las personas con discapacidad, la inclusión y regulación general de la institución en nuestro ordenamiento supondría un aumento de la dimensión social del derecho de contratos. Ante la existencia actual de situaciones potenciales de debilidad en las relaciones contractuales, la intervención pública también en las ramas privadas del derecho —aun pudiéndose tildar de paternalista—, puede estar plenamente justificada desde un paradigma equitativo de la justicia.

5. Bibliografía

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J.:** «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (dirs.) y RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.
- ALEMANY GARCÍA, M.:** «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.
- ALEMANY GARCÍA, M.:** «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual», *Práctica de Tribunales*, núm. 145, Wolters Kluwer, 2020.
- ÁLVAREZ LATA, N.:** «Comentarios de los artículos 1301, 1302, 1304 y 1314 CC», en Guilarte Martín-Calero, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- BARCELÓ COMPTE, R.:** *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- CARRASCO PERERA, Á.:** «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 2018.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** «Observación General núm. 1», 2014.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** «Observación General núm. 17», 2014.

31 BARCELÓ COMPTE, R.: *Ventaja injusta y protección de la parte débil...*, op. cit.

- CUENCA GÓMEZ, P.:** «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en MUNAR BERNAT, P. A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, 2021.
- DE SALAS MURILLO, S.:** «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018.
- GARCÍA RUBIO, M.P.:** «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, 2018.
- GARCÍA RUBIO, M.P.:** «La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, núm. 9939, 2021.
- GINÉS CASTELLET, N.:** «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *InDret*, núm. 4, 2016.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R.:** «La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 11, 2021.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.:** «A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad: la voluntariedad como nota esencial del apoyo», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020.
- MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.:** «La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad», en PEREÑA VICENTE, M. (dir.) y DÍAZ PARDO, G., NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas*, Dykinson, 2018.
- PAU PEDRÓN, A.:** «Prólogo», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (dirs.) y GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J.J. (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, 2021.
- PRADOS GARCÍA, C.:** «Eficacia y validez de los contratos celebrados por personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.
- QUINN, G.:** «Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD», *HPOD Conference*, Harvard Law School, 2010.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M.:** «Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado», en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (dirs.) y RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACOSO ESCOLAR

Nieves Rojano Martín

*Contratada predoctoral FPU de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Regulación de la responsabilidad civil extracontractual en los supuestos de *bullying*: pluralidad de regímenes. 2. El régimen de responsabilidad civil «pura» en los casos de acoso escolar. 2.1. La responsabilidad civil vicaria o por hecho ajeno. 2.1.1. Los progenitores del menor acosador como responsables civiles. 2.1.2. Los tutores del menor acosador como responsables civiles. 2.1.3. Los centros docentes como responsables civiles. 2.1.3.1. La responsabilidad civil de los centros docentes privados. 2.1.3.2. La responsabilidad patrimonial de los centros docentes públicos. 2.2. Los menores acosadores como responsables civiles. 3. La doble responsabilidad penal y civil en los casos de *bullying*. 3.1. La responsabilidad penal por acoso escolar. 3.1.1. La responsabilidad penal de los menores y mayores acosadores. 3.1.2. Tipos delictivos en los que se encuadran las conductas de *bullying*. 3.1.3. Responsabilidad penal de los progenitores y del personal de centros docentes por conductas de acoso escolar: comisión por omisión. 3.2. La responsabilidad civil derivada del ilícito penal. 3.2.1. Responsables civiles de las conductas de *bullying* ante la jurisdicción de menores conforme a la LORPM. 3.3. Límites y concurrencia de ambas responsabilidades. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

0. Introducción

El acoso escolar, también denominado *bullying*, es un fenómeno al que se ven sometidos numerosos niños y jóvenes —los cuales son agredidos física, psicológica y/o verbalmente—, que ha ido adquiriendo mayor protagonismo con el paso de los años, en gran parte, por su evolución hacia distintas formas de acoso posibilitadas por el desarrollo y la difusión masiva de las nuevas tecnologías, así como las facilidades que tienen los menores para acceder a ellas. Estos factores han propiciado la aparición en los últimos años de un nuevo tipo de acoso escolar que crece a pasos agigantados, denominado ciberacoso o *ciberbullying*.

Cualquiera que sea la forma que adopte, lo que es indudable es que el acoso escolar supone un atentado contra los derechos de las personas acosadas, como la dignidad, la intimidad e incluso la propia imagen. Estos ataques, cuyas consecuen-

cias son aún más graves cuando se dan entre personas de especial vulnerabilidad, como los menores, han sido tratados por nuestro ordenamiento jurídico de manera diferenciada en función de distintos aspectos, dando lugar a tres sistemas de responsabilidad. Se trata de una regulación intrincada, que además de estar dispersa en diferentes textos legales, adolece de algunos problemas de cohesión, que la jurisprudencia no parece terminar de solventar satisfactoriamente.

Partiendo de esta complejidad, el presente trabajo tiene por objeto analizar pormenorizadamente los distintos regímenes de responsabilidad civil extracontractual que entran en juego en los supuestos de acoso escolar, distinguiendo entre la responsabilidad civil «pura» y la responsabilidad civil derivada del ilícito penal. Respecto a la primera, el foco de atención estará en la determinación de las personas físicas o jurídicas —distinguiendo, dentro de estas últimas, entre centros docentes públicos y privados— que pueden responder de los actos de acoso escolar cometidos por un menor y cuándo se considera a este último responsable de sus propias conductas. En cuanto a la segunda, antes de llevar a cabo su estudio, se abordarán, para dotar a la presente investigación de una perspectiva interdisciplinar y no solo *iuris* civilista, los casos en los que puede surgir responsabilidad penal por este tipo de comportamientos, así como en qué delitos pueden incurrir los sujetos implicados. Una vez tratado este extremo, la cuestión central girará en torno a la identificación de los individuos que pueden verse obligados a hacer frente a la indemnización correspondiente por los daños derivados de las conductas de acoso. Finalmente, se analizará la forma de conciliar la doble responsabilidad civil y penal en los casos de *bullying*, habida cuenta de los problemas de coordinación que suelen aparecer al respecto.

1. Regulación de la responsabilidad civil extracontractual en los supuestos de *bullying*: pluralidad de regímenes

El ordenamiento jurídico español se caracteriza por ser dual en lo que a regímenes de responsabilidad civil se refiere. Por un lado, se encuentra el régimen de responsabilidad civil «pura», al que hace alusión el artículo 1093 CC y cuya regulación se recoge en los artículos 1902 y ss. del propio Código Civil. Por otro lado, se distingue el régimen de responsabilidad civil *ex delicto*, al que se refiere el artículo 1092 CC, que incluye una remisión a los artículos del Código Penal en los que se contienen las normas de responsabilidad civil (arts. 109 a 122 CP).

A la mencionada dualidad de regímenes hay que sumar el sistema de responsabilidad civil contemplado en los artículos 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), que será de aplicación cuando un menor con más de catorce años y menos de dieciocho lleve a cabo un acto dañoso tipificado penalmente.

2. El régimen de responsabilidad civil «pura» en los casos de acoso escolar

Se conoce como responsabilidad civil «pura» a la responsabilidad extracontractual que deriva de actos dañosos que no constituyen ilícitos penales y para su apreciación es preciso que concurren los siguientes elementos: una conducta activa u omisiva, un resultado dañoso y un nexo causal entre ambos.

La acción u omisión es definida por la doctrina como una «agresión injustificada a un bien, derecho o interés de otro»¹, si bien es mayoritaria la opinión que considera que las conductas omisivas únicamente dan lugar a responsabilidad si hay obligación de actuar con carácter previo. De ahí que, si los padres o tutores de los menores acosadores y los titulares de los centros docentes omiten comportamientos dirigidos a prevenir conductas de acoso escolar, hayan de responder, mientras que ese deber de intervención no se exige a terceros que tengan conocimiento de este tipo de situaciones, pero no formen parte de la comunidad escolar.

En segundo lugar, se entiende por daño el perjuicio o menoscabo que un sujeto causa a otro, sin que el lesionado tenga el deber jurídico de soportarlo. Este menoscabo puede tener carácter patrimonial, corporal o moral, aunque el primer tipo es menos frecuente en los casos de acoso escolar. Esto último es debido a que, si el menor que ha sufrido *bullying* recibe asistencia proveniente de la sanidad pública², el patrimonio de los padres no se verá perjudicado. De igual modo, en la mayoría de los supuestos en que la víctima requiera ser hospitalizada, no habrá un menoscabo patrimonial en concepto de lucro cesante, pues lo más probable es que no trabaje, sea porque se lo impide la ley, sea porque depende económicamente de sus padres o tutores. Ahora bien, en relación con estos últimos, para el caso de que tuvieran que ausentarse del trabajo durante un tiempo para cuidar de su hijo después de producido el acoso, sí existiría perjuicio patrimonial en concepto de lucro cesante³. Esto último también tendría lugar si el alumno víctima de *bullying* hubiera necesitado recibir clases particulares para recuperar las lecciones impartidas de manera presencial a las que no hubiera podido asistir como consecuencia de su ingreso hospitalario o de cualquier otra imposibilidad física o psicológica que se debiera al acoso al que se vio sometido.

A pesar de la existencia de las tres categorías mencionadas, conviene señalar que, en algunas sentencias, los daños psicológicos que siguen a los daños físicos son calificados de daños corporales⁴, pues la jurisprudencia entiende que, cuando la lesión material es grave, resulta probable que de ella se deriven daños de índole mental, y por ello engloba estos últimos en los primeros. No obstante, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 232/2016, de 8 de abril, ECLI:ES:TS:2016:1420, los daños morales que no dependan de los corporales producidos por acoso escolar deben ser resarcidos de manera independiente.

El último elemento que compone la responsabilidad civil extracontractual es la relación de causalidad entre la conducta activa u omisiva y el daño. En este sentido, la doctrina⁵ distingue entre la causalidad física y la causalidad jurídica o imputación

1 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 153-154.

2 No obstante, el centro sanitario público puede repetir el coste del tratamiento de la aseguradora que, en su caso, cubra los daños que haya sufrido la víctima (por ejemplo, la aseguradora del centro docente en el que ha tenido lugar la conducta de acoso). Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 13/2017, de 13 de enero, ECLI:ES:TS:2017:28, condena a la compañía de seguros a satisfacer el importe de los gastos médicos y farmacéuticos que conlleve la curación de las secuelas, así como los que se generen por la asistencia sanitaria futura.

3 En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias N.º 217/2013, de 22 de julio, ECLI:ES:APO:2013:2161.

4 Así, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid N.º 448/2017, de 18 de diciembre, ECLI:ES:APM:2017:18227.

5 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general*, op. cit., p. 211.

objetiva. Para poder apreciar la primera, es preciso que el daño sea consecuencia material o directa de la conducta, mientras que la segunda implica que el daño sea imputable al comportamiento llevado a cabo por su causante por la concurrencia, en los casos de acoso escolar, de culpa o negligencia.

Así pues, para afirmar la existencia de un nexo causal, el Tribunal Supremo viene entendiendo que es necesario que se den los dos tipos de causalidad mencionados, de manera que, si falta la jurídica, considera que también hay ausencia de la física⁶. Esta misma línea es la que han seguido, por ejemplo, las Audiencias Provinciales de Girona y Vizcaya, en las sentencias N.º 395/2017, de 21 de noviembre, ECLI:ES:APGI:2017:1083, y N.º 131/2018, de 15 de marzo, ECLI:ES:APBI:2018:628, respectivamente. La primera estimó que, al tratarse de un acoso fundamentalmente indirecto por exclusión, no concurría la causalidad natural y que, por tanto, no procedía dilucidar si el centro de enseñanza no superior era responsable del *bullying* enjuiciado. La segunda declaró que no existía causalidad jurídica al considerar que el centro docente había obrado con la diligencia debida para prevenir el acoso, si bien manifestó que la relación de causalidad natural no estaba tan clara al haber dificultades para dilucidar si la conducta de los menores acosadores le había provocado a la víctima el cuadro de ansiedad que esta presentaba.

2.1. La responsabilidad civil vicaria o por hecho ajeno

El Derecho civil se ocupa de determinar quién tiene la obligación de indemnizar a la víctima para reparar los daños ocasionados a esta por un menor de edad, esto es, quién responde de esos perjuicios. En un conflicto de intereses ordinario, el perjudicado buscaría obtener una reparación total, lo que, en caso de que sus pretensiones fueran estimadas, podría comprometer en gran medida el patrimonio del causante material del daño. Sin embargo, cuando estamos ante un caso de acoso escolar entre menores, la particularidad radica en que el causante del daño es un menor de edad, cuyo desarrollo y madurez no están consolidados, motivo por el cual el ordenamiento jurídico ha de regular ese tipo de supuestos velando especialmente por el libre desarrollo de su personalidad.

En este sentido, tanto el hecho de que padres, tutores u otros sujetos tengan eventualmente atribuidas las funciones de guarda, educación y vigilancia del menor, como la carencia de recursos para reparar a la víctima que suele experimentar el causante, determina que sean aquellos a los que los ordenamientos civiles les imponga la obligación de responder de los daños producidos por el niño, lo que habitualmente se justifica por una infracción negligente de sus deberes de cuidado respecto del menor. Es, precisamente, esta infracción la que, de manera indirecta, da lugar a que se ocasione el hecho dañoso⁷. Esta responsabilidad de los padres, tutores u otras personas, como los centros docentes, por los daños causados por los menores sometidos a su guarda o custodia es lo que se conoce como responsabilidad por hecho ajeno.

6 Así lo ha manifestado en las sentencias N.º 145/2007, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2007:66 y N.º 1070/2007, de 16 de octubre, ECLI:ES:TS:2007:6428 y N.º 510/2009, de 30 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4488.

7 En este sentido, también, el artículo 1384.IV y VII del Código civil francés y el artículo 2048 del Código civil italiano.

2.1.1. Los progenitores del menor acosador como responsables civiles

El párrafo segundo del artículo 1903 CC consagra la responsabilidad civil de los padres por los actos dañosos de los hijos que no constituyen ilícitos penales. La opinión mayoritaria es que se trata de una responsabilidad directa y no subsidiaria de la del causante material del daño⁸, de manera que los progenitores pueden, junto con el menor, tener la obligación de responder, si este último es civilmente imputable. Más discutido es, sin embargo, su carácter subjetivo u objetivo, motivo por el que se expondrán, a continuación, las diferentes posturas adoptadas por la doctrina al respecto.

Un sector doctrinal⁹ se apoya en la culpa *in vigilando* y/o *in educando* de los progenitores para defender que la responsabilidad paterna de acuerdo con el artículo 1903 CC es subjetiva. Estos autores señalan que los padres contribuyen, aunque sea indirectamente y por omisión, al hecho dañoso causado por los hijos —incluido el daño material ocasionado de manera directa— respecto de los cuales tienen el deber de guarda cuando este cuidado, vigilancia o educación lo han ejercido de forma defectuosa, y eso es lo que determina que deban responder del daño. Luego, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 1903 CC, si los progenitores demuestran que actuaron con la diligencia debida para evitar el resultado dañoso (o lo que es lo mismo, que la producción del daño no fue por su culpa), quedarán libres de responsabilidad, según esta postura doctrinal, estaríamos hablando de una responsabilidad por hecho propio o por culpa propia.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al declarar, en sentencias como la de 24 de marzo de 1979, ECLI:ES:TS:1979:144, la responsabilidad de los padres como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de cuidado paterno¹⁰, tanto por culpa *in vigilando*¹¹, como *in educando*, e incluso por ambas.

Sin embargo, en la práctica, los tribunales han venido condenando a los padres a la reparación del daño ocasionado por sus hijos, pues siempre han considerado que los progenitores no habían probado que emplearon la diligencia debida y, en consecuencia, no podían ser exonerados conforme a lo dispuesto en el último párrafo del

8 Así lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 746/1997, de 28 de julio, ECLI:ES:TS:1997:5316. Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991, ECLI:ES:TS:1991:13359, señala su carácter subsidiario, debido a que, tras haberse pedido en la demanda y calificado así por la Audiencia, dicha calificación no fue cuestionada ante el Supremo.

9 Se incluyen aquí, entre muchos, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «La triple regulación de la responsabilidad civil de los padres derivada de los actos dañosos de sus hijos menores de edad», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pp. 123-141; DE SALAS MURILLO, S.: *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 132 y ss.; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: «Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas», en BELLO JANEIRO, D. (coord.): *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2009, pp. 20-21; OSSORIO SERRANO, J.M.: *Lecciones de Derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 82-83 y 85.

10 En este sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1983, ECLI:ES:TS:1983:1361; de 4 de mayo de 1984, ECLI:ES:TS:1984:1159; y de 10 de julio de 1985, ECLI:ES:TS:1985:482.

11 Así, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 918/1998, de 13 de octubre, ECLI:ES:TS:1998:5810; N.º 411/1999, de 12 de mayo, ECLI:ES:TS:1999:3261; y N.º 234/2000, de 11 de marzo, ECLI:ES:TS:2000:1953.

artículo 1903 CC. Como resultado, las aseveraciones del Tribunal Supremo sobre el fundamento culpabilístico de la responsabilidad *ex* artículo 1903.II CC solo cobran sentido desde un punto de vista teórico, actuando, en realidad, como si dicha responsabilidad tuviera carácter objetivo. En efecto, en la inmensa mayoría de los casos, no se tienen en cuenta factores como la edad del menor, la actividad llevada cabo al producir el daño, las circunstancias personales de los padres (trabajo, número de hijos) o el comportamiento de estos respecto del hijo (por ejemplo, si le habían dejado claro o no que no podía realizar la concreta actividad); factores que, por otra parte, servirían para valorar el grado de diligencia paterna.

Así pues, el propio Tribunal Supremo ha admitido que la interpretación restrictiva que la doctrina jurisprudencial ha hecho del artículo 1903 CC *in fine* implica «la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad»¹². En este sentido, se ha señalado que el cumplimiento defectuoso los deberes derivados de la patria potestad genera el riesgo de un acto dañoso por parte del menor. Es en la creación de tal riesgo donde radica la responsabilidad de los progenitores, salvo que aporten la prueba exoneratoria prevista en el último párrafo del citado precepto¹³.

Por su parte, algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la N.º 644/1995, de 30 de junio, ECLI:ES:TS:1995:3846, o la N.º 1135/2006, de 10 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:6794, han sostenido que se trata de una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva. Los partidarios de esta objetivación se muestran contrarios al fundamento culpabilístico de la responsabilidad paterna con base en la insuficiencia del criterio de la culpa *in vigilando* e *in educando*. Incluso hay quienes atribuyen directamente a la responsabilidad de los padres *ex* artículo 1903 CC el calificativo de objetiva, aduciendo que dicha disposición no exige que la conducta del responsable y el daño estén conectados causalmente, conexión que no podría faltar si la responsabilidad de los progenitores fuera por culpa¹⁴. Así, para estos autores, dicha responsabilidad no se deriva de la patria potestad *per se*, sino también de los poderes y deberes que esta lleva aparejados, que colocan a su titular en una posición óptima para prevenir el daño. Por ello, a su juicio, es preciso probar que el acto del menor se encuentra fuera del ámbito de control del padre.

La opinión contraria —que considero más acertada— sostiene que la culpa es el fundamento de la responsabilidad paterna *ex* artículo 1903 CC, pues la atribución a dicha responsabilidad de un carácter objetivo no está justificada por el hecho de que los tribunales nunca hayan estimado que los progenitores demandados hubieran aportado la prueba exoneratoria contemplada en el citado precepto. Además, el sentido del artículo 1903 CC no se pone en tela de juicio en otros supuestos previstos en él, como los de su párrafo quinto. En estos casos, como se expondrá posteriormente, la actuación de los titulares del centro docente no superior y, en su caso, del personal docente, es determinante para dilucidar si obraron o no con negligencia y, en con-

12 En esta línea, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1980, ECLI:ES:TS:1980:4782; de 10 de marzo de 1983, ECLI:ES:TS:1983:64; y de 22 de septiembre de 1984, ECLI:ES:TS:1984:174.

13 Así lo manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1983, ECLI:ES:TS:1983:1483; de 10 de junio de 1983, ECLI:ES:TS:1983:1361; y de 4 de mayo de 1984, ECLI:ES:TS:1984:1159.

14 Tal es la postura de LEÓN GONZÁLEZ, M.: «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Eds. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 277-278, 284 y ss., seguida por NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 16, 28-30 y 171.

secuencia, juzgarles o no responsables de los daños ocasionados por sus alumnos menores de edad. En este sentido, no se entiende por qué habría que adoptar con los padres una postura más restrictiva que con otros posibles responsables. De igual modo, si la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor alude a la evolución progresiva en la concepción de los menores de edad como personas capaces de decidir por sí mismas y de desarrollar ciertas actividades, carece de sentido hacer a los progenitores responsables de cualquier acto dañoso que causen sus hijos, habida cuenta de las menores posibilidades efectivas de aquellos para controlar y dirigir los comportamientos de estos.

No obstante, en la jurisprudencia menor sobre casos de acoso escolar predominan las sentencias que consagran una responsabilidad cuasi objetiva de los padres. Entre ellas, destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia N.º 107/2014, de 14 de marzo, ECLI:ES:APV:2014:1505, la cual, para fundamentar la condena impuesta a los padres por el *bullying* llevado a cabo por su hija, aduce en su FJ 6.º que «la responsabilidad de los progenitores es cuasi objetiva y que, producido el daño por la menor, rige la presunción de culpa de los padres», añadiendo que la presunción de culpa que sobre ellos recaía no había sido destruida; presunción, por tanto, *iuris tantum*. La misma línea sigue en su FJ 2.º la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón N.º 46/2011, de 8 de marzo, ECLI:ES:APCS:2011:250, si bien, tras estimar la falta de responsabilidad de los menores, los progenitores quedan absueltos.

Con todo, la observación de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad es tenida en cuenta por algunas sentencias para determinar la existencia o no de culpa paterna. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa N.º 139/2016, de 27 de mayo, ECLI:ES:APSS:2016:388, relativa a un supuesto de *ciberbullying*, declaró que el padre había incurrido en culpa *in educando* al haber consentido que su hija tuviera cuentas en redes sociales para las que se exige una edad superior, cuentas desde las que la menor acosaba a su víctima. De igual modo, podemos encontrar alguna sentencia que, apostando por una responsabilidad subjetiva, contiene pronunciamientos absolutorios. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de octubre, Rec. 1517/1997, ECLI:ES:APSE:1997:273, la cual, al tener lugar el *bullying* en el centro escolar, entiende que la vigilancia deficiente no puede atribuirse al progenitor (FJ 2.º) y, en consecuencia, no condena a este último.

Finalmente, es preciso señalar que, para que los progenitores respondan, es condición indispensable que el hijo que ocasiona el acto dañoso se encuentre bajo su guarda. Luego, en los supuestos de custodia o guarda compartida como consecuencia del divorcio, separación o nulidad del matrimonio de los padres, algunos autores sostienen con acierto que habría que considerar responsable a aquel que tuviera al menor a su cuidado en el momento en que este último ocasionara el daño¹⁵. De igual modo, es posible que sea uno solo de los progenitores al que se le haya atribuido la custodia, teniendo el otro, únicamente, derecho de visita, comunicación y estancia, en cuyo caso será el padre que conviva con el hijo quien deberá responder¹⁶, salvo que el niño produzca el hecho dañoso estando con el otro, pues, a los efectos del art. 1903.II CC, el menor se encuentra bajo su guarda mientras el derecho de visita esté vigente.

15 Vid. en esta línea, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Cuestiones... op. cit.*, pp. 28 y 29, y PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al art. 1903 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13009.

16 En este sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, pp. 554-555.

2.1.2. Los tutores del menor acosador como responsables civiles

Partiendo de la constitución efectiva de la tutela, para que el tutor sea declarado responsable de las conductas de acoso llevadas a cabo por su pupilo, es preciso que este conviva con aquel (art. 1903. II CC). La doctrina y la jurisprudencia han realizado una interpretación amplia de este requisito al afirmar que dicha convivencia no se interrumpe por el hecho de que el tutor se ausente por motivos laborales o sociales. A pesar de la existencia de esta regulación, el número de sentencias dictadas en aplicación del tercer párrafo del 1903 CC es muy reducido, si bien hay que tener presente que la tutela es mucho menos frecuente en la práctica.

En caso de pluralidad de tutores, viviendo todos ellos en compañía del tutelado, sería preciso atender a la distribución de funciones entre ellos y, si todos pudiesen indistintamente ejercitarlas, responderán conjuntamente¹⁷. En el supuesto de que el tutor sea una persona jurídica de carácter público o privado, para que se pueda declarar la responsabilidad de aquel se exige que el pupilo se halle acogido en un centro que dependa de dicha entidad¹⁸.

Al curador, sin embargo, no se le aplica el régimen anteriormente expuesto, pues su cometido fundamental es complementar la capacidad del pupilo a la hora de realizar ciertos actos y negocios jurídicos. Tampoco es aplicable al defensor judicial, que se limita a mediar para solucionar las confrontaciones que se produzcan entre una persona y su tutor o curador. No obstante, en los casos en que la actuación fáctica del guardador de hecho se asemeje a la que al tutor le ha sido otorgada por la ley, el artículo 1903 CC podría aplicarse a aquel¹⁹. Esta última figura es equiparada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria N.º 94/2003, de 23 de diciembre, ECLI:ES:APS:2003:2471, al centro docente en lo que a exigencia de responsabilidad se refiere, definiéndola como «aquella persona que por propia iniciativa o por acuerdo de los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente, y asume por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el colegio hasta la salida del mismo».

2.1.3. Los centros docentes como responsables civiles

Al igual que los padres y los tutores, los centros docentes de enseñanza no superior están obligados a reparar los daños causados por los menores a cuyo cargo se encuentren, pues esta obligación es traspasada por los padres o tutores a los centros al confiarles el cuidado de sus hijos o pupilos. A este tipo concreto de centros (los de enseñanza no superior) deberán entenderse hechas las referencias a los centros docentes a lo largo del presente epígrafe, pues se presume que los alumnos de

17 Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario de los arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2012.

18 Al respecto, cabe hacer alusión a la posibilidad de que en el futuro se planteen más supuestos de responsabilidad de los responsables del centro o de la Administración del Estado o de las CCAA, en la medida en que, en la actualidad, el número de inmigrantes tutelados es cada vez mayor.

19 En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 247; en contra, ROGEL VIDE, C.: *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 135, que sostiene que no es posible hacer una interpretación extensiva de una lista cerrada como la del artículo 1903.

los centros de enseñanza superior son mayores de edad y poseen plena capacidad de entendimiento, de manera que resulta improcedente hacer dichas instituciones responsables. Asimismo, es preciso tener en cuenta que, en realidad, los que han de responder son los titulares de los centros, aunque en muchas ocasiones no se exprese de forma explícita.

En estos casos, la peculiaridad radica en que, cuando el acto dañoso se produce como consecuencia del funcionamiento de centros de carácter público, es la responsabilidad patrimonial de la Administración, con su propio régimen jurídico, la que entra en juego. De ahí que la responsabilidad civil de los centros docentes vaya a ser analizada partiendo de la distinción entre el carácter público o privado de dichas instituciones.

2.1.3.1. La responsabilidad civil de los centros docentes privados

Fue la Ley 1/1991, de 7 de enero, de reforma de los Códigos Civil y Penal la que modificó la redacción del precepto del Código Civil en el que se regula esta responsabilidad, el artículo 1903, párrafo quinto. La nueva redacción consistió en sustituir la alusión directa a la responsabilidad del maestro por los daños ocasionados por sus alumnos por la declaración expresa de la responsabilidad de la persona física o jurídica titular del centro de enseñanza no superior. Las reivindicaciones del personal docente ante el dictado de sentencias especialmente duras sobre la responsabilidad de maestros fueron el motivo principal de la reforma.

Nos encontramos ante una responsabilidad directa o no subsidiaria, y por culpa. La mayoría de la doctrina admite su fundamento subjetivo, de manera que, mientras los alumnos menores de edad estén bajo la supervisión del profesorado, serán los titulares de centros de enseñanza no superior quienes deberán reparar los hechos dañosos producidos por aquellos, salvo que consigan acreditar que obraron con la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño.

Dado que el titular del centro es el encargado de seleccionar y controlar al personal docente y, en definitiva, de organizar la institución²⁰, es este sujeto sobre el que recae la responsabilidad. Si cualquiera de las tareas encomendadas al profesorado es realizada negligentemente y, como consecuencia de ello, un alumno lleva a cabo un acto dañoso, se estimará que el centro es responsable. De ahí que la responsabilidad de la institución pueda deberse, no solo a su culpa *in eligendo* o *in vigilando* respecto de su personal —cuando existe negligencia por parte de este en el desempeño de sus funciones de guarda del alumnado—, sino también a una organización defectuosa en la que dicho personal no influya para nada.

El Tribunal Supremo también acepta el fundamento subjetivo de la responsabilidad de los centros docentes. Así, antes de la reforma de 1991, cuando consideraba que su titular (y en su caso, sus profesores) no había obrado con culpa, lo absolvía²¹; en caso

20 La Exposición de Motivos de la Ley 1/1991 señala que el objetivo de la nueva redacción era «establecer que quien responda por los daños causados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización...». Las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 509/2008, de 10 de junio, ECLI:ES:TS:2008:3284; y N.º 510/2009, de 30 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4488, vienen a confirmar este fin.

21 Así, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 524/1993, de 20 de mayo, ECLI:ES:TS:1993:3195; y N.º 210/1997, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:1997:1715. Esta última indica que «la primitiva redacción del párrafo cuarto del art. 1903 del Código Civil (...) establece una responsabilidad basada en la culpa o negligencia de los educadores o

contrario, esto es, cuando su personal no había actuado con diligencia en el cumplimiento de los deberes de cuidado de sus alumnos, lo condenaba, bien por culpa *in eligendo* o *in vigilando*²², bien por culpa *in omittendo* (art. 1902 CC)²³, o incluso por ambos motivos²⁴. En otros casos, tras estimar que había concurrido culpa en la conducta del profesorado, se limitaba a declarar al centro responsable²⁵.

En el mismo criterio culpabilístico continúa apoyándose el Alto Tribunal para resolver los casos ocurridos tras la nueva redacción dada por la Ley 1/1991. Ejemplo de ello son las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 178/1999, de 8 de marzo, ECLI:ES:TS:1999:1575; N.º 495/1999, de 4 de junio, ECLI:ES:TS:1999:3936; N.º 865/2001, de 27 de septiembre, ECLI:ES:TS:2001:7253; y N.º 1266/2001, de 28 de diciembre, ECLI:ES:TS:2001:10425. Incluso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 715/2017, de 26 de octubre, ECLI:ES:APB:2017:9805, si bien parece aludir a una responsabilidad objetiva o prácticamente objetiva cuando en su FJ 3.º indica que «se impone a tales guardadores la responsabilidad que establece el artículo 1.902 CC, con un grado adicional de exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva», termina absolviendo al centro de enseñanza no superior al considerar que no había mediado culpa por parte de este último. En este sentido, resulta un tanto contradictorio que defienda el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad del centro y, a su vez, resuelva de acuerdo con criterios subjetivos, apoyándose en el artículo 1902 CC para fundamentar la responsabilidad, como si fuera responsabilidad por hecho propio (la cual, conforme al tenor literal del citado precepto, se basa en la culpa).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor relativa a los supuestos de *bullying*, predomina la defensa de la responsabilidad subjetiva de los centros docentes²⁶. Así, por ejemplo, en la Sentencia N.º 373/2014, de 16 de septiembre, ECLI:ES:APM:2014:19549, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó que el centro escolar era responsable por haber desempeñado sus funciones de control y vigilancia negligentemente, siguiendo la misma línea la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia N.º 68/2017, de 1 de marzo, ECLI:ES:APB:2017:2677. Por su parte, la Audiencia Provincial de Ourense, en su Sentencia N.º 147/2017 de 21 de abril, ECLI:ES:APOU:2017:262, absolvió al centro de enseñanza no superior tras estimar que este había empleado la diligencia debida para prevenir el acoso, aunque este acabara produciéndose.

docentes», añadiendo que no procedía condenar al centro porque no se había constatado que hubiera habido culpa ni de este ni de la profesora.

- 22 Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 981/1998, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:1998:6361.
- 23 Así, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 1170/1999, de 30 de diciembre, ECLI:ES:TS:1999:8569; y N.º 999/2003, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2003:6788.
- 24 Es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 543/1997, de 19 de junio, ECLI:ES:TS:1997:4347; y N.º 845/1999, de 18 de octubre, ECLI:ES:TS:1999:6426.
- 25 En esta línea, las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 883/1995, de 10 de octubre, ECLI:ES:TS:1995:4989; N.º 1039/1996, 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:1996:7060; y N.º 349/2000, de 10 de abril, ECLI:ES:TS:2000:2950.
- 26 No obstante, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 715/2017, de 26 de octubre, pese a fundamentar su decisión de absolver al centro docente en criterios subjetivos, habla de una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva al indicar que «se impone a tales guardadores la responsabilidad que establece el artículo 1902 CC, con un grado adicional de exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva» (FJ 3.º).

Requisitos de la responsabilidad de los centros docentes privados ex artículo 1903 CC

En primer lugar, del tenor literal del párrafo quinto del artículo 1903 CC se deduce que es preciso que el alumno que causa el daño pertenezca al centro. No obstante, se ha venido entendiendo que dicho precepto también es aplicable, en algunos casos, cuando son alumnos ajenos los que llevan a cabo las conductas de acoso. Así ocurriría, por ejemplo, si, con ocasión de un evento deportivo, los escolares de un centro son trasladados solos a otro, comprometiéndose los profesores de este último a ejercer las funciones de guarda de los menores mientras tiene lugar la actividad. En cambio, si los estudiantes acuden con sus propios profesores, habría que establecer los límites entre las posibles responsabilidades dilucidando si la actuación negligente determinante de la conducta de acoso fue por parte de quienes acompañaban a sus alumnos (por ejemplo, por una defectuosa vigilancia) o por parte del centro donde tuvo lugar la competición deportiva (por ejemplo, por una organización o instalaciones inadecuadas).

En segundo lugar, el alumno que acosa ha de ser menor de edad. Luego, el centro no responderá si el menor se encuentra emancipado o lleva una vida independiente, en cuyo caso será este el único responsable de sus actos²⁷. Por analogía, la doctrina entiende que el párrafo quinto del artículo 1903 CC es aplicable a los actos dañosos de los alumnos mayores de edad incapacitados.

Por último, de acuerdo con el citado precepto, el daño debe ser causado por el alumno mientras este se halla «bajo el control o vigilancia del profesorado, desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias». Por tanto, los alumnos quedan sometidos a la vigilancia de los profesores y cuidadores del centro desde que entran en sus instalaciones hasta que lo abandonan al término de la jornada escolar²⁸. Se incluyen, pues, dentro del artículo 1903.V CC, las conductas de acoso que tengan lugar durante una clase o antes de su comienzo, en el recreo, entre la finalización de las clases y el inicio del servicio de comedor, durante el transcurso de este último, mientras los menores se disponen a salir del centro o están esperando ser recogidos por el transporte escolar o sus familiares²⁹, o durante el desarrollo de cualquier evento organizado por el centro. De igual modo, la institución será responsable si el alumno se escapa sin haber concluido la jornada escolar y ocasiona el acto dañoso fuera de él, siempre que la fuga sea consecuencia de una vigilancia y control defectuosos.

27 En contra se posiciona, sin embargo, LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, vol. 2. Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 508.

28 Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 3 de diciembre de 1991, ECLI:ES:TS:1991:10355; N.º 1039/1996, de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:1996:7060; N.º 495/1999, de 4 de junio, ECLI:ES:TS:1999:3936; y N.º 660/2000, de 29 de junio, ECLI:ES:TS:2000:5342.

29 Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991, ECLI:ES:TS:1991:10355, mencionada *supra*, que condena al centro docente a responder del daño ocasionado por unos niños cuando esperaban a sus familiares en el patio del colegio tras la finalización de la jornada escolar, al interpretar que la institución sigue siendo responsable de sus alumnos durante ese intervalo de tiempo, pues es frecuente que se produzca esa situación de espera, durante la cual, por tanto, hay que efectuar una diligente vigilancia. No obstante, en este proceso, nos encontramos ante un centro docente de carácter público, puesto que, en la fecha en que se dictó la sentencia, los tribunales civiles todavía solían conocer de las demandas por daños imputables a centros públicos. No es hasta la promulgación de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuando los tribunales del orden contencioso-administrativo pasan a tener, de conformidad con el artículo 9.4 del mencionado texto legal, competencia exclusiva en este tipo de asuntos.

La acción de repetición contra los profesores de los centros docentes privados

Tras la reforma de 1991, además de quedar modificado el artículo 1903 CC, se añadió un segundo párrafo al artículo 1904 CC, en virtud del cual, en caso de que el centro fuera responsable del acto dañoso causado por el alumno, el titular de la mencionada institución tiene la posibilidad de recuperar de los profesores las cantidades satisfechas si como consecuencia de un ejercicio de sus funciones doloso o gravemente culposo se hubiese producido el daño.

Así pues, en el supuesto de que el profesor haya obrado con dolo o culpa grave, el centro responderá conforme al párrafo quinto del artículo 1903 CC en caso de que se presente demanda contra él³⁰, si bien dispondrá de una acción de regreso contra el docente, no quedando afectada, pues, la institución, por la repercusión de su propia culpa. Esto último podría tener algún sentido si la gravedad de la culpa del centro fuese menor que la del profesor, pero no parece tener cabida cuando es más o menos equivalente a la de este. Sin embargo, aunque la literalidad del artículo 1904.II CC no deja lugar a dudas, hay algunos autores que prefieren apartarse de ella y defender la acción de repetición únicamente por la parte que corresponda en atención a las respectivas culpas³¹.

Por otro lado, parece que, en el supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 1904 CC, dado que el profesor es el único y último responsable del acto dañoso, la demanda podrá ser presentada por el perjudicado directamente contra aquel; por el mismo motivo, se entiende que el docente no podrá recuperar del centro las cantidades satisfechas.

Asimismo, si bien es discutible que el profesor pueda ser obligado a responder cuando hubiera incurrido en culpa no grave, lo que es claro es que, en este caso, no cabría el derecho de regreso contemplado en el artículo 1904.II CC. En este sentido, el profesorado goza de un régimen más favorable al previsto con carácter general en el primer párrafo del citado precepto, en virtud del cual el empresario puede recuperar lo satisfecho de sus dependientes, con independencia de la mediación de dolo o culpa grave. Ello se debe a que, a diferencia de los daños a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1904 CC, cuyos causantes materiales no son los profesores sino los alumnos, los contemplados en el párrafo primero son producidos por los dependientes de manera directa. Cuestión distinta sería si un alumno fuera, por ejemplo, lesionado por un profesor al darle este un empujón, en cuyo caso sería el docente quien habría ocasionado directamente el daño. En este supuesto, sería el artículo 1902 CC —donde tiene cabida la culpa leve—, el que nos permitiría dilucidar su propia responsabilidad, mientras que la responsabilidad del centro docente habría que determinarla conforme al párrafo cuarto del artículo 1903 CC, sin quedar excluido el régimen general del artículo 1904 CC.

30 De acuerdo con Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema... op. cit.*, p. 557, dado que el centro ha incurrido en culpa *in eligendo* al escoger al profesor que ha obrado con dolo o culpa grave, el titular de la institución no puede quedar exonerado.

31 Entre ellos, MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996, p. 222 y «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 415; y ATIENZA NAVARRO, M.L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000, p. 123. Por el contrario, se muestra favorable al respeto del tenor literal del precepto CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Derecho de daños*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 125.

La acción directa contra las aseguradoras de los centros docentes

De acuerdo con la Disposición Final Tercera de la Resolución de 2 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, «los Centros deberán contratar un seguro de responsabilidad civil que ampare a sus empleados en el desarrollo y cumplimiento de sus obligaciones».

Ante la existencia de este tipo de seguros, tratándose de centros docentes privados, el Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que es posible dirigirse directamente contra la aseguradora del centro en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 596/1996, de 12 de julio, ECLI:ES:TS:1996:4322, declara que esta acción directa, contemplada en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, «no se deriva del contrato de seguro, puesto que el tercero perjudicado no ha intervenido en tal contrato; y su derecho a recibir una indemnización del asegurador nace del hecho culposo y de la Ley, lográndose así liberar al causante del daño (asegurado) frente al perjudicado». A continuación, añade que «entre asegurador y asegurado priva la relación contractual, pero ambos son deudores directos frente al perjudicado por ministerio de la ley».

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 229/2001, de 7 de marzo, ECLI:ES:TS:2001:1836, declara que lo que tiene el perjudicado es una facultad procesal y que el resultado de su ejercicio consiste en que la compañía aseguradora y el causante del daño respondan solidariamente. Tanto un extremo como otro hacen que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1144 CC, no quepa aplicar el litisconsorcio pasivo necesario, en la medida en que, por un lado, no es posible apreciar el litisconsorcio ante la solidaridad de obligados y, por otro, no cabe obligar al perjudicado a ejercitar la acción directa contra la aseguradora del centro docente, pudiendo, por voluntad propia, hacerlo o no.

2.1.3.2. La responsabilidad patrimonial de los centros docentes públicos

Cuando nos encontramos ante centros públicos³², los artículos 1903.V y 1904.II CC dejan de ser de aplicación, de manera que habrá que acudir a la normativa que regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, concretamente, a los artículos 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

De acuerdo con el artículo 32 LRJSP, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, tiene que haber una lesión efectiva, «evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas», y que dicha lesión en los bienes o derechos de un particular «sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

32 Los centros concertados, por su parte, aunque a efectos prácticos su control se lleva a cabo por la Administración Pública por medio del Consejo Escolar, son instituciones cuya titularidad no pertenece al Estado, por lo que se encuentran sometidos al régimen de responsabilidad civil contemplado en el Código Civil.

Por lo que se refiere a los casos de *bullying*, aunque el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración determina que esta haya de responder cuando —tanto si los servicios públicos han funcionado mal o peor de lo normal como si lo han hecho al nivel adecuado— un particular haya sufrido un daño antijurídico, la jurisprudencia menor y los tribunales contencioso-administrativos han venido determinando la responsabilidad de la Administración Pública o su ausencia en virtud de la diligencia observada por la misma. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de abril, Rec. 611/2007, ECLI:ES:TSJAND:2010:2762, revocó la sentencia de primera instancia, en la que se declaró la responsabilidad patrimonial del centro docente por un supuesto de acoso hacia un alumno, exonerando así a la institución al estimar que esta había conseguido probar que se habían adoptado las medidas oportunas por parte de la Administración autonómica para prevenir el acto dañoso. En esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia no califica la responsabilidad de la Administración de subjetiva, pero aduce que no se había constatado la existencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración y el resultado dañoso. Por este motivo, utiliza la diligencia observada por el centro, criterio subjetivo, para fallar. El mismo método ha sido empleado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid N.º 100/2016, de 24 de febrero, ECLI:ES:TSJM:2016:2250, en este caso, para condenar al centro. Aquí, el mencionado órgano jurisdiccional fundamentó su decisión argumentando que la Comunidad Autónoma no había realizado las labores de investigación necesarias para evitar la conducta de *bullying* objeto del litigio, así como que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid había emitido un dictamen desfavorable a la activación del protocolo de acoso escolar.

Finalmente, es preciso apuntar que, en virtud del artículo 36.2 LRJSP, satisfecha la indemnización a los perjudicados por parte de la Administración Pública correspondiente, esta actuará de oficio contra el personal a su servicio que hubiera obrado con dolo, o culpa o negligencia graves, para reclamar su responsabilidad³³. Según el citado precepto, esta responsabilidad será cuantificada con arreglo a criterios tales como «el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

2.2. Los menores acosadores como responsables civiles

El objeto de este epígrafe es tratar de dilucidar si, además de los sujetos mencionados en los epígrafes anteriores, es posible que la obligación de reparar recaiga en el propio menor, de cuyos actos se han derivado las consecuencias dañosas. Además, en caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, interesa saber qué tipo de relación existe entre la responsabilidad de esas otras personas que también deben responder por los actos del menor y la de este último.

Para ello, es preciso considerar dos aspectos. El primero es que, en nuestro Derecho, la mayoría de edad civil está establecida en los dieciocho años; el segundo es que, como regla general, lo que determina la responsabilidad civil extracontractual es un comportamiento culposo. Luego, teniendo en cuenta que las características que permitirían considerar a un menor como imputable en ciertos supuestos empiezan a

33 En este punto podemos observar que, mientras que cuando se trata de centros docentes privados la acción de regreso tiene carácter potestativo, en el caso de los públicos su ejercicio es obligatorio.

formarse entre los siete y los diez años de edad³⁴, no es posible exigirle responsabilidades hasta que tenga la edad a partir de la cual se alcanza el desarrollo intelectual y volitivo, pues, de hacerlo, no se estaría teniendo en cuenta la inimputabilidad o incapacidad de culpa del menor.

Así pues, cuando nos encontramos ante menores de muy pocos años, su comportamiento no puede achacarse a culpa, de manera que el daño que causen será debido, bien a un infortunio, bien a que sus padres, tutores, maestros u otros sujetos con funciones de guarda similares han efectuado una deficiente vigilancia, atención e incluso educación.

Ahora bien, tanto desde un punto de vista social como jurídico, el ámbito de libertad del menor va aumentando conforme este va acercándose a los dieciocho años. En efecto, la toma de decisiones que le repercuten de manera directa o la simple toma en consideración de su postura pasa, en muchas ocasiones, por la apreciación de su grado de madurez; son numerosos los supuestos en los que, para realizar determinadas actividades o poder llevar a cabo ciertos actos se exige una edad mínima inferior a la mayoría que establece la ley con carácter general. Así, poseer licencia de caza (art. 3 Ley de Caza), trabajar (arts. 6.1, 6.4 y 7 Estatuto de los Trabajadores) y otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1329 Código Civil) o testamento —salvo el ológrafo— (arts. 663.1.º y 688 Código Civil), entre otros.

De esta manera, para que el menor pueda, de manera progresiva, ir siendo consciente de la responsabilidad derivada de sus propios actos, es preciso que tenga cierta libertad, cuyo grado de amplitud se ajustará a su concreta edad, con el fin de posibilitar el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

A tenor de estas consideraciones, es posible dar una primera pincelada acerca de los factores que habrán de ser sopesados a la hora de determinar el cuidado exigible a los padres respecto de sus hijos menores de edad cuando sean criterios culpabilísticos los que funden su responsabilidad: se podrá exigir un control inferior o más comedido por parte de los padres cuanto mayor sea la libertad del hijo, lo que llevaría a que fuesen más los casos en que aquellos quedasen eximidos de responsabilidad. En esta situación, sería el propio menor el que aparecería como único responsable, sin que la indemnización correspondiente a la víctima pudiera provenir de los padres.

Así pues, al igual que su nivel de desarrollo intelectual y volitivo es tomado en consideración a otros efectos, y su minoría de edad no le impide el uso de determinados objetos que pueden resultar peligrosos, como armas de fuego, en estos supuestos, será necesario valorar si, en caso de que el niño tenga la suficiente capacidad de entender y querer al llevar a cabo los actos que han ocasionado daños, no habría que hacerle reparar los mismos, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual.

Dado que nuestro Código Civil no regula específicamente esta problemática, se hace necesario recurrir a las reglas que rigen, con carácter general, la responsabilidad civil extracontractual. En particular, hay que acudir al principio básico de responsabilidad por culpa en el Derecho de daños, establecido en el artículo 1902 CC, así como al supuesto de responsabilidad objetiva del artículo 1905 CC.

34 Algunos autores sostienen que a partir de los siete años es posible apreciar el discernimiento necesario que un menor deba responder. Entre ellos se encuentran PÉREZ VALLEJO, A.M. y PÉREZ FERRER, F.: *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención hasta la reparación del daño*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 162. Por el contrario, ATIENZA NAVARRO, M.L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos...*, *op. cit.*, p. 527, entiende que no se puede considerar al menor responsable hasta que haya alcanzado, al menos, los diez años.

La doctrina se muestra unánime al considerar que ser civilmente imputable es requisito indispensable para responder por culpa con arreglo al artículo 1902 CC³⁵. En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la imputabilidad viene dada por la capacidad de discernimiento para entender la trascendencia de los actos y conocer con anticipación su posible repercusión, pudiendo, además, actuar conforme a dicha comprensión para impedir el resultado dañoso previsto.

Por otro lado, es el artículo 1104 CC, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual³⁶, el que permite precisar la diligencia exigible en cada caso, de cuyo cumplimiento dependerá la existencia o no de culpa en los términos del artículo 1902 CC. El primero de los dos preceptos mencionados establece que son las circunstancias concurrentes en cada caso las que determinan el nivel de diligencia que se puede o debe exigir. Luego, para ver si el menor causante del daño observó la diligencia que le era exigible, habrá que ponderar la edad del mismo y, en consecuencia, la capacidad de entender y querer propia del rango de edad al que pertenece. Por tanto, el niño no habrá de responder ex artículo 1902 CC si, como resultado de la comparación de su conducta dañosa con lo que se considera exigible a un menor de su misma edad desarrollado en circunstancias normales y en idénticas condiciones de tiempo y lugar, se determina que actuó de forma diligente. En caso contrario, es decir, si el menor no obró diligentemente con arreglo a su edad, a menos que por cualquier causa no relacionada con la edad (por ejemplo, retraso mental) no fuese civilmente imputable, tendrá que responder de acuerdo con el artículo 1902 CC.

Luego, conforme al artículo 1902 CC, en caso de que el daño sea ocasionado de manera culpable por un menor que sea civilmente imputable, este será responsable directo del mismo frente a la víctima. Ahora bien, ello no obsta para que otros sujetos (padres, tutores o titulares de centros docentes) sean declarados responsables de los actos dañosos con arreglo al artículo 1903 CC. En este último caso, es su contribución a la producción de daño mediante el desempeño negligente de sus funciones de guarda respecto del menor la que determina que deban responder (art. 1903.VI CC), sin que la imputabilidad o inimputabilidad del causante material del acto lesivo tenga relevancia alguna a estos efectos³⁷.

En consecuencia, interesa conocer qué relación existe entre la responsabilidad directa del menor ex artículo 1902 CC y la de cualquier otro sujeto que, de conformidad con el artículo 1903 CC, debiera responder por el mismo acto dañoso. Al respecto, la jurisprudencia, en la medida en que la determinación de las respectivas responsabilidades de las personas intervinientes se vea impedida por la imposibilidad de separar sus actuaciones, ha venido inclinándose hacia la aplicación del régimen de la solidaridad, tanto en los supuestos del artículo 1902 como en los del artículo 1903.

En el ámbito concreto del acoso escolar, pese a que, en la mayoría de los casos, los perjudicados demandan solo a los padres del menor y a los centros docentes por la improbable solvencia del niño, hay algunas sentencias, como la de la Audiencia

35 Así, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. II-2, Bosch, Barcelona, 1989, p. 521; y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 307.

36 En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984, ECLI:ES:TS:1984:1300. También Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, p. 831.

37 Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991, ECLI:ES:TS:1991:251; y de 7 de enero de 1992, Rec. 1150/1989, ECLI:ES:TS:1992:21006, que insisten en la irrelevancia de la inimputabilidad del menor a los efectos del artículo 1903 CC; la misma idea recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1990, ECLI:ES:TS:1990:8427, pese a que no se diga de manera explícita.

Provincial de Córdoba N.º 255/2005, de 5 de diciembre, ECLI:ES:APCO:2005:1326, y la de la Audiencia Provincial de Palencia N.º 55/2016, de 18 de marzo, ECLI:ES:APP:2016:48, en las que el menor acosador, representado por sus progenitores en el proceso, es parte demandada en el mismo. Esto último cobra especial importancia en la medida en que la posibilidad de que el propio menor, a pesar de ser insolvente, sea condenado y responda, hace que aquel sienta que tiene que reparar el daño causado y resarcir a la víctima.

Por otra parte, es preciso señalar que el párrafo primero del artículo 1904 CC permite al que abona la indemnización por el daño causado por sus dependientes repetir contra estos las cantidades satisfechas. En este sentido, una parte de la doctrina considera que, en la medida en que el mencionado precepto no resulta favorable para el menor, su interpretación ha de ser restrictiva y, en consecuencia, solo debe aplicarse al empresario³⁸. Por el contrario, otro sector apuesta por la extensión del artículo 1904.I CC a los padres que reparan el daño producido por sus hijos³⁹. Sin embargo, del tenor literal del citado precepto se deduce que, en caso de aplicarlo, los demás responsables del acto dañoso que hubieran pagado la indemnización, podrían recuperar esta última en su totalidad ejercitando la acción de regreso contra el menor también responsable, mientras que, si fuera este el que hubiera reparado el daño de forma efectiva, no podría recuperar nada de aquellos.

Por ello, algunos de los autores que defienden la aplicabilidad del primer párrafo del artículo 1904 CC a los progenitores de los menores responsables se inclinan por un derecho de regreso únicamente parcial contra el menor, señalando que es la contribución con la propia culpa a la producción del hecho dañoso lo que determina la obligación de responder *ex artículo* 1903 CC. Dado que, por la vía de regreso, quien daña a otro interviniendo negligencia queda exonerado en último término de toda obligación de reparar el daño, no resultaría congruente con los principios de la responsabilidad civil extracontractual y la regla general del artículo 1902 CC que quienes, de acuerdo con el artículo 1903 CC, deban responder del daño ocasionado por su propia culpa puedan interponer una acción de repetición total. En efecto, atribuir a padres y tutores un derecho de regreso íntegro significaría liberarlos de toda responsabilidad por su deficiente cumplimiento de las funciones de guarda y custodia del menor que tiene asignadas por ley, ya que se les estaría permitiendo repetir del hijo o tutelado la completa indemnización que hubiesen tenido que abonar al perjudicado.

Finalmente, cabe hacer mención a aquellos supuestos en los que un grupo de menores apoya la conducta del acosador. En estos casos, si los integrantes del clan participan activamente en el *bullying*, todos deben responder también civilmente. En cambio, si los miembros de aquel se limitan a tener un comportamiento meramente pasivo, la respuesta no está tan clara. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona N.º 395/2017, de 21 de noviembre, ECLI:ES:APGI:2017:1083,

38 Esta postura es adoptada, v. gr., por RICO PÉREZ, F.: *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 106; SOTO NIETO, F.: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 193-194; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, t. II, Civitas, Madrid, 1984, p. 191; y BONILLA CORREA, J.A.: *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 411-412.

39 Entre quienes defienden la aplicación del mencionado precepto a los padres se encuentran, entre otros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 196 y ss.; GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: *Cuestiones... op. cit.*, p. 33 (que opta por esta alternativa en ausencia de negligencia de parte de los progenitores, condenados por la aplicación objetivadora del art. 1903 CC); y PEÑA LÓPEZ, F.: *Comentarios... op. cit.*, pp. 13020-13021.

y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya N.º 131/2018, de 15 de marzo, ECLI:ES:APBI:2018:628, declaran que, si bien la exclusión social del grupo de clase supone una forma de acoso escolar, es mucho más complicado valorarla, pues, por un lado, demostrar el grado que ha tenido no es tarea fácil y, por otro, resulta plausible que un grupo de niños niegue a otro la posibilidad de jugar con ellos, cualesquiera que fueran las razones. En este sentido, las mencionadas sentencias señalan que, para que se pueda considerar *bullying*, es preciso que ese rechazo tenga como fin último que ese menor sea excluido o marginado de la totalidad de la clase o de la mayoría de los niños que la componen, ya que es posible que un menor decida relacionarse con otros niños o grupos una vez que ha sido rechazado por ciertos compañeros.

3. La doble responsabilidad penal y civil en los casos de *bullying*

El tratamiento de la responsabilidad del menor ante casos de acoso escolar requiere poner especial atención al desdoblamiento de la regulación de la responsabilidad civil derivada de actos dañosos en el Código Penal y en el Código Civil. Concretamente, lo que se regula en el Código Penal son las consecuencias civiles de las conductas penalmente tipificadas en dicho texto legal para reparar el daño causado.

En efecto, aquellos casos en los que los comportamientos de *bullying* se puedan encuadrar en un tipo delictivo concreto darán lugar a una doble responsabilidad penal y civil, la cual será objeto de estudio en el presente epígrafe.

3.1. La responsabilidad penal por acoso escolar

Aunque el ámbito penal no constituye el objeto principal de este trabajo, es importante analizar la incidencia que el Derecho penal tiene en los casos de *bullying*, en particular, los tipos penales en que se pueden subsumir las conductas de acoso escolar en ciertas ocasiones. Dicha importancia reside en la relación que tiene la responsabilidad penal con la civil, pues de los delitos tipificados en el Código Penal por conductas de acoso siempre se deriva cierta responsabilidad civil.

Además, el Derecho penal es un derecho valorativo por definición, que tiene por objeto la protección de valores o bienes jurídicos fundamentales para la sociedad y el consiguiente castigo de las más graves vulneraciones de estos valores⁴⁰. Por tanto, resulta lógico que esta rama del Derecho intervenga en los casos más graves de acoso escolar.

3.1.1. La responsabilidad penal de los menores y mayores acosadores

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 determina que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el

40 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho penal: la ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 20.

interés superior del niño». Del tenor literal de este precepto podemos deducir que, si el mismo sistema de justicia penal previsto para los adultos se aplicase también a los menores, se produciría una vulneración de la citada disposición. El deber de velar por el interés superior de los niños es una exigencia impuesta por la Convención que debe cumplir el sistema penal para los menores acusados de la comisión de algún delito y, como es lógico, el sistema de justicia penal de adultos no lo prevé. Por ello, el artículo 19 CP establece que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código». Para resolver esta cuestión, se promulgó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), la cual será de aplicación para los mayores de catorce años y menores de dieciocho.

El artículo 3 de la LORPM excluye expresamente la aplicación de esta norma a los menores de catorce años que cometan un hecho delictivo, de manera que, en estos casos, se atenderá «a lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes». Por tanto, la responsabilidad penal derivada de comportamientos de acoso escolar que sean constitutivos de delito quedaría organizada, en cuanto a edades se refiere, de la siguiente manera: el autor de un ilícito penal que sea menor de catorce años, será inimputable; si la edad del menor está comprendida entre los catorce y los dieciocho años, será juzgado conforme a la LORPM; por último, si el autor es mayor de dieciocho años, se le aplicará lo previsto en el Código Penal.

3.1.2. Tipos delictivos en los que se encuadran las conductas de *bullying*

Como idea introductoria, hay que señalar que el Código Penal no tipifica como delito en ningún precepto específico las conductas de acoso escolar. No obstante, debido a la diversidad de formas en las que puede manifestarse (agresiones físicas, amenazas, coacciones, insultos, vejaciones, aislamiento deliberado de la víctima, ...), puede dar lugar a diferentes delitos contra las personas dependiendo de la situación e intensidad del acoso: lesiones (arts. 147 a 152 CP), amenazas (arts. 169 a 171 CP), coacciones (art. 172 CP), delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP), inducción al suicidio (art. 143.1 CP), injurias (arts. 208 y 209 CP), calumnias (arts. 205 y 206 CP), agresiones y abusos sexuales (arts. 178 y ss. CP), entre otros. Es bastante frecuente que un mismo acto de acoso llegue a ser constitutivo de varios de los delitos mencionados, originando así un concurso de delitos. No obstante, no todas las modalidades de acoso escolar son susceptibles de ser castigadas penalmente, aunque puedan considerarse como graves. Por ejemplo, la exclusión social a un compañero es una clara conducta de *bullying* y, sin embargo, no es relevante a efectos penales⁴¹, pues no puede subsumirse en ninguno de los tipos previstos en el Código Penal.

A pesar de que las conductas integradoras del acoso escolar son susceptibles de ser encuadradas en numerosos tipos penales, una de las características definitorias del acoso, que es su reiteración en el tiempo, lleva a reconducir los casos más graves al tipo penal previsto en el artículo 173.1 CP, que castiga la conducta de infligir a otra persona un trato degradante, de forma que su integridad moral se vea gravemente menoscabada. Se trata, pues, de un tipo penal residual que recoge aquellos comportamientos que supongan una agresión de suficiente gravedad a la integridad moral.

41 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «Violencia en la escuela: tratamiento penal del acoso escolar desde el sistema del acoso penal de menores», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 2007, pp. 349-410.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴², los elementos que conforman el delito contra la integridad moral son tres: un acto indudablemente vejatorio hacia la víctima; que dicha vejación provoque un sufrimiento de carácter físico o psíquico; y, por último, que la conducta sea manifiestamente degradante o humillante, vulnerando de manera grave la dignidad de la persona. Con respecto a esto último, es necesario subrayar el concepto de trato degradante, que es definido por el Tribunal Supremo⁴³ como aquel que origina en sus víctimas una sensación de angustia y envilecimiento, y que quebranta su resistencia tanto física como moral.

Este necesario quebrantamiento de la resistencia física o moral de la víctima implica la exigencia de una pluralidad de actuaciones humillantes, es decir, su reiteración y continuidad en el tiempo, pues un hecho violento puntual no resulta suficiente para producir el hundimiento psicológico de la persona característico del acoso. Esta reiteración aparece como elemento diferenciador entre el acoso escolar y los incidentes violentos ocasionales entre alumnos. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón N.º 355/2010, de 21 de octubre, ECLI:ES:APCS:2010:1311, si bien declara que para que se aprecie el delito del artículo 173.1 CP se precisa una cierta permanencia en el comportamiento acosador o, al menos, repetición, también señala que ello no sería inconveniente para que una conducta única y puntual sea encuadrada en este delito, siempre que en ella se aprecie un menoscabo de la dignidad humana suficiente para su calificación delictiva.

De lo anterior se deduce que lo relevante a los efectos de la comisión del delito del artículo 173.1 CP reside en la entidad del menoscabo producido sobre la integridad moral, de manera que, aunque normalmente este delito se entiende cometido cuando los comportamientos humillantes son repetidos y mantenidos en el tiempo, también es posible que una sola conducta particularmente intensa pueda considerarse típica. No obstante, la jurisprudencia que existe sobre esta materia evidencia que en la inmensa mayoría de casos en los que una persona ha sido condenada por un delito contra la integridad moral por la realización de una conducta de acoso escolar ha habido una actuación reiterada en el tiempo. De igual modo, en los casos en los que una única conducta no tiene la entidad lesiva suficiente para ser constitutiva de delito, dicha puede dar lugar a otro tipo de daños morales que podrían ser resarcidos a través de la responsabilidad civil.

3.1.3. Responsabilidad penal de los progenitores y del personal de centros docentes por conductas de acoso escolar: comisión por omisión

Una vez analizada la responsabilidad penal de los menores en materia de acoso escolar, cabe plantearse si podría exigirse este tipo de responsabilidad a los progenitores del menor acosador o al profesorado o equipo directivo del centro educativo por no haber evitado las conductas de bullying. Antes de entrar en el examen de esta cuestión, resulta necesario señalar que el principio de culpabilidad *nullum crimen sine culpa*, que constituye un pilar fundamental del Derecho penal moderno, impide que una persona pueda responder penalmente por los hechos cometidos

42 Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 213/2005, de 22 de febrero, ECLI:ES:TS:2005:1086.

43 En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 1061/2009, de 26 de octubre, ECLI:ES:TS:2009:6816; y N.º 255/12, de 29 de marzo, ECLI:ES:TS:2012:2862.

por otra. Sin embargo, como se verá a lo largo de este epígrafe, existen supuestos en los que la responsabilidad penal del menor acosador por conductas de *bullying* se extiende a terceras personas que, aun teniendo conciencia de la existencia de dichas conductas, no toman ninguna medida para evitarlas.

Por lo que se refiere a los progenitores de los menores acosadores que tienen la patria potestad, al tener el deber de educar a sus hijos, ocupan la posición de garantes. Por tanto, en virtud del artículo 11.a) CP, los padres tienen la obligación legal de actuar si conocieran la conducta de acoso escolar que su hijo estuviese llevando a cabo y que sea constitutiva de delito. De lo contrario, es decir, si no intentaran impedir este comportamiento, podrían convertirse en responsables penales del delito perpetrado por su hijo a título de comisión por omisión, equiparándose así al autor⁴⁴.

En cuanto al personal de los centros docentes (profesores, directivos...), en virtud de los deberes de mantenimiento de la convivencia escolar que les impone el art. 91.g) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, también adquieren la condición de garantes de la integridad moral del menor acosado. De esta manera, tanto un profesor como un director de un centro docente, al tener una obligación legal de intentar evitar las conductas de acoso escolar constitutivas de delito que se desarrollen en el colegio y de las cuales tenga conocimiento, pueden ser penalmente responsables como autores de un delito en la modalidad de comisión por omisión.

3.2. La responsabilidad civil derivada del ilícito penal

Las conductas antijurídicas analizadas, además de merecer un reproche criminal, producen un daño efectivo injustamente causado que da lugar al nacimiento de la correspondiente responsabilidad civil. En nuestro Derecho, esta responsabilidad derivada del delito está sometida a un régimen que se recoge en el Código Penal. Por lo tanto, en el proceso penal se resuelve, además de la condena o absolución penal, la indemnización por daños correspondiente. No obstante, existe la posibilidad de que el perjudicado por el delito se reserve la acción civil para ejercitarla en un proceso posterior ante la jurisdicción civil o incluso decida renunciar a dicha responsabilidad civil derivada.

Esta dualidad de regímenes, como ya se indicó al comienzo de este trabajo, se recoge en los artículos 109 a 122 CP, a los que se remite el artículo 1092 CC. No obstante, no hay que olvidar que los menores de entre catorce y dieciocho años serán responsables criminalmente con arreglo a LORPM, la cual, además de regular los aspectos propiamente penales, también dedica algunos preceptos a regular los aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil de los menores que cometan hechos delictivos (arts. 61 a 64).

Como se ha apuntado anteriormente, la gran mayoría de las conductas de acoso escolar son protagonizadas por alumnos menores de edad. Por este motivo, en este epígrafe únicamente será objeto de análisis la responsabilidad civil de los menores regulada en la LORPM derivada de la realización de un acto penalmente tipificado, sin abordar, por tanto, la responsabilidad civil derivada del delito recogida en el Código Penal para los mayores de edad.

44 COLÁS ESCALDÓN, A.M.: *Acoso y ciberacoso escolar. La doble responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 259.

Responsables civiles de las conductas de *bullying* ante la jurisdicción de menores conforme a la LORPM

El artículo 61.3 LORPM establece que «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden». La responsabilidad civil atribuida a estas terceras personas es una responsabilidad objetiva, pues se produce con independencia de culpa y aunque se pruebe que actuaron con toda la diligencia debida.

En cuanto a los progenitores del menor, primeras personas en responder solidariamente con él, deben hacerlo ambos, siempre que les corresponda la guarda del mismo, incluso en los casos en los que se encuentren divorciados o separados. Los únicos casos en los que no estarán obligados a responder son aquellos en los que estén privados de la patria potestad por resolución judicial.

En defecto de los padres, responderán con el menor de manera solidaria sus tutores, acogedores o guardadores. Con respecto a estos últimos, existe una gran división tanto en la doctrina⁴⁵ como en la jurisprudencia⁴⁶ sobre si considerar o no a los centros docentes como guardadores de hecho. Los autores⁴⁷ que defienden una postura positiva al respecto aducen que el concepto civil de guardador no solo hace referencia a una guarda inmediata (los progenitores), sino que también engloba la guarda mediata o parcial, que es la que ostenta el centro docente. Por su parte, los que mantienen una opinión contraria⁴⁸ alegan que las funciones de vigilancia que ejercita el centro docente durante el horario escolar no se pueden equiparar a la guarda como institución de Derecho civil, pues esta última exige que el guardador no actúe por delegación de los padres del menor, requisito que no cumple el centro docente. No obstante, muchos de los defensores de esta segunda postura sostienen que en estos casos sí sería aplicable el párrafo quinto del artículo 1903 CC.

La interpretación del inciso «por este orden» del artículo 61.3 LORPM

La redacción del artículo 61.3 LORPM plantea problemas interpretativos al incluir el inciso «por este orden» para hacer referencia a las personas que pueden responden

45 En este sentido, por ejemplo, la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, señala que «(...) la interpretación que deberán defender los Sres. Fiscales es la de que los Centros docentes también pueden ser demandados con tal carácter en la pieza separada de la LORPM. A estos efectos, puede fundamentarse la petición en la figura del guardador del art. 61.3 de la LORPM, en la que puede incluirse también al centro docente, por ser quien es esos momentos está ejerciendo funciones de guarda».

46 Entre las sentencias que reconocen la condición de guardador de hecho del centro docente, podemos destacar, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria N.º 94/2003, de 23 de diciembre, ECLI:ES:APS:2003:2471. En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia N.º 484/2016, de 10 de octubre, ECLI:ES:APMU:2016:2234, opta por una postura negativa.

47 Entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 1132; y DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Responsabilidad civil por los daños causados por menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 284.

48 Entre ellos, ABRIL CAMPOY, J.M.: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 2003, p. 22.

solidariamente con el menor. Esta expresión resulta ciertamente confusa y da lugar a que se adopten diferentes a la hora de su aplicación.

El principal problema reside en plantear qué ocurre cuando en un mismo supuesto concurren personas pertenecientes a distintas categorías enumeradas en la norma; si podrían responder todos los mencionados de forma solidaria (responsabilidad acumulativa solidaria) o subsidiaria (responsabilidad acumulativa en cascada); o si, por el contrario, la responsabilidad de la persona que ocupa una posición preferente en el orden de enumeración impide exigir responsabilidad a quien le sigue en la lista, en cuyo caso estaríamos ante un orden excluyente.

La Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006, se ha pronunciado sobre este extremo señalando que «ciertamente el sistema que ha sido doctrinalmente denominado de responsabilidad solidaria en cascada conforme al que responden solidariamente con el menor de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación».

No obstante, las tesis que han ido predominando en la jurisprudencia menor⁴⁹ a lo largo de los años prescinden del inciso «por este orden» y admiten la posibilidad de exigir responsabilidad civil a una o varias personas que pertenezcan a las diferentes categorías nombradas en el artículo 61.3 LORPM. De este modo, la selección de los responsables civiles no atiende al orden de enumeración del precepto, sino que dependerá de quien tenga al menor bajo su guarda, vigilancia o control en el momento en el que se produzcan las conductas de acoso escolar, o bien, pese a no tener al menor a su cargo en ese momento, hubiera quebrantado dichos deberes de supervisión con anterioridad y dicho incumplimiento estuviera vinculado a la comisión de los hechos delictivos. En definitiva, en la práctica judicial se está recurriendo a un previo análisis de las circunstancias que concurren en las distintas categorías de responsables antes de decidir a quién corresponde la atribución de la responsabilidad civil, prescindiendo, pues, del orden legal.

3.3. Límites y concurrencia de ambas responsabilidades

Un aspecto muy importante a tener en cuenta en el estudio de la doble responsabilidad penal y civil es que la mayoría de edad no coincide en ambos ámbitos del derecho, de manera que habrá que estudiar tanto la concurrencia de ambas responsabilidades como los límites que hay entre ellas.

Por un lado, en el área del Derecho penal, la distinción de las edades para aplicar la responsabilidad penal está perfectamente delimitada. Así, la responsabilidad técnicamente penal sólo se exige a quienes hayan cumplido los catorce años, con arreglo al proceso penal de menores regulado en la LORPM, siendo los menores de dicha edad penalmente inimputables. En caso de que el acosador sea mayor de dieciocho años, se le podrá aplicar responsabilidad penal conforme al Código Penal por el proceso penal ordinario regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la responsabilidad civil derivada del delito en cuestión. Por tanto, es posible

49 *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa N.º 43/2009, de 10 de febrero, ECLI:ES:APSS:2009:228; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 331/2011, de 7 de abril, ECLI:ES:APB:2011:3026; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga N.º 334/2011, de 24 de junio, ECLI:ES:APMA:2011:904.

establecer la mayoría de edad penal en los catorce años, edad a partir de la cual el menor que realice conductas de acoso escolar podrá ser responsable penalmente por dichas conductas.

Ahora bien, en el ámbito civil, pese a que la mayoría de edad en nuestro ordenamiento está establecida en los dieciocho años, será necesario analizar la culpabilidad de los menores en las conductas de acoso para determinar si resulta posible exigirles responsabilidad civil. Ello es debido —como ya se apuntó en epígrafes anteriores— a que son muchos los casos en los que se atiende al nivel de desarrollo intelectual y volitivo del menor y se exige una edad mínima inferior a los dieciocho —mayoría de edad que establece la ley con carácter general— para poder realizar determinadas actividades. Es aquí donde se plantea la dificultad de delimitar una edad concreta entre los menores de dieciocho a partir de la cual poder exigir responsabilidad civil.

Ante la incertidumbre existente en esta materia, lo único que se puede afirmar es la necesidad de que el autor de los hechos sea subjetivamente imputable para poder hablar de culpa o negligencia a los efectos del artículo 1902 CC, es decir, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y querer. Por tanto, tras el análisis correspondiente, se podría plantear la responsabilidad civil del menor en términos de subsidiariedad en el caso de que no existiesen padres ni tutores ni persona alguna obligada a la tutela, o bien existieran pero fueran insolventes, o incluso plantear la responsabilidad directa del mismo. Sin embargo, en la práctica, difícilmente un menor de catorce años tiene «capacidad de culpa civil», presupuesto necesario para atribuirle responsabilidad directa para responder por los daños causados por sus conductas de acoso escolar. Luego, en la mayoría de estos supuestos se aplica la responsabilidad civil por hecho ajeno del art. 1903 CC.

Por este motivo, en muchos casos, los menores de dieciocho y mayores de catorce años que responden penalmente por sus conductas de *bullying*, no responden a su vez por la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, sino que son sus padres, tutores o guardadores los que lo hacen. No obstante, pueden existir ciertos supuestos en los que sí sea posible la concurrencia de ambas responsabilidades en un menor con dicha edad, al considerar que posee la suficiente libertad y capacidad de entender y querer cuando lleva a cabo los comportamientos delictivos de acoso escolar; ello sin olvidar la responsabilidad solidaria que afecta a las terceras personas mencionadas en el artículo 61.3 de la LORPM.

Por último, hay que señalar que existe una importante franja de alumnos menores de 14 años a los que no se les exigirá ni responsabilidad penal ni tampoco la responsabilidad civil derivada del delito en cuestión con arreglo a la LORPM, sino que la reparación de los daños causados por sus conductas de acoso, estén o no tipificados penalmente, se regirá por las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 y 1903 CC).

4. Conclusiones

La regulación de la responsabilidad civil extracontractual en supuestos de *bullying* es, sin duda alguna, compleja. La razón de ello es que, en materia de acoso escolar, hay tres sistemas distintos de responsabilidad. Así, a la dualidad existente entre el régimen de responsabilidad civil «pura» y el régimen de responsabilidad civil derivada del delito, hay que añadir el sistema de responsabilidad civil que contemplan los artículos 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que será de aplicación cuando un menor de catorce o más años y menos de dieciocho lleve a cabo un acto dañoso tipificado penalmente.

Esta pluralidad de regímenes de responsabilidad civil extracontractual plantea una serie de problemas que vienen motivados por las diferencias existentes entre ellos. Así, frente a la responsabilidad subjetiva consagrada en el artículo 1903 CC, se encuentra el carácter objetivo de la responsabilidad de los padres del menor acosador, instaurada por el artículo 61.3 LORPM, en virtud del cual, con independencia del grado de diligencia observada que los progenitores hayan conseguido probar, nunca quedarán exentos de responsabilidad, sino que esta podrá, únicamente, verse moderada.

Sin embargo, en mi opinión, no es posible equiparar la actuación de aquellos cuyos hijos han recibido una educación adecuada, basada en el respeto hacia los demás y la convivencia pacífica, que la de quienes han incurrido en *culpa in educando*. De esta manera, si bien es necesario garantizar a la víctima de *bullying* una indemnización, también deviene imprescindible analizar la culpa paterna para determinar la responsabilidad de los padres por los daños causados por su hijo menor acosador. Frente a esta interpretación, habrá quien sostenga que esa injusta equiparación se evita al existir la posibilidad de mitigar la responsabilidad de los progenitores, pero no hay que olvidar que dicha posibilidad queda supeditada a la voluntad del juez. Además, no debemos caer en el error de establecer una semejanza entre exoneración, que es la que debería regir cuando los padres no han sido negligentes ni *in educando* ni *in vigilando*, y disminución de la responsabilidad paterna.

Con poco acierto, a mi juicio, la jurisprudencia parece estar extendiendo el carácter objetivo de la responsabilidad civil prevista en la LORPM a la responsabilidad civil pura, lo cual no solo choca frontalmente con el tenor literal del artículo 1903 CC *in fine*, sino también con su trasfondo, que es que los padres estén pendientes de sus hijos y hagan todo lo posible para evitar que causen daño a terceros. Así, esta responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, que no parece concordar con las conductas de acoso escolar, pues la escolaridad no es una actividad peligrosa que entrañe por sí misma un riesgo —que es el tipo de actividad para el que se suele fijar un régimen objetivo de responsabilidad—, se está aplicando también en el ámbito de la responsabilidad civil pura por casos de *bullying*, garantizando, de esta forma, la reparación del daño. Desde mi punto de vista, esta tendencia jurisprudencial objetivadora desvirtúa el sentido de la responsabilidad civil, que no es otro que el de resarcir a la víctima por el daño causado, pues se observa, asimismo, en esa objetivación, una finalidad punitiva y preventiva, que es propia del Derecho Penal, pero no del sistema de responsabilidad civil.

Por lo que se refiere al ámbito penal, al no existir ningún precepto en el Código Penal que tipifique de forma específica el acoso escolar, las conductas más graves de *bullying* son susceptibles de ser encuadradas en diversos tipos delictivos recogidos en el dicho texto legal. Dado que, en la mayoría de los casos, los comportamientos de acoso suponen una agresión grave a la integridad moral, es habitual subsumir estas conductas en el tipo penal previsto en el artículo 173.1 CP, sin perjuicio de que puedan ser encuadradas en otros tipos diferentes o incluso sean constitutivas de varios delitos, originando de esta forma un concurso real.

A este respecto considero que, *de lege ferenda*, el acoso escolar debería tipificarse como delito independiente y continuado en el tiempo, pues en él se comprenden una pluralidad de actos y todos ellos conducen a un mismo fin. Además, con ello se evitaría la necesidad de encuadrar las conductas de *bullying* en un tipo delictivo diferente, facilitando así al operador jurídico la calificación delictiva.

Otra cuestión controvertida, derivada de la interpretación que hacen los tribunales, tiene que ver con la responsabilidad civil *ex delicto*. Como es sabido, del nacimiento de la responsabilidad penal por la realización de conductas antijurídicas de *bullying* aparece la responsabilidad civil derivada del ilícito penal con la finalidad de reparar el daño efectivo injustamente causado. De acuerdo con el artículo 61.3 LORPM, cuando

el responsable de los hechos cometidos es un menor mayor de 14 años, junto a él responderán solidariamente sus padres, acogedores y guardadores legales o de hecho para dar cierta garantía al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Pues bien, en este sentido, hay que tener presente que, pese a que el citado precepto establece un orden determinado de las personas que responden solidariamente, la tendencia jurisprudencial actual es no atender a dicho orden de enumeración y seleccionar a los responsables civiles en función de quién tenga al menor acosador en su guarda en el momento de la comisión de los hechos delictivos.

Un último aspecto fundamental, muy a tener en cuenta en materia de responsabilidad, es la edad de la persona que comete los hechos constitutivos de acoso escolar, pues la mayoría de edad no coincide en los ámbitos civil y penal. Así, mientras que en el Derecho penal esta mayoría de edad está perfectamente delimitada, en el ámbito civil no ocurre lo mismo, debiéndose analizar caso a caso y muy detenidamente la capacidad de entender y querer del menor acosador para determinar su responsabilidad civil en un supuesto concreto.

Con todo, y aunque sin duda alguna las conductas de *bullying* deben tener una respuesta jurídica y, en los casos de mayor gravedad, se han de imponer al menor acosador medidas específicas desde una perspectiva sancionadora-educativa, difícilmente esto va a ser suficiente para erradicar el problema, entre otras razones, porque muchos menores acosadores no han alcanzado aún los catorce años y, por tanto, no les resulta aplicable la LORPM.

Habida cuenta de que el acoso escolar es una lacra de nuestra sociedad que se manifiesta en el ámbito educativo, su tratamiento no puede limitarse a la represión y al proceso penal de menores, sino que requiere ser abordado desde una perspectiva integral que incluya el desarrollo de mecanismos de prevención (protocolos de actuación, comunicación con los padres en caso de comportamientos sospechosos por parte de algún alumno, etc.), la mediación, el empleo de medidas sancionadoras para frenar la situación de acoso (cambios de grupo, prohibición de asistir a clase durante un tiempo o, en los casos más graves, expulsión del centro) y, por supuesto, una buena educación que no descansa solo en la labor de los maestros, sino en la que los progenitores tomen un papel activo.

En definitiva, aunque es claro que tanto la responsabilidad civil como la penal son imprescindibles para resarcir a la víctima de *bullying* —cuyos derechos fundamentales se ven en muchos casos vulnerados— y para castigar al acosador, respectivamente, solo si van a acompañadas de una verdadera toma de conciencia por parte de toda la sociedad (y, en particular, de aquellos que forman parte de la comunidad educativa, esto es, padres, profesores y alumnos) se conseguirá poner fin a un acto tan deleznable como el acoso escolar.

5. Bibliografía

ABRIL CAMPOY, J.M.: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 2003, pp. 11-54.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1989.

ALBERT PÉREZ, S.: *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito cometido por menores de edad*, Comares, Granada, 2007.

ATIENZA NAVARRO, M.L.: *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000.

- BONILLA CORREA, J.A.:** *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- COLÁS ESCALDÓN, A.M.:** *Acoso y ciberacoso escolar. La doble responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 259.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.:** *Derecho de daños*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.:** *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.:** «Comentario de los arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2003 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.:** *Derecho Civil de España*, t. II, Civitas, Madrid, 1984.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M.:** *Responsabilidad civil por los daños causados por menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- DE SALAS MURILLO, S.:** *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.:** *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.:** *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.:** «Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas», en BELLO JANEIRO, D. (coord.): *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2009, pp. 13-50.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.:** *Principios de Derecho penal: la ley y el delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.:** *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, vol. 2. Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.
- LEÓN GONZÁLEZ, M.:** «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Eds. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 269 y ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.:** *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.:** «La triple regulación de la responsabilidad civil de los padres derivada de los actos dañosos de sus hijos menores de edad», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pp. 123-141.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.:** *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.:** «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas)», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 399-438.

- NAVARRO MICHEL, M.:** *La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcelona, 1998.
- OSSORIO SERRANO, J.M.:** *Lecciones de Derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2011.
- PEÑA LÓPEZ, F.:** «Comentario al art. 1903 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, t. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13003-13019.
- RICO PÉREZ, F.:** *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1980.
- ROGEL VIDE, C.:** *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.:** «Violencia en la escuela: tratamiento penal del acoso escolar desde el sistema del acoso penal de menores», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 2007, pp. 349-410.
- SOTO NIETO, F.:** *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.:** *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1997.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.:** «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1105-1236.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.:** *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general*, Dykinson, Madrid, 2018.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL ÁMBITO SANITARIO: RETOS DEL FUTURO

Laura Márquez Muñoz
Doctoranda
Universidad de Málaga

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Aproximación al concepto de Inteligencia Artificial. 2. La evolución de la Inteligencia Artificial y la tecnología en general. 3. Ramas y clasificación de los sistemas de Inteligencia Artificial. 4. La relevancia de los sistemas de Inteligencia Artificial para las Instituciones Públicas, y especialmente para la Organización Mundial de la Salud. 5. Los seis principios sobre la Inteligencia Artificial aplicada a la Salud según la Organización Mundial de la Salud. 5.1. Preservar la autonomía del ser humano. 5.2. Promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público. 5.3. Garantizar la transparencia. La claridad y la inteligibilidad. 5.5. Promover la responsabilidad y la rendición de cuentas. 5.5. Garantizar la inclusividad y la equidad. 5.6. Promover una Inteligencia Artificial con capacidad de respuesta y sostenible. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

0. Introducción

La primera pregunta qué habría que hacerse una vez nos iniciamos en el mundo de la investigación es qué implica un cambio de paradigma en el mundo del Derecho, pues se trata finalmente la actividad de cualquier investigador: conocer los modelos de solución existentes a cada uno de los problemas a los que se enfrenta la sociedad desde el punto de vista jurídico, y dar respuesta cuando los modelos de solución se quedan obsoletos ante la presencia de nuevas situaciones que necesitan de una respuesta clara y envuelta de la tan importante seguridad jurídica, convirtiéndose todo ello en un reto para adaptar la normativa a la nueva realidad, sea cual sea su índole, centrándonos en los párrafos siguientes en el área de la salud.

Lo cierto es que el mundo está en continuo cambio y evolución que necesita de una respuesta jurídica a la altura, siendo este el motivo por el que los paradigmas deben ser temporales, y constantemente sustituidos, ajustados o superados por nuevos modelos de solución. Todo ello en aras de fomentar el progreso del Derecho y en beneficio de los seres humanos.

La famosa definición de paradigma que estableció Thomas S. Kuhn¹ respecto a la esfera científica ha sido acogida y adaptada por la esfera jurídica puesto que se presentan, aunque cada uno en su campo, como dos iguales, pues ambos mundos están en constante cambio.

En los últimos años hemos presenciado una serie de cambios vertiginosos protagonizados por la evolución de la Tecnología, y en particular, de la Inteligencia Artificial (IA), que ha demostrado ser útil en muchas esferas de nuestra vida y está demostrando ser relevante en el futuro del sector sanitario, sobre todo tras la irrupción del COVID-19, que ha supuesto en primer lugar uno de los eventos que más ha dejado relucir las deficiencias de nuestro sistema jurídico, y ha acelerado la innovación tecnológica para la creación de sistemas de contención de la enfermedad, creación de tratamientos y vacunas, y mejoría de la asistencia sanitaria en general.

En el caso de la pandemia generada por el virus del COVID-19, el *Big Data* en comunión con la IA, ha demostrado ser una herramienta transcendental a nivel epidemiológico creando un sistema de estudio y análisis del virus más rápido y eficaz en comparación con los sistemas epidemiológicos que se utilizaban tradicionalmente, como los modelos matemáticos, que ya se utilizaban en la epidemia generada por la Gripe Española, a principios del siglo XX, cuya finalidad era la predicción, análisis y estudio de la enfermedad; aunque dicho sistema no dejaba de ser útil, lo cierto es que es indiscutible que con el *Big Data* y la IA se puede analizar una cantidad masiva de datos de una forma más eficiente y en un menor periodo de tiempo, alcanzado soluciones que llevarán a la toma de decisiones de una forma más ágil por medio de algoritmos que pueden ser determinantes para la superación de las futuras pandemias.

Hablamos de futuras pandemias porque expertos de todo el mundo advierten que es más que previsible que se sucedan en el futuro, demostrando la generada por el COVID-19 que ni nuestro sistema sanitario, ni legislativo estaba preparado para un evento tan devastador como el vivido, no solo a nivel humano, sino también económico y social.

Por tanto, la IA y el *Big Data* podría suponer toda una revolución tanto para la prevención de futuras epidemias, como para las posibles soluciones en caso de irrupción de nuevos virus, como el SARS-CoV-2, extremadamente contagioso y potencialmente letal, minimizando los riesgos para la vida humana, demostrando ser herramientas fundamentales en aras de desarrollo a nivel de mundial.

1. Aproximación al concepto de IA

Según lo define la Real Academia Española (RAE), la IA es la *«Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico»*.

Por su parte, John McCarthy, científico y matemático de la Universidad de Stanford, acuñó por primera vez el término de IA en 1956 en la Conferencia de Dartmouth, citando lo siguiente *«la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes»*.

1 URIBARRI GONZÁLEZ, Alberto: Paradigma en sentido lato y en sentido kuhniano, «Inteligencia Artificial, cambio de paradigma y cambio epistemológico», *ResearchGate*, 2020, pp.3, versión *online*. Se extrae la definición de Tomas Khun: *«un paradigma es una realización científica pasada por la que una sociedad reconoce como fundamento de su práctica científica actual y posterior y que se materializan en un método, leyes, teorías e instrumentación. El modo de cambio, relevo o evolución de dicha realización se da en forma de cambio disruptivo o revolucionario»*.

En resumen, de lo que se trata con la creación de una máquina de IA es simular el comportamiento humano; de hecho, el Premio Loebner, denominado así haciendo honor al apellido de su patrocinador, celebra un concurso anual desde el año 1990 para elegir a la máquina, robot, sistema u programa más inteligente, utilizando el Test de Turing², prueba que lleva el apellido del hombre al que se le otorga el mérito de ser el padre de la IA: Alan Turing, creador de la máquina «Bombe» durante la Segunda Guerra Mundial, encargada de descifrar los mensajes del ejército Alemán, concediendo así la oportunidad de adelantarse a sus movimientos.

No obstante, a pesar de todo lo que sabemos de los sistemas de IA, lo cierto es que aún en la actualidad no se ha delimitado el concepto, que implicaría que pudiéramos identificar sin género de dudas cuando estamos frente a un sistema de IA y cuando no, lo que nos llevaría a la creación de una regulación normativa más completa y segura.

Los continuos avances tecnológicos son el problema principal para delimitar el concepto de IA, señalando muchos autores que la posible evolución futura aún es desconocida con infinitas posibilidades³. De hecho, como también reconocen muchos expertos y, en especial, Doña Marisa Ainzberg y Sol García Gili, ambas abogadas e investigadoras, en el año 2021, «*La Cuarta Revolución Industrial que transitamos se caracteriza por la coexistencia de tecnologías convergentes, que borran los límites entre lo físico, lo digital y lo biológico, generando una fusión y planteando un cambio disruptivo. Es la fase de la digitalización, impulsada por el aumento de los volúmenes de datos, la potencia en los sistemas computacionales y la conectividad*»⁴.

De hecho, en el campo de la salud existen múltiples sistemas que están suponiendo y supondrán en el futuro grandes ventajas desde el punto de vista preventivo y asistencial, así como para la creación de vacunas y tratamientos:

- Aplicaciones de contención de la pandemia del COVID-19, cuya finalidad era monitorizar y geolocalizar a pacientes tanto en el momento en el que padecían la enfermedad, como para la identificación de contactos estrechos con pacientes contagiados de COVID-19, o algoritmos que analizan radiografías de tórax para diagnosticar la enfermedad o predecir qué pacientes tendrán mayores riesgos si contrajesen la enfermedad. De igual forma, y con la colaboración del *Big Data*, se ha podido acelerar la creación de la vacuna.
- Robótica, donde se encuadrarían, por ejemplo, los robots quirúrgicos, siendo muy famoso el robot quirúrgico Da Vinci con múltiples usos en varias cirugías: ginecológicas, generales o cardio-torácica.
- Impresión en 3D, que se utiliza en la actualidad en la mayoría de la fabricación de los audífonos (98 %), en la producción de prótesis e implantes⁵, o

2 El Test de Turing se basa en la capacidad de distinguir la máquina del ser humano mediante un chat, a un lado, el evaluador, y al otro lado, la máquina o el ser humano.

3 Un ejemplo de ello es el avance en terminales móviles, puesto que hace relativamente poco tiempo no contaban con internet o no existía la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, y los que tenemos en la actualidad tienen infinidad de aplicaciones para facilitar la vida del ser humano.

4 AIZENBERG, Marisa y GARCÍA GILI, Sol: introducción, «Inteligencia artificial al servicio de la salud: su impacto en el acceso a las vacunas», *Pensar en Derecho*, núm. .º 18, 2021, pp. 103, versión *online*.

5 En colaboración con el Departamento de Neumología del Hospital Universitario de Toulouse, AnatomikModeling, una empresa start-up con sede en Toulouse, creó la primera

la revolucionaria bioimpresión para crear órganos y tejidos, estando en fase de estudio e investigación por la Fundación de investigación oftalmológica del Instituto Universitario Fernández Vega de la Universidad de Oviedo el sistema que haga posible la creación de córneas bioartificiales⁶, habiendo sido creado tejido óseo por la compañía Organovo, de origen estadounidense, siendo asimismo interesante en el futuro la impresión 3D para la creación de medicamentos de forma más rápida y sencilla, como lo describe la empresa FabRx⁷.

- Blockchain, es una tecnología que consiste en registrar información de manera descentralizada, distribuyéndose en varios bloques o ubicaciones, siendo utilizada en el sector de la salud para aumentar la seguridad de la información y datos personales, mucho más relevante cuando se trata de un dato sensible, como el relativo a la salud, siendo utilizada para el transporte de vacunas del COVID-19, como una forma segura de traslado inteligente que combinaba el internet de las Cosas (IoT), la ciencia de los datos y el blockchain, evitando así la pérdida de vacunas o la llegada a su destino en malas condiciones.
- *Big Data*, cuya finalidad es el procesamiento y análisis de una cantidad ingente de datos; tiene un papel relevante, siendo un sistema útil y complementario que ha facilitado y facilitará activamente la innovación futura, traduciéndose el aumento de uso de *Big Data* y su velocidad para procesar datos en el alcance de soluciones más rápidas a los problemas de cualquier índole que irruman en la sociedad, y en particular, los relacionados al ámbito sanitario. La información masiva recopilada puede mejorar la asistencia en pacientes dependientes o la detección precoz de enfermedades, y contribuye a la creación de sistemas de IA.

Teniendo en cuenta toda la tipología de sistemas de IA, sus aplicaciones desde el punto de vista sanitario, así como el futuro que se vislumbra, la tarea de delimitar el concepto de IA no es fácil, aunque como buen punto de partida, destacamos el concepto de IA obrante en el informe con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea, de octubre de 2020, que no deja de ser una aproximación útil: «*Todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la adopción de medidas, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos*»⁸.

prótesis traqueobronquial utilizando el método de impresión 3D; la prótesis se crea de manera individual para cada uno de los pacientes y sus resultados son prometedores. El informe sobre la prótesis se recoge en su propia página web realizado en colaboración con el Hospital de Toulouse, que fue presentado en febrero de 2017, bajo el nombre «*Innovation: world's first made to measure airway stent*». http://www.anatomikmodeling.com/sites/default/files/pdf/PRESS_STENT_3D_EN.pdf

- 6 JORCANO NOVAL, José Luis: *Informes Anticipando Bioimpresión en la Medicina del Futuro: retos éticos y legales, Observatorio de Tendencias. De Medicina Personalizada de Precisión*, 2019, versión online.
- 7 <https://www.3dnatives.com/es/la-impresion-3d-170720182/#>
- 8 Informe de 8 de octubre de 2020 emitido por la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la Inteligencia Artificial, la robótica y las tecnologías conexas por parte del Parlamento Europeo, (2020/2012(INL)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0186_ES.html

2. La evolución de la IA y la tecnología en general

Ya hemos adelantado en párrafos anteriores que la primera computadora fue creada por Alan Turing con el objetivo de descifrar los mensajes del ejército alemán, siendo el punto de partida de los enormes avances posteriores en el campo de la tecnología, como el uso masivo de ordenadores en casa y la irrupción de internet en los años 90, que constituyen un hito importante de la evolución de la IA, siguiéndole la creación de otras máquinas de IA como la famosa «*Roomba*» en 2002, la conocidísima «*Siri*» en el año 2011 o los revolucionarios primeros vehículos autónomos en 2018.

Por su parte, concretamente en el campo de la salud, encontramos máquinas de IA como las que enumeramos a continuación:

- Corti, creada en Copenhague, cuya finalidad es diagnosticar un ataque al corazón con el simple uso del teléfono móvil, salvándole la vida a muchas personas y evitando errores en el diagnóstico al no influir el factor humano de nerviosismo tanto por parte del paciente, como por parte del experto sanitario.
- RadIO, creada por el Gobierno de Moscú, que está disponible de forma gratuita, y se utiliza para la detección del cáncer de pulmón, caracterizándose por ser muy rápida al ser capaz de procesar las radiografías de toda la población de Moscú en 30 segundos⁹.
- Tubos de alimentación y monitores inteligentes, en ensayo clínico por la compañía Art Medical, dedicada a la creación de máquinas inteligentes para el campo de la salud, cuyo objetivo es evitar consecuencias fatales durante la hospitalización de un paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), como contraer una enfermedad nosocomial¹⁰, como la neumonía bilateral, que suele ser grave y cuyo desenlace podría ser incluso el fallecimiento del paciente, o la infección urinaria con el uso de una sonda urinaria.

Por tanto, la creación de máquinas de IA aplicada al campo de la salud es y será de gran ayuda, pudiendo agilizar el análisis de datos médicos y de las imágenes extraídas de la realización de las pruebas diagnósticas¹¹, derivando en la conclusión de un diagnóstico más rápido y efectivo, lo que evidentemente constituye una ventaja a la hora de resolver ciertas patologías, reduciéndose así, por ejemplo, las tasas de fallecimiento por cáncer al no haber podido ser detectado de forma precoz.

Igualmente, en el caso de futuras pandemias, sería posible analizar más rápidamente el agente o agentes patógenos que generen la enfermedad en el ser humano, obteniendo más información en menor tiempo, y alcanzando así soluciones como el fármaco necesario para la cura de la enfermedad o la vacuna para su prevención.

9 ANGULO, Susana: *4 ejemplos de Inteligencia Artificial para la medicina, Apps y Software*, Enter.co, 2018. <https://www.enter.co/chips-bits/apps-software/ejemplos-inteligencia-artificial-salud/>

10 PUJOL, Miquel y LIMÓN, Enric: *Epidemiología general de las infecciones nosocomiales. Sistemas y Programas de Vigilancia. «Enfermedades infecciosas y Microbiología Clínica»*, Elsevier Doyma. 2013, 31(2), pp. 108-113. Ambos autores ofrecen una definición de la infección nosocomial: «*Las infecciones nosocomiales (del latín nosocomial, «hospital») son infecciones adquiridas durante la estancia en un hospital y que no estaban presentes ni en el periodo de incubación ni en el momento del ingreso del paciente»*.

11 Por ejemplo, las imágenes de una ecografía o una Resonancia Magnética.

3. Ramas y clasificación de los sistemas de IA

A pesar de la importancia que merece la delimitación del concepto de IA, no carece de trascendencia para producir una regulación normativa adecuada las ramas de los sistemas de IA y su clasificación.

En primer lugar, debemos mencionar que existen dos ramas en los sistemas de IA con aplicaciones en el campo de la salud:

- *Machine Learning*: se trata de sistemas que cuentan con una serie de datos que analiza creando sus propias reglas, y, por consiguiente, pueden tomar decisiones.
- Un ejemplo de sistema de IA de la rama *Machine Learning* en el campo de la Salud es MoCo, siglas que responden a la denominación inglesa *Momentum Contrast*, que ha sido desarrollada por Facebook AI junto a *NYU Langone Health's Predictive Analytics Unit and Department of Radiology*; se encarga de analizar los datos clínicos, como las imágenes obtenidas mediante radiografías de tórax, para predecir en qué casos los pacientes tendrán más riesgo de deterioro si contrajese la enfermedad del COVID-19¹².
- *Deep Learning*: se trata de imitar el proceso de aprendizaje del ser humano para extraer conocimientos mediante el uso de redes neuronales.
- Por su parte, un ejemplo de modelo de *Deep Learning* es MONAI, *Medical Open For AI*, siendo esta una red neuronal cuya finalidad es detectar lesiones pulmonares mediante imágenes en 3D obtenidas de las tomografías computarizadas producidas por la enfermedad del COVID-19, y es de carácter gratuito.

Por su parte, en cuanto a la clasificación, fue en enero de 2020 cuando se propuso la primera clasificación de los sistemas de IA aplicados a la Salud, siendo emitida por investigadores de la Universidad de Sevilla y el Joint Research Centre de la Comisión Europea, que proponen dos tipos de clasificación, según el nivel de disponibilidad de la tecnología, y según las implicaciones éticas y sociales¹³.

Respecto a la primera escala denominada «*Nivel de Disponibilidad de la Tecnología (NDT)*» existen nueve niveles desde el estado desconocido hasta la disponibilidad para el público general:

«NDT 0. Estado desconocido. No se considera factible de acuerdo con las referencias.

NDT 1. Estado desconocido. Se considera factible de acuerdo con referencias relacionadas o indirectas.

NDT 2. Idea general o básica propuesta públicamente.

NDT 3. Convocatorias abiertas para financiación pública de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i)

NDT 4. Resultados de proyectos parciales o académicos divulgados

NDT 5. Primeros diseños del producto divulgados

NDT 6. Prototipo operacional o 'primer caso' divulgado

12 GONZÁLEZ, Yoel y VARONA, Beatriz: *Inteligencia Artificial y aplicaciones en Salud*, TECHEDGE, 2021. <https://www.techedgegroup.com/es/blog/inteligencia-artificial-aplicaciones-en-salud>

13 GÓMEZ-GONZÁLEZ, Emilio, GÓMEZ, Emilia y MARQUEZ-RIVAS, Javier: *Inteligencia Artificial en Medicina y Salud: revisión y clasificación de las aplicaciones actuales y del futuro cercano y su impacto ético y social*, Centro de Estudios Avanzados del Joint Research Centre (JRC) de la Comisión Europea, Proyecto HUMAINT, 2020.

- NDT 7. Producto divulgado pero no disponible.
 NDT 8. Disponible para ciertos usuarios (p.ej., profesionales).
 NDT 9. Disponible para el público»¹⁴.

Respecto a la segunda escala, se analizan las implicaciones y posibles impactos sociales y éticos de los sistemas de IA, dividiéndose en tres clases:

- G1: Se incluyen los aspectos relacionados con los sistemas de IA que ya están siendo revisados y analizados, como la privacidad de los datos, la responsabilidad cuando incurra en error en el funcionamiento o provoque un accidente el sistema de IA, el impacto en la empleabilidad y la creación de nuevos puestos de trabajo, los beneficios de las aplicaciones en la salud de las personas, la seguridad y fiabilidad de los mismos y el control de dichos sistemas.
- G2: Se tratan temas relevantes de los sistemas de IA aplicados a la salud donde se encuadrarían la calidad de datos con el ánimo de evitar sesgos y, por consiguiente, fallos en los sistemas, el posible favorecimiento de la desigualdad si no fuera posible tener acceso a los avances en Medicina a través de los sistemas de IA, el poder explicar y entender los sistemas de IA por el ser humano, la empatía con la que podría contar el sistema de IA para ayudar al ser humano a tomar decisiones tan importantes, sobre la vida o la muerte, así como el debate sobre el armamento robótico.
- G3: Se encuadran asuntos trascendentales pero que apenas son analizados cuando hablamos de sistemas de IA aplicados a la salud como el creciente riesgo de bioterrorismo, los robots biológicos y la búsqueda de la inmortalidad en el hombre, así como la detección precoz de problemas mentales que eviten el suicidio, que es una de las principales causas de muerte no naturales en España, y que generan gran preocupación.

Se desprende de dichas clasificaciones que se trata de un aspecto relevante al determinar y analizar los posibles riesgos del uso de los sistemas de Inteligencia Artificial, que podría ser útil para la construcción de un marco ético y normativo.

4. La relevancia de los sistemas de IA para las Instituciones Públicas, y especialmente para la Organización Mundial de la Salud (OMS)

Tanto es el interés por la IA en el campo de la Medicina y la Salud que la OMS ha publicado recientemente su primer informe mundial sobre la Inteligencia Artificial aplicada a la salud, puesto que, aunque represente grandes ventajas y oportunidades, lo cierto es que su uso indiscriminado y sin mecanismos de control podría amenazar la salud y la integridad física de las personas, así como sus libertades y derechos fundamentales, destacando en este estudio la prohibición de la discriminación, el derecho fundamental a la protección de datos, a la privacidad y la intimidad, así como el derecho de acceso equitativo al sistema sanitario y a las nuevas tecnologías que forman y formarán parte del entramado de sistemas de IA tanto actuales como futuros.

14 GÓMEZ-GONZÁLEZ, Emilio, GÓMEZ, Emilia y MARQUEZ-RIVAS, Javier: *Inteligencia Artificial en Medicina y Salud: revisión y clasificación de las aplicaciones actuales y del futuro cercano y su impacto ético y social*, Centro de Estudios Avanzados del Joint Research Centre (JRC) de la Comisión Europea, Proyecto HUMAINT, 2020.

Por tanto, la finalidad principal es aprovechar al máximo las ventajas que implica la utilización de los sistemas de IA, a la vez que se minimizan los serios riesgos que su uso podría desencadenar. Es por ello que la OMS establece seis principios rectores sobre la IA aplicada a la Salud¹⁵.

5. Los seis principios sobre la Inteligencia Artificial aplicada a la Salud según la Organización Mundial de la Salud

Primero. Preservar la autonomía del ser humano.

Segundo. Promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público.

Tercero. Garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad.

Cuarto. Promover la responsabilidad y la rendición de cuentas.

Quinto. Garantizar la inclusividad y la equidad.

Sexto. Promover una Inteligencia Artificial con capacidad de respuesta y sostenible.

Una vez enumerados los principios, en los siguientes apartados, vamos a pasar a analizar cada uno de ellos:

5.1. Preservar la autonomía del ser humano

La preservación de la autonomía del ser humano significa que en lo que se refiere a salud, las personas tenemos derecho a decidir sobre nuestro cuerpo en el marco de la asistencia sanitaria, debiendo reforzarse el mismo cuando concurren sistemas de IA.

El derecho a la autonomía del paciente se encuentra recogido dentro de la normativa española, concretamente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica, siendo definida por el Tribunal Supremo (TS) en uno de sus pronunciamientos, concretamente en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, N.º 3/2001, de 12 de enero. ECLI:ES:TS:2001:74 del siguiente modo: «*Manifestación del derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y, en consecuencia, a la autodisposición sobre el propio cuerpo*».

Por lo tanto, a pesar de los nuevos avances protagonizados por la IA, la persona sigue teniendo la capacidad de decidir sobre lo que atiene a su salud, debiendo salvaguardar la confidencialidad de sus datos médicos, que como detallaremos en los párrafos siguientes, se garantizan con una protección reforzada tanto en 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 los 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), como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantía de derechos digitales; en ambos instrumentos normativos se definen en el artículo 9 como datos especiales, regulándose así un tratamiento específico de dichos datos.

15 Informe Mundial sobre Inteligencia Artificial aplicada a la salud y seis principios rectores relativos a su concepción y utilización de la Organización Mundial de la Salud, 2022. <https://www.who.int/es/news/item/28-06-2021-who-issues-first-global-report-on-ai-in-health-and-six-guiding-principles-for-its-design-and-use>.

En cualquier caso, y dejando a un lado por el momento el derecho a la protección de datos y a la confidencialidad, para garantizar los derechos a la autonomía del paciente se debe garantizar a su vez el derecho a la información de los sistemas de IA, así como de las decisiones que se derivan de su funcionamiento; para ello se debe formar a los profesionales sanitarios sobre el funcionamiento de la tecnología en cuestión que utilicen, así como sobre su papel para transmitir la información de manera reforzada.

Por tanto, es indudable que la irrupción de las nuevas tecnologías en el campo de la salud producirán profundas transformaciones en la relación médico-paciente, surgiendo asimismo la necesidad de crear Códigos de Conducta de acuerdo con el artículo 69 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de fecha 21 de abril de 2021, que establece las directrices relacionadas con los mismos, entre ellas, la necesidad de que tanto la Comisión Europea como los Estados Miembros (EEMM) fomenten su elaboración para que se garantice la utilización de los sistemas de IA de acuerdo con la finalidad prevista.

Por último, cabe destacar que al mismo tiempo que se debe conservar el poder de decisión de los seres humanos, se debe preservar el principio de supervisión humana de los sistemas de Inteligencia Artificial, denominado gobernanza de la autonomía, así como la capacidad de desviarse de la decisión elegida por la máquina. En otras palabras, los usuarios de los sistemas sanitarios de salud, ya sea público o privado, deben saber cuándo están interactuando con una máquina, y se debe ofrecer la posibilidad de interactuar con la misma o con un profesional sanitario.

5.2. Promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público

Son evidentes las ventajas de la IA desde el punto de vista del interés público, puesto que el avance en la creación y mejora de los sistemas de IA se traduce y traducirá en la obtención de soluciones más fáciles y eficaces de las que ya nos beneficiamos a día de hoy, y nos beneficiaremos en el futuro, tanto desde el punto de vista individual como colectivo.

Sin embargo, como se establece en el informe oficial de la OMS, el objetivo principal de este principio es garantizar que los diseñadores de los sistemas de IA cumplan una serie de requisitos normativos desde el punto de vista de la precisión, seguridad y eficacia, delimitando con claridad cual es el uso del sistema e instrucciones sobre su funcionamiento, implementándose asimismo medidas de control de calidad, mantenimiento y perfeccionamiento.

De igual manera, a partir de la creación de aplicaciones de rastreo durante el COVID-19, así como de la utilización de robots quirúrgicos en la práctica médica, vamos a pasar a analizar algunos de los riesgos propios de la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial:

El DataCOVID19 se trata de una aplicación que fue aprobada por el Ministerio de Sanidad mediante la Orden SND/299/2020, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo objetivo era la contención de la pandemia; se encargaba básicamente de la geolocalización de los infectados por la enfermedad según el posicionamiento de sus terminales móviles, que proporcionaba información importante

sobre aspectos relacionados con las áreas con mayor número de incidencia o con mayor afluencia, así como las zonas con menos recursos sanitarios.

De acuerdo con lo descrito, la aplicación facilitaba información útil a las instituciones públicas para tomar las medidas necesarias en la lucha contra la epidemia. Sin embargo, este tipo de aplicaciones también constituye una amenaza para los derechos del ser humano, entre ellos, el derecho a la intimidad y a la protección de datos recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española (CE), pues permitía a los poderes públicos el acceso a la localización de los individuos, pudiendo producirse su vulneración si se realizaba un uso indebido no relacionado con la contención de la pandemia del COVID-19.

Por su parte, la UE también impulsó una aplicación de rastreo única a nivel europeo, denominada PPEP-PT (Pan-Europea Privacy-Preserving Proximity Tracing), cuya finalidad era el intercambio de datos, siempre y cuando se preservara la intimidad (datos anónimos), entre los EEMM de la UE.

De igual manera, y dado el riesgo de vulneración del derecho a la protección de datos de los europeos por el uso de dichas aplicaciones, el Comité Europeo de Protección de Datos emitió las Directrices 04/2020, sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, adoptadas el 21 de abril de 2020, estableciendo que el uso de las aplicaciones de rastreo debía ser voluntario con la obligación de solicitar el consentimiento previo por parte de los individuos que la utilicen, debiendo llevarse a cabo un tratamiento de datos anonimizados preferentemente, con una delimitación clara de la finalidad del tratamiento de los datos, excluyéndose cualquier fin que no fuera la contención de la pandemia del COVID-19, y limitándose el mismo conforme a los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad¹⁶.

Para la protección del derecho a la confidencialidad de datos relativos a la salud, la Comisión Europea presentó el pasado día 3 de mayo de 2022 un Reglamento para crear el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EEDS)¹⁷ cuya finalidad es permitir a las personas, y en particular, a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) a controlar sus datos sanitarios tanto dentro como fuera de sus fronteras, y crear y promover un marco normativo adecuado para el uso de datos sanitarios en el área de investigación e innovación, así como por parte de las instituciones públicas y empresas privadas, siempre respetándose la regulación normativa de protección de datos de la UE, que es tajante y estricta con el uso y tratamiento de los datos sanitarios.

El EEDS se inicia según la UE una vez se ha demostrado tras la pandemia del COVID-19 la trascendencia de los servicios digitales en el área sanitaria, por lo que el uso de los sistemas de IA, plenamente regulado y con la garantía de protección de derechos fundamentales, supondría grandes ventajas de cara tanto a una futura pandemia, así como a la mejora de la asistencia sanitaria en general, pues se permitiría el traspaso de fronteras de los datos sanitarios y el acceso a los investigadores de infinidad de información relacionada con la salud que podría agilizar tanto el estudio de una enfermedad concreta como su posible evolución en los seres humanos; en definitiva, con la obtención y el uso de dichos datos de una manera controlada, se podría alcanzar una capacidad de respuesta más rápida y eficaz.

16 https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_es.pdf

17 El EEDS se define como un «ecosistema específico para la salud formado por reglas, normas y prácticas comunes», relacionadas con la protección de datos. https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_es

En relación con el *Big Data*, que es un sistema útil y complementario para la creación y mantenimiento de los sistemas de IA, su utilización también supone un desafío, puesto que como señaló Elena Gil González en el Blog online *Legal Today* en el año 2016¹⁸, «*El Big Data amenaza la normativa de protección de datos, debido a diversos motivos*», puesto que el conocido proceso de anonimización que exige el Reglamento General de Protección de Datos Europeo, así como nuestra normativa nacional, se ve limitado al conseguirse la reidentificación de los individuos, cometiéndose así la vulneración del derecho fundamental, siendo lógico que el uso de cantidades ingentes de datos provoque lo que podríamos denominar más «*fugas*» de identificación de datos de un sujeto en particular, y, por tanto, mayor infracción de la normativa.

Es la probabilidad de que se produzcan mayores fugas de datos la que nos lleva a reforzar la garantía de la protección de datos, debiendo los responsables del tratamiento de datos incrementar su proactividad respecto al cumplimiento de la normativa con la creación e implementación de herramientas eficaces, siendo útil la utilización de la tecnología Blockchain, que se encarga de registrar la información de manera descentralizada aumentando la seguridad de los datos.

Por otra parte, en la actualidad ya se están utilizando robots quirúrgicos, así como de acompañamiento¹⁹, que requieren para su funcionamiento de instrucciones por parte del ser humano; sin embargo, la innovación tecnológica que se está desarrollando se va a caracterizar por una mayor autonomía por parte de este tipo de sistemas de IA, por lo que serán más difíciles de controlar y se elevará la posibilidad de accidentes o fallas en los sistemas.

Lo citado despierta una serie de cuestiones éticas que hace imprescindible dictar una serie de principios básicos para que los sistemas de IA, entre ellos los robots, sean confiables, siendo transcendental para la protección del ser humano cumplir con las «*Leyes de la Robótica*» establecidas por el escritor de ciencia ficción Isaac Asimov en su novela «*Círculo Vicioso*», publicada en el año 1942:

«1. Un robot no dañará a un humano o por no realizar una acción permitirá que el humano sufra daño alguno.

2. Cumplir las órdenes impartidas por un humano es el deber principal de un robot, menos las que entren en conflicto con la primera ley.

Es necesario que el robot proteja su existencia, pero sin que entre en conflicto con la primera o la segunda ley dicha protección».

De igual modo, Isaac Asimov añade en una obra posterior —«*Robots e Imperio*»— una cuarta norma: «*La Ley Cero de la Robótica*», que determina que «*un robot no podrá realizar acción alguna, ni por inacción, tampoco permitirá que otro realice una acción que perjudique a los seres humanos, aunque entre en conflicto con las otras tres leyes*».

Por consiguiente, y en aras de proteger al ser humano, así como sus libertades y derechos fundamentales, la UE ha lanzado tres principios básicos respecto a los sistemas de IA, que se encuentran recogidos en la Guía Ética para una IA confiable (*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*)²⁰:

18 GIL GONZÁLEZ, Elena: «¿Qué es el big data y por qué debe interesarme si soy abogado?», *Legal Today por y para profesionales del Derecho*, 2016, versión online. <https://www.legal-today.com/practica-juridica/derecho-civil/nuevas-tecnologias-civil/que-es-el-big-data-y-por-que-debe-interesarme-si-soy-abogado-2016-10-18/>

19 Un ejemplo es Pillo, que está entrenado para ofrecer la medicación correcta al ser humano, y es capaz de conservarla y reconocer a la persona.

20 <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ai-ethics-guidelines.pdf>

- El primero indica que se debe garantizar que los sistemas de Inteligencia Artificial deben estar centrados en el ser humano, programados con valores sociales y éticos, así como con el conocimiento de los derechos fundamentales que se le reconocen al ser humano.
- El segundo señala que, para realizar las evaluaciones de control de los sistemas de IA, se debe confiar en los valores sociales, principios éticos y en los derechos fundamentales, y prestar especial atención a colectivos vulnerables, como niños, ancianos o discapacitados.
- El tercero determinar que hay que tener en cuenta que los sistemas de IA tienen y tendrán un gran impacto positivo en la vida de las personas, pero este también podría ser negativo, como en el caso de que se produzca una falla en el sistema, o desaparezcan puestos de trabajo que puedan realizar dichos sistemas de un modo más rápido y a un menor coste.

5.3. Garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad

Dentro del principio de garantía de la transparencia, claridad e Inteligibilidad, que propone la OMS, se extrae que uno de objetivos principales que deben regir en las instituciones tanto nacionales como internacionales es generar confianza en las tecnologías de IA, debiendo facilitarse un documento o informe que explique la finalidad y los usos de la tecnología en cuestión.

De hecho, Blanca Escribano, la responsable del área de Derecho Digital en EY en un debate organizado por el Confidencial y la mercantil, denominado «*Retos Jurídicos de la Inteligencia Artificial en el Sector de la Salud*» celebrado el pasado día 23 de marzo de 2022, señaló que «*para que la inteligencia artificial pueda aportar al sector salud todos sus beneficios, es muy importante que sea confiable desde un punto de vista ético y legal, pero sin comprometer su desarrollo tecnológico. Es fundamental el desarrollo de una regulación que pueda garantizar un nivel de confianza suficiente*»²¹.

Se habla de ética y valores en el uso de la IA porque lo que se pretende es garantizar la seguridad, transparencia y responsabilidad de los creadores de sistemas de IA, debiendo ser configurados, sobre todo los que cuenten con mayor autonomía, con valores éticos y principios morales que dirijan su comportamiento, respetando los derechos y libertades fundamentales, y con la preparación previa de mecanismos de control por el ser humano como aspecto clave para evitar que el sistema tome decisiones autónomas que pudieran atentar contra el ser humano.

De modo que, a mayor autonomía en los sistemas de IA y robóticos, más crece la necesidad de dotar de un código moral²² que evite comportamientos que impliquen un riesgo tanto para los derechos de los seres humanos como incluso para la integridad física de las personas.

Por consiguiente, todas y cada una de las legislaciones del mundo deben atender a la ética para regular una normativa que no solo se limite a recoger las consecuencias

21 LÓPEZ, Jaime: «Ética legal y puntera: cómo aplicar la inteligencia artificial para mejorar la salud de los pacientes», *El Confidencial*, 2022 https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-03-23/salud-inteligencia-artificial-pacientes-bra_3395345/.

22 PALMERINI, Erica: El robot en la escena jurídica. «Robótica y derecho: sugerencias, conclusiones, evoluciones en el marco de una investigación europea», *Revista de Derecho Privado*, n.º 32, enero-junio 2017, p. 53 a 97.

de un posible daño provocado por un sistema de IA, sino incluso construcción de todo un marco normativo para prevenir o evitar dicho daño, como la prohibición del armamento robótico, o los también llamados «robots asesinos», pues en la actualidad es un tema preocupante sobre todo si tenemos en cuenta que ya existen sistemas robóticos de este tipo, entre ellos Atlas o FEDOR que, aunque están entrenados para ser robots de rescate, lo cierto es que se ha reconocido por los científicos que han participado en su creación que le han enseñado a disparar armas, lo que podría constituir un gran peligro para el ser humano.

Por este motivo Amnistía Internacional y varias ONG internacionales coordinadas por el Observatorio de Derechos Humanos están trabajando en un tratado internacional que sea vinculante para evitarlo.

En igual sentido ocurriría con las llamadas armas biológicas, que constituyen un impacto negativo y devastador de forma intencionada en la salud de las personas, así como desde el punto de vista de la asistencia sanitaria prestada, llegando incluso a colapsarlo²³, pues utilizan organismos como bacterias, virus, toxinas, etc., para provocar enfermedades e incluso matar toda clase de seres vivos, personas, animales y plantas; esto complica aún más la lucha contra las enfermedades existentes, pudiendo ser más agresivo y dificultando altamente su forma de controlarlo, así como el diagnóstico y tratamiento de las mismas.

Los avances tecnológicos elevan la posibilidad de crear armas biológicas más potentes y letales, constituyendo una gran preocupación entre los expertos, pues como se explica por la Dra. María Obdulia Benítez Pérez, en colaboración con otros expertos, en su artículo «*La guerra biológica: un desafío de la humanidad*» publicado en el año presente: «*los agentes biológicos pueden ser utilizados como un tipo de arma para generar daños a la población mundial en la llamada guerra biológica, y a la vez constituir un elemento principal en el bioterrorismo*»²⁴.

Este tipo de armas no son algo novedoso puesto que a lo largo de la historia se han utilizado en diversas ocasiones con fines bélicos, criminales o terroristas, siendo alguno de los ejemplos los que exponemos a continuación:

- La Peste fue utilizada como arma biológica por las tropas rusas en el año 1710 para atacar la ciudad de Tallin, que en ese año estaba en manos de los suecos, infectando a sus ciudadanos y provocando su fallecimiento.
- Durante la primera Guerra Mundial, el ejército alemán infectó a animales del ejército de Estados Unidos (EEUU), entre ellos caballos, mediante ántrax y muermo.
- En el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, Japón lanzó bombas de cristal con pulsas infectadas con la peste.
- En 2001 se perpetraron ataques con carbunco que iba impregnado en las cartas, provocando el fallecimiento de varias personas, entre ellas, empleados postales.

23 No olvidemos que, aunque el virus del COVID-19 no se trate de un agente patógeno creado por el ser humano, durante los meses de marzo a junio de 2020, el sistema sanitario español y la gran mayoría de los sistemas sanitarios internacionales estuvieron colapsados por el gran número de enfermos contagiados por la enfermedad generada por el virus del COVID-19 que precisaban de asistencia médica y hospitalización.

24 BENÍTEZ PÉREZ, María Obdulia, ARTILES JIMÉNEZ, Edelys, VICTORES MOYA, Jorge Alain; REYES ROQUE, Ania Cecilia, GÓMEZ PACHECO, Reinaldo y CALDERÓN MEDINA, Néstor: «La guerra biológica: un desafío para la humanidad», *Archivo Médico Camagüey*, artículo de revisión, vol. 22, núm. 5, 2022, versión online.

De modo que, para evitar este tipo de situaciones, se deben crear instrumentos legislativos vinculantes a nivel mundial, con el apoyo de la creación de Códigos de Conducta y Deontológicos tanto para la creación, el mantenimiento y el uso de los sistemas de IA.

En suma, y de acuerdo con todo lo expuesto, lo verdaderamente importante es que la innovación tecnológica vaya acompañada de la ética, siendo importante un trabajo conjunto entre los expertos de su creación, juristas, filósofos, instituciones públicas, y, en definitiva, una colaboración multidisciplinar para prevenir accidentes o fallas por parte de los sistemas de IA, así como su uso ilícito y contrario a las libertades y derechos fundamentales.

5.4. Promover la responsabilidad y la rendición de cuentas

El principio que ahora nos ocupa está estrechamente relacionado con el principio anterior —garantizar de la transparencia, claridad e Inteligibilidad— y el siguiente —garantizar la inclusividad y la equidad—, puesto que existe la posibilidad de que los sistemas de IA, a pesar de todas las ventajas con las que cuenta, incurra en errores y fallos, surgiendo por tanto la necesidad de crear o adaptar los mecanismos de reparación existentes para los casos en que se materialicen daños y perjuicios en la salud de los individuos, o vulneración a las libertades y derechos fundamentales que tiene reconocidos.

De hecho, ya existen estudios por parte de la FDA que han reportado los fallos provocados por robots sanitarios, y aunque el porcentaje sea mínimo, en torno al 0,6% de los procedimientos por distintas causas, como quemaduras o fallos en el control, en definitiva, se producen y no podemos ignorarlos.

Asimismo, cabe señalar que, tal y como manifestó Doña Esther Monterroso Casado, Profesora titular de Derecho Civil en la Universidad a Distancia de Madrid, en una conferencia sobre IA y Responsabilidad Civil, que tuvo lugar el 14 de julio de 2021, «*a mayor número de robots en funcionamiento más posibilidades de que causen accidentes*»²⁵.

De modo que la posibilidad de que los sistemas de IA incurran en fallos, unido al aumento progresivo en número de dichos sistemas en nuestro día a día, hace sumamente transcendental responder a la pregunta sobre quién es el sujeto responsable en caso de que se produzca una falla en el sistema o un accidente derivado del uso de los sistemas de IA.

Sin embargo, esta no es una respuesta sencilla, debiendo identificar en primer lugar cuál es la causa del daño para delimitar al sujeto o sujetos responsables, que en el ámbito asistencial podría ser el personal sanitario, el desarrollador, diseñador o encargado del mantenimiento y actualización del sistema de IA, o el centro sanitario donde se utiliza la tecnología de IA.

Un ejemplo real relacionado con un accidente producido durante una intervención quirúrgica en la que se utilizó un robot quirúrgico fue el caso *McCalla v. Intuitive Surgical*, litigio que tuvo lugar en EEUU por el fallecimiento de una paciente que se sometió a una histerectomía radical laparoscópica con el robot quirúrgico Da Vinci, que provocó quemaduras graves causando, entre otros daños, una isquemia intestinal incompatible con la vida.

25 Conferencia de la Universidad a Distancia de Madrid de 14 de julio de 2021 por parte de Doña Esther Monterroso: «Inteligencia Artificial y responsabilidad civil». <https://www.udima.es/es/Inteligencia-artificial-responsabilidad-civil>

En dicho caso, se declaró la responsabilidad del cirujano al ser el encargado de controlar el robot y tratarse de una cirugía con un porcentaje muy bajo de complicaciones (5 %), por lo que se consideró que existía nexo de causalidad entre el daño sufrido (fallecimiento) y la actuación del profesional sanitario, aplicándose la Doctrina del Daño Desproporcionado al producirse la muerte de la paciente por las lesiones derivadas de una intervención quirúrgica, que se caracteriza por tener una mínima probabilidad de sufrir complicaciones.

En un caso como el citado en España, que aún no existen antecedentes judiciales relacionados con el uso de sistemas robóticos, en primer lugar, tendríamos la problemática de discernir si era un fallo del propio sistema de IA o del cirujano que lo controlaba, aplicándose una normativa diferente en cada supuesto, salvo que se apruebe una específica en el futuro:

En la actualidad, se aplicaría el marco jurídico de responsabilidad por productos defectuosos dispuesto en el Libro III del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDU), así como los marcos jurídicos generales: régimen general de responsabilidad contractual y extracontractual obrante en el Código Civil.

- En el primer caso, cuando se trate de un fallo del propio sistema, se aplicaría el régimen de responsabilidad por productos defectuosos recogido TRLGDCU.
- En el segundo caso, se trataría de la responsabilidad del médico por infracción de la *lex artis* o servicio defectuoso, debiendo diferenciar en España entre profesionales del servicio sanitario público y privado:
 1. En el supuesto de que se trate de un facultativo del servicio sanitario público, se aplicaría el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (artículos 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen del Sector Público) o el régimen penal.
 2. En el supuesto de que se trate de un facultativo que presta sus servicios en centros sanitarios privados, se aplicaría el régimen de responsabilidad civil dispuesto en el artículo 1902 de la CC²⁶.

En cualquier caso, y con independencia del régimen aplicable, en ambos casos es imprescindible que concurren en términos generales y de forma abreviada los siguientes elementos: daño antijurídico, nexo de causalidad e infracción de la *lex artis*.

Del mismo modo, la resolución del caso en el ámbito de la medicina aún se complica más por la existencia de jurisprudencia y doctrina aplicables: Doctrina del Daño Desproporcionado²⁷, Doctrina de la Prohibición de Regreso²⁸, Pérdida de Oportunidad²⁹ o Balance Riesgo-Beneficio, entre otras.

26 Artículo 1902 CC: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

27 La Doctrina del Daño Desproporcionado se aplica cuando un acto médico produce un resultado lesivo anormal (no descrito, no esperable, extraño), insólito e inusualmente grave que solo se explica con un actuar negligente, siempre y cuando no sea un riesgo típico de un procedimiento asistencial.

28 Según el Tribunal Supremo, determina la «*improcedencia de reproches asistenciales que se fundan en el análisis retrospectivo de la asistencia médica a partir del resultado luego conocido*», e impide enjuiciar o valorar la actuación médica objeto de la reclamación «*a partir del resultado final*».

29 Privación de una expectativa, mejora o beneficio (cierta y real) por culpa de la actuación u omisión sanitaria. Piénsese en aquellos casos en los que se debió realizar una prueba

No obstante, la existencia de normativa aplicable no implica que sea suficiente en la actualidad para dar una respuesta completa y efectiva, por lo que supone un riesgo a nivel global, emitiéndose por parte de la UE la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, robótica y las tecnologías conexas³⁰, el Reglamento sobre principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, así como una Propuesta del Reglamento Europeo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de Inteligencia Artificial³¹.

Las resoluciones y propuestas citadas parten de la base de que deben ser responsables aquellos que hayan creado, controlen o exploten el sistema de IA, y considera absolutamente trascendental que sea posible la identificación del agente causante del daño para evitar la indefensión de la persona perjudicada y garantizar la seguridad jurídica desde el punto de vista del consumidor de dichas tecnologías.

Como solución, ante el interrogante planteado que va a surgir evidentemente en el futuro en múltiples ocasiones, los expertos han propuesto la introducción de la llamada «*caja negra ética*» o «*White boxes*», cuya función es similar a las cajas negras de los aviones, que nos informan sobre el fallo —humano o no— que ha llevado al accidente aéreo, facilitando en el caso del sistema de IA una explicación del motivo o motivos por el que se ha producido el error o accidente en el sistema de IA, facilitándose así la identificación del responsable.

Asimismo, se propone desde la instancia europea diferenciar entre la IA de riesgo alto frente a la de riesgo normal, apuntando que en el primero de los casos el régimen de responsabilidad debería ser objetivo, así como la obligación de su aseguramiento.

Por ende, se trataría de dos regímenes de responsabilidad claramente diferenciados:

- Responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo, que implica que el operador en cuestión no podrá eludir su responsabilidad alegando que actuó con la diligencia debida, o que el accidente se produjo como consecuencia de la propia autonomía de la máquina. Se requiere a su vez la creación de una lista con la enumeración de sistemas de alto riesgo con la novedad de diferenciar entre categorías de daños, por un lado, personales y de la salud, y, por otro lado, morales y materiales, con la consiguiente fijación de una indemnización máxima.
- Régimen de responsabilidad subjetiva de los sistemas de IA de riesgo normal, o al menos que no se califiquen como de alto riesgo. Se trata del tradicional riesgo por culpa o negligencia por lo que, a diferencia del supuesto anterior, si el operador u operadores demuestran que actuaron con la diligencia debida no se considerará responsable.

Por último, también hace referencia a la responsabilidad civil en caso de pluralidad de operadores para que en un futuro sea posible la aplicación de la responsabilidad

diagnóstica, se demoró una intervención quirúrgica o un diagnóstico por no atender a los síntomas existentes o por no interpretar correctamente los hallazgos de una prueba diagnóstica.

30 Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el marco de aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y tecnologías conexas (2020/2012/INL). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0186_ES.html#top

31 Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen civil en materia de Inteligencia Artificial (2020/2014/INL). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1

solidaria y de la responsabilidad derivada de actos negligentes concurrentes de dos o más operadores, o incluso del propio afectado por el sistema de IA.

En definitiva, debido al aumento vertiginoso de nuevas tecnologías necesitamos de un régimen de responsabilidad civil que sea capaz de dar una respuesta completa y eficaz ante la producción de daños en los que hayan participado sistemas de IA, debiendo adaptarse a las características específicas y particulares de dichos sistemas.

5.5. Garantizar la inclusividad y equidad

En primer lugar, cabe destacar, como bien es conocido para cualquier jurista, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que prohíbe cualquier tipo de discriminación: *«Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía»*.

Por su parte, el artículo 25 de la DUDH establece el derecho a la salud del siguiente modo: *«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad»*.

Dicha asociación de derechos significa que todos tenemos derecho a un acceso equitativo a los sistemas de asistencia sanitaria, debiendo garantizarlo así los poderes públicos, impidiendo cualquier tipo de discriminación; en consecuencia, toda tecnología e innovación aplicada a la salud debe permitir asimismo el acceso equitativo de toda persona debiendo garantizarse en la medida de lo posible tanto a nivel europeo como nacional.

De hecho, en España se ha puesto en marcha una estrategia Nacional, España Digital 2025, presentada en julio de 2020, respondiendo al compromiso con la Estrategia IA para Europa del año 2018 y el Plan Coordinado de la IA 2019-2027, que pretende impulsar, entre otras cosas, la IA, siendo uno de los objetivos estratégicos el de *«potenciar la IA inclusiva y sostenible, como vector transversal para afrontar los grandes desafíos de nuestra sociedad, específicamente para reducir la brecha de género, la brecha digital, apoyar la transición ecológica y la vertebración territorial»*, y añadiéndose como Eje estratégico el de promover e impulsar la integración de los sistemas de IA en los servicios públicos, entre ellos, el sanitario, todo ello en beneficio de la ciudadanía³².

De igual modo, es transcendental tomar medidas para evitar que los sistemas de IA tomen decisiones discriminatorias o arbitrarias, pues del mismo modo que surgen sesgos humanos en la práctica clínica y asistencial, los sesgos en los sistemas de

32 Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, versión 1.0, del año 2020, emitida por el Gobierno de España.
<https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIAResumen2B.pdf>

IA pueden ser similares puesto que se alimentan de bases de datos humanas cuyo conocimiento puede estar limitado.

En este sentido debemos reseñar que la historia nos ha demostrado que han existido grandes distancias de género en el estudio de la salud, apuntando la Dra. Janine Austin Clayton, Directora asociada de investigación sobre la salud de la mujer de los Institutos Nacionales de Salud (NIH) de los Estados Unidos, en una edición del *New York Times* emitida en el año 2015, que tenemos un menor conocimiento científico sobre la salud de la mujer al no haberse realizado las mismas investigaciones que se llevaban a cabo en hombres o por el simple hecho de no incluirla en la muestra, siendo el resultado de acuerdo con las propias palabras de la Dra. Austin el siguiente: «*Literalmente, sabemos menos sobre todos los aspectos de la biología femenina en comparación con la biología masculina*»³³.

Esto nos lleva a la conclusión de que se han realizado menos estudios sobre el género femenino por lo que irremediablemente se han obtenido un menor número de datos relacionados con la salud de la mujer, lo que se podría traducir en un aumento de riesgos relacionados con los sesgos del conocimiento científico al que tenemos acceso en la actualidad, generándose una clara situación de discriminación.

Por su parte, y con anterioridad, el Grupo de Trabajo sobre la Salud de la Mujer del Servicio de la Salud Pública de EEUU ya se pronunció al respecto advirtiendo sobre la ausencia de conocimiento científico de las mujeres, por lo que se vería comprometida la calidad de la asistencia a las mismas.

Por todo ello, es evidente que para evitar situaciones de discriminación asociadas con el uso de sistemas de IA se deben recopilar datos e información sin ningún tipo de exclusión, no solo de género, sino también de raza, etnia o edad, pues un fallo en el ámbito sanitario puede tener un impacto altamente perjudicial en la vida de las personas afectadas.

De igual manera, otras de las soluciones propuestas para evitar decisiones sesgadas en el ámbito de la salud es perfeccionar los sistemas de IA para que el facultativo responsable de un caso clínico tenga conocimiento del proceso que ha llevado a cabo el sistema para tomar una decisión, lo que disminuiría errores en el campo de la medicina asistencial y daría una mayor confianza al profesional sanitario.

Un ejemplo de ello fue el modelo algorítmico que se estuvo estudiando para predecir el riesgo de muerte de los pacientes tras el sufrimiento de una neumonía, así como qué pacientes debían ser hospitalizados y cuales no; sin embargo, el sistema calificó a los pacientes que padecían de asma como un signo de menor riesgo de muerte, siendo este un sesgo del sistema algorítmico puesto que en los supuestos en que los pacientes asmáticos presentaban sintomatología de neumonía eran inmediatamente hospitalizados en la UCI lo que ya reducía en sí el riesgo de muerte de dichos paciente³⁴.

33 JACKSON, Gabrielle: «The Female problem: how male bias in medical trials ruined women's health: Centuries of female exclusion has meant women's diseases are often missed, misdiagnosed or remain a total mystery», *The Guardian*, 2019. Versión online. <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2019/nov/13/the-female-problem-male-bias-in-medical-trials>.

34 CARUANA R., LOU Y., GEHRKE J., KOCH P, STURM M. y ELHADAD N.: *Intelligible Models for HealthCare: Predicting Pneumonia Risk and Hospital 30-day Readmission*. In: *Proceedings of the 21th, ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining*. New York, USA, 2015.

5.6. Promover una Inteligencia Artificial con capacidad de respuesta y sostenible

Estrechamente relacionado con principio anterior, los operadores de sistemas de IA deberán evaluar constantemente aquellos que hayan creado, controlen o exploten para evitar precisamente los posibles sesgos algorítmicos, con la consiguiente garantía de alcanzar respuestas adecuadas.

De igual manera, dado que lógicamente el desarrollo de nuevos sistemas de IA requieren de una ingente cantidad energética con el consiguiente menoscabo al medio ambiente, se deben reducir en lo posible dicho efecto negativo e incluso utilizarlo como mecanismo para alcanzar las metas de la Agenda de Desarrollo 2030 de la ONU, que es, tal y como lo definen, «*un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia*»³⁵. Dicha Agenda cuenta con 17 objetivos que están estrechamente vinculados con el medioambiente, así como la lucha contra la discriminación y la salud.

Veamos el caso del COVID-19: se trata de una enfermedad zoonótica, es decir, que se transmite de animales a personas, afirmando expertos científicos que, aunque se trata de una enfermedad típica en animales, ha saltado a los humanos por la pérdida de biodiversidad que exige la búsqueda de nuevos huéspedes ante la desaparición de los erradicados.

Pero es que el SARS-CoV-2 no es el primero de los casos puesto que existen otros ejemplos de virus que se relacionan con la pérdida de la biodiversidad, y que se desplazan desde sus huéspedes tradicionales a nuevos huéspedes humanos; en otras palabras, existen antecedentes, pero con un impacto más limitado, entre ellos, el MERS-COV en Oriente Medio en 2012, virus que migró de camellos a humanos, o el SARS en China en 2012, que es el claro antecedente del COVID-19.

En definitiva, en los últimos años se ha producido un aumento progresivo de enfermedades zoonóticas que daría lugar al COVID-19 relacionado con la pérdida de la biodiversidad y el cambio climático de origen antrópico, es decir, humano, lo que nos lleva a concluir que la expansión humana hace desaparecer los ecosistemas que contienen el virus, desplazándose a huéspedes humanos, emergiendo las enfermedades infecciosas que alcanzan el 50 % en la actualidad.

En la misma medida tenderán a sobrevivir menos gérmenes, pero los que existan se caracterizarán por su mayor expresión y letalidad, denominándose por expertos científicos como supergérmenes.

Por consiguiente, la promoción de sistemas de IA para facilitar la vida del ser humano será inútil si acabamos con el mundo tal y como lo conocemos, y todos los avances en el ámbito sanitario para mejorar la calidad de vida de las personas y para la prevención de las futuras pandemias podría ser en vano si seguimos contribuyendo a su desaparición, pudiendo envolver a la Humanidad en una especie de círculo vicioso que desembocaría en la desaparición de la especie humana y del mundo.

Por todo ello, y siendo un gran desafío, *a priori* se deben reforzar las políticas medioambientales en lo relativo al uso de los sistemas de IA, disminuyendo el coste energético.

35 Agenda 2030 para el desarrollo sostenible emitida por la Asamblea General de la ONU en 2015.
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

6. Conclusiones

De acuerdo con todo lo expuesto, podemos afirmar que los sistemas de IA son creados para mejorar y facilitar nuestras vidas, siendo conscientes de las potenciales ventajas de dichos sistemas, sobre todo tras la irrupción del COVID-19, que ha generado una pandemia global de fuerte impacto, suscitándose al mismo tiempo múltiples debates a nivel jurídico, sanitario, económico y social.

Sin embargo, a pesar de los actuales y posibles beneficios futuros, la innovación tecnológica genera una gran preocupación en los expertos, e incluso auténticos detractores, entre los que se encuentra el conocidísimo Bill Gates, cofundador de Microsoft, que señala que los sistemas inteligentes se deben tratar con responsabilidad para evitar los peligros que pueden acontecer en el futuro.

Del mismo modo, Steve Wozniak considera que la humanidad podría acabar bajo el sometimiento de los sistemas de IA dado que su evolución está llevando y llevará a la creación de máquinas más rápidas y eficientes³⁶.

Por su parte, el grandísimo Stephen Hawking, reconoció ante la BBC en 2014 las grandes ventajas que podría reportar la IA al ser humano, pero también advertía sobre sus grandes riesgos, siendo sus palabras textuales las siguientes: «*El desarrollo de una inteligencia artificial completa podría significar el fin de la raza humana*»; «*Los humanos, que somos seres limitados por nuestra lenta evolución biológica, no podremos competir con las máquinas y seremos superados por ellas*»³⁷.

Lo importante, según Hawking, es tomar el tema con seriedad y desarrollar programas de control eficaces y eficientes sobre cualquier sistema de IA, debiendo crearse todo un marco ético y normativo de control en cuanto a su puesta en marcha, atendiendo a la función preventiva, así como de reparación en caso de accidentes derivados de la utilización de los mismos.

7. Bibliografía

AIZENBERG, Marisa; GARCÍA GILI, Sol: «Inteligencia artificial al servicio de la salud: su impacto en el acceso a las vacunas», *Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, Núm. 18, 2021.

ÁVILA TOMÁS, José Francisco, MAYER-PUJADAS, Miguel Ángel y QUESADA-VARELA, Víctor Julio: «La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina II: importancia actual y aplicaciones prácticas», *Revista de Atención primaria*, núm. 53, 2021, versión *online*.

CASCÓ-KATCHADOURIAN, Jesús-Daniel: «Tecnologías para luchar contra la pandemia COVID-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad», *Profesional de la información*, núm. 29, 2020.

36 El cofundador de Apple, experto en el campo de la tecnología y referente en la materia, manifestó en una Conferencia en Austin, Texas, con respecto a los sistemas de Inteligencia Artificial que «*van a ser más inteligentes que nosotros y si son más inteligentes que nosotros, entonces se darán cuenta que no nos necesitan*», añadiendo que es «*nuestra mayor amenaza existencial*». <https://www.heraldobinario.com.mx/tendencias/2021/8/11/asi-sera-el-futuro-segun-steve-wozniak-cofundador-de-apple-6270.html>

37 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43415617>

- GARCÍA CASTILLO, Zoraida:** «Los paradigmas jurídicos frente a la convergencia de otras ciencias en el quehacer judicial», *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 49, 2016, versión *online*.
- HERRERO GONZÁLEZ, Antonio:** «El valor de los datos y su aplicabilidad en el Sector Sanitario», *Revista española de medicina nuclear e imagen molecular*, núm. 41, 2022, versión *online*.
- LÓPEZ, Jaime:** «Ética legal y puntera: cómo aplicar la inteligencia artificial para mejorar la salud de los pacientes», *El Confidencial*, 2022, versión *online*.
- MÁRQUEZ DÍAZ, Jairo:** «Inteligencia Artificial y Big Data como soluciones frente a la COVID-19», *Revista Bioética y Derecho*, núm. 50, 2020, versión *online*.
- MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen y ORTEGA RAMÍREZ, Juan A.:** «La COVID-19 y los desafíos de la vigilancia digital para los derechos humanos: a propósito de la app DataCOVID prevista en la Orden Ministerial SND/29/2020, de 27 de marzo», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 50, 2020, versión *online*.
- MARTÍNEZ BAHENA, Goretty Carolina:** «La Inteligencia Artificial y su aplicación al campo del Derecho», *Alegatos Revistas*, núm. 82, 2012, versión *online*.
- MARTÍNEZ ELEBI, Carolina:** «La inteligencia artificial aplicada a la salud. Luces y sombras», *Nueva Sociedad*, núm. 294, 2022, versión *online*.
- NARVÁEZ LÓPEZ, Camilo:** «La Inteligencia Artificial entre la culpa, la responsabilidad objetiva y la responsabilidad absoluta en los sistemas jurídicos del derecho continental y anglosajón», en *Derecho y Nuevas Tecnologías: El Impacto de una Nueva Era*, Editorial Jurídica Themis, 2019.
- RODRÍGUEZ, Ignacio; RODRÍGUEZ, José-Víctor:** *Tecnologías digitales disruptivas aplicadas a la gestión de la pandemia por COVID-19: Un análisis a través de la producción científica*, UMA Editorial. 2022.
- ROMEÓ, Carlos:** *Informe Anticipando Inteligencia Artificial en Salud: Retos éticos y legales*, Observatorio de tendencias en la medicina del futuro, Instituto Roche, 2020.
- TAPIA HERMIDA, Alberto J.:** «La responsabilidad civil derivada del uso de la Inteligencia Artificial y su aseguramiento», *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y seguro*, núm. 76, 2020, versión *online*.
- URIBARRI GONZÁLEZ, Alberto:** Paradigma en sentido lato y en sentido kuhniano, «Inteligencia Artificial, cambio de paradigma y cambio epistemológico», *ResearchGate*, 2020, versión *online*.

ALTERNATIVA A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN INSTRUMENTOS FINANCIEROS: REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Alejandro Araque García

*Becario de Inicio a la Investigación en Derecho Civil
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Supuesto de hecho: ¿vicio del consentimiento o incumplimiento contractual en productos financieros? 2. Elementos detallados de los casos. 2.1. Productos financieros complejos. 2.2. Deberes de información. 2.3. Regulación nacional y comunitaria. 2.4. Resolución judicial: error vicio del consentimiento vs. incumplimiento contractual. 2.5. Dies a quo de la acción. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Actualmente, y desde inicios de siglo, se ha dado una creciente comercialización de productos financieros fruto de la construcción, consolidación y desarrollo progresivo del mercado único europeo y, concretamente, del mercado único financiero. Por ello, desde las instituciones comunitarias se ha advertido la necesidad de proteger a las partes más débiles en estas relaciones de inversión: los pequeños inversores o inversores minoristas, que sufren una verdadera asimetría informativa respecto no solo a las empresas comercializadoras de estos productos, sino también de los llamados inversores profesionales, quienes cuentan con la presunción de los conocimientos y experiencia necesarios para desenvolverse en este mercado.

Dentro de toda la regulación que integra este sistema de tutela de los inversores, destaca la normativa *MiFID*, que ha venido a consolidar unos estándares de información bastante exigentes y, además, es objeto de una continua actualización, en paralelo al también continuo desarrollo y evolución de los mercados financieros y sus posibilidades de inversión.

Sin embargo, basándonos en la jurisprudencia de la última década especialmente, comprobamos cómo esos deberes legales de información son incumplidos o cumplidos negligentemente, provocando un desconocimiento general de los inversores de lo que están contratando. Concretamente, los riesgos asociados al producto contra-

tado, que se traducen en grandes pérdidas de dinero, fruto de la alta volatilidad de los productos contratados, pero que en el momento de contratar eran ignorados por estos inversores minoristas precisamente por ese déficit informativo.

Ante esta situación, algunos deciden acudir a los tribunales y podríamos distinguir dos líneas de ataque: bien la de anulación, bien la del resarcimiento por incumplimiento. Aquella, como consecuencia de un error vicio del consentimiento provocado por la omisión de los deberes de información exigibles; y esta, por el incumplimiento de unos deberes que se integran en el contenido del contrato y que el Tribunal Supremo fundamenta en sede contractual.

Sin embargo, lejos de parecer una solución sencilla, se abren nuevos interrogantes con las sentencias de casación, ya que, no queda muy claro el *dies a quo* reconocido por el Alto Tribunal, que parece contradecir el tenor literal del Código. Y, además, se hace necesario estudiar esos deberes de información, origen fundamental de esta variedad de casos, pero que se han visto multiplicados en las normas que los desarrollan, fundamentalmente comunitarias.

Por tanto, desarrollando el supuesto de hecho que se desprende de esta reciente jurisprudencia, pasaremos a estudiar los principales productos financieros «involucrados» en estos casos, así como el deber de información en nuestro ordenamiento, influido, sin lugar a dudas, por el cada vez más profuso ordenamiento comunitario. Por último, nos referiremos brevemente a las soluciones dadas por la jurisprudencia a los inversores que acudieron a la justicia para reclamar sus cuantiosas pérdidas, así como al problema del *dies a quo* de la acción de anulación del art. 1301 CC.

1. Supuesto de hecho: ¿vicio del consentimiento o incumplimiento contractual en productos financieros?

El origen del este estudio se encuentra en el planteamiento por el profesor RODRÍGUEZ ROSADO de una serie de cuestiones surgidas a la luz de una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) desde principios de la década pasada, carentes, *a priori*, de una respuesta directa, y que intentaré desgranar someramente, para proceder a analizarlas en los apartados siguientes¹. Jurisprudencia, por otra parte, que se origina por la comercialización por distintos bancos de una serie de instrumentos (productos) financieros a inversores minoristas desde principios de siglo, con una alta complejidad por sus riesgos asociados a la contratación y la posible pérdida parcial o total de la cantidad invertida.

1 Disponible en: <https://almacenederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-un-supuesto-de-responsabilidad-precontractual-sin-nulidad> [Última consulta 8/junio/2022]. También otros profesores han planteado la cuestión, aunque parcialmente, incidiendo solo en algunos de sus puntos, como CARRASCO PERERA, Á. en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/nulidad-o-resolucion-contractual-como-remedios-en-el-incumplimiento-de-deberes-de-informacion-en-compra-de-productos-financieros.pdf> [Última consulta 8/junio/2022] o desarrollándola, como PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756), Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 106, 2018, pp. 103-115; o DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.D.: «Comercialización de productos financieros complejos: responsabilidad por omisión de los deberes conductuales derivados de la buena fe», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 26, 2021, pp. 81-105.

Ante la venta de este tipo de productos sin haber proporcionado la información legal debida antes de la formalización del contrato, el argumento principal objetado por los inversores fue la existencia de error vicio en el consentimiento para lograr la anulabilidad de los contratos. En su defecto, la vía fue la del resarcimiento de daños y perjuicios. Dos alternativas que, se puede afirmar, ya constituyen doctrina jurisprudencial consolidada².

Tanto error como daño provocado encuentran su origen en el incumplimiento o cumplimiento negligente de los deberes de información que les correspondía realizar a las entidades comercializadoras de estos productos, siendo clave para identificar los deberes exigibles la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 840/2013, de 20 enero 2014, ECLI:ES:TS:2014:354, que recoge la interpretación de «asesoramiento» del Caso Genil, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 30 mayo 2013 (ECLI:EU:C:2013:344, C—604/2011), sentando doctrina sobre su apreciación³. De esta manera, el «asesoramiento» no dependerá de la naturaleza del instrumento financiero, sino de la forma en que este es ofrecido por la entidad financiera al cliente o posible cliente, excluyendo los productos divulgados exclusivamente a través de canales de distribución o destinados al público. Asesoramiento, por tanto, como determinante de los deberes de información legales que pesan sobre las entidades comercializadoras de este tipo de instrumentos financieros y que las sentencias posteriores, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 677/2016, de 16 de noviembre 2016, ECLI:ES:TS:2016:5109⁴, procederán a *contractualizar* recurriendo al art. 1101 CC, o utilizarán como prueba de la excusabilidad del error apreciado⁵.

Dos vías, por tanto, para canalizar estos casos. Y, sin duda, la del error, como argumento principal de las demandas para solicitar la declaración judicial de nulidad o, mejor, de anulabilidad⁶. La posibilidad de nulidad de pleno derecho ex art. 6.3 CC, ha sido descartada por nuestra jurisprudencia pues:

-
- 2 Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 303/2019, 28 mayo, ECLI:ECLI:ES:TS:2019:1719, con cita, en su FJ 2.º, de otras sentencias que respaldan esta afirmación: 479/2016, de 13 julio; 491/2017, de 13 septiembre (Pleno); 172/2018, de 23 marzo; y 62/2019, de 31 enero.
 - 3 A través del texto de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, tomando la definición de asesoramiento del art. 4.1.4.º, completada con el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE, de 10 de agosto, y las normas de conducta para la prestación de los servicios de inversión de su art. 19, concluye el TJUE (pfos. 49 y ss.) que el hecho de «ofrecer un contrato de permuta a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que dicho cliente ha suscrito es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, de manera que le corresponde la evaluación del art. 19.4 (actual test de idoneidad)».
 - 4 El caso trata de la comercialización de una serie de participaciones preferentes respecto a las que el TS reconoce la indemnización del cliente minorista por el incumplimiento de los deberes del test de idoneidad y de información.
 - 5 Debemos tener en cuenta que, como señala el TJUE en el caso Costeja respecto a estos deberes legales de información, la Directiva 2004/39 (entonces vigente), solo establece sanciones administrativas, por lo que, ante la carencia de consecuencias en materia de responsabilidad contractual o extracontractual por el incumplimiento o cumplimiento negligente de los deberes de información, se remite a las disposiciones de derecho interno, a apreciar por el juez nacional, respetando siempre los principios de equivalencia y equidad.
 - 6 Creo necesaria la precisión terminológica porque el mismo tenor literal del Código da lugar a confusión (cfr. Díez-PICAZO, L. & GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tomo I, Tecnos, Madrid, 2012). También recoge este matiz la Sentencia del Tribunal Supremo 644/2014, de 12 noviembre, ECLI:ES:TS:2014:4440.

«Aquellos deberes [de información] no son normas que prohíban un determinado contenido contractual, sino normas que tratan de incidir en la correcta formación de voluntad, por lo tanto la contravención de estos deberes no supone traspasar los límites de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 [CC] [...]. Además, [esto] traería un indeseable automatismo, en virtud del cual, la omisión de la información o de la evaluación requerida en la forma prevista comportaría la ineficacia del contrato, con independencia de la trascendencia que hubiera tenido dicha omisión en la correcta formación de voluntad»⁷.

También ha sido rechazada la opción de apreciar la nulidad ex art. 1261 CC, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo N.º 489/2015, de 16 septiembre, ECLI:ECLI:ES:TS:2015:4004, que alude al pronunciamiento de la Audiencia Provincial, estimándolo correcto, en favor de la anulabilidad y no de la nulidad, por cuanto el consentimiento no es inexistente, sino viciado, pudiendo el contrato confirmarse expresa o tácitamente, y deviniendo inatacable.

Un gran problema surge por el limitado plazo en el que puede ejercitarse esta acción de anulabilidad, cuatro años (art.1301 CC), pero especialmente por el cómputo inicial de la caducidad del mismo, esto es, la consumación del contrato, según el tenor literal del Código. En los casos analizados, en un primer momento los bancos explicaban las pérdidas periódicas como elemento normal en la vida de estos instrumentos financieros de alta volatilidad. No obstante, cuando dichas cuantías seguían aumentando, en detrimento del patrimonio del inversor, este se decidía a resolver el contrato o a reclamar la cuantía invertida, descubriendo que los términos contractuales se lo impedían. Sin embargo, el TS, a través sus Sentencias N.º 840/2013, de 12 de enero 2014, ECLI:ES:TS:2014:354, y 489/2015, de 16 de septiembre 2015, ECLI:ECLI:ES:TS:2015:4004, acogiendo una interpretación claramente favorable para el inversor, modula el sentido literal del Código, en favor de una visión más práctica, acorde con el espíritu y finalidad de la norma, según afirma. No obstante, en la Sentencia del Tribunal Supremo 19 febrero 2018 (ECLI:ECLI:ES:TS:2015:4004) se matiza esta jurisprudencia como respuesta a una posible interpretación desfavorable para los inversores, como desarrollaremos en el apartado oportuno.

Por tanto, mismo supuesto de hecho, con dos vías posibles de solución, normalmente solicitadas subsidiariamente. Sin embargo, en ningún momento se menciona la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*), cuando los supuestos de hecho encuadran perfectamente en la tercera categoría que se distingue doctrinalmente y que, además, permite aportar una solución particular a los casos. Quizás la reticencia a su uso se deba a su falta de positivación en nuestro Código, hecho este que no debería constituir un impedimento⁸.

2. Elementos detallados de los casos

Del caso construido en el apartado anterior he extraído una serie de elementos que creo necesario analizar para, así, poder aproximarnos a los productos financieros complejos que han sido ofertados por la práctica totalidad de los bancos. Además, haré especial hincapié al derecho de información de los adquirentes de dichos pro-

7 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Las consecuencias del incumplimiento...», *op. cit.*, cita en p. 111.

8 En otros ordenamientos, como el alemán (BGB), sí se cuenta con una regulación positiva de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*). También instrumentos comunitarios, como el art.12 del Reglamento 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio (Roma II), recogen esta categoría.

ductos, siendo clave la aprobación de la Directiva *MiFid* en 2004 para su mayor concreción⁹; y algunos argumentos jurídicos de los casos estudiados: el error vicio del consentimiento o el incumplimiento de los deberes de información ya mencionados, además de la cuestión del *dies a quo* de la acción de anulabilidad.

2.1. Productos financieros complejos

El origen de los casos que llegaron en casación al TS es el mismo: instrumentos o productos financieros complejos ofrecidos a inversores minoristas. La clasificación de este tipo de instrumentos se recogía en el art. 79 bis 8 a) II de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, en sentido negativo, es decir, por la exclusión de aquellos que no fueran complejos. Solo se negaba dicho carácter expresamente a:

«i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas; ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley [relativo a, entre otros, contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo, contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas liquidables, contratos financieros por diferencias, derivados para la transferencia del riesgo de crédito, etc]».

En idéntico sentido, el hoy vigente art. 217 del RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante TRLMV), recoge los instrumentos financieros no complejos, con algunas exclusiones en su apartado tercero, prácticamente iguales a las recogidas en el texto anterior:

«1. A efectos de lo previsto en este capítulo, tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos los siguientes: a) Las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país o en un SMN, cuando se trate de acciones en sociedades, y excluidas las acciones en instituciones de inversión colectiva distintas de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) y las acciones que incorporen derivados. b) Los instrumentos del mercado monetario. Quedan excluidos los que incluyan derivados o incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos

9 Por sus siglas en inglés, *Markets in Financial Instruments Directive*). Según exponen LÓPEZ ALONSO, L. & GUILLÉN MONGE, P.: «Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión», *Actualidad Civil*, n.º 4, 2017, pp. 51-61, esta normativa tuvo de relevante especialmente la clasificación de clientes, productos, tipos de servicios prestados y consecuencias del incumplimiento de los deberes de conducta e información. En cuanto a la clasificación de clientes, una vez transpuesta la Directiva, el art. 78 bis LMV obligaba a las empresas a clasificar a sus clientes entre profesionales y minorista, como «eje sobre el que se estructuraron las obligaciones de conducta e información para garantizar que el nivel de protección proporcionado se ajustase a las características del inversor» (p.4). La clasificación de productos la veremos más adelante, pero, adelantamos, que el art. 79 bis 8 recogía una lista de características que debían reunir para que fueran clasificados como no complejos. Por último, y, sin perjuicio del posterior desarrollo que haremos, la Directiva y la LMV recogían un deber de información que dependía de si el cliente se encontraba en una relación de asesoramiento o no. Respecto a las consecuencias del incumplimiento de estos deberes, exclusivamente se preveían sanciones administrativas, debiendo recurrir a los ordenamientos nacionales para abordar esta respuesta. En nuestro caso, desde la perspectiva del error o del incumplimiento de deberes contractuales, según ha reconocido el Tribunal Supremo.

en que incurre. c) Las obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, admitidas a negociación en un mercado regulado, en un mercado equivalente de un tercer país según lo dispuesto en la letra a), o en un SMN, excluidas las que incorporen derivados o incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en que incurre. d) Las participaciones y acciones en OICVM, excluidos los OICVM estructurados contemplados en el artículo 36.1, párrafo segundo, del Reglamento (UE) n.º 583/2010. e) Los depósitos estructurados, excluidos aquellos que incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en que incurre, en lo que respecta al rendimiento o al coste de salida del producto antes de su vencimiento. 2. Además de los instrumentos previstos en el apartado anterior, tendrán también la consideración de instrumentos financieros no complejos, aquellos en los que concurren las condiciones establecidas en el artículo 57 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016. 3. A efectos de lo previsto en este capítulo, **no se** considerarán instrumentos financieros no complejos: a) Los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas. b) Los instrumentos financieros señalados en los apartados d) a k) del Anexo. c) Los instrumentos financieros de deuda recogidos en el Anexo.a).2.º) que a su vez sean pasivos admisibles para la recapitalización interna de acuerdo con lo establecido en la sección 4.ª del capítulo VI de la Ley 11/2015, de 18 de junio».

Respecto al Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, su art. 57 dispone como instrumentos financieros no complejos, en remisión a la Directiva 2014/65/UE, los que cumplan los siguientes criterios:

«a) no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, punto 44, letra c), o en el anexo I, sección C, puntos 4 a 11, de la Directiva 2014/65/UE; b) existen frecuentes posibilidades de vender dicho instrumento, obtener su reembolso o realizarlo de algún otro modo a precios públicamente disponibles para los participantes en el mercado y que son precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; c) no implica responsabilidad real o potencial alguna para el cliente que exceda del coste de adquisición del instrumento; d) no incorpora una cláusula, condición o evento desencadenante que pueda modificar sustancialmente la naturaleza o el riesgo de la inversión o el perfil de pagos, como las inversiones que incorporan un derecho a convertir el instrumento en una inversión distinta; e) no incluye gastos de salida explícitos o implícitos que tengan por efecto convertir la inversión en ilíquida aun cuando existan posibilidades técnicamente frecuentes de venderla, obtener su reembolso o realizarla de algún otro modo; f) existe información a disposición del público sobre sus características suficientemente completa y que puede entenderse fácilmente, de modo que el cliente minorista medio pueda formarse un juicio informado sobre la oportunidad de realizar una operación con ese instrumento».

Una vez vista la clasificación legal, pasamos a lo que podríamos denominar clasificación de la oferta de las entidades comercializadoras de estos productos. Sin duda, podemos afirmar que hay una cierta heterogeneidad de productos, pero, por la concreción de este análisis, nos limitaremos a estudiar algunos de los más frecuentes, para aproximarnos a la complejidad de su naturaleza, efectos, alcance e hipotéticos beneficios¹⁰. De esta manera, podrá mejor entenderse la fundamentación de los

10 Para un análisis pormenorizado de los distintos modos de clasificar un producto financiero y sus principales características los encontramos en la monografía genérica de

casos, bien como la excusabilidad del error por parte del receptor de los productos, bien como incumplimiento de los deberes de información por parte del oferente de los mismos.

Analizaremos las siguientes figuras, al ser las más frecuentes en las sentencias analizadas: bonos, depósitos estructurados, participaciones preferentes, deuda subordinada y la permuta financiera (o *swap*):

- a) Bonos auto cancelables: el que podríamos considerar como producto central de los casos, el bono, en principio no es un instrumento complejo, por cuanto es un valor mobiliario de renta fija similar a las obligaciones, pero con menor plazo de vida, que suele oscilar entre dos y treinta años¹¹. Su complejidad inherente procede de la característica que acompaña al simple bono, esto es, la posibilidad de cancelación anticipada, muchas veces desconocida por los adquirentes, además de otros términos del contrato, como la vinculación de la rentabilidad del bono a la evolución de una cartera de acciones o la imposibilidad de recuperar el capital invertido por no estar garantizado por el Fondo de Garantías de Depósitos. Características, todas ellas, que hacen que el perfil de riesgo al que se deben orientar estos productos sea alto, exigiendo cierta experiencia y conocimiento de inversión previos, por su elevada volatilidad y riesgo de recuperación del capital.
- b) Depósitos estructurados: constituyen en la combinación de un depósito bancario y un producto de inversión, de manera que se unen dos o más productos financieros en una sola estructura, formada normalmente por un producto de renta fija y otro, u otros, derivados¹². Se trata de productos de alto riesgo ya que su capital no está garantizado completamente, pudiendo perfectamente obtener pérdidas y ningún beneficio, ya que el hecho de que exista en elemento (producto derivado) de rentabilidad variable impide garantizar o asegurar rentabilidad alguna. El hecho de que suelen tener un plazo más largo

TARANGO, J.P.: *Productos y servicios financieros y de seguros básicos*, Cano Pina, Ediciones Ceysa, Barcelona, 2012; y el Capítulo II de AGUILAR GUALDA, S.: *Problemática actual de los productos financieros complejos: especial referencia a la nulidad por incumplimiento contractual del empresario: a la luz de la jurisprudencia del TS y el TJUE*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2019.

- 11 Las obligaciones son valores mobiliarios que representan una parte proporcional de un empréstito, comprometiéndose la entidad emisora a retribuir a los tenedores de las mismas con un interés, fijo o variable, y a la devolución del capital aportado en la fecha de vencimiento establecida.
- 12 <https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Estructurados.aspx> [última consulta 2/8/2022]. No obstante, en <https://www.bankinter.com/blog/mercados/depositos-estructurados-que-son> [última consulta 2/8/2022], encontramos otra definición, quizás más concreta para la práctica habitual, de «depósito estructurado», como aquella opción más ventajosa para muchos pequeños ahorradores que «tampoco tienen ganas de aventuras con sus ahorros», definiéndolos como «depósitos con un plazo de tiempo determinado, en los que la rentabilidad está vinculada a la evolución de uno o varios índices bursátiles, de la cotización de un grupo de acciones, o de cualquier otro activo (el subyacente)». En https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/cuentasdepositos/depositosplazo/guia-textual/modalidades/Depositos_estructurados.html? [última consulta 2/8/2022], también se recoge esta definición, como «depósito a plazo determinado (contrato principal), con un rendimiento (en todo o en parte) vinculado a la evolución de un determinado índice o referencia variable, bursátil o no (derivado implícito)». En esta página se subraya la obligación de los bancos de «informar de manera específica y diferenciada sobre las condiciones de estos depósitos, extremando la diligencia para que el cliente comprenda lo que está contratando».

de lo habitual aumenta el riesgo, al que se suma el alto coste de cancelación anticipada, si es que existe esa posibilidad¹³.

- c) Participaciones preferentes: según la CNMV, son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, tienen carácter perpetuo (aunque pueden amortizarse tras cinco años, previa autorización del Banco de España) y sin que su rentabilidad, por lo general variable, esté garantizada¹⁴. Esta es la característica principal que hace que sea un producto de riesgo elevado, así como la posibilidad implícita de perder la cantidad invertida total o parcialmente por el adquirente. A raíz de su comercialización masiva en las pasadas dos décadas y de su reclamación en los tribunales, ha sido un producto muy conocido, siendo su regulación apuntalada con recomendaciones de entidades como la CNMV, el Banco de España o el FROB, si bien ya desde la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, se recogían cautelas y requisitos relativos a las participaciones preferentes, especialmente en la Disposición Adicional segunda^{15 16}.

13 DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.D.: «Comercialización de productos financieros...», *op. cit.*, cita en p. 84.

14 https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf [Última consulta 27/5/2022].

15 Señala AGUILAR GUALDA, S.: *Problemática actual de los...*, *óp. cit.*, cita en p.85, que la mayoría de sentencias relativas a las participaciones preferentes se pronunciaron en el sentido de declarar la nulidad por vicio en el consentimiento de este tipo de contratos *ex arts. 1265 y 1266 CC.*

16 DA 2.º: 1. Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta Ley tendrán que cumplir los siguientes requisitos: a) Ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes. b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. c) Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien: i) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo. ii) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto. En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable. La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreesimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se

d) Deuda subordinada: muy similar a las obligaciones, en cuanto a su natura-

establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz. d) No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión. e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. f) Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. g) Cotizar en mercados secundarios organizados. h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación de acuerdo con la letra c) anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotaparticipes. i) En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal. Reglamentariamente se precisarán los supuestos desencadenantes de tales mecanismos y las condiciones específicas de los mismos. j) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 por ciento. k) La oferta pública de venta ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a 50, y sin que sea de aplicación a este supuesto lo previsto en el artículo 78 bis. 3. e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. l) En el caso de emisiones de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del artículo 495 de la Ley de Sociedades de Capital, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 100.000 euros y en el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 25.000 euros. 2. El régimen fiscal de las participaciones preferentes emitidas en las condiciones establecidas en el apartado anterior será el siguiente: a) La remuneración a que se refiere la letra c) del apartado anterior tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora. b) Las rentas derivadas de las participaciones preferentes se calificarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. c) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial, no estarán sometidos a retención alguna los rendimientos generados por el depósito de los recursos obtenidos en la entidad de crédito dominante, siendo de aplicación en su caso, la exención establecida en la letra f) del apartado 1 del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del

leza, son títulos de renta fija con una rentabilidad elevada asociada a un también elevado riesgo, que se explica por la baja liquidez asociada en caso de quiebra o concurso de acreedores del emisor, ya que su tenedor se sitúa en la preferencia de cobro detrás de los acreedores, no garantizándose tampoco la suma invertida por el Fondo de Garantía de Depósitos, sino exclusivamente por la entidad emisora. Por tanto, solo los socios estarían detrás de los tenedores de este instrumento financiero en el caso de concurso de acreedores, ex art. 281 RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal¹⁷. La regulación de las obligaciones

Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo. d) Las rentas derivadas de las participaciones preferentes obtenidas por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente estarán exentas de dicho impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo. e) Las operaciones derivadas de la emisión de participaciones preferentes estarán exentas de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 3. La entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito tendrá la obligación de informar a la Administración tributaria y a las instituciones encargadas de la supervisión financiera, en la forma en que reglamentariamente se establezca, de las actividades realizadas por las filiales a que se refiere la letra a) del apartado 1 de esta Disposición adicional y de la identidad de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, que sean titulares de los valores emitidos por aquéllas, así como los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que obtengan rentas procedentes de tales valores mediante establecimiento permanente situado en territorio español. 4. Lo dispuesto en esta Disposición adicional será igualmente aplicable en los supuestos en los que la entidad dominante a que se refiere la letra a) de su apartado 1 sea una entidad que se rija por el derecho de otro Estado. 5. El régimen previsto en los apartados 2 y 3 de esta Disposición será también aplicable a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas por entidades que cumplan los requisitos de la letra a) del apartado 1 y que coticen en mercados organizados. Además, en el caso de emisiones realizadas por una entidad filial su actividad u objeto exclusivo será la emisión de participaciones preferentes y/u otros instrumentos financieros y deberán cumplirse los requisitos de cotización en mercados organizados y de inversión en la entidad dominante que se establecen en las letras g) y b) de dicho apartado. Igualmente, resultará aplicable el citado régimen a los valores cotizados en mercados organizados y emitidos con cargo a fondos de titulización hipotecaria, regulados por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria y a fondos de titulización de activos regulados por la Disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero. 6. Lo dispuesto en esta Disposición adicional será aplicable, igualmente, a las participaciones preferentes o a otros instrumentos de deuda emitidos por entidades cotizadas que no sean de crédito o por una sociedad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la consideración de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad, directa o indirectamente, a entidades cotizadas que no sean de crédito. En estos casos, para proceder a la amortización anticipada no será necesaria la autorización prevista en la letra f) del apartado 1. 7. A las emisiones de instrumentos de deuda a las que se refieren los dos apartados precedentes no les será de aplicación la limitación impuesta, por razones de capital y de reservas, en los artículos 405 y 411 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ni en relación con la sociedad emisora ni con la sociedad dominante del grupo.

17 Son créditos subordinados: 1.º Los créditos que se clasifiquen como subordinados por la administración concursal por comunicación extemporánea, salvo que se trate de cré-

subordinadas, en paralelo a las participaciones preferentes, la encontramos también en la Ley 13/1985, de 25 de mayo y en el Real Decreto 1370/1985, de 1 de agosto.

- e) Permuta financiera o *swap*¹⁸: este producto financiero es «un acuerdo de intercambio financiero en el que una de las partes se compromete a pagar con una cierta periodicidad una serie de flujos monetarios a cambio de recibir otra serie de flujos de la otra parte. Estos flujos responden normalmente a un pago de intereses sobre el nominal del *swap*»¹⁹. Dentro de la generalidad de este instrumento, se pueden distinguir dos tipos: de intereses, que permuta flujos con diferentes tasas de rendimientos y en la misma moneda; y de divisas, que se diferencia por utilizar diferente moneda para el intercambio que se produce. Esto, junto a su carácter de derivado financiero o activo subyacente que hace depender su valor de cotización en el precio de otro activo, explica su naturaleza compleja. Normalmente se contratan para que el adquirente pueda protegerse de las subidas provocadas por el interés variable asociado a otro contrato (por ejemplo, un préstamo hipotecario), permitiéndole esta-

ditos de reconocimiento forzoso, o por las resoluciones judiciales que resuelvan los incidentes de impugnación de la lista de acreedores y por aquellas otras que atribuyan al crédito esa clasificación. 2.º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, incluidos los participativos. 3.º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. 4.º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias. 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley. 6.º Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. 7.º Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas, a cargo de la contraparte del concursado, o del acreedor, en caso de rehabilitación de contratos de financiación o de adquisición de bienes con precio aplazado, cuando el juez constata, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

- 18 Sobre este producto y su tratamiento por la jurisprudencia de la última década, *cfr.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos *swap*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2018, pp. 25-56. Es interesante la identificación de diez enseñanzas extraídas de esta jurisprudencia y que el autor pasa a analizar, ya que todas ellas aparecen en mayor o menor medida reflejadas en este análisis porque, como bien afirma el autor, son extrapolables a otros campos, como las «reglas generales de la contratación bancaria y asesoramiento financiero, supuestos de error en casos de omisión de deberes de información, doctrinal general sobre la confirmación de negocios aquejados por vicios de la voluntad o distinción entre la nulidad derivada de la abusividad de una cláusula y la que es resultado de un defecto de consentimiento», entre otros. A modo de resumen, las diez enseñanzas serían: (1) deberes específicos de información para las entidades financieras; (2) su incumplimiento no provoca directamente la nulidad; (3) la vía a la que el inversor suele recurrir es la anulabilidad por error en el consentimiento; (4) el error ha de recaer sobre las posibles liquidaciones negativas o los costes de cancelación; (5) el mero incumplimiento de los deberes de información constituye una presunción de error excusable del cliente; (6) presunción que no se aplica a clientes profesionales o a minoristas que tienen información efectiva de los riesgos; (7) ningún acto del cliente puede considerarse confirmación tácita mientras subsista el error; (8) si se demuestra que el banco informó, el cliente pierde el recurso; (9) también perderá si no plantea bien la casación; y (10) el cambio de doctrina respecto al *dies a quo*, que comenzará a correr cuando se consume el contrato (*vid. infra*).
- 19 AGUILAR GUALDA, S.: *Problemática actual de los... , óp. cit.*, cita en p. 44.

bilizar sus costes financieros²⁰. Al calcular el interés sobre el valor nominal, si se produce una subida del tipo referencial, incrementándose asimismo el coste financiero de las operaciones del pasivo del cliente, se cubre con un abono de la entidad bancaria; pero si baja dicho tipo de interés, el cliente abonará lo no devengado en su coste financiero. Por tanto, es un instrumento que permite una cierta previsión de estabilidad de los costes financieros²¹.

2.2. Deberes de información

Una vez abordados los instrumentos financieros en torno a los que giran los casos analizados, debemos aproximarnos a la naturaleza de los deberes de información y su regulación histórica y actual, cuya omisión o cumplimiento negligente constituye el eje principal de las demandas de los clientes minoristas, por lo que es de vital importancia conocer su idiosincrasia en el ordenamiento español y los medios de tutela a disposición de quien sufre su incumplimiento, culpable o negligente²².

Aquellos autores que directa o indirectamente han tratado el estudio de estos deberes precontractuales de información, coinciden en puntualizar, en primer lugar, la inexistencia de un precepto concreto en el Código Civil que a ellos se refiera²³. No obstante, se identifican dos fundamentos de estos deberes: jurídico y económico:

«Es necesario delimitar estos deberes, con su fundamento, presupuestos y límites para evitar que [...] se conviertan en un cauce que permita liberarse de los contratos que resultan comprometidos o más gravosos de lo esperado, inutilizando el corolario *pacta sunt servanda* en la práctica [...]. Cuanto más vagos sean éstos, más probabilidades hay de que se utilicen como justificación para decisiones judiciales inspiradas en criterios de equidad o justicia para cada caso concreto, imprevisibles y generadoras, por tanto, de una gran inseguridad jurídica»²⁴.

En primer lugar, en cuanto al fundamento jurídico, señala la autora que este apunta a la visión individualista romana sobre el contrato que se trasladó a los Códigos decimonónicos como acuerdo de voluntades libres en igualdad de condiciones. La infor-

20 Este será el origen del error que alegarán los demandantes frente a los bancos que les vendieron este tipo de producto y el argumento principal de los bancos para refutar la supuesta falta de información en la comercialización de los mismos: el hecho de que se trataba de un simple «seguro» de los tipos de interés.

21 No se trata de una cantidad real, sino del intercambio de cuotas de tipo de interés referencial a aplicar sobre esta cantidad (*vid.* AGUILAR GUALDA, S.: *Problemática actual de los...*, *op. cit.*).

22 Para un análisis detallado de estos deberes en relación a los productos financieros comercializados y que han sido objeto de numerosos pleitos, algunos de los cuales estamos analizando, cfr. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.D.: «Comercialización de productos financieros...», *op. cit.*

23 No obstante, señala GARCÍA RUBIO, M.P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, cita en p. 30, que desde hace dos décadas estamos asistiendo hacia un *establecimiento expreso de normas escritas de diverso alcance y contenido de un deber general de actuar de conformidad con la buena fe en la fase precontractual*, y ello porque, a su juicio, supone una de las preocupaciones más evidentes de nuestro tiempo.

24 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, cita en p. 15.

mación sería una tarea propia de cada contratante, por lo que solo indirectamente, a través de la vía de los vicios del consentimiento, se abordarían en el texto del Código los deberes de información. No obstante, también remarca cómo este vacío ha ido llenándose con una profusión de asilados deberes de información, hasta el punto de cuestionarse la posibilidad de que esta «regla-excepción» se haya tornado en un auténtico «deber general de información»²⁵.

Por otro lado, aunque en estrecha relación con lo anterior, algún autor ha llegado a apuntar a la existencia de un verdadero «neoformalismo contractual», fruto de la política comunitaria protectora de los consumidores²⁶. Su exégesis, pese a ser idéntica a la de los deberes legales de conducta, impide, no obstante, la identificación o confusión de figuras, por cuanto que la buena fe que fundamenta estos deberes de actuación trasciende el neoformalismo. Así, este neoformalismo se concebiría para relaciones contractuales cuyo arquetipo es el contrato de adhesión; mientras que los deberes legales de conducta, sin embargo, serían exigibles aun en relaciones contractuales en que las partes se situaran en una posición de igualdad.

Suele haber unanimidad en la doctrina en situar estos deberes protectores en nuestro Código en el principio general de la buena fe (art. 7.1 CC)²⁷, que:

«Plasma un criterio valorativo que puede servir tanto para la construcción de nuevas normas jurídicas, como para introducir ciertas alteraciones en las existentes, por lo que no solo generaría un deber de lealtad entre las partes en la ejecución del contrato (1258 CC), sino también en la etapa previa a su celebración»²⁸.

Respecto al fundamento económico, partiendo de un análisis económico del Derecho, la autora fija como objetivo la potenciación de la inversión en la adquisición y difusión de información socialmente útil al menor coste posible, considerando necesario delimitar este deber precontractual de información para evitar precisamente el resultado opuesto. Por ello, identificando el coste de información como punto principal, sugiere incentivar la información en el caso de que sea costosa, aunque mati-

25 Íd., p.14. Es reseñable cómo ya hace tres décadas la autora señalara la multitud de aislados deberes de información, cuando, desde entonces, se han venido actualizando, si no aumentando y multiplicando exponencialmente, especialmente en cuanto al ámbito de los productos financieros. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.D.: «Comercialización de productos financieros...», *op. cit.*, cita en pp. 89 y ss., habla de un «neoformalismo contractual», fruto de la política comunitaria protectora de los consumidores. No obstante, pese a que su exégesis es idéntica a la de los deberes legales de conducta, advierte sobre la imposibilidad de confundirlos o equipararlos, por cuanto que la buena fe que los fundamenta trasciende el neoformalismo. Citando a MONSALVE CABALLERO, los distingue claramente: el neoformalismo como concebido para relaciones contractuales cuyo arquetipo es el contrato de adhesión; los deberes legales de conducta, como exigibles aun en relaciones contractuales en que las partes se situaran en una posición de igualdad.

26 DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.D.: «Comercialización de productos financieros...», *op. cit.*, cita en pp. 89 y ss.

27 Art. 7.1 CC: Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

28 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, cita en p.18. Dentro de estos deberes de lealtad se encontrarían, a su juicio, los de información. Por su parte, BERROCAL LANZAROT (2018) señala que la necesidad de conocer los riesgos y la obligación de información que de ella se desprende para la empresa de servicios de inversión constituye no solo una exigencia propia de la buena fe en la contratación, sino que procede de un imperativo de la normativa del mercado de valores, que considera estos extremos esenciales, siendo necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente (p.190).

zándolo según si incrementa o disminuye el valor del bien sobre el que recae. Para el caso en que incrementara su valor, si los costes son iguales para ambas partes, opina la autora que no hay razón para la tutela de la información, es decir, solo tendría sentido en el caso de que existiera asimetría entre una parte y la otra, recayendo el deber de información en aquella que pueda adquirirla al menor coste. Si, por el contrario, la información disminuyera el valor del bien, el deber recae sobre el ofertante, especialmente si es necesaria para evitar daños, siempre que afecte a las presuposiciones del contrato y si se trata de datos incorporados al mismo, tras ser puestos en conocimiento de la otra parte.

2.3. Regulación nacional y comunitaria

Una vez delimitado el principio general de información para el caso que nos incumbe de los productos financieros, debemos proceder a estudiar la numerosa normativa que afecta a este ámbito, señalando desde ya la enorme importancia de las instituciones comunitarias en su concepción y desarrollo. Así, esta regulación europea ha sido la que ha incrementado cuantitativa y cualitativamente los deberes de las entidades que los comercializan, con el objetivo claro, más que del establecimiento, de la consolidación y expansión de un mercado financiero europeo seguro para los inversores, enmarcado en el objetivo originario y más genérico de un mercado común²⁹.

Partimos de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables; derogada por la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, también conocida como Directiva *MiFID*; y la reciente Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo o *MiFID II*, de 15 de mayo (aunque ha entrado en vigor el 3 de enero de 2018), que deroga la anterior, pero con la que comparte su ámbito material, referido a los mercados de instrumentos financieros³⁰. Recientemente ha sido

29 Art. 2 del Tratado de Roma (25 de marzo de 1957), por el que se establece la Comunidad Económica Europea: «La Comunidad, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros, tiene por misión promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una mayor estabilidad, una elevación acelerada del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados que reúne» [traducción propia a partir del texto original en francés consultado el 14/ agosto/2022 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES>].

30 De acuerdo a LÓPEZ ALONSO, L. & GUILLÉN MONGE, P.: «Evolución legal en los deberes...», *op. cit.*, cita en p.7, *MiFID II* ha permitido dotar al marco jurídico de los mercados financieros de «mayor transparencia, fortalecer la protección de los inversores, crear un régimen administrativo sancionador y dotar a las autoridades nacionales de facultades más amplias de supervisión». En cuanto a los principios generales, destacarían la imposición a las empresas de inversión que diseñen instrumentos financieros la obligación de implementar un proceso previo de aprobación de cada producto; y, para evitar conflictos de interés, «se impone la obligación para [estas] empresas de no remunerar o evaluar el rendimiento de su personal». También el test de idoneidad sufre alguna modificación, al deberse recabar información específica sobre más extremos referidos al cliente. Y, por último, amplía los deberes de estas entidades, «de manera que ahora será necesario grabar las conversaciones telefónicas o, en su caso, las comunicaciones electrónicas de, al menos, las operaciones que se realizan por cuenta propia y las relacionadas con la prestación del servicio de recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes, incluso si las operaciones no llegan a realizarse (pp. 7 y ss.)

modificada por la Directiva 2020/1504 del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de octubre; y el Reglamento 600/2014 del Parlamento europeo y del consejo, de 15 de mayo (*MiFIR*)³¹.

Indirectamente, también otros instrumentos han regulado aspectos del mercado bancario y los deberes que impone para las entidades que en él operan. Sin ánimo recopilatorio, las Directivas 85/611/CEE, 93/6/CEE, 2000/12/CE, 2002/92/CE y 2011/61/UE, sobre aspectos de seguros, organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, adecuación del capital de las empresas de inversión y entidades de crédito y su acceso y ejercicio de la actividad que realizan; y los Reglamentos (CE) 1060/2009 y 1095/2010, de agencias de calificación crediticia y creación de la Agencia Europea de Supervisión, respectivamente. Esta evolución y continua transformación se explica por la versatilidad de la materia, que necesita de una actualización casi obligada por la continua aparición de nuevas amenazas, imprevistas o desconocidas, debiendo reforzar el sistema hasta configurarlo como totalmente seguro, de ser esto posible.

En el ámbito nacional, la protección legal se blindó con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, actualizada, gracias a las disposiciones comunitarias mencionadas, especialmente con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre; hasta la aprobación del texto refundido de la misma, con el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre; regulación esta completada en el ámbito reglamentario a través del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; RD 1778/2004, de 30 de julio; RD 1310/2005, de 4 de noviembre, etcétera³².

Como la mayoría de casos objeto de estudio sucedieron en torno a 2010, analizaremos los deberes de información de la LMV en su versión de 2007, recogidos en el art. 79 bis³³, especialmente los test de idoneidad y conveniencia, como garantía para los inversores presentes o potenciales. El incumplimiento grave de estos deberes legales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños producidos en forma de la pérdida casi absoluta del valor de la inversión (Sentencia del Tribunal Supremo N.º 244/2013, de 18 de abril 2013, ECLI:ES:TS:2013:2589). Por tanto, según esta regulación e interpretación jurisprudencial, la carga de la prueba del cumplimiento de estos deberes recae en la entidad financiera. Además:

«El art. 79.1 LMV estableció la obligación de las entidades que prestasen servicios de inversión de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo»³⁴.

31 Actualmente la Comisión Europea ya está trabajando en la puesta al día de la Directiva con un diálogo ininterrumpido con los actores del mercado financiero, con la mirada puesta en una Directiva *MiFID III*. Noticia disponible en: <http://www.rdmf.es/2020/07/mifid-iii-debate-la-industria-los-ojos-2021/> [última consulta 4/agosto/2022].

32 Para quien desee profundizar en el desarrollo reglamentario, a través de Reales Decretos, Órdenes o Circulares del Ministerio de (Economía y) Hacienda o la CNMV, que desarrollan aspectos parciales de la regulación general de la LMV (hoy TRLMV), *vid.* <https://www.cnmv.es/Portal/legislacion/legislacion/tematico.aspx?id=4> [Última consulta 6/junio/2022].

33 Actuales arts. 209-217 TRLMV.

34 BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento», *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*, n.º 12, 2018, cita en p.183.

Estos deberes son esenciales porque permitirán, parafraseando la Directiva, proveer una información clara, transparente, completa, concreta, de fácil comprensión y con suficiente antelación que posibilite al cliente o potencial cliente saber exactamente lo que está contratando y los riesgos concretos asociados. No obstante, concuerdo con el profesor RODRÍGUEZ-ROSADO cuando afirma que el TS no ha hecho sino homologar los estándares de diligencia e información impuestos a bancos y entidades financieras antes y después de la aprobación y adopción de la normativa *MiFID*, como demuestra la lectura de ambos textos legales³⁵.

Estos *test* se encuentran recogidos en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis LMV; y se deberán realizar, uno u otro, en función de si existe una relación de asesoramiento entre las partes³⁶. El test de idoneidad exige la obtención de «la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión del producto [...] con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión o instrumentos financieros que más le convengan»³⁷. Además, se excluye expresamente de este test a los clientes profesionales, pues existe una presunción de conocimiento y experiencias necesarios para la inversión. Respecto al test de conveniencia, se debe realizar cuando se trate de operaciones distintas a las anteriores (sin asesoramiento o gestión de carteras), debiendo la «empresa de servicios de inversión solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión [...], con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es

35 Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: «Cinco años de jurisprudencia ...», *op. cit.*

36 En cuanto a la existencia de asesoramiento, *vid. supra* la interpretación del TJUE realizada en el Caso Genil.

37 Actual art. 213 TRLMV: 1. Cuando preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente o posible cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas, y sus objetivos de inversión incluida su tolerancia al riesgo, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas. 2. Cuando una empresa de servicios y actividades de inversión preste asesoramiento en materia de inversión recomendando un paquete de servicios o productos combinados de acuerdo con el artículo 219.2, deberá velar porque el paquete, considerado de forma global, sea idóneo para el cliente. 3. En el caso de clientes profesionales, la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en relación con los productos, operaciones y servicios para los cuales ha obtenido la clasificación de cliente profesional. 4. Cuando la entidad no obtenga la información prevista en el apartado anterior, no le recomendará servicios y actividades de inversión o instrumentos financieros al cliente o cliente potencial. 5. Al prestar asesoramiento en materia de inversión, la empresa de servicios y actividades de inversión proporcionará al cliente, antes de que se efectúe la operación, una declaración de idoneidad en soporte duradero en la que se especifique el asesoramiento proporcionado y de qué manera este asesoramiento se ajusta a las preferencias, objetivos y otras características del cliente minorista. 6. Cuando una empresa de servicios y actividades de inversión preste servicios de gestión de carteras o haya informado al cliente de que efectuará una evaluación periódica de idoneidad, el informe periódico deberá contener un estado actualizado de cómo la inversión se ajusta a las preferencias, objetivos y otras características del cliente minorista.

adecuado para el cliente»^{38 39}. De esta forma, si la entidad considera inadecuado el producto conforme para el concreto cliente, se lo advertirá; al igual que si el cliente no proporciona la información requerida o resulta insuficiente. En todo caso, si se trata de un instrumento complejo, el cliente inversor deberá, junto al contrato, expresar mediante firma la circunstancia de haber sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de la imposibilidad de evaluarle en los términos del artículo.

De igual modo, se establecen diversas cautelas para la publicidad de este tipo de productos (art. 79 bis 2 LMV), así como la obligación de que estos deberes no se limiten al período extracontractual, sino que se extiendan durante la vida del producto financiero, informando sobre los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente, por ejemplo (art. 79 bis 4 LMV). Respecto a la información dirigida a clientes, incluyendo la publicitaria, debía ser imparcial, clara y no engañosa; añadiendo para la publicidad que debiera identificarse esta circunstancia claramente.

Respecto a algunas propuestas armonizadoras del Derecho europeo de los contratos, en particular los Principios Europeos de Derecho de los contratos (PECL), el Marco Común de referencia (DCFR) y los Principios Unidroit (PU), resulta interesante la perspectiva que le otorgan a este deber de información, genérico, eso sí⁴⁰. Los

38 Actual art. 214 TRLMV: 1. Cuando se presten servicios distintos del servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. 2. Cuando lo que se prevea sea un paquete de servicios y productos combinados de acuerdo con el artículo 219.2, deberá velar porque el paquete considerado de forma global sea conveniente para el cliente. 3. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada conforme a este artículo. 4. Cuando, con base en la información prevista en el apartado 1, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. 5. Cuando el cliente no proporcione la información indicada en el apartado 1 o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. 6. En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

39 Por tanto, este test de conveniencia se exige cuando la voluntad de invertir proviene del propio cliente que pretende contratar cierto producto, y no de la empresa, constituyendo una suerte de salvaguarda frente a la posibilidad de que los clientes se vean engañados o excesivamente atraídos por determinados datos publicitarios, a todas luces insuficientes para conocer el producto de que se trata, de manera que el banco realiza un análisis de sus conocimientos y experiencia para que pueda declararlo como adecuado según su perfil inversor, entendido este como la relación que existe entre los riesgos que se está dispuesto a asumir y los rendimientos que espera obtener (https://www.cnmv.es/TutorialesInversores/DecisionesInversion/02_CNMV_accesible/0301.htm, última consulta 21/6/2022).

40 A nivel internacional, han sido y son numerosos los esfuerzos para unificar el Derecho de obligaciones, pudiendo encontrar el motivo en la creciente globalización en que estamos inmersos y que no puede ser ignorada por las relaciones contractuales, ante el aumento del mercado objetivo en el que desarrollar y en el que se desarrollan las actividades económicas, habiendo transformado el mercado nacional en otro no solo comunitario, sino global (Cfr. LOOSCHELDERS, D.: *Derecho de obligaciones. Parte general*, BOE, Madrid, 2021, pp. 86 y ss.).

tres textos coinciden en el punto de partida de que los contratantes tienen libertad para contratar y establecer el contenido del contrato, dentro del respeto de la buena fe y las normas imperativas dispuestas a lo largo de los textos (arts. 1:102 PECL, 1.1 PU y II.-1:102 (1) DCFR)⁴¹. Esta circunstancia es importante porque puede llegar a pensarse que toda ruptura injustificada de negociaciones o cualquier relación que no culmina con la celebración de contrato da lugar a una responsabilidad precontractual, cuando la misma base del sistema contractual y obligacional es la libertad de las partes de contratar, sin perjuicio de la relevancia del principio de buena fe, que vertebró todo este período.

La necesidad de proveer a la otra parte de información en una fase previa a la perfección del contrato la encontramos, en una u otra medida, a lo largo de los textos, concretamente en los arts. 4:106 PECL y II.3-301, 302 y 303 DCFR, aunque en los PU solo aisladamente en algunos artículos dispersos puede advertirse⁴². Solo el DCFR parece prever expresamente un deber de información *stricto sensu*, al disponer que:

«Antes de celebrar un contrato para el suministro de bienes a otros activos o la prestación de servicios por parte de una empresa a otra persona, la primera deberá revelar a la segunda aquella información acerca de los bienes, otros activos o servicios que espere razonablemente recibir, teniendo en cuenta los niveles de calidad y rendimiento que se considerarían normales en estas circunstancias»⁴³.

De igual modo, el artículo siguiente también establece el deber de no proveer información falsa o engañosa y, para el caso de que emplee una comunicación comercial que dé la impresión de incluir toda la información necesaria, deberá facilitar las principales características de los bienes, los datos de la empresa, la información del modo de pago, envío y otras circunstancias en él detalladas, así como el idioma de las futuras comunicaciones entre las partes. También el art. II.-3:103 DCFR recoge los casos en que el consumidor se encuentra en una clara desventaja, fijando un estándar de información bastante exigente y una cláusula de prevalencia de cualquier otra norma que fije otro deber de información más específico frente a la previ-

41 Art. 1:102 PECL: (1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe² y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios. (2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Art. 1.1 PU: Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Art. II.-1:102 DCFR: (1) Las partes son libres de celebrar un contrato o cualquier otro acto jurídico así como de decidir su contenido, con sujeción a las normas imperativas aplicables. (2) Salvo disposición en contrario, las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de las siguientes reglas relativas a los contratos u otros actos jurídicos, o de los derechos y obligaciones resultantes de los mismos, así como alterar sus efectos. (3) Una disposición que contemple que las partes no puedan suprimir ninguna regla ni derogar o modificar sus efectos no impide que una parte pueda renunciar a un derecho previo del que es consciente.

42 No obstante, las consecuencias para la contravención de este deber que no se concreta, sí se encuentran reguladas expresamente. Además, solo en el art. 4:107, referido al dolo, se recoge este deber de información conforme a la buena fe, concretándolo en algunas circunstancias como que la parte acusada tenía conocimientos técnicos en la materia, el coste de la información, la posibilidad por parte del perjudicado acusador de obtener la información por sí mismo o la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

43 Para los contratos entre empresas, el apartado segundo fija como criterio de razonabilidad si el hecho de no facilitar información se aparta de las prácticas comerciales habituales.

sión anterior. Finalmente, el artículo concreta la carga de la prueba, recayendo esta sobre la empresa, al estar en mejores condiciones de demostrar el cumplimiento de estos deberes, al igual que sucede en nuestro ordenamiento.

Por su parte, los PECL recogen un cierto deber de información a lo largo de su texto, como su art. 1:202, que recoge el deber de colaboración de las partes, aunque, respecto a la responsabilidad precontractual, solo incluye los casos de negociación de mala fe y quiebra de la confidencialidad (arts. 2:301-302), sin hacer referencia expresa al tercer caso en que se perfecciona un contrato válido. No obstante, y esto también ocurre en los PU, como veremos seguidamente, este deber aparece reflejado por las consecuencias de su omisión a través de los remedios que se ponen a disposición de quien sufre el vicio del consentimiento. Concretamente, el art. 4:104 recoge la inexactitud en las comunicaciones, y dispone que cualquier inexactitud en la expresión o transmisión se considerará error de su autor o quien lo envió, remitiendo al art. 4:103, del error. Cuando la información sea incorrecta, el art. 4:106 recoge la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial (*ex art.* 4:103), salvo que quien la hubiera dado tuviera motivos para creer que era correcta.

Los PU, siguiendo la línea de los PECL, también recogen los dos supuestos de *c.i.c* anteriores (arts. 2.1.15 y 16) y el principio de cooperación (art. 5.1.3), así como la consecuencia de un incumplimiento esencial por parte de una de las partes, en paralelo al párrafo anterior.

2.4. Resolución judicial: error vicio del consentimiento vs. incumplimiento contractual

Como he intentado demostrar a lo largo de las páginas previas, en nuestro Código Civil no encontramos una solución determinada para la inobservancia de los deberes de información, más allá de las sanciones administrativas impuestas a las entidades que los incumplan. Nuestra jurisprudencia, como señalé en el primer apartado, no obstante, ha ido delimitando dos vías por las que canalizar estos casos de incumplimiento o cumplimiento negligente de estos deberes precontractuales de información: el error o el incumplimiento, con las consecuencias de la anulabilidad o el rescaramiento.

La cuestión no es tanto delimitar cada supuesto de hecho y estudiar su encuadre en las diferentes vías, sino determinar el alcance de la reparación en el caso de elegir una u otra alternativa, cuestión aún abierta y discutida por la literatura científica. Suelen resumirse en tres⁴⁴: anulabilidad, con las consecuencias restitutorias del art. 1303 CC e intereses del art. 1295.1 CC⁴⁵; resolución, rechazada *a priori* por la reciente jurisprudencia en casos relativos a los deberes de información precontractual; y rescaramiento *ex art.* 1101 CC (aunque doctrinalmente haya una amplia mayoría que opta por el fundamento extracontractual del art. 1902 CC), no exento de problemas en su determinación cuantitativa⁴⁶.

44 Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Los deberes de información...», *op. cit.*, cita en p. 199.

45 Art. 1295.1 CC: La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

46 También ocurre que el TS devuelve las actuaciones a la Audiencia Provincial, como en la Sentencia del Tribunal Supremo 612/2020, de 16 noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3771), pese

A continuación, abordaré las dos vías a las que nuestro TS recurre: el error como vicio del consentimiento y el incumplimiento contractual.

En primer lugar, y en cuanto a los vicios del consentimiento en que se encuadra el error, «por razones de utilidad, que se compendian en el principio de conservación del negocio, [nuestro Derecho positivo] solo admite la impugnación del contrato en contadas ocasiones». En los casos objeto de análisis, el común denominador es el error sufrido por uno de los contratantes, como consecuencia de la información incompleta que se les proporcionó antes de la firma del contrato, exigiendo los clientes demandantes la declaración de nulidad *ex art.* 1265 CC⁴⁷.

La apreciación del error vicio se condiciona a la formación de la voluntad del contratante a partir de una creencia inexacta, al ser equivocada o errónea la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato. La jurisprudencia, en consonancia con el tenor literal del Código (1266 CC) viene exigiendo tres requisitos: esencialidad, excusabilidad y reconocibilidad. Requisitos, todos ellos, que el TS va desarrollando en sentencias como la de Pleno 840/2013, de 20 enero 2014, ECLI:ES:TS:2014:354; 460/2014, de 10 septiembre, ECLI:ES:TS:2014:4339; y 769/2014, de 12 enero 2015, ECLI:ES:TS:2015:254; y que procede a identificar en cada caso para apreciar el error alegado por el demandante⁴⁸. La consecuencia del error es *ex art.* 1303 CC la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio de sus intereses⁴⁹.

Frente a esta vía, también los demandantes optaron, en ocasiones, por la resarcitoria, ya que el mismo Tribunal admite que:

«No cabía descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor [...] aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad»⁵⁰.

Por tanto, demostrando que de la omisión o incumplimiento de los deberes de información, en particular, los test de conveniencia e idoneidad, se derivó el perjui-

a haberse estimado el recurso de casación, al existir cuestiones concernientes a la valoración de la prueba, especialmente el error en su práctica y la complejidad concurrente, lo que aconseja no privar a la parte de una segunda instancia, como afirma el Alto Tribunal.

47 Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones: Teoría general del contrato*, vol. II, José María Bosch editor S.A, Barcelona, 1987, cita en p.61. Respecto al art. 1265 CC: *Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*.

48 Pese a no estar en el tenor literal del Código, el requisito de excusabilidad ha venido siendo exigido por la jurisprudencia. El texto del art. 1266 CC es el siguiente: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

49 Art. 1303 CC: Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

50 Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 754/2014, de 30 diciembre y 677/2016, de 16 septiembre (RJ\2016\6302).

cio que pretende indemnizarse (normalmente las pérdidas de la inversión), el cliente podría ejercitar esta acción indemnizatoria. La consecuencia de la apreciación de esta acción no es otra que el resarcimiento de las pérdidas provocadas por esta omisión de deberes de información que hizo asumir al inversor minorista una serie de riesgos que provocaron estas pérdidas. Citando esta jurisprudencia, algún autor lo ha explicado de la siguiente manera:

«Cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado [y que] es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes»⁵¹.

En paralelo al apartado de los deberes de información, es necesario hacer mención a la respuesta que los textos armonizadores del Derecho europeo de los contratos ofrecen para estos casos. Así, como característica esencial a destacar, encontramos la posibilidad en los tres textos consultados de acudir indistintamente a los remedios del incumplimiento o la vía anulatoria, con la excepción de los PU. Los arts. 4:119 PECL y II.-3:109 DCFR, frente al art. 3.2.4 PU⁵², que establecen que «una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento» y que, por tanto, da preferencia a estos remedios del incumplimiento frente a los de los vicios del consentimiento.

Al menos una cuestión queda abierta, por un lado, porque la jurisprudencia omite cualquier referencia a la misma; y, por otro, porque tampoco los demandantes optan por recurrir a esta en sus demandas. No es otra que el recurso a la responsabilidad precontractual, desarrollada, al menos en nuestro Ordenamiento, eminentemente por

51 Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Los deberes de información...», *op. cit.*, cita en p. 214.

52 Art. 4:119 PECL: La parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones de este capítulo en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios.
Art. II.-3:109 DCFR: (1) en caso de que una empresa, en virtud de lo estipulado en el Artículo 3:103 (deber de información en un contrato en el que el consumidor se encuentra en una situación de clara desventaja) del Libro II, tenga el deber de informar a un consumidor, antes de que se celebre un contrato, de que este último tiene derecho a desistir de él, el plazo de desistimiento no comenzará hasta que el consumidor reciba esta información. A pesar de esto, el derecho de desistimiento caducará transcurrido un año de la celebración del contrato. (2) E caso de que una empresa incumpla alguna de las obligaciones impuestas por los Artículos anteriores de la presente Sección y el contrato haya sido celebrado, la empresa deberá cumplir las obligaciones derivadas de un hipotético contrato conforme a las expectativas razonables de la otra parte, consecuencia de la falta o inexactitud de la información. Ante el incumplimiento de estas obligaciones se podrá recurrir a los remedios contemplados en el Capítulo 3 del Libro III. (3) Independientemente de que el contrato se celebre o no, una empresa será responsable de los daños que le haya ocasionado a la otra parte por incumplir los deberes que le imponen los Artículos anteriores de la presente Sección. El presente apartado no será de aplicación si en caso de incumplimiento de una obligación contractual existe un remedio disponible en virtud de lo dispuesto por el apartado anterior. (4) Los remedios contemplados por el presente Artículo existen sin perjuicio de cualquier otra solución jurídica disponible conforme a lo dispuesto en el Artículo 7:201 (Error) del Libro II. (5) En las relaciones entre un empresario y un consumidor, las partes no pueden excluir la aplicación de este Artículo, ni derogar o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

la doctrina⁵³ y que identifica tres categorías, dos de ellas ya mencionadas, pero de escasa utilidad práctica, según se deduce de los casos llegados al TS en las últimas décadas (ruptura injustificada de las negociaciones y perfección de un contrato inválido desde su origen); pero, respecto a la tercera categoría que suele distinguirse, esto es, la perfección de un contrato válido pero que adolece de vicios del consentimiento, no encontramos ninguna alusión a ella, cuando podría quizá encajar estos hechos y casos mejor que las vías adoptadas.

Ciertamente esta cuestión es más difícil de lo que parece, porque a la falta de positivación que encontramos en el Código y a la reticencia de los Tribunales a aplicarla, también debemos sumar los muchos interrogantes que surgen, *a priori* sin respuesta, referidos a los remedios a disposición del perjudicado, el interés a resarcir, la acción a ejercitar, etc.

2.5. Caducidad de la acción: *dies a quo*

Para concluir el análisis de este conjunto de casos, procedemos a estudiar la interpretación jurisprudencial del plazo para ejercer la acción de nulidad ya comentada, aprovechando el recurso de casación con motivo de unos *swap*. En primer lugar, debemos establecer algunas matizaciones para la mejor comprensión de esta acción del art. 1301 CC:

«La anulabilidad es una nulidad relativa porque sólo el protegido puede invocarla, y subsanable, porque el negocio afectado puede convalidarse por confirmación o por caducar la acción. La situación del negocio anulable es ambigua, porque puede llegar a ser válido o nulo definitivamente. [...] La llamada anulabilidad tiene una alta dosis de confusión»⁵⁴.

Pasando al análisis de la jurisprudencia reciente y a la que ya nos hemos referido anteriormente, las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 769/2014, de 12 enero 2015, ECLI:ES:TS:2015:254 y 489/2015, de 16 septiembre, ECLI:ECLI:ES:TS:2015:4004 supusieron un cambio en la hasta entonces consolidada interpretación del art. 1301 CC, cuyo tenor literal es el que sigue:

«La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr:

- 1.º En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.
- 2.º En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.
- 3.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores, desde que salieren de la patria potestad o la tutela.
- 4.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato.
- 5.º Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

53 Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: «Comentario a los arts. 1101 y 1106 CC» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. & ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8059-8071; y García Rubio, M.P.: *La responsabilidad precontractual ...*, *óp. cit.*

54 Cfr. CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad ...*, *óp. cit.*, pp. 139 y ss.

Dos son las circunstancias de las que parten las decisiones jurisprudenciales. En primer lugar, el TS previene de la posibilidad de confundir consumación con perfección, debiendo computar la acción según aquel plazo, esto es, con la realización de todas las obligaciones del contrato.

«Los contratos se perfeccionan por el concurso de voluntades de las partes y desde entonces vinculan a estas y deben cumplirse, pues tendrán entre ellas fuerza de ley (arts. 1091, 1254 y 1258 CC). La perfección del contrato es, por lo tanto, el momento en el que se entiende formado por el concurso de la oferta y la aceptación (art. 1262 CC). Pero el momento establecido en el artículo 1301 CC no es el de la perfección, sino el de su consumación, que es el momento en el que se ejecuta el contrato; en el que se realizan todas las obligaciones de ambas partes. [...] Pueden coincidir con el tiempo v. gr. se compra una barra de pan; se consiente, paga y entrega en ese mismo acto), pero es posible que no»⁵⁵.

En segundo lugar, tomando como referencia la fecha de redacción del Código Civil y la escasa complejidad de los negocios jurídicos de esa época, considera que el contratante aquejado del error vicio, con un mínimo de diligencia podría conocer el error padecido en un momento más temprano al desarrollo de la relación. Sin embargo, el mismo TS advierte que:

«En el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento de la *actio nata*, conforme al cual el cómputo del plazo del ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene lo pueda tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción (en idéntico sentido, el art. 4:113 PECL)»⁵⁶.

Por tanto, concluye el TS, en este tipo de operaciones no puede quedar fijado el plazo de ejercicio de la acción antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.

Además, ejemplifica algunos momentos en que podría iniciarse el cómputo: suspensión de liquidaciones de beneficios o devengo de intereses, aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita una comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por consentimiento viciado. En suma, el TS parece sustituir la regla de consumación por la del conocimiento, esto es, introduce un criterio subjetivo, con sus correspondientes problemas de utilidad y prueba⁵⁷.

55 SAINZ DE BARANDA, Y.B.: «El dies a quo para el ejercicio de la acción de anulación por error en el consentimiento. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo a casos concretos», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 4, 2020, cita en p. 191.

56 Respecto a la teoría de la *actio nata* del art. 1969 CC, *cfr.* CAÑIZARES LASO, A.: «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 4, 2018, pp. 89-138, quien considera el art. 1301.2 CC como una de las excepciones de la regla general del art. 1969 CC («el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse»), al igual que el art. 1968.2.º CC («la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado»), que introduce el criterio subjetivo para la acción de responsabilidad extracontractual.

57 *Cfr.* SAINZ DE BARANDA, Y.B.: «El dies a quo para ...», *op. cit.*, cita en p.196. En sus conclusiones, la autora sugiere que de *lege ferenda*, debería optarse por una solución general,

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 89/2018, de 19 de febrero 2018, ECLI:ES:TS:2018:398, viene a matizar esta doctrina que podía resultar contraproducente con la protección pretendida, al acortar, de facto, el plazo que tiene el cliente para impugnar la validez del contrato, según explica RODRÍGUEZ-ROSADO (2018)⁵⁸. Así pues, alegándose por la demanda la doctrina modificada en 2015, el TS coincide con la finalidad ya comentada de evitar el desconocimiento por parte del cliente de la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad que es de caducidad. Y, sin embargo, concreta respecto a los *swap*, que la consumación del contrato debe entenderse producida en el momento de agotamiento o extinción del contrato, al no recibirse una única y puntual prestación esencial, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en función de la evolución de los tipos de interés hasta el plazo fijado en el contrato.

Por tanto, esta última sentencia retrasa el *dies a quo* a un momento posterior al descubrimiento del error (doctrina del 2015), justificándolo en que cuando se interpretó el art. 1301 CC no se dijo que el cómputo debiera adelantarse a un momento antes de la consumación, cuando, en realidad, lo que se dijo fue que el día inicial para ejercitar dicha acción era cualquier evento que permitiera comprender las características del contrato⁵⁹. El TS, en esta sentencia de 2018, lo justifica del siguiente modo:

aplicable a todo tipo de contratos, en línea con las más modernas regulaciones europeas y propuestas de armonización del Derecho privado. Respecto al art. 4:113 PECL, su tenor literal dice lo siguiente: (1) La anulación debe comunicarse en un plazo razonable, conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar. (2) Sin embargo, una parte puede anular una cláusula particular conforme al artículo 4:110, si lo comunica en un plazo razonable desde que la otra parte hubiera alegado dicha cláusula. Apunta a la línea de los textos de *soft law* de fomentar la solución extrajudicial de conflictos, en este caso al establecer la necesidad de comunicar a la otra parte la anulación, que también debe hacerse en un plazo razonable desde que hubiese tenido error o hubiese debido tener noticia del mismo (la declaración de voluntad de la parte que sufre el error anula el contrato y solo si la otra parte no está de acuerdo, habrá que acudir a los tribunales). Así, además del anterior artículo mencionado, el art. II.-7:210 DCFR, que dispone que «la notificación de la anulación conforme a la presente Sección se realizará dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato conozca o razonablemente se pueda esperar que conozca los hechos que fundamentan dicha anulación, o bien desde el momento en que se encuentre en situación de actuar libremente».

- 58 Esta sentencia, además, sintetiza muy bien, con cita de otra jurisprudencia anterior, los requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento que permita declarar la anulabilidad: que el déficit informativo pueda hacer presumir el error; que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es relevante a la hora de apreciar la falta de diligencia del cliente que excluya la excusabilidad del error; la insuficiencia del contenido del documento contractual o el aviso genérico sobre los riesgos; y la necesidad de que se tengan conocimientos especializados en esta clase de productos para excluir el error o su excusabilidad.
- 59 Cfr. SAINZ DE BARANDA, Y.B.: «El dies a quo para ...», *op. cit.*, p. 199. La autora acaba por distinguir, conforme a la jurisprudencia del TS, los distintos momentos de consumación de un contrato a efectos del ejercicio de la acción de anulación: para los contratos de ejecución instantánea, cuando se reciba íntegramente la prestación de la única parte obligada o de ambas, si se trata de obligaciones recíprocas; para los contratos de tracto sucesivo o único, pero de ejecución diferida, diferencia atendiendo a la complejidad del contrato: para los no complejos, la consumación se producirá cuando quien alegue el error hubiera recibido de la otra parte la prestación esencial; mientras que los complejos se consumarán cuando se haya tenido o podido tener conocimiento del error, concretándose para los *swap* el momento de agotamiento del contrato. Como también pone de

«Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato"» (FJ 3.º).

Y, más adelante, respecto de los *swaps*:

«En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial swap con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia».

Dado el caos que parece haber en el ejercicio de la acción de anulabilidad y en línea del desarrollo doctrinal, es necesaria la revisión de esta materia, ante la inseguridad jurídica que produce el haber introducido un criterio subjetivo en el cómputo de plazo que, se considera doctrinalmente, no está previsto en el tenor literal de los artículos relacionados con esta materia:

«Si el dies a quo se basa en un criterio objetivo, el plazo debería ser relativamente largo; en cambio, con un sistema subjetivo la duración del plazo debería ser más breve [...]. Mientras que el sistema objetivo implica mayor seguridad al ser

manifiesto (*id.*, p.202), queda por determinar si esto será o no extrapolable a todos los contratos complejos de tracto sucesivo en los que la prestación esencial se reciba en un momento posterior al del posible conocimiento del error, lo cual considera más probable que la alternativa de descartar su aplicación análoga.

mucho más fácil fijar el *dies a quo*, al mismo tiempo exige múltiples y diferentes plazos para los distintos tipos de acciones, lo que iría en contra de la tendencia actual a la uniformidad de los plazos. En cambio, el sistema subjetivo parece, a juicio de muchos, más razonable al tomar en cuenta las circunstancias de cada acreedor, permitiendo además plazos más breves y, por consiguiente, su posible uniformidad; pero en contra también tiene el inconveniente de poder fijar el conocimiento de las determinadas circunstancias por el acreedor, lo que condice a entender que la exigencia es que el acreedor conozca o tenga la posibilidad razonable de conocer. [...] Se trata de opciones de futuro en las que deberá valorarse la seguridad jurídica, porque la seguridad es, sobre todo, certeza o certidumbre, pero, además, porque la seguridad es una situación personal pero también es una situación social⁶⁰.

En una futura regulación debería de adoptarse un criterio único para todos los casos. De lege ferenda sería recomendable que se optara por una solución general, aplicable a todo tipo de contratos, en línea con las más modernas regulaciones europeas y con las más modernas propuestas de armonización del Derecho privado, que establezca el *dies a quo* en el momento en el que existe una razonable posibilidad de descubrir las circunstancias que dieron lugar al error. Y esto, junto con el establecimiento de un plazo máximo o un término de preclusión que impidiera que la acción devenga imprescriptible para garantizar la seguridad jurídica en las transacciones»⁶¹.

Y, más adelante, pone de manifiesto la lógica confusión que puede darse en los demandantes, ante la variedad de *dies a quo*, al distinguir, conforme a esta jurisprudencia del TS, los distintos momentos de consumación de un contrato a efectos del ejercicio de la acción de anulación:

- Para los contratos de ejecución instantánea, cuando se reciba íntegramente la prestación de la única parte obligada o de ambas, si se trata de obligaciones recíprocas.
- Para los contratos de tracto sucesivo o único, pero de ejecución diferida, diferencia atendiendo a la complejidad del contrato: para los no complejos, la consumación se producirá cuando quien alegue el error hubiera recibido de la otra parte la prestación esencial; mientras que los complejos se consumarán cuando se haya tenido o podido tener conocimiento del error, concretándose para los *swap* el momento de agotamiento del contrato.

Como expresa la autora, aún queda por determinar si esto será o no extrapolable a todos los contratos complejos de tracto sucesivo en los que la prestación esencial se reciba en un momento posterior al del posible conocimiento del error, lo que considera más probable que la alternativa de descartar su aplicación análoga.

3. Conclusiones

Nuestro ordenamiento jurídico nacional (y comunitario) carece de una vía concreta para dar una solución individualizada a los inversores minoristas que han visto mermadas sus inversiones por la contratación de productos financieros cuyos riesgos inherentes desconocían, pero asumieron, al omitir la entidad financiera que los comercializaba la información legalmente exigible.

60 CAÑIZARES LASO, A.: «Algunas claves para...», *op. cit.*, cita en pp. 133-134.

61 SAINZ DE BARANDA, Y.B.: «El *dies a quo* para ...», *op. cit.*, cita en pp. 210-211.

Los deberes de información existen y, podría decirse, son bastante exigentes, especialmente desde la aprobación de la normativa *MiFID* y, en general, gracias a los textos comunitarios que no buscan sino consolidar y desarrollar el mercado único y común financiero. Así, la legislación española, permanentemente actualizada gracias a las Directivas y Reglamentos europeos, ha permitido establecer un estándar de información elevado y afrontar así las principales amenazas que han ido apareciendo para los inversores. No obstante, dada esta proliferación de normas y leyes de cualquier nivel, se observa una dispersión de deberes concretos que, en ocasiones, se hace difícil concretar.

En nuestro Código este deber de información parece encuadrar, y la doctrina lo reconoce, en el principio de buena fe en sentido objetivo (art. 7.1 CC), distinguiendo la profesora GÓMEZ CALLE, un fundamento económico y otro jurídico. También en las propuestas armonizadoras de Derecho europeo de los contratos (PECL, DCFR y PU) encontramos un deber de informar, más o menos difuso, aunque siempre partiendo del principio de libertad de contratar y en la contratación.

Los principales deberes de información en este ámbito de inversión financiera son dos: el test de idoneidad y el test de conveniencia, que serán exigibles por el consumidor según si concurra una relación de asesoramiento o no, al ser una obligación grave para la entidad oferente. No obstante, su finalidad es la misma: permitir salvar el déficit de información del que parten los inversores minoristas respecto al banco que les ofrece contratar una serie de productos, normalmente bonos auto cancelables, *swaps* de divisas, participaciones preferentes o deuda subordinada. De esta manera, podrá contar con información clara, transparente, completa, concreta, de fácil comprensión y con suficiente antelación que posibilite conocer exactamente lo que está contratando y los riesgos concretos asociados.

Un problema identificado en esta normativa es que solo sanciona el incumplimiento de estos deberes desde el punto de vista administrativo, esto es, abriendo expedientes a las entidades comercializadoras e imponiéndoles multas millonarias, mientras los inversores minoristas quedan, aparentemente, indefensos. Sin embargo, nuestro TS ha canalizado estos casos a través de dos vías: la anulación por error vicio del consentimiento o el rescancimiento contractual por incumplimiento de los deberes de información, soluciones en paralelo a las propuestas armonizadoras de Derecho europeo de los contratos ya mencionadas más arriba. No obstante, respecto a la primera vía, es preciso remarcar la necesidad de una reforma del Código Civil para clarificar el *dies a quo* de la acción de anulación, ya que el TS parece haber introducido un criterio que no se desprende del tenor literal del texto del Código.

No obstante, cada vez son más voces entre la doctrina las que se cuestionan por qué no se recurre a la categoría de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, que podría encuadrar estos casos de contrato válido en el tercero de sus supuestos de hecho (BASOZÁBAL ARRÚE, GARCÍA RUBIO, PANTALEÓN), si bien se abren muchas cuestiones porque en nuestro ordenamiento, a diferencia del BGB, no está positivada la *c.i.c.*, como la fundamentación de la naturaleza de esta responsabilidad, la medida del interés a resarcir, etc.

4. Bibliografía

AGUILAR GUALDA, S.: *Problemática actual de los productos financieros complejos : especial referencia a la nulidad por incumplimiento contractual del empresario : a la luz de la jurisprudencia del TS y el TJUE*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2019.

- ASÚA GONZÁLEZ, C.I.:** «Comentario a los arts. 1101 y 1106 CC» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. & ÁLVAREZ LATA, N. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8059-8071.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.:** «Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento», *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*, n.º 12, 2018, pp. 179-218.
- CAÑIZARES LASO, A.:** «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 4, 2018, pp. 89-138.
- CAÑIZARES LASO, A.** *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. & FORTEA GORBE, J.L.:** *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DÍEZ-PICAZO, L.:** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I: Introducción teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L. & GULLÓN, A.:** *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tomo I, Tecnos, Madrid, 2012.
- GARCÍA RUBIO, M.P.:** *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GARCÍA RUBIO, M.P.:** «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, Tomo LXIII, 2010, pp. 1621-1642.
- GÓMEZ CALLE, E.:** *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.:** *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones: Teoría general del contrato*, vol. II, José María Bosch editor S.A, Barcelona, 1987.
- LOOSCHELDERS, D.:** *Derecho de obligaciones. Parte general*, BOE, Madrid, 2021.
- LÓPEZ ALONSO, L. & GUILLÉN MONGE, P.:** «Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión», *Actualidad Civil*, n.º 4, 2017, pp. 51-61.
- MORALES MORENO, A.M.:** «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (coord.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 400-423.
- MORALES MORENO, A.M.:** «Comentario a los arts. 1265, 1266 y 1270 CC», en *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.
- NÚÑEZ DE CASTRO, M.S.:** «Comercialización de productos financieros complejos: responsabilidad por omisión de los deberes conductuales derivados de la buena fe», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 26, 2021, pp. 81-105.
- PANTALEÓN PRIETO, F.:** «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de derecho Civil*, Vol. 46, n.º 4, 1993, pp. 1719-1746.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.:** «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 106, 2018, pp. 103-115.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B.:** *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B.:** «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4, 2018, pp. 25-56.
- SAINZ DE BARANDA, Y.B.:** «El dies a quo para el ejercicio de la acción de anulación por error en el consentimiento. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo a casos concretos», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 4, 2020, pp. 183-215.
- TARANGO, J.P.:** *Productos y servicios financieros y de seguros básicos*, Cano Pina, Ediciones Ceysa, Barcelona, 2012.
- VALÉS DUQUE, P.:** *La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, Reus, Madrid, 2012.

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

EL CONSENTIMIENTO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LA LIBERTAD SEXUAL Y SU RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL PROCESO PENAL Y SU EFICACIA

Manuel González Chinchilla
Doctorando en Derecho
Universidad de Granada

SUMARIO: 0. Introducción. 1. El nuevo delito de agresión como forma de violencia sexual. 1.1. Consideraciones iniciales: desde el Anteproyecto al Proyecto final de Ley Orgánica. 1.2. El consentimiento en el Proyecto definitivo de Ley Orgánica. 2. El «nuevo» consentimiento y su relación con las garantías básicas del proceso penal. 2.1 Reflexiones previas. 2.2. Consentimiento, declaración de la víctima y el derecho a la presunción de inocencia. 2.3. Consentimiento y carga de la prueba. 3. Conclusiones.

0. Introducción

El año 2004 (sin olvidar el propio Código Penal vigente de 1995) supuso uno de los puntos de inflexión más trascendentes en lo que se refiere al desarrollo y consolidación de la perspectiva de género, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, asumiendo un reto multi e interdisciplinar que entronca con varios sectores de conocimiento los cuales han de cooperar necesariamente en pro de aquel. Desde entonces, y fruto de la complejidad inherente al meritado reto, no se han escatimado esfuerzos —desde un punto de vista jurídico, y político-público—, para tratar de conseguir avances significativos en materia de igualdad de género, así como en la consecución de una protección y prevención efectivas contra la violencia sobre las mujeres.

Uno de estos últimos progresos se ha traducido en la elaboración del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual en el segundo semestre del pasado año 2020, siendo publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, como Proyecto de Ley Orgánica, el 26 de julio de 2021. En la fecha de redacción del presente texto, el Proyecto de Ley Orgánica ha recorrido la práctica totalidad de su camino parlamentario, tras su aprobación en el Congreso de los Diputados y en el Senado, los pasados 26 de mayo y 19 de julio (2022), de manera respectiva. Si bien es cierto que su aprobación total todavía no se ha producido como consecuencia de la introducción de una enmienda (la cual consiste en sustituir el término de «forzosas» por el de «forzosos»

en la parte expositiva del texto remitido por el Congreso), esta no impedirá su aprobación definitiva durante el mes de octubre, fecha límite prevista para su tramitación por la Cámara Alta¹. Se ha de advertir, por tanto, que indicada enmienda en nada afecta al contenido esencial objeto de estudio en este trabajo.

A lo largo de las siguientes páginas, se abordará una aproximación y análisis crítico de la modificación que ha introducido el legislador en materia de los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal español. En concreto, sobre uno de los aspectos más candentes desde una perspectiva jurídico-procesal —y, por supuesto, político-social—, como es la regulación expresa del consentimiento que se ha introducido en el nuevo tipo penal de agresión sexual, tras haberse realizado varias modificaciones a lo largo de toda su senda parlamentaria. Todo ello, en conexión con la superación de la dual distinción entre las agresiones y los abusos sexuales que impera en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y su posterior reforma por la Ley Orgánica núm. 11/1999, de 30 de abril.

Tal y como se propone, se expondrá la cuestión desde los contornos básicos de nuestro procedimiento penal —caracterizado por el escrupuloso respeto a los principios y derechos que lo configuran, tanto en su fase inicial investigativa, como en la fase de plenario, aunque, lógicamente, con distintas graduaciones de exigencia en cada una de ellas—, focalizando la atención en los principales problemas que se han debatido a nivel jurídico y que, en su caso, podrían llegar a plantearse en el seno del proceso.

En suma, se pretende concretar si la regulación introducida en el renovado artículo 178 del Código Penal constituye un nuevo o desconocido concepto del consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales que pudiera llegar a conculcar las garantías y derechos esenciales del investigado —véase el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, en general, el derecho a obtener una tutela judicial efectiva—, y, además, si conmina a los operadores jurisdiccionales a efectuar una reorientación de las reglas probatorias básicas del derecho penal. Para tal fin, se ha considerado necesario tomar en consideración el prolongado camino que ha sufrido la materia objeto de reforma, puesto que en el queda patente la diferencia entre el pretendido concepto del consentimiento que se introdujo en el Anteproyecto y la versión final contenida en el Proyecto de Ley.

En definitiva, es a todas luces evidente que, dada la gran repulsa y rechazo que generan los delitos de naturaleza sexual, a todos los niveles, incluido, claro está, el jurídico, resulta imprescindible ajustar con rigor la extensión de los efectos pretendidos por el legislador a los principios fundamentales del derecho punitivo, sobre todo para facilitar la labor investigadora y justificativa propias del proceso penal, sin que el mismo se vea desnaturalizado.

1. El nuevo delito de agresión como forma de violencia sexual

1.1. Consideraciones iniciales: desde el Anteproyecto al Proyecto final de Ley Orgánica

Poniendo el foco en la disciplina del derecho penal, y, como se ha dejado apuntado con carácter previo, uno de los primeros pasos que asentó el camino hacia una

1 Consulta realizada en el Boletín Oficial del Senado (28 de julio, 2022): enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica. https://www.senado.es/legis14/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_14_370_3324.PDF

igualdad real y efectiva fue nuestro Código Penal del 23 de noviembre de 1995², que introdujo una renovada regulación de los delitos de tipo sexual consagrando como bien jurídico protegido la misma libertad sexual de cada persona, dejando atrás el de la honestidad de la mujer. Con posterioridad, se fueron adoptando todo tipo de disposiciones normativas, de diferente rango y ámbito, que supusieron un distinto grado de afectación a nivel jurídico-procesal y punitivo, las cuales han contribuido al moldeamiento y avance progresivo en aquel objetivo.

En efecto, fruto de la peculiar técnica —que, no necesariamente negativa— que adoptó meritorio código a la hora de tipificar los delitos contra la libertad sexual, distinguiendo entre el tipo penal de la agresión y el del abuso sexual, y de la mención al consentimiento en su artículo 181.1 como elemento vertebrador del derecho fundamental a la libertad sexual, su concepto y la concurrencia de este elemento del tipo penal pronto se convirtió en una de las cuestiones discutidas de forma profusa, tanto por la doctrina jurídica, como por la jurisprudencia. Debate que, por lo demás, nunca ha dejado de gozar de actualidad, con una gran intensidad a nivel político-social, y, de forma inevitable, en el plano jurídico, por razones que se entienden obvias: el choque que se produce entre la gran antipatía o aversión que provocan este tipo de conductas en la sociedad, y la necesidad de obtener por parte del *ius puniendi* estatal un castigo suficiente pero, en todo caso, ajustado a las garantías básicas del proceso penal (artículo 24 de la Constitución), y, además, a las finalidades retributiva y de reinserción de las penas, por imperativo del artículo 25.2 de la Constitución. Precisamente por todos estos motivos, unido a la complejidad probatoria que suelen llevar anudada los ilícitos sexuales³, puede llegar a entenderse —pero no defenderse, jurídicamente hablando— la positiva intención que rodea a la archiconocida soflama propagandística del «*Solo sí es sí*» con la que se ha venido vendiendo, política y públicamente, el Proyecto de Ley Orgánica objeto de estudio.

En este sentido, resulta ilustrativa la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 573/2017, de 18 de julio**, ECLI:ES:TS:2017:3187, que en su fundamento de derecho 2.º establece: «*Los delitos contra la libertad sexual [...] merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso*». Esta última frase es la que habrá de tomar como referencia permanente a la hora de valorar toda reforma penal que por sus términos —ya sean vagos, genéricos o inciertos—, sea susceptible de generar cualquier incertidumbre respecto al cumplimiento de tales garantías o del mandato exigible a los órganos jurisdiccionales para supervisar tal cumplimiento.

2 Resulta interesante destacar, no obstante, como en su parte expositiva ya se advertía que la vía punitiva no debe ser el mecanismo más determinante para el cumplimiento del mandato de una igualdad real y efectiva que imponen a los poderes públicos los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

3 En este sentido, sirva de ejemplo el Auto del Tribunal Supremo núm. 481/2020, de 18 de junio, ECLI:ES:TS:2020:4780A: «(...) es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual [se refiere a la declaración de la víctima como única prueba de cargo disponible], porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada».

Así las cosas, los avances más recientes en la materia se han traducido en dos nuevas propuestas normativas: por un lado, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁴, limitándose a indicar que, entre sus objetivos prioritarios, figura el de extender su ámbito de aplicación incluyendo, como forma de violencia, determinadas prácticas reproductivas; y, por otro, el ya mencionado Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, la LOGILS). Sin embargo, para poder efectuar un análisis ordenado, detallado y coherente sobre las posibles repercusiones jurídico-procesales que podrían derivarse del nuevo marco regulador de los delitos contra la libertad sexual propuesto por la LOGILS, es preciso exponer, siquiera de manera sucinta y sin entrar, de momento, en excesivos detalles jurídicos —que se hará con posterioridad—, los antecedentes sobre las modificaciones objeto de análisis hasta la propuesta final en aquel Proyecto de Ley.

Se ha de partir, pues, del primer borrador de Anteproyecto⁵ elaborado sobre mediados del mes de octubre de 2020. Respecto a este primer documento, y a los efectos que interesan, son varios los extremos que deben reseñarse:

- En el considerando III de su exposición de motivos justificaba o vinculaba como consecuencia derivada de la supresión de la tradicional distinción entre las agresiones y los abusos sexuales la de reorientar *«el régimen de valoración de la prueba»*.
- Ya en su sección dispositiva, en el artículo 178.1 define el nuevo tipo refundido de agresión sexual (sin cambios en la LOGILS) como el hecho de realizar cualquier acto que vulnere la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, resultando una categorización un tanto reiterativa⁶. A continuación, introducía una definición del consentimiento un tanto imprecisa o anómala, mediante doble negación: *«Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto»*.
- También es significativa la reforma operada en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), párrafos 2.º y 3.º, en relación con las preguntas capciosas que no deben admitirse al testigo. En el párrafo segundo desaparece, como criterio de admisión por el tribunal de ciertas preguntas, la referencia a que se estimen necesaria *«para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima»*, tal y como reza el artículo vigente. Además, el párrafo 3.º afirmaba: *«En todo caso, en los delitos contra la libertad sexual, se entenderán incluidas en las categorías*

4 Aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de mayo de 2022, y disponible para su consulta en: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/PublishingImages/Paginas/anteproyecto-lo-salud-sexual-reproductiva-interrup/APLOmodificaci%C3%B3n%20LO2-2010.pdf>.

5 <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>. Fecha de consulta: 13 de julio de 2022.

6 Como con acierto señaló el Consejo del Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto, de 10 de junio de 2021: *«En primer lugar, debe subrayarse que, de alguna forma, la definición del nuevo delito de agresión sexual (...) incurre en cierta redundancia, pues si hubiese consentimiento no habría atentado a la libertad sexual»*. No obstante, era un defecto que ya palidece la redacción del tipo del abuso del artículo 181 vigente al señalar *«sin que medie consentimiento»*, ya que, tanto el tipo de la agresión, como el del abuso, presupone una falta de consentimiento o, al menos, viciado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2022.

anteriores las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias». Al margen de la crítica que se hará al detallar la redacción propuesta por la LOGILS, llámese la atención, desde un punto de vista meramente literal, sobre la incompatibilidad de las expresiones «en todo caso» y «excepcionalmente», en el sentido de que, si la propia norma prevé excepciones, ya no podría cumplirse ese mandato legal en todos los supuestos.

Continuando con el proceso de elaboración de la norma, tras los preceptivos informes emitidos por el Consejo Fiscal el 8 de febrero de 2021⁷, y por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) el 25 de febrero de 2021⁸, se realizaron diversas modificaciones sobre el Anteproyecto definitivo. Así, tal y como invitaba toda lógica jurídica —aunque, no por ello se debe de dejar de mencionar su acierto—, se eliminó toda alusión a la necesidad de variar la interpretación sobre la carga probatoria en este tipo de delitos en su parte expositiva; también se modificó la definición del consentimiento del artículo 178.1, eliminándose la caracterización de la manifestación de la voluntad como actos «*exteriores, concluyentes e inequívocos*» —igualmente, con cordura, al resultar redundante e innecesario, al no ser si no el resultado de la manifestación libre que precedía a tales calificativos, y, en consonancia con la definición del consentimiento establecida por el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011), en su artículo 36.2 como «*manifestación del libre arbitrio*»—, y sustituyendo la expresión de «*voluntad expresa de participar en el acto*» por la simple voluntad de la persona. A pesar de mantener una definición del consentimiento en doble negación, lo cual, desde luego, no contribuía a aportar seguridad jurídica, y, aunque pudieran parecer unas variaciones baladíes, son importantes por cuanto restan importancia al cómo ha de ser el comportamiento de la víctima, esto es, cómo han de ser los actos por los que manifieste su consentimiento —a pesar de seguir utilizando calificativos como «*clara*» e «*inequívoca*»— para valorar la concurrencia o no del mismo⁹. Además, y bajo mi punto de vista, aportaba mayor claridad y concreción al sustituir el «*conforme a las circunstancias concurrentes*» por «*en atención a las circunstancias del caso*».

No cabe duda alguna, por otro lado, que suprimir la alusión a una voluntad expresa de participar en el acto sexual, favorece al principio de la seguridad jurídica por cuanto es cierto que la libre voluntad puede concurrir de forma tácita o espontánea, más aún si cabe en el contexto del derecho a la autodeterminación sexual. Afirmación que no compromete, en ningún caso, la posibilidad de apreciar, en el seno de cualquier proceso penal, la inexistencia de un consentimiento libre y válido a pesar de que no haya existido una oposición expresa. Por último, en cuanto al artículo 709 de la LECrim se refiere, se mantiene prácticamente idéntico salvo la concreta referencia a los delitos contra la libertad sexual que se hacía en su párrafo 3.º, que no tenía mucha lógica procesal al estar referido tal precepto al modo de practicar la prueba del examen de los testigos durante el juicio oral en toda clase de procesos, no solo en los que se enjuiciaran delitos de tal naturaleza.

7 <https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffbf8fcb83a>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2022.

8 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2022.

9 El texto final de dicho Anteproyecto se encuentra disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20200902&lang=es&fcAct=2021-06-30T12:23:27.739Z>. Fecha de consulta: 14 de julio de 2022.

Esta última versión del Anteproyecto es la que se sometió al dictamen del Consejo de Estado emitido el 10 de junio de 2021 —mencionado en la nota a pie 6.^a—, constituyendo uno de los últimos trámites previos para la publicación en el Boletín Oficial del Congreso del Proyecto de la LOGILS, y posterior aprobación en ambas Cámaras.

1.2. El consentimiento en el Proyecto definitivo de Ley Orgánica

Como se ha dejado expuesto, el Proyecto de la LOGILS ha encarado su recta final¹⁰. Hasta tal punto es así que, de no haber sido por la enmienda aprobada para la corrección de un mero fallo gramatical, nos encontraríamos de lleno en su *vacatio legis* de treinta días. No obstante, y al ser previsible su aprobación durante la segunda mitad del último semestre del año, pueden analizarse los rasgos esenciales que configuran el nuevo tipo penal de las agresiones sexuales del artículo 178.1 del Código Penal en lo que se refiere a la novedosa, como debatida, figura del consentimiento que contempla.

De forma previa, es digno de interés detenerse en algunos aspectos que se incluyen en la LOGILS. Así, del considerando I de su parte expositiva parece deducirse la voluntad del legislador de introducir en nuestro derecho penal sustantivo, por vez primera, el término de «*violencias sexuales*», entendiéndose por tal «*cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual*». Concepto que respetaría, y, adaptaría, el concepto de violencia sexual reflejado en el Convenio de Estambul, el cual, a su vez, distingue entre la violencia física y la violencia sexual, de forma que obliga a los Estados miembros a tipificar como delito cada una de esas formas de violencia (artículos 35 y 36, respectivamente). El propio Convenio, por tanto, parece dar a entender que la violencia sexual puede darse sin un componente físico o con él —en el sentido de ejercer cierta energía sobre un cuerpo o materia para la comisión del ilícito—. Quizás, esto fue lo que motivó al legislador de 1995 a distinguir entre el tipo penal de agresión y el del abuso, sobre la base de la existencia o no de violencia o intimidación, con el objetivo de graduar la gravedad del delito en función de las circunstancias de cada caso, y poder dar así cabida al principio de proporcionalidad penal¹¹. Definición que se reitera en el artículo 3.1 de la LOGILS, el cual, en su párrafo 2.º, considera como violencia sexual los delitos previstos en el título VIII del libro II del Código Penal.

A pesar de lo anterior, el legislador español ha preferido mantener la clásica rúbrica como delito de agresión sexual en el artículo 178.1, lo que viene, en cierta manera, a dificultar o limitar la superación de la distinción entre la agresión y el abuso, máxime cuando en su apartado 2.º hace mención expresa a los conceptos de «*violencia*» e «*intimidación*», que tanto recuerdan al todavía vigente 181 referido a los abusos sexuales. Desde un punto de vista eminentemente personal, y compartiendo en este sentido la opinión expuesta por el Consejo Fiscal en su informe sobre la LOGILS —*vid.* nota a pie 7.º—, se presenta como positiva la introducción expresa del término rela-

10 El texto definitivo, aprobado tanto por el Congreso y el Senado, está disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF. Fecha de consulta: 10 de julio de 2022.

11 En relación con este principio, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 133/2021, de 24 de junio, ECLI:ES:TC:2021:133, ha declarado: «(...) *la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza*».

tivo a la violencia sexual, en el convencimiento de que cualquier tipo de acto en el que se haya trasgredido el derecho a la libertad sexual de toda persona, ha de ser considerado un acto de violencia grave —gravedad atendiendo al bien jurídico protegido, y considerada al margen de la clasificación de las penas según su naturaleza y duración del artículo 33 del Código Penal—. Sin embargo, da la sensación que habría sido una buena oportunidad para cambiar la denominación del tipo de la agresión, precisamente, por el de «*violencia sexual*»¹², lo que, sin ningún tipo de duda, contribuiría al cambio de perspectiva que, como indica la norma, ha de tener por objeto evitar o minimizar los riesgos de la conocida como victimización secundaria.

Bajo este marco conceptual, la LOGILS, en su disposición final cuarta, apartado séptimo, aborda la regulación definitiva del nuevo tipo penal del 178.1, cuyas notas características son las siguientes:

- Aunque se concluye de lo ya expuesto, no se extiende el tipo penal básico a nuevos tipos de conductas, sin perjuicio de que se introduzcan algunas modalidades nuevas agravadas. Supone una refundición o agrupación de lo que hasta ahora se han considerado dos categorías delictivas diferentes, en un solo ilícito penal, el de la agresión.
- Si bien no es el objetivo del estudio de este trabajo, es cierto que se disminuye la penalidad del tipo básico (y de los agravados) de la agresión, ya que propone una pena entre 1 a 4 años de prisión, mientras que el precepto vigente entre 1 a 5 años. Ello no significa que todo este tipo de conductas vayan a castigarse por defecto con menor intensidad, ya que, al incluir el abuso como agresión, conductas menos gravosas que en la actualidad se castigan entre 1 o 3 años de prisión, o pena de multa, pasarán a castigarse de 1 a 4 años —salvo que se trate de un hecho de «*menor entidad*» y según «*las circunstancias personales del culpable*», supuesto atenuado previsto en el 178.3—.
- En cuanto al concepto del consentimiento, si bien el Anteproyecto definitivo supuso mayores cambios respecto al original, este es el cambio que supone una mayor trascendencia ya que, finalmente, se decanta por un modelo positivo y abandona la opacidad de la fórmula negativa o doble negación. El consentimiento queda definido como sigue: «*Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*», resultando una definición mucho más cercana a la establecida en el Convenio de Estambul como la «*manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*» (artículo 36.2).
- Como era previsible, no queda rastro alguno del primigenio mandato de «*reorientar el régimen de valoración de la prueba*».

Por último, se introduce una reformulación sustancial de la delimitación de las preguntas que deben de admitirse según el artículo 709 LECrim, en el sentido de agrupar los párrafos 2.º y 3.º en uno solo, con el siguiente contenido: «*El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas*», desapareciendo definitivamente el criterio de ponderación de las preguntas a admitir la correcta valoración de los hechos o la credibilidad de la víctima.

12 Sigue este tipo modelo, por ejemplo, el Código Penal italiano al tipificar la figura de la «*violenza sessuale*», tal como afirma el CGPJ. Vid. nota a pie 8.º.

Si bien las consideraciones jurídicas y procesales acerca de las modificaciones indicadas respecto a las garantías esenciales del proceso penal se reservarán para su apartado correspondiente, no obstante, y como conclusión final de todo lo expuesto, la ruptura que supone la LOGILS en cuanto a la desmembración entre el ilícito penal de la agresión y el del abuso puede considerarse útil y beneficiosa, lo cual no es óbice para defender —por entenderla más óptima— la denominación del tipo como violencia sexual, como se dijo. A este respecto, conviene rescatar que la inconcreción o excesiva generalidad en la redacción de alguno de los tipos penales, siempre ha acarreado, en algunos casos concretos, problemas notorios para calificar los hechos. Problemas que se agudizan, además, si afectan a bienes jurídicos cuya conculcación generan gran rechazo, preocupación e incompreensión a nivel político-social. Y esto, ha ocurrido en incontables supuestos situados al límite entre la agresión o el abuso sexual.

La ya longeva **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 182/1999, de 10 de febrero**, ECLI:ES:TS:1999:838, afirmaba en su fundamento 5.º: «*Ciertamente a veces es difícil distinguir los casos de abuso sexual (o estupro de prevalimiento), como el aquí examinado, de esos otros en que ha de condenarse por agresión sexual (o violación) por existir intimidación. La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo ("in dubio pro reo") (...)*». No es menos cierto que, desde la entrada en vigor del modelo penal que consagró tal distinción, y, merced al gran esfuerzo y dedicación —no sólo jurídico, sino también didáctico y moral— de nuestros tribunales, se ha conseguido consolidar cierta doctrina que ha coadyuvado en tal labor de interpretación penal.

Pero, en cualquier caso, es de agradecer que se reagrupe, bajo la concepción general de violencia sexual, y la específica de agresión, todo comportamiento que atente contra la voluntad sexual de una persona, aliviando la «carga» para el juzgador de discernir entre una figura u otra en aquellos casos de gran complejidad. En cualquier caso, ya se advierte que debido a la trascendencia multidisciplinar del bien jurídico objeto de protección, la reforma establecida por la LOGILS no acabará con las controversias políticas y jurídicas, sobre todo en aquellos procedimientos de mayor repercusión ante posibles resoluciones judiciales que frustren las expectativas de la sociedad. Expectativas que, en la mayor parte de las veces se encuentran infundadas o «contaminadas», al no poder exigírsele el conocimiento de los principios configuradores de nuestro proceso penal, y al no poder disfrutar de una de las ventajas discrecionales de los operadores jurisdiccionales, como es la inmediatez procesal.

Por último, es interesante llamar la atención sobre las advertencias que, con precisión, realizó el CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica, relativas al «*defecto de protección*» y al «*defecto por exceso*»¹³. En este caso concreto, no comparto estas consideraciones ya que los artículos 179 y 180 de la LOGILS prevén, por un lado, el tipo agravado de la agresión entendida como violación, y, por otro, distintas modalidades agravadas del tipo básico del 178 en función de la gravedad en la comisión del hecho. Además, ante los posibles problemas derivados de la excesiva generalidad o imprecisión de algunos de los preceptos (y la posible afectación de los

13 *Vid.* documento citado en nota al pie 8.ª, números 209 y 212: «*La opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual pueden tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor (...). Por otro lado, puede incurrirse en una prohibición de exceso (Übermassverbot) al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad*».

principios de legalidad y proporcionalidad penal), considero que son un obstáculo salvable a través de la función interpretativa de las normas que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los jueces y tribunales (artículo 5, en relación con el artículo 117.4 de la Constitución).

2. El «nuevo» consentimiento y su relación con las garantías básicas del proceso penal

2.1. Reflexiones previas

Tras las consideraciones expuestas en las líneas precedentes, resulta palmario que una reforma como la propuesta por el Ejecutivo, y aprobada por el Legislativo, era propicia para generar un gran debate jurídico y social, debido a la relevancia del bien jurídico a proteger, y también, por qué no decirlo, por el alto espíritu político que encierra la misma. Basta con analizar, de manera detenida su exposición de motivos para cerciorarse de este último detalle, sin que ello suponga obstáculo alguno para valorar positivamente algunos de sus aspectos.

Hilando fino, esta *voluntad legislatoris* de introducir un concepto del consentimiento en el tipo penal de la agresión sexual, plasmada desde el primer borrador de Anteproyecto a finales de 2020, es el elemento que ha generado mayores problemas, traducidos en el riesgo de una posible vulneración del derecho a un proceso penal con todas las garantías y, sobre todo, una conculcación de los derechos más básicos del investigado. Las principales dificultades a las que se ha enfrentado la reforma analizada, que, por otro lado, se pusieron de relieve desde el primer momento tanto por los distintos operadores del Poder Judicial (CGPJ y el Consejo Fiscal) como del Ejecutivo (Consejo de Estado, como supremo órgano consultivo del Gobierno), y en los que me detendré, son:

- Si existe o podría concurrir una vulneración o riesgo del **derecho fundamental a la presunción de inocencia** del investigado.
- Si las novedades introducidas suponen o invitan a una inversión de las reglas de la **carga probatoria**, en materia de delitos de naturaleza sexual.

Antes de proceder al análisis en profundidad de tales extremos, es inevitable señalar que todas estas dudas de carácter jurídico-procesal, en cuanto que se encuentran relacionadas con el desarrollo de la prueba en el seno de cualquier procedimiento, empezaron a fermentar, y no sin razón, desde la elaboración del Anteproyecto de Ley Orgánica inicial.

Ello, por dos motivos esenciales: en primer lugar, por el concepto expreso del consentimiento sobre el artículo 178.1, caracterizado por la fórmula tan farragosa empleada de la doble negación, y por remarcar o exigir una *«voluntad expresa de participar en el acto»* —lo que, en cierto modo, vendría a ser el máximo exponente del famoso y reiterado *«Solo sí es sí»*—; y, en segundo lugar, por fundamentar la supresión de la distinción entre agresión y abuso en la necesidad de reajustar las reglas básicas sobre la valoración probatoria penal.

Estas propuestas iniciales, al combinarse entre sí, generaban una serie de problemas evidentes. Así, se introducían toda una serie de notas características que ha de reunir el consentimiento (*«exterior, concluyente e inequívoco»*) de forma superflua por cuanto no son sino la consecuencia o los rasgos de una voluntad libre. Pero, además, introducía un elemento del tipo negativo, de forma que la conclusión que parecía extraerse era la de que imponía un mandato a los jueces y tribunales, en el sentido

de que habría entenderse o, incluso, **presumirse** la inexistencia de un consentimiento expresado libremente, siempre que no constara una manifestación expresa de su deseo de participar en el acto en concreto.

Con esta interpretación, sería el investigado el que resultaría obligado a probar su propia inocencia, esto es, la concurrencia del consentimiento, descargando, por ende, a la víctima o parte acusadora de probar la inexistencia del mismo, con el evidente riesgo de subversión de las reglas básicas probatorias que rigen en nuestro derecho procesal penal, así como de quiebra del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías que consagra el artículo 24 de la Constitución. Es significativo que todas estas implicaciones que suponía el Anteproyecto fueron advertidas —con mayor o menor tibieza— por el CGPJ, el Consejo Fiscal, e incluso, el Consejo de Estado, en sus respectivos informes mencionados en los apartados precedentes. Son de gran interés las siguientes consideraciones del Consejo del Estado, referidas al problema del consentimiento en los ilícitos penales: *«Se trata de un problema cotidiano en los procesos penales cuya resolución en ningún caso puede violentar el derecho fundamental a la presunción de inocencia ni permitir la inversión de la carga de la prueba, por lo que el problema operativo de las cláusulas de consentimiento seguirá siendo de naturaleza probatoria (...)»*.

Debe adelantarse, en cualquier caso, que más que un problema en cuanto al fondo, lo que planteaba era en un problema en cuanto a la forma, ya que nuestra doctrina jurisprudencial ha ido evolucionando hacia una extrema y cuidada protección del bien jurídico de la libertad y autodeterminación sexual, reiterando que el consentimiento de la víctima ha de ser claro. Dicho lo cual, no debe existir impedimento alguno para poder extraer tal consentimiento, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, aunque no se haya traducido en una voluntad expresa de participar en el acto sexual —expreso, en el sentido de especificado—, sino en una aceptación libre, entendida esta última en términos jurídicos razonables.

Afortunadamente, en el Proyecto definitivo de la LOGILS remitido al Parlamento se modificó este concepto tan controvertido del consentimiento expreso, poniendo el foco en la voluntad clara de la persona, y sin referencia alguna las reglas sobre la carga probatoria consolidadas en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Aun teniendo presente tales cambios, entiendo imprescindible valorar la propuesta final de la LOGILS por el propio recorrido que ha sufrido la misma. Sobre todo, si se tiene en cuenta el afamado —y no menos peligroso, incluso para la presunta víctima— eslogan político de presentación de aquella como la ley del «solo sí es sí», y, por supuesto, las réplicas de que el texto pone en jaque la presunción de inocencia o, que, incluso, fuerza *«al sistema a creer a la mujer sin pruebas»*, argumentos que, en la fecha presente, siguen defendiéndose de forma pública¹⁴.

2.2. Consentimiento, declaración de la víctima y el derecho a la presunción de inocencia

Atendiendo a las premisas puestas en liza, en orden a analizar si la LOGILS establece un marco respetuoso con los principios y garantías esenciales del proceso, y los derechos fundamentales (tal y como reza, por otra parte, su artículo 2) desde luego, habrá de ponderarse si se produce un equilibrio adecuado entre los concretos intereses que, entiendo, están en juego en esta materia. En particular, y teniendo en cuenta

14 https://www.elplural.com/politica/espana/congreso-da-luz-verde-ley-solo-si-es-si-sin-apoyo-vox-pp_290626102. Fecha de consulta: 1 de julio de 2022

la dificultad o escasez probatoria que suele caracterizar a los delitos de tipo sexual, precisamente, por su espontaneidad y comisión sorpresiva: de un lado, las manifestaciones efectuadas por el investigado, que se encuentran amparadas por su derecho a la presunción de inocencia, a no declarar en su contra y a no confesar su culpabilidad; de otro, la propia declaración o manifestación de los hechos por la víctima que, como es de sobra conocido, ha de valorarse en su condición de testigo *sui generis* ya que, en la mayoría de los casos, también será la denunciante¹⁵.

Dejando de lado estas aseveraciones, cobra sentido que se tome como referencia ponderativa el derecho a tal presunción si se atiende al tradicional orden garantista constitucional en el que se ha basado nuestro ordenamiento jurídico, el cual ha volcado con mayor intensidad las reglas probatorias en el ámbito punitivo sobre el respeto a aquel derecho, con carácter particular, y a un proceso con las debidas garantías, en general¹⁶. Derecho a un proceso justo que, a su vez, hay que ponerlo en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en el cual se integran el derecho a la defensa, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso contradictorio y en igualdad de partes¹⁷. No cabe duda alguna que, aun centrándome en el derecho a la presunción de inocencia, todos los derechos meritados tienen, en cierta manera, su reflejo sobre este, lo cual debe de tenerse siempre presente para emitir un pronunciamiento crítico como el que se aborda.

El contenido del derecho a la presunción de inocencia se encuentra muy consolidado, tanto desde un punto de vista legal, como jurisprudencial y doctrinal. La **Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1990, de 26 de abril**, ya recordaba los elementos que han constituir este derecho (fundamento jurídico 8.º): *«(...) la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio»*, al mismo tiempo que recordaba la vinculación de este derecho y del *ius puniendi estatal* con el principio contradictorio. Es de una lógica meridiana: si el derecho punitivo no permite, con las suficientes garantías procesales, que todas las partes puedan defender sus posiciones, difícilmente el investigado podrá hacer efectiva su presunción de inocencia.

De manera más reciente, encontramos una definición muy práctica de la presunción de inocencia en la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 847/2021, de 4 de noviembre**, ECLI:ES:TS:2021:4084, que en su fundamento 4.º la define como una *«verdad interina de inocencia»*, verdad que podrá ser desvirtuada siempre que concurran medios probatorios válidos, suficientes y racionales. Definición que, si bien presenta un menor rigor jurídico, es de agradecer que trate de aproximarse hacia un lenguaje más sencillo de cara a los ciudadanos (cumpliendo con el mandato establecido en la Carta de los Derechos de los ciudadanos ante la justicia). Muy interesante respecto al tema que nos ocupa son sus consideraciones finales, por cuanto trata sobre un supuesto caso de abusos sexuales: *«(...) afirmación inmovible y resistente [se refiere a la presunción de inocencia] a la mayor o menor gravedad de los hechos que al acusado se imputan»*.

15 En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 64/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:283, fundamento segundo.

16 CAAMAÑO, F.: «El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, p.126.

17 BARRIENTOS PACHO, J.M.º, MELERO, J., y GENÉ, J.: «Derecho de defensa en el proceso penal», *Práctico Procesal Penal*, Vlex, 2022, versión online.

Fruto de la introducción expresa del consentimiento en el tipo penal de las agresiones sexuales, y, puesto que claramente se estaba pensando en aquellos casos en que la declaración de la víctima de la que se deduzca la inexistencia del mismo, sea el único medio probatorio disponible, es forzoso plantearse la relación entre el derecho fundamental a la presunción de inocencia del investigado y la declaración de la víctima cuando sea la única prueba de cargo. Ya se anticipa que, en mi opinión, la constatación de la voluntad de la víctima contenida en sus sucesivas declaraciones sobre la base del concepto del consentimiento introducido *ex lege*, en nada afectará o deberá afectar a aquel derecho, quedando pendientes de la posible interpretación que puedan efectuar, llegado el caso, los tribunales.

Se ha de partir de una idea básica y ya consolidada, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo: la declaración de la víctima es una prueba directa más, y, como tal, puede desvirtuar la presunción de inocencia y fundar la convicción de inculpación por parte del juzgador, siempre y cuando sea practicada con las debidas garantías procesales, permitiendo su plena contradicción. Todo ello, incluso, aunque tal declaración sea la única prueba cargo y la propia víctima sea parte acusadora¹⁸. Pero ello no implica que nuestros tribunales no hayan tenido en cuenta los posibles riesgos que puede derivarse para el investigado en tales situaciones límite, en esencia, el peligro de producirse un desplazamiento de la carga probatoria sobre aquel, viéndose obligado a demostrar su inocencia frente a una prueba de cargo integrada exclusivamente por la palabra de quién la acusa.

Es por ello que, ya desde finales de los 80 y principios de los 90, se empezaron a fijar por el Tribunal Supremo una serie de criterios o notas que habrían de ser ponderados racionalmente por todo juzgador para fundamentar una sentencia condenatoria en la sola declaración de la víctima. Criterios que se han visto refrendados y precisados con posterioridad¹⁹, y que pueden resumirse en los siguientes:

- **Credibilidad subjetiva**, es decir inexistencia de cualquier tipo de relación personal entre víctima e investigado *«que pudiera concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre»*.
- **Verosimilitud o credibilidad objetiva**, que se traduce en que el testimonio prestado por la víctima ha de presentar cierta lógica y coherencia interna, más la denominada coherencia externa, esto es, datos objetivos de corroboración periférica capaces de suministrar un apoyo suplementario a tal coherencia interna. Estos elementos corroboradores son, en definitiva, aquellos otros medios de prueba obtenidos al margen de la declaración de la víctima y que pueden justificar sus manifestaciones, por lo que, en caso de disponer de ellos, serán de gran relevancia probatoria.
- **Persistencia en la inculpación**, que ha de implicar una ausencia de variaciones esenciales en las diferentes declaraciones que pueda efectuar la víctima, de *«ambigüedades, generalidades o vaguedades»*, y de elementos contradictorios o incompatibles entre sí.

18 En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia núm. 126/2010, de 29 de noviembre, o la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 573/2017, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2017:3187.

19 Pueden citarse, entre otras, la Sentencias del Tribunal Supremo núm. 381/2014, de 21 de mayo, ECLI:ES:TS:2014:2027; la núm. 989/2016 de 12 de enero; o la núm. 847/2021, de 4 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4084.

Por tanto, son una serie de baremos que se erigen en garantía del respeto y cumplimiento de la presunción de inocencia del investigado. No obstante lo anterior, también el Tribunal Supremo se ha encargado de dejar claro que tales criterios, en ningún caso, deben de alcanzar la consideración de requisitos o condiciones *sine qua non*, de forma que deban de cumplirse escrupulosamente todos ellos para que pueda reputarse válida y eficaz la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia —demostrando, de nuevo, esa ingente labor de nuestros operadores jurisdiccionales para guardar el equilibrio procesal de las partes implicadas—. De gran valor resultan las siguientes consideraciones de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 989/2016, de 12 de enero, ECLI:ES:TS:2017:86: *«Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado (...). La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma [o lo que es lo mismo, por sí sola] para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre».*

Incluso, se ha de tener también en cuenta la posibilidad de que concurren los tres criterios en la declaración de la perjudicada o víctima de un delito sexual, y que, sin embargo, tal declaración no se ajuste a lo verdaderamente acontecido²⁰. Es por esta razón, que el elemento más determinante en cuanto a la virtualidad probatoria de la declaración de la víctima, son los llamados elementos corroboradores externos, pero, en tal caso, ya no nos encontraríamos en el supuesto de la declaración como única prueba de cargo como tal, que es el más frecuente en este tipo de delitos.

Además de lo anterior, la presunción de inocencia también se ve reforzada por todo un elenco de garantías que viene imponiendo el Tribunal Supremo (véase, a modo de ejemplo la Sentencia núm. 573/2017 de 18 de julio, citada en varias ocasiones) en el proceso penal, sobre la correcta motivación que ha de hacerse sobre la valoración de la prueba de cargo, marcada por tres juicios de valor:

- Juicio sobre la validez de la prueba, es decir, que se haya obtenido e introducido en la fase de plenario conforme a los principios de contradicción²¹, intermediación, publicidad e igualdad de armas.
- Juicio sobre la suficiencia, que equivale a que la prueba de cargo tenga virtualidad o entidad suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.
- Juicio sobre la motivación y su razonabilidad, que se traduce en la necesaria motivación que ha de realizar el juzgador sobre la prueba para fundamentar en ella su juicio de imputabilidad o inculpación sobre el acusado.

20 RAMÍREZ ORTIZ, J.L.: «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *Diario La Ley*, núm. 9199, 2018, pp. 16-17.

21 En relación con el principio de contradicción, o derecho a un proceso contradictorio, aparece definido con acierto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 julio 2021, C-584/2020: *«Para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, es necesario, en efecto, que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento».*

Incluso reconociendo la trascendencia insoslayable que ostenta la intermediación del tribunal para formar su convicción y para la valoración de la declaración de la víctima en cuanto prueba que exprese la inexistencia de su consentimiento (tal y como reconoce la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 340/2020 de 22 de junio**, ECLI:ES:TS:2020:4524, «(...) *no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial*»), en ningún caso el juzgador debe sustituir la adecuada motivación sobre la valoración de dicha prueba, en favor de la intermediación discrecional que ostenta y de sus propias intuiciones²². Criterio que se ve reflejado en las recientes **Sentencias del Tribunal Supremo núm. 720/2018 de 22 de enero**, ECLI:ES:TS:2019:169, cuando señala en su fundamento 2.º, apartado 2.º: «(...) *cuando estamos ante una prueba directa (...) la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador. Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos*»; así como en el **núm. 596/2022 de 15 de junio**, ECLI:ES:TS:2022:2501, que en su fundamento 3.º, apartado 4.º, afirma: «(...) *el Tribunal de instancia extrae su convencimiento de un conjunto de elementos probatorios que permiten, de manera racional, alcanzar esa representación, por más que la defensa no comparta lógicamente el análisis. Destaca así la veracidad que proyectaba la expresión del testimonio de la joven, si bien, más allá de confiarse a sus propias intuiciones, confirma su apreciación con una serie de elementos que dan coherencia a su versión (...)*».

Una escueta valoración también debe de hacerse respecto a la modificación operada en el artículo 709 de la LECrim —cuyas modificaciones esenciales se expusieron— en la medida que, refiriéndose al examen de los testigos y al modo de efectuar la declaración de la víctima, podría afectar a los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso justo y contradictorio, si, por defecto, se inadmitieran todo tipo de preguntas a la víctima que pudieran afectar a su intimidad sexual. Alineándome con la opinión manifestada por el Consejo del Estado, considero que la redacción todavía vigente ya respetaba de forma convincente los dictados del Convenio de Estambul sobre tal cuestión (artículo 54 del mismo). Conviene recordar dos cuestiones: que en los delitos de tipo sexual, con cierta asiduidad, la única manera de poder garantizar el principio de contradicción será permitir la defensa del acusado sobre la base de discutir la declaración de la víctima —sin perjuicio de inadmitir todas aquellas preguntas que sean irrelevantes para el delito enjuiciado—, y que el hecho de que pudieran admitirse ciertas preguntas no presupone, de forma automática, una falta de credibilidad del testimonio de la víctima.

Por lo tanto, al amparo de todo este meticuloso trabajo jurisprudencial que se ha ido construyendo en torno a la importancia de la declaración de la víctima como prueba directa y de cargo, así como en cuanto a los límites que han de ponderarse para poder garantizar un adecuado cumplimiento de la presunción de inocencia, parece evidente concluir que la regulación del consentimiento introducida en el nuevo tipo penal del artículo 178.1 no supondrá atentado alguno contra tal derecho esencial del investigado. Y ello, porque su lectura no permite extraer ningún cambio sustancial en la interpretación que ya se le venía dando a la eventual inexistencia del consenti-

22 MAGRO SERVET, V.: «La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)», *Diario La Ley*, núm. 7013, 2008, p. 6.

miento derivada de la declaración de la víctima como única prueba de cargo, máxime en un sistema como el nuestro en el que la presunción de inocencia aparece bien parapetada como el principio esencial del proceso penal²³.

Entender lo contrario supondría, no sólo atentar contra nuestro sistema penal²⁴, sino contra el mismo derecho comunitario, en concreto, los mandatos contenidos en la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, sobre la presunción de inocencia, que establece las reglas claras sobre la carga probatoria la cual ha de recaer sobre la acusación, viéndose afectado aquel derecho si operara una inversión en sentido opuesto (considerando 22.º, artículos 3.º y 6.º).

2.3. Consentimiento y carga de la prueba

En estrecha conexión con la garantía de cumplimiento del derecho a la presunción de inocencia, también se discute si el novedoso concepto del consentimiento introducido por la LOGILS conlleva una particular afectación de la carga probatoria que caracteriza nuestro proceso penal, al conminar a los tribunales a otorgar mayor importancia a la declaración de la víctima, que a las manifestaciones que pueda realizar el investigado. De igual manera, se anticipa mi respuesta negativa.

Lo primero que se ha de tener en cuenta es que se podrá catalogar como novedosa la mera introducción de una definición del consentimiento —en todo caso, innecesaria—, pero no el concepto en sí mismo considerado.

Desde un punto de vista doctrinal, pocas definiciones del consentimiento en el ámbito penal reúnen la claridad y concisión de la facilitada por Claus Roxin²⁵:

«Un consentimiento en sentido jurídico supone que se **exteriorice** de cualquier forma (así la denominada “teoría intermedia o mediadora”). De todas maneras, según la teoría intermedia, que está más próxima a la teoría de la dirección de voluntad que a la del negocio jurídico, el consentimiento **no necesita ser expreso**. Basta un consentimiento mediante una **acción concluyente** [...]. Por otra parte, el consentimiento —incluso concluyente— no necesita ser declarado frente al que actúa, o ni siquiera que sea reconocible para él [...]. Aparte de esto, en la no intervención [penal] sólo puede verse un consentimiento allí donde éste se base en una **libre decisión** del titular del bien jurídico. Cuando alguien permite que se produzca una injerencia en sus bienes jurídicos sólo porque considera que no tiene sentido intervenir, o porque tiene miedo del agresor, entonces esto no es un consentimiento eficaz (cfr. para más detalles sobre el problema de la coacción nm. 78 ss.). Por tanto, el consentimiento es en efecto sólo “expresión de la conformidad del parecer interno propio con el ajeno”, pero, desde luego, “más que un mero admitir y que un mero dejar hacer”» (RGSt 68, 307).

23 VILLANUEVA TURNES, A.: «La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho», *Revista catalana de dret públic*, núm. 51, 2015, pp. 213-214.

24 Ya en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 sobre protección de los menores víctimas y testigos, y, en relación con los delitos sexuales contra aquellos, se afirmaba con rotundidad: «*Pero ni siquiera el evidente interés general en la averiguación y sanción de estos comportamientos, permitirá forzar al sistema penal a exprimir sus posibilidades hasta el punto de hacer tabula rasa de las garantías de los imputados por estos delitos o de olvidar las exigencias del derecho a la presunción de inocencia*».

25 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 532-534.

Si se analiza con detalle, incluso la primera versión del consentimiento ofrecida por el Anteproyecto de Ley Orgánica (consentimiento basado en actos exteriores, concluyentes e inequívocos), no estaba sino reproduciendo la clásica teoría intermedia del consentimiento a los efectos de la exclusión penal, teoría del consentimiento que es también la aceptada por nuestra jurisprudencia. Por ello, su problema principal era el de su redacción en negativo y la referencia a una voluntad expresa, en el convencimiento de que tales actos exteriores, concluyentes e inequívocos solo podrían concurrir de forma expresa para ser válidos, cuando lo cierto es que puede considerarse la existencia de un consentimiento tácito suficientemente concluyente en el contexto de las relaciones sexuales, de la misma manera que también puede extraerse la inexistencia de tal consentimiento de forma tácita, esto es, aunque no haya existido oposición expresa al mantenimiento de tales relaciones.

En efecto, los jueces y tribunales, dentro de su labor interpretativa de las normas, han realizado un concienzudo trabajo para delimitar los contornos del concepto del consentimiento, precisamente, con ocasión de la modificación en el Código Penal que introdujo la distinción entre agresión y abuso. Trabajo que, en suma, puede reconducirse hacia una progresiva aceptación de la citada teoría intermedia del consentimiento, con su correspondiente adaptación a las exigencias impuestas por la sociedad de la información²⁶.

No se trata de realizar aquí una revisión exhaustiva sobre concepto jurisprudencial del consentimiento. Sin embargo, son dignas de rescatar algunas de las sentencias más recientes —y, también, mediáticas— que se han pronunciado sobre el concepto del consentimiento.

En primer lugar, la famosa sentencia del caso de «La Manada», la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2200**, que terminó corrigiendo tanto a la Audiencia Provincial como al Tribunal Superior de Justicia de Navarra, apreciando la existencia de agresión sexual y no de abuso. A los efectos que aquí interesan, tal resolución señala, en cuanto a la distinción entre agresión y abuso: *«En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos»*. Además, y haciendo toda una revisión pormenorizada sobre las circunstancias concurrentes en el caso, acaba señalando con severidad: *«(...) despeja cualquier tipo de duda al respecto, no solo a la Sala de instancia, sino a este Tribunal, ya que en el contexto que se describe en los hechos probados, el silencio de la víctima, solo se puede interpretar como una negativa»*, otorgándole una mayor relevancia —muy acertadamente—, no ya a la conducta que hubiera podido mantener la víctima sino a la propia actitud o actividad del autor, a la hora de valorar la existencia o no de un consentimiento verdaderamente válido y libre (*«Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta»*).

26 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 447/2021 de 26 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:2165, que reconoce la «ciberviolencia» o «ciberintimidación» como elementos perfectamente subsumibles dentro del tipo de la agresión sexual, a pesar de la distancia física entre víctima y victimario, y, aunque, fruto de tal intimidación, sea la propia víctima la que actúe sobre su propio cuerpo en lugar de aquel.

En segundo lugar, debo destacar la instructiva y didáctica **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 544/2022 de 1 de junio**, ECLI:ES:TS:2022:2192 (del siempre recomendable magistrado Hernández García). Al igual que en el caso mencionado con anterioridad, el Alto Tribunal vino a revocar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, apreciando la falta de consentimiento en las relaciones sexuales de un matrimonio de larga duración. Así, es recomendable citar dos de sus fundamentos, en concreto, el 4.º y el 10.º, que establecen respectivamente: *«Cuando a consecuencia de dicho entorno socio-personal decir “no” a la relación sexual es más difícil que decir que “sí”, el valor del consentimiento se debilita muy significativamente. El no decir “no” en este tipo de situaciones no equivale, ni mucho menos, a consentimiento válido (...); y, añade, que «(...) no identificamos ninguna razón que le dispensara [al marido victimario] de los deberes más elementales de civilidad como lo son tratar con dignidad a su cónyuge, Doña Zaida, e identificar si esta consentía plena y libremente los contactos sexuales que le requería».*

Es una sentencia que parece, sin decirlo expresamente, una crítica encubierta al eslogan del «Solo sí es sí» ya que, si bien resulta obvio que no es tal la voluntad que se extrae del texto aprobado por el Legislativo, en una interpretación literal de aquel, podrían quedarse al margen de la intervención punitiva aquellos supuestos en los que no haya existido una oposición expresa al acto de contenido sexual, o, incluso, aquellos supuestos en los que el «sí» se hubiera obtenido de forma viciada por la denominada intimidación ambiental. Y, por otro lado, ofrece una configuración del consentimiento pleno, libre y válido, no sólo desde el punto de vista interno de la propia víctima, sino puesto en relación con la conducta o punto de vista externo del investigado, en clara consonancia con la llamada teoría intermedia del consentimiento defendida por Claus Roxin y por la mayoría de la doctrina²⁷.

Llegados a tal punto, y en relación con el concepto del consentimiento, son muy útiles los principios en su día establecidos por la Corte Penal Internacional, en aplicación y con sujeción al Estatuto de Roma, para los casos de violencia sexual —como se observa, es reiterado el uso de este concepto por el derecho internacional para referirse a los delitos contra la libertad sexual, sin perjuicio de la especificación nominal de otros tipos penales, tales como la violación, acoso sexual, etc., en todo caso integradas dentro del término de «*violencia sexual*»—. Me refiero a las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional del año 2002, y publicadas en el BOE el 19 de septiembre de 2011²⁸, que en su regla 70 fija los siguientes principios:

«El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo».

27 Compartiendo este mismo criterio, también puede citarse la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 596/2022, de 15 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2501.

28 Disponibles en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/09/26/pdfs/BOE-A-2011-15117.pdf>. Fecha de consulta: 7 de julio de 2022.

Todos y cada uno de estos principios han sido estrictamente respetados, en la medida de lo posible, por nuestros tribunales cuando se han enfrentado a la ardua tarea de valorar el consentimiento de la víctima como prueba válida, suficiente y racional, tratando de atender a los criterios de la lógica, la ciencia y la experiencia. Las sentencias indicadas en el presente texto son un fiel reflejo de ello.

Por lo expuesto, varias son las ideas que deben extraerse respecto al «nuevo» modelo del consentimiento de la LOGILS. Primero, que la introducción del consentimiento dentro del tipo realmente se presenta como innecesario, por no diferir en nada del concepto ya consolidado por la doctrina y la jurisprudencia. Pero, puestos a definirlo —y a pesar de las modificaciones que ha sufrido— una mejor definición habría sido: *«El consentimiento será válido cuando refleje la voluntad libre y no coaccionada de la persona»*, o, incluso, optar directamente por la definición establecida en el artículo 36.2 del Convenio de Estambul. Y es que, con frecuencia, la inclusión de excesivos elementos, o imprecisos, en el tipo subjetivo (esto es, en lo que referido al cómo en la comisión del ilícito penal), no facilita la labor de los tribunales, lo que, precisamente, puede provocar el efecto contrario al pretendido: una mayor desprotección para la víctima.

Y, segundo, que resulta obvio que la presencia de tal consentimiento en el nuevo delito de agresión sexual no conllevará implicación alguna respecto a las reglas que rigen la carga probatoria en el proceso penal, ni tampoco mandado alguno a los operadores jurisdiccionales a creer sin más pruebas en el testimonio de la víctima.

3. Conclusiones

La LOGILS, tras su entrada en vigor definitiva, habrá de constituirse en una nueva piedra de toque a través de la cual se pueda calibrar la evolución de la denominada perspectiva de género, recogiendo los testigos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Valoración, que habrá de efectuarse atendiendo a la eficacia que muestren las propuestas introducidas por la ley respecto a la protección integral del derecho a la libertad sexual y a la prevención, eliminación o, siquiera, reducción, de las distintas formas de violencia sexual, al ser estos los objetivos esenciales de aquella.

Observando con minucioso detalle todo el proceso de redacción y elaboración que ha ido sufriendo la reforma operada por la norma, al menos en lo que concierne al objeto de estudio aquí planteado, se puede realizar una primera afirmación: la intención inicial prevista en los sucesivos Anteproyectos de la Ley sobre la regulación del consentimiento como elemento integrante del nuevo tipo penal único de la agresión sexual, dista mucho de la propuesta finalmente aprobada por el Legislativo. Lo anterior no es óbice, en absoluto, para que se destaquen, en su justa medida, aspectos positivos que se han introducido.

La apreciación del término de violencia sexual para referirse, de forma genérica, a cualquier tipo de acto atentatorio contra la libertad sexual es un gran acierto, aunque de un alcance muy limitado ya que se ha optado por no trasladarlo al nuevo tipo punitivo que mantiene la denominación de *«agresión sexual»*. No han sido pocas las ocasiones en que los órganos jurisdiccionales se han topado con serias dificultades al tratar de discernir si unos hechos debían de incardinarse en el tipo de la agresión o del abuso, al revestir el segundo una menor gravedad o desvalor de la acción que el primero. Por esta razón, habría sido una gran oportunidad para crear *ad hoc* el delito de violencia sexual, que lleva intrínseca en su propia denominación la gravedad que debe atribuirse a todo este tipo de actos, una vez ya superada la tendencia de asociar la violencia a un comportamiento meramente físico o que implique cercanía con la víctima.

En cualquier caso, la subsunción de la antigua figura del abuso en la de la agresión viene a reforzar tal gravedad, de forma que los jueces y tribunales que antaño condenaban como abuso sexual para atemperar el ejercicio del *ius puniendi* al principio de proporcionalidad penal, en el día de mañana habrán de calificar como agresión sexual. Con ello, se daría un adecuado cumplimiento al fin preventivo general de las penas, para tratar de conseguir un efecto disuasorio en la sociedad, porque, si bien se disminuye el límite máximo de las agresiones sexuales, se incrementará la penalidad para los antiguos supuestos de abuso.

No se puede compartir, sin embargo, una opinión favorable respecto de la introducción expresa del consentimiento. En primer lugar, porque realmente poco o nada aporta a la base ya existente. Dicho en otros términos, no parece que se aleje o difiera —si acaso, parece incluso restar— de la definición del consentimiento vigente, desde un punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial, así como a nivel nacional, comunitario e internacional. En segundo lugar, porque tampoco contribuye a despejar las dudas vertidas sobre el estricto respeto que ha de observarse sobre las normas y principios del sistema procesal-penal.

Es evidente que el derecho penal, por su carácter de última ratio y como forma más gravosa de represión de los derechos de las personas, siempre va a generar un fervoroso debate jurídico, político y social, con una especial repercusión sobre aquellos ilícitos que atacan frontalmente frente a un bien jurídico eminentemente personal. Debate que, por otro lado, es absolutamente imprescindible, precisamente, para alertar sobre la posible necesidad de reevaluar una norma, bien ya sea sustantiva o procesal, o de matizar ciertos principios o jurisprudencia consolidados. No obstante, la siempre deseable intención de acabar o paliar cierta lacra delictiva, como ocurre, sin ningún género de dudas, con los delitos de tipo sexual, no puede comandarse anteponiéndola a los principios y garantías esenciales que sientan las bases del ordenamiento jurídico-procesal penal.

Es por ello que debería haberse evitado la regulación del consentimiento caracterizada como un elemento más del tipo penal en cuestión. Por muy positivas que sean las intenciones, un problema (que es y seguirá siendo eminentemente probatorio, como el de la concurrencia de un consentimiento libre y válido en las relaciones sexuales, y, a determinar durante el desarrollo del proceso con la garantía de la inmediación judicial) no debe convertirse en un elemento fijo o inamovible del tipo delictivo.

Ninguna norma, sea ya de carácter sustantivo (como el artículo 178 del Código Penal), o de carácter procesal (como el artículo 709 de la LECrim) podrá nunca sus traerse u obviar los principios fundamentales del derecho penal, en especial, los que restringen la potestad punitiva estatal. Y, como se ha tratado de exponer, la reforma operada por la LOGILS no trasgrede ni debe suponer amenaza alguna para tales principios, fundamentalmente considerados el derecho a la presunción de inocencia y las reglas sobre la carga probatoria penal, como estandartes del derecho de defensa, a un proceso igualitario, justo y contradictorio. En consecuencia, ninguna quiebra o riesgo se proyecta sobre los derechos esenciales del posible investigado. Y, ello, pesar de las razonables dudas expuestas, fruto de una muy desafortunada puesta en escena de la propuesta, y de una redacción final del consentimiento que, aunque pulida, sigue careciendo del suficiente rigor jurídico.

Huelga advertir, desde un punto de vista de la lógica jurídica-procesal, la escrupulosa cautela que ha de mantenerse respecto a los discursos de naturaleza política que, todavía a día de hoy, se siguen proclamando sobre la figura del consentimiento expreso («Solo sí es sí») o sobre la temida —a la par que infundada— afectación de las bases de nuestro sistema penal. Como suele ser habitual, generan «mucho ruido y pocas nueces».

4. Bibliografía

- BARRIENTOS PACHO, J.M.^a, MELERO, J., y GENÉ, J.:** «Derecho de defensa en el proceso penal», *Práctico Procesal Penal*, Vlex, 2022, versión *online*.
- CAAMAÑO, F.:** «El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, p.126.
- ROXIN, C.:** *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 532-534.
- MAGRO SERVET, V.:** «La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)», *Diario La Ley*, núm. 7013, 2008, p. 6.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L.:** «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *Diario La Ley*, núm. 9199, 2018, pp. 16-17.
- VILLANUEVA TURNES, A.:** «La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho», *Revista catalana de dret públic*, núm. 51, 2015, pp. 213-214.

PERICOLOSITÀ SOCIALE E MISURE DI SICUREZZA: QUALE LEGISLAZIONE IN ITALIA PER IL TRATTAMENTO DEL FOLLE-REO?

Samuela de Luca

*Dottoranda in Scienze Giuridiche e Sociali
Università di Malaga*

SOMMARIO: 0. Introduzione. 1. Follia e manicomi: la psichiatria alienista della Legge n.36 del 1904. 2. Dalla psichiatria segregante alla psichiatria sociale: il nuovo paradigma della Legge Basaglia. 3. Il sistema penale italiano e le misure di sicurezza. 4. Non imputabilità per vizio di mente: quale misura di sicurezza? 5. Pericolosità sociale: presupposto di applicazione delle misure di sicurezza. 6. Misure di sicurezza: gli aspetti controversi dell'internamento psichiatrico alla luce del nuovo paradigma costituzionale. 7. Verso il superamento dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario. 8. Le rilevazioni del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e della Commissione Marino: una riforma non più prorogabile. 9. Legge n.9 del 2012: l'introduzione dell'Art. 3-ter al DL 211/2011. 10. Legge n.81 del 2014: «ultimo» tassello della riforma. 11. Misure di sicurezza: situazione attuale e criticità operative di una riforma parziale. 12. Conclusioni. 13. Bibliografia.

0. Introduzione

Obiettivo di questo elaborato è ricostruire il trattamento che l'ordinamento penale italiano ha riservato agli autori di reato prosciolti poiché inimputabili a causa di un vizio di mente¹, proponendosi, come fine ultimo, quello di dare diffusione ai cambiamenti legislativi e sociali che hanno permesso di offrire una risposta di tipo terapeutica e non più segregante alla sofferenza generata dalla malattia mentale.

Da un punto di vista etimologico è interessante osservare come il termine «pazzia» presenti un'origine incerta: probabilmente, racchiude in sé il doppio riferimento al termine *phatos*, di derivazione greca, impiegato per indicare una condizione di sofferenza, e al *patiens* latino, utilizzato in riferimento al paziente, al malato, alla persona

1 Nell'ordinamento italiano, il vizio di mente rappresenta una causa di esclusione della punibilità poiché «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere e volere» (art. 88 c.p.).

—appunto— sofferente² (PROIETTI, 2014). Dunque, sin dagli albori delle civiltà, le riflessioni sulla malattia mentale contemplan quella dimensione dolorosa insita nel concetto stesso di follia.

A partire da questa constatazione, si è ritenuto opportuno dedicare il primo paragrafo a quel particolare momento storico in cui la follia, originariamente equiparata ad altre forme di devianza sociale, assume le connotazioni di una particolare malattia che affligge la psiche, il cui portatore non rappresenta più un individuo *alienus* rispetto al *corpus* sociale bensì una parte sofferente di esso. La cura della follia venne allora affidata alle istituzioni manicomiali, il cui funzionamento era disciplinato dalla L. n. 36/1904, contenente le prime «disposizioni sui manicomi e sugli alienati», rimaste in vigore, rafforzando l'operato della psichiatria classica alienista, per più di mezzo secolo.

Nel secondo paragrafo, invece, si osserveranno i mutamenti socioculturali che favorirono il processo di riforma dell'assistenza psichiatrica italiana realizzata a partire dalla promulgazione della c.d. Legge Basaglia. L'aspetto innovativo della normativa si concretizza nell'adozione di un nuovo approccio medico alla malattia, tramite una psichiatria che rinnega il mandato custodiale attribuitole dal sistema giustizia per adottare un atteggiamento critico nei confronti del sapere scientifico consolidato: l'infermità sarà rivisitata sino a delineare il più ampio concetto di salute mentale, la cui tutela diventa una responsabilità da attendere in seno alla comunità, rigettando il ricorso a trattamenti coercitivi e segreganti.

Nel terzo paragrafo, si procederà alla descrizione del sistema penale a doppio binario, implementato nell'ordinamento italiano mediante la promulgazione del Codice penale del 1930; nel quarto e quinto paragrafo, si analizzerà il trattamento che il legislatore ha riservato alla categoria giuridica del folle-reo. Per i soggetti dichiarati esenti da responsabilità penale, e dunque prosciolti per infermità di mente, la disciplina originaria prevede, ai sensi dell'art. 222 c.p., l'applicazione di una misura di sicurezza da eseguire all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, qualora gli autori di delitto fossero stati classificati come soggetti socialmente pericolosi. Dopo aver analizzato l'istituto della pericolosità sociale, come disciplinato dall'art. 203 c.p., si passerà al sesto paragrafo, che mette in risalto gli aspetti più controversi dell'internamento psichiatrico rispetto al nuovo paradigma costituzionale. Infatti, la disciplina originaria delle misure di sicurezza, impregnata del rigido autoritarismo fascista caratterizzante l'epoca in cui è stata approvata, mal si coniuga con il testo della novella Costituzione, chiamato a sortire i suoi effetti dal 1° gennaio del 1949.

I principi sanciti dalla nuova Carta costituzionale resero necessaria la modifica del sistema di esecuzione delle misure di sicurezza, imponendo una rinuncia alla logica trattamentale di tipo segregante promossa invece dal Codice Rocco. A tal fine, come vedremo nel settimo paragrafo, verrà emanato il DPCM del 1° aprile 2008 che sancisce il passaggio della sanità penitenziaria alle competenze del sistema sanitario nazionale, delineando un cronogramma per il decentramento del sistema afferente agli ospedali psichiatrici giudiziari.

A sottolineare l'urgenza di superare la logica manicomiale furono anche le rilevazioni della Commissione Marino che, come vedremo nel paragrafo 8, durante il suo operato realizza una serie di sopralluoghi nei luoghi di reclusione della follia, giungendo ad un'unica conclusione: la necessità, non più prorogabile, di abbandonare il ricorso a tali istituzioni, il cui funzionamento appare altamente lesivo per i diritti umani e sociali che devono costituzionalmente essere garantiti anche ai pazienti in essa internati. A criticare le modalità esecutive delle misure di sicurezza in OPG è anche il

Comitato Europeo per la prevenzione della Tortura, che ammonisce l'Italia per le gravi condizioni riscontrate all'interno delle strutture preposte alla cura degli autori di reato prosciolti per vizio di mente.

A fronte delle prefate osservazioni, l'intervento del legislatore arrivò a produrre la L. n. 9/2012 che approva, con modificazioni, il Decreto Legislativo n. 211/2011 sul contrasto alla tensione detentiva, determinata dal sovraffollamento delle carceri. Tra le modifiche apportate, quella di maggiore interesse per la presente trattazione risulta essere l'introduzione dell'art. 3-ter che fornirà concrete indicazioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Come vedremo nel paragrafo nove, le previsioni in contenute nel prefato decreto tracciano una serie di criteri guida per la realizzazione di nuove Residenze volte all'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS), che rappresenteranno l'unica misura di sicurezza detentiva applicabile nei confronti del folle-reo dopo la definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari ancora aperti³.

Nel decimo paragrafo, si avrà modo di osservare come con l'ultima modifica apportata all'art. 3-ter dalla L. n.81/2014, in conversione del Decreto Legislativo n. 52/2014, le REMS acquistino una funzione di *extrema ratio*, invitando la magistratura a prediligere l'imposizione di misure *diverse* da quelle detentive. Oltre a stabilire la residualità delle misure privative di libertà, la norma interviene anche sul loro stesso presupposto applicativo; sebbene, come auspicato da qualcuno, non si riesca a sostituire la pericolosità sociale con il «bisogno di cure o trattamento», la previsione che la sua valutazione debba realizzarsi tenendo in considerazione le sole condizioni personali del soggetto, escludendo —quindi— la valutazione del contesto socio-ambientale in cui lo stesso è inserito, rappresenta un importante elemento di novità.

Le modifiche apportate alla disciplina delle misure di sicurezza sono orientate a dare piena attuazione ai nuovi principi sanciti dalla Costituzione, che promuovono una responsabilità penale come personale e sanciscono la finalità rieducativa verso cui pene e misure di sicurezza dovrebbero tendere. Rifiutando un intervento coercitivo sul paziente e privilegiando una strategia capace di integrare terapie farmacologiche a trattamenti psico-sociali, il legislatore si esprime a favore di una medicalizzazione dell'intervento penale, considerata dalla scrivente come una scelta adeguata nella misura in cui il concreto intervento sulla malattia potrebbe favorire un'evoluzione positiva della stessa, incidendo sul giudizio di pericolosità che originariamente giustificò l'imposizione della misura.

L'implementazione di un sistema sanzionatorio *medicalizzato* per gli autori di reato dichiarati non imputabili a causa di vizio mentale fu un processo lungo e travagliato, le cui criticità saranno approfondite nell'undicesimo paragrafo. Le problematiche emerse si stagliano, contemporaneamente, su un duplice versante, operativo e teorico. La riforma delle misure di sicurezza, infatti, risulta attualmente priva di un valido supporto codicistico: il Codice penale in vigore continua a fare riferimento ai vecchi OPG, senza menzionare le REMS o le nuove modalità di applicazione dei provvedimenti in esse eseguiti. La Legge Delega n. 103/2017 con cui si demandava al governo la «modifica del Codice penale, del Codice di procedura penale e dell'Ordinamento penitenziario» è infatti rimasta senza attuazione, generando un importante paradosso: le misure di sicurezza eseguite attualmente in REMS non sono regolate dal Codice penale, sebbene le 32 strutture presenti sul territorio siano in funzione da più di un

3 I sei ospedali psichiatrici penitenziari ancora operativi all'epoca in cui fu varata la normativa, che dalla stessa furono chiusi, sono: "Filippo Saporito", Aversa; Barcellona Pozzo di Gotto; Castiglione delle Stiviere; Villa Ambrogiana, Montelupo Fiorentino; "Sant'Eframò", Napoli; Reggio Emilia.

quinquennio⁴. Pertanto, nella parte finale dell'elaborato incontrerà spazio una breve riflessione sul «quanto resta ancora da fare» per non vanificare i progressi raggiunti dalla novella legislazione, che permette di annoverare l'Italia tra i primi paesi del contesto sovranazionale ad aver rigettato la logica manicomiale abdicando in favore di una strategia operativa differente, forte della convinzione che il reale trattamento sanitario rappresenti la miglior forma di prevenzione possibile rispetto a quegli autori di reato dichiarati penalmente non responsabili delle proprie azioni, nei confronti dei quali, in passato, l'ordinamento fu capace di offrire solo risposte segreganti.

1. Follia e manicomi: la psichiatria alienista della Legge n.36 del 1904

Edotta dottrina considera la normalità come il risultato di valori ed azioni condivise dalla moltitudine, che tende ad escludere e rigettare quegli elementi facenti parte del corpo sociale che si discostano dalla *consuetudine*⁵. L'esclusione dell'altro incontra la propria origine nel costante senso di insicurezza che affligge l'animo umano, generando uno spasmodico desiderio di conoscere e controllare il mondo esterno, rifuggendo ciò che si sottrae al conoscibile e al controllabile⁶. Il destino che ha interessato il folle-reo è forse una delle conseguenze prodotte da questa ricerca di sicurezza.

Originariamente, nelle prime concezioni animistiche e nel mondo classico, la follia veniva ricondotta alle divinità, benevoli o maligne, in grado di influenzare il comportamento degli esseri umani⁷. Il folle era portatore di un messaggio divino, andava quindi ascoltato e interpretato⁸. Già in epoca medievale, però, questo sentimento *comprendivo* scompare e il folle si convertì in una creatura del demonio, essendo stato istigato dal diavolo stesso «all'essere frenetico e pazzo»⁹. Assumendo una connotazione di malvagità, la comprensione del folle lascia posto alla sua reclusione. L'impostazione segregante — eccezione fatta per una breve parentesi rinascimentale in cui alcuni perso-

4 L'art. 1, co.2-bis, della L.n. 81/2014 di conversione del Decreto-legge 31 marzo 2014, n.52, recante «*Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*» fissa al 1° aprile 2015 il termine ultimo per la loro chiusura; a far fede da quella data, le misure di sicurezza detentive vengono eseguite nelle nuove Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS), definitive e provvisorie. Secondo dati estratti dalla *Relazione al Parlamento* prodotta nel 2022 dal Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, le REMS attive al 31.12.2021 sono complessivamente 31, per un totale di 573 pazienti.

5 Fra tutti, Dell'Acqua, secondo cui «la normalità ha a che vedere con la norma, vale a dire il modo in cui, in virtù di precise regole o consuetudini sociali, solitamente i soggetti si comportano e agiscono», in DELL'ACQUA, P. y D'AUTILIA, S.: «Salute mentale», *Dizionario del lavoro educativo*, Carocci, Milano, 2014.

6 In tal senso, Bauman riflette sul come «il sentimento di «insicurezza» derivi da una miscela di incertezza e ignoranza» e «gli altri- in particolare quelli che classifichiamo come sconosciuti, estranei o stranieri - sono particolarmente fecondi nel rafforzare un sentimento del genere». A spaventare, secondo l'autore polacco, sarebbe proprio «l'assenza di una conoscenza reale delle loro intenzioni, del loro codice di comportamento», in PERILLO, D.: «La paura dell'altro (e di se stessi) - intervista a Zygmunt Bauman», *L'osservatorio romano*, 2016.

7 ZIBOORG, G. y GEORGE, W.H.: *Storia della psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1963.

8 ANDREOLI, V.: *Istruzioni per essere normali*, Rizzoli, Milano, 1999.

9 Mental Heart History Timeline, in www.studymore.org.uk

naggi dell'epoca provarono a diffondere l'idea di un folle rispettato, lasciato libero— si protrasse sino al Settecento, con i folli ancora in catene per mancanza di strutture sanitarie specifiche.

A fronte di questa esigenza nacquero i primi istituti specializzati, presupposto di fondo del nuovo secolo; un Ottocento in cui la follia diviene oggetto d'attenzione da parte della comunità scientifica. In particolare, a seguito degli studi di Cesare Lombroso, padre dell'antropologia criminale, la pazzia assunse i connotati di una vera e propria malattia organica il che portò al sorgere di una nuova scienza medica, la Psichiatria, deputata al trattamento delle infermità mentali. Adottando una visione deterministica, lo studioso teorizzò l'esistenza di un delinquente nato, paragonato ad una macchina rotta poiché lesionato nel cervello, rispetto al quale la società è chiamata a tutelarsi¹⁰.

Il connubio follia-pericolosità radica nella convinzione che l'imprevedibile impedisca la piena realizzazione della «sicurezza personale altrui» portando l'altro ad essere identificato con il nemico¹¹. Seguendo come catalizzatore ideologico l'assunto lombrosiano¹² si giunse ad affermare che «la pazzia non dipende dalla nostra volontà, così come non ne dipende nemmeno il delitto. Delitto e pazzia sono due sventure: trattiamoli entrambi senza rancore, ma difendiamoci da entrambi» (FERRI, 1892).

Sulla base di tali concezioni, il 14 febbraio 1904 venne promulgata la L. n.36 contenente le prime «disposizioni sui manicomi e sugli alienati» che, seguendo un'ottica di custodia e cura, disciplinarono il funzionamento dei luoghi di contenzione della malattia mentale. Nella normativa citata, la psichiatria trova non solo la configurazione della sua funzione sociale, ma la definizione stessa del suo oggetto¹³: dando priorità alle esigenze di tutela collettiva, in detrimento delle necessità terapeutiche, la scienza medica assunse su di sé un mandato custodiale che mal si coniuga con il trattamento delle infermità mentali.

Gli aspetti disciplinati dalla L. n.36 del 14 febbraio 1904 guardano con particolare attenzione al versante organizzativo: viene per la prima volta stabilito un trattamento eterogeneo tra i folli autori di reato, indirizzati ai manicomi giudiziari, e folli non autori

10 ANDREOLI, V.: *Istruzioni per essere normali*, op. cit.

11 Seguendo la prospettiva di Jakobs, coloro che adottano comportamenti devianti sono coloro che non offrono le garanzie di un comportamento personale sicuro, convertendosi nei nemici che attentano al diritto alla sicurezza altrui. La corroborazione cognitiva degli infermi mentali è distinta dagli standard della razionalità comune, ostacolando l'aderenza alla norma generalizzata e causando una rottura delle aspettative normative che alimentano il sentimento di insicurezza, etichettando chi infrange detti parametri come un «problema di sicurezza». L'incapacità di mantenersi fedeli all'ordinamento giuridico converte l'infermo mentale autore di delitto in un nemico della società, il che giustifica l'applicazione delle misure di sicurezza per neutralizzare il pericolo che lo stesso rappresenta. Cfr. JAKOBS G. y CANCIO MELIÁ M.: *Diritto penale del nemico*, Civitas, Navarra, 2006.

12 Lo studioso positivista, mediante lo studio della frenologia —ricordiamo, in particolare, l'analisi compiuta sul cranio del brigante Villella, caratterizzato da una «fossetta occipitale» all'interno della scatola cranica— giunse ad affermare l'esistenza di un legame tangibile tra criminalità e follia, costituito dalle anomalie fisiche riscontrabili in entrambi i casi. L'uscita de *L'uomo delinquente* sancisce così una concezione deterministica del criminale, nonché dell'uomo folle. Il criminale lombrosiano è tale per sua propria natura, paragonabile più a quella di un animale che di un essere umano; tale giudizio veniva giustificato dalla presenza di ferocia ed impulsività, caratteristiche tipiche di una follia primitiva o, secondo la terminologia lombrosiana, atavica.

13 Così GIANNICEDDA, M.G.: «Ospedali psichiatrici», in D'ARCAIS, M.F. (COORD.), *Enciclopedia dei diritti umani*, Utet, Milano, 2007.

di reato, accuditi presso i manicomi civili. In 11 articoli il testo di legge individua i soggetti cui destinare tale misura di sicurezza, le disposizioni regolanti l'entrata e —avanguardisticamente rispetto ai codici successivi— l'uscita dal circuito manicomiale, così come le competenze rispettivamente assegnate alle autorità sanitarie e locali.

Secondo l'art. 1 della Legge, pertanto, devono «essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale quando siano pericolose a sé o agli altri e riescan di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi». Come emerge dal testo citato, la soluzione custodiale diventa perno centrale della disciplina: la disposizione di un ricovero, infatti, segue criteri di applicazione scarsamente determinati, facendo riferimento ad una pericolosità sociale relazionata con il «pubblico scandalo», concetto —quest'ultimo— dai labili confini.

2. Dalla psichiatria segregante alla psichiatria sociale: il nuovo paradigma della Legge Basaglia

A seguito della L. 36/1904, la psichiatria custodiale continuò ad agire come agente di controllo sociale, sebbene a ridosso degli anni 70 fu la stessa scienza medica a rigettare tale mandato, incrinando l'armonica relazione che sino ad allora aveva instaurato con il sistema giustizia. Il periodo di riferimento è quello in cui, anche in Italia, prese piede la corrente dell'«antipsichiatria» o della «psichiatria critica»¹⁴, dove l'elemento critico è ravvisabile nel rigetto della malattia psichica in favore di un più ampio prospetto di salute mentale. Nello scenario italiano, pioniere nella promozione del nuovo approccio fu lo psichiatra Franco Basaglia, che auspicava alla «distruzione dell'ospedale psichiatrico» come «fatto urgentemente necessario». Secondo l'illustre medico, infatti:

«Se la malattia mentale è, alla sua stessa origine, perdita dell'individualità, della libertà, nel manicomio il malato non trova altro che il luogo dove sarà definitivamente perduto, reso oggetto della malattia e del ritmo dell'internamento. L'assenza di ogni progetto, la perdita del futuro, l'essere costantemente in balia degli altri senza la minima spinta personale, l'aver scandita e organizzata la propria giornata su tempi dettati solo da esigenze organizzative che —proprio in quanto tali— non possono

14 Seguendo la ricostruzione brillantemente elaborata da Foot, già nel 1945 la Comunità Terapeutica di Dingleton, in Scozia, iniziò ad aprire le porte della propria struttura verso il mondo esterno, convertendosi nel primo ospedale psichiatrico anglosassone *aperto*. Successivamente, Cooper intraprese la sua sperimentazione nella «Villa 21», una sezione speciale del Shenley Hospital, nelle periferie di Londra, e nel 1965 Laing —collaborando con Cooper, Esterson, Briskin, Sigal e altri— inaugurò Kingley Hall, un grande spazio comunitario capace di rappresentare una valida alternativa all'*Asylum*. Anche in Francia si assiste alla ricerca di nuove strategie per il trattamento delle malattie mentali, osservando però la questione in maniera distinta rispetto a quando stava avvenendo nel panorama britannico e italiano. Alcuni esponenti francesi fecero appello ad una «psicoterapia radicale», che accettava l'esistenza dell'istituzione manicomiale considerando opportuno istituire una nuova modalità di gestione per modificarne l'organizzazione dall'interno. Altri, invece, propendevano per un decentramento istituzionale, ossia una riforma del settore; questo, però, avrebbe implicato un ulteriore mantenimento in vigore del sistema che si voleva riformare, *vid.*, FOOT, J.: La «Repubblica dei matti». Franco Basaglia e la psichiatria radicale in Italia, 1961-1978, Feltrinelli, Milano, 2014. Tali avvenimenti agevolavano la diffusione di una «nuova visione del matto, restituendogli lo stato di cittadino in aggiunta a tutti i diritti che questo comporta: diritto alla salute, alla casa, all'educazione, al lavoro, alle attività sociali, alla libertà», PIEDRAS YEGROS, A.: «La reforma psiquiátrica», in *Discapnet*, 2020.

tenere conto del singolo individuo e delle particolari circostanze di ognuno: questo è lo schema istituzionalizzante su cui si articola la vita dell'asilo»¹⁵.

Dunque, bisognava superare la logica di isolamento che aveva sino ad allora caratterizzato la vita dei soggetti affetti da patologie di tipo psichico; tale necessità rappresentò il *leitmotiv* della L. n.180 pubblicata il 13 marzo 1978, che segna l'inizio della riforma psichiatrica italiana e realizza la definitiva chiusura dei manicomi, promuovendo un'idea di salute mentale comunitaria. La Legge Basaglia delinea un nuovo approccio alla malattia, convertendo il suo trattamento in una forma di responsabilità sociale da esercitare mediante la realizzazione di interventi inclusivi.

La riforma permise di chiudere i manicomi, istituire la volontarietà del trattamento sanitario e di disporre l'apertura dei Centri di Salute Mentale, incaricati di elargire cure psichiatriche a livello territoriale. Tuttavia, sebbene non si possa che rilevare la portata innovatrice della norma, per certi versi, la riforma appare puramente parziale, in quanto ha sortito effetti solo sul trattamento sanitario civile, escludendo quella parte di pazienti psichiatrici afferenti al sistema penitenziario. Paradossalmente, la chiusura dei manicomi gravò in maniera negativa sulle condizioni dei pazienti internati negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: la chiusura delle strutture manicomiali e la mancata tempestività nell'istituzione dei Centri di Salute Mentale comportò, per molti dimessi, l'assenza di un'adeguata rete di supporto,¹⁶ costringendo i più indigenti a riversarsi per le strade delle città; privi dei mezzi di sostentamento, un gran numero di essi intercorse in atti di microcriminalità per poter sopravvivere. In tal modo, i malati dimessi dai manicomi civili, ritrovatisi in libertà dopo anni di reclusione e senza un adeguato supporto, si convertirono in folli-rei, giungendo ad essere nuovamente internati, questa volta all'interno di istituzioni psichiatriche penitenziarie¹⁷.

3. Il sistema penale italiano e le misure di sicurezza

Il 19 ottobre 1930 con Regio Decreto n. 1398 fu pubblicato il nuovo Codice penale italiano, noto come Codice Rocco, per la firma del Guardasigilli Arturo Rocco che ne fu il principale estensore. Il testo si presenta come un'opera legislativa di grande complessità e capacità tecnica¹⁸, all'interno del quale confluiscono le idee dei due principali orientamenti penalistici dell'epoca, la Scuola Classica e la Scuola Positivista, manifestando la tendenza chiaramente eclettica del legislatore. La promulgazione del Codice, infatti, rappresentò «un onorevole compromesso, che accontentava un po'

15 DELL'ACQUA, P.: «Dal superamento del manicomio ai servizi territoriali di salute mentale», in *Ideassonline.org*. <https://www.ideassonline.org/public/pdf/BrochureTriesteIT2.pdf>.

16 La rivoluzione psichiatrica inizia con una serie di negazioni: negazione dell'istituzione manicomiale, negazione della psichiatria come agente di custodia dei malati impossibili da riabilitare, negazione della malattia, non della malattia in sé ma della malattia come etichetta totalizzante. Ogni negazione è comunque possibile, in pratica, solo se contemporaneamente si costruisce «altro», in BASAGLIA, F.: *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino, 1968.

17 Sull'aumento degli internamenti in ospedale psichiatrico penitenziario a seguito della riforma realizzata mediante la promulgazione della Legge Basaglia vedasi, tra gli altri: CASTELLANI, R. y CORREANI, R.: "Ospedale psichiatrico giudiziario: sottosistema penitenziario", *Rassegna penitenziaria*, 1983, pp. 2- 3; MANACORDA, A.: *Il Manicomio giudiziario*, Donato, Milano, 1982, pp.108 e ss.

18 Al rispetto, Musio evidenzia come le «disposizioni della parte generale sono opera tecnicamente pregevole che si evidenziano per la stretta osservanza del principio di legalità e di tipicità e per la correlativa riduzione della discrezionalità giudiziaria». MUSIO, S.: «La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana», *L'altro diritto*, 1999.

tutti e non scontentava nessuno» (FIANDACA, 1987). Il testo legale si presenta come una sintesi tra le principali scuole penali, inglobando in uno stesso sistema l'approccio classico e quello positivista: il primo basato sull'applicazione delle pene ed il secondo sulle misure di sicurezza; in tal modo, l'idea di colpevolezza difesa dai classici inizia a coesistere con il concetto di pericolosità sociale delineato dai positivisti.

Mediante l'approvazione del Codice Rocco, l'ordinamento italiano fa proprio il sistema penale a doppio binario, prevedendo una duplice reazione al delitto: le pene da applicare ai soggetti imputabili e le misure di sicurezza cui ricorrere in caso di non imputabilità, mentre è disposta l'applicazione congiunta delle due sanzioni solo nei confronti dei soggetti dichiarati semi-imputabili.

L'obiettivo originario del legislatore era quello di riformare il sistema penale attraverso il potenziamento delle strategie di difesa sociale; pertanto, alle pene tradizionali si aggiungono le nuove misure di sicurezza, volte a neutralizzare la pericolosità sociale degli autori di reato.

Appare doveroso ricordare che la gestazione della normativa ebbe luogo in piena epoca fascista; dunque, il rigore del regime assolutista influenzò anche l'opera di redazione del Codice. In particolare, suddetta influenza si manifesta nella parte speciale del testo, dove ad acquisire priorità è la sicurezza dello Stato, come si evince dall'inasprimento delle pene per i delitti che ad essa attentano. Di stampo differente, invece, appare la parte generale del Codice, che continua ad utilizzare come fonte di ispirazione alcuni principi di approssimazione liberale, ponendosi in continuità con la disciplina legislativa precedente e introducendo, come principale innovazione, il ricorso alle misure di sicurezza¹⁹. Seguendo tale orientamento, il legislatore realizzò un testo legale di grande virtuosismo tecnico, che rese difficile il suo superamento: differenziandosi da altri paesi del panorama sovranazionale, che hanno innovato le proprie legislazioni penali in anni recenti, in Italia nessuno dei numerosi progetti di riforma proposti ha incontrato applicazione concreta; per tale ragione, il Codice penale vigente risulta essere quello promulgato nel 1930²⁰.

Originariamente, dunque, le misure di sicurezza vennero usate come strumento di neutralizzazione per quegli individui considerati socialmente pericolosi, antepo- nendo alla tutela del soggetto agente la salvaguardia della società. Il bisogno di procedere

19 Tra gli autori che preferiscono classificare come «fascista» la sola parte speciale del Codice penale, riconducendo quella generale a principi di ispirazione liberale, rispetto ai quali si sarebbe posta in continuità, possiamo annoverare BETTIOL, NUVOLONE E FIANDACA, i quali ne discutono nella rivista «Questione Criminale» dal titolo «Il Codice Rocco cinquant'anni dopo». I tre autori partecipano esponendo le proprie tesi in tre distinti interventi: «*Il ruolo svolto dal codice Rocco nella società italiana*»; «*La parte generale del codice dopo cinquant'anni*»; «*Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*».

20 L'attuale Código Penal Português è stato promulgato nel 1982, dopo l'adozione della Costituzione del 1976; in Germania il sistema delle sanzioni è stato completamente riformato nel 1975 attraverso un'importante opera di modifica dello Strafgesetzbuch (StGB), il Codice penale tedesco. Alla stregua dei paesi precedenti, anche il nuovo Code pénal francese entrò in vigore il 1° marzo 1994, sostituendo l'antico testo del 1810, vigente sino a quel momento. A valutare come necessario l'ammodernamento della propria legislazione penale, fu anche il legislatore spagnolo, che approvò il nuovo testo legale nel 1995. In Italia, invece, si assiste ad una mancata riforma del Codice penale, il cui testo in vigore è rappresentato ancora da quello approvato nel 1930; ciononostante, nel corso degli anni, sono stati modificati importanti istituti afferenti sia alla parte generale che a quella speciale. In particolare, dal 1948 — anno di approvazione della Costituzione — al 2007 si sono susseguiti svariati Progetti di riforma, spesso di ottima fattura, ma, fuorché in un caso, neppure discussi in parlamento, *vid.*, MARINUCCI, G., DOLCINI, E. y GATTA, G.L.: *Manuale di diritto penale: parte generale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano 2020.

ad una riforma del sistema sanzionatorio fu giustificato dallo stesso ministro Rocco, il quale sosteneva la *necessaria* applicazione delle misure di sicurezza nei confronti degli autori di reato non coercibili in altra maniera. Per tali soggetti bisognava predisporre «nuovi e più adeguati mezzi di prevenzione della criminalità» (VASSALLI, 1960). In caso di proscioglimento per vizio di mente, veniva *sempre* disposto in ricovero in Ospedale Psichiatrico Giudiziario, sulla base di una presunta pericolosità, dettata dalla sola presenza della malattia.

4. Non imputabilità per vizio di mente: quale misura di sicurezza?

Il legislatore degli anni 30 introdusse le misure di sicurezza con l'intento di contenere la pericolosità insita in alcune categorie di soggetti, considerati produttori di allarme sociale per le proprie caratteristiche personali. In tal modo, venne a delinearsi un diritto penale dell'autore, in contrapposizione al diritto penale del fatto che aveva orientato la legislazione penale precedente. A motivare la necessità di adottare una nuova logica sanzionatoria fu lo stesso Guardasigilli nella Relazione di Presentazione al nuovo Codice Penale, affermando che «i mezzi puramente repressivi e propriamente penali disponibili fino a quel momento si erano rivelati insufficienti a combattere i gravi e preoccupanti fenomeni di delinquenza abituale, di delinquenza giovanile e della delinquenza dei malati mentali pericolosi»²¹; era necessario, dunque, individuare nuovi mezzi idonei a prevenire la criminalità di determinate categorie di soggetti, come i folli criminali.

Il Codice penale italiano disciplina le misure di sicurezza in modo tassativo, individuando le cause in cui l'imputabilità è da considerarsi esclusa e la rispettiva misura da applicare, relazionando quest'ultima con la causa che ha determinato la sentenza di proscioglimento. Ai sensi dell'art. 88 c.p. «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere». In tal modo, la norma mira a tutelare quei soggetti che, al momento di commettere il fatto, risultavano totalmente privi della capacità di intendere e volere, classificandoli come individui non rimproverabili e non punibili tramite il ricorso alla pena classica.

Ai sensi dell'art. 222 c.p., «nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, è sempre ordinato il ricovero dell'imputato in un manicomio giudiziario per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'Autorità di pubblica sicurezza». Come si evince dal primo comma dell'articolo citato, la disciplina originale del 1930 prevede per i soggetti dichiarati non imputabili a causa di un'infermità mentale l'obbligo di ricovero in Ospedale Psichiatrico Giudiziario, disposto per un tempo non inferiore a due anni. Pertanto, in presenza di reati minori o contravvenzioni, si emetteva sentenza di proscioglimento dandone comunicazione all'Autorità di pubblica sicurezza mentre, per tutti gli altri reati, era disposta una misura di sicurezza privativa di libertà, potendo procedere alla sua revoca o revisione solo dopo un tempo minimo di imposizione.

21 Relazione e Real Decreto 19 ottobre 1930 - Anno VIII, n. I 398: «Relazione a s.m. il Re del Ministro Guardasigilli (ROCCO) Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale», *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, anno 71° Roma - domenica, 26 ottobre 1980 - Anno VIII numero 251(straordinario).

Il ricorso all'Ospedale Psichiatrico Giudiziario avrebbe dovuto rappresentare una risposta alle esigenze terapeutiche del soggetto, promuovendo un trattamento psico-fisico capace di ridimensionare la pericolosità sociale del folle reo con l'obiettivo di favorire il suo ritorno in società. Tuttavia, l'istituto si dimostrò poco adatto a perseguire tale finalità.

5. Pericolosità sociale: presupposto di applicazione delle misure di sicurezza

Le misure di sicurezza possono «essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali alle persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato» (art. 202 c.p.). L'impianto originario del codice Rocco, dunque, disciplina l'introduzione delle misure di sicurezza ricorrendo alla pericolosità sociale come criterio applicativo principale.

Ai sensi dell'art. 203 c.p., «è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p.»²².

Facendo esplicito riferimento alla «deduzione», il testo legale evidenzia, sin dal principio, l'incertezza che caratterizza il concetto di pericolosità sociale, imponendo al giudice di formulare una valutazione che acquista i connotati di un «giudizio prognostico» senza offrire criteri *certi* su quali orientarsi²³. La normativa pone in relazione il concetto di pericolosità con le caratteristiche del delitto e quelle proprie dell'autore, collocando l'interrelazione tra tali elementi a base della prognosi.

22 Secondo l'art.133 il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere⁽⁵⁾ del colpevole desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

23 «Il giudice naviga a vista» sostiene Pugiotto, il quale attribuisce all'accertamento che lo stesso è tenuto a compiere un carattere puramente *predittivo*, «dall'attendibilità più che dubbia, avente ad oggetto una categoria —la pericolosità sociale— vaga, perché semanticamente ambigua e scientificamente dubbia». PUGIOTTO, A.: «L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari», *Quaderni costituzionali*, 2013. A sottolineare la mancanza di scientificità riconducibile al criterio della pericolosità sociale come presupposto applicativo delle misure di sicurezza sono, tra gli altri, anche Marinucci e Dolcini. Nella disciplina attuale, il concreto accertamento della pericolosità viene affidato al giudice ma, nella prospettiva degli autori, tale previsione parrebbe in contrasto con *il principio di precisione*, che impone al legislatore di limitare al minimo l'arbitrio giudiziale nella valutazione della suddetta qualità; in secondo luogo, il testo legale dovrebbe fornire indicazioni maggiormente dettagliate sulla sintomatologia della pericolosità sociale, non limitandosi a fornire un generico rimando ai criteri contenuti nell'art. 133 c.p.; una migliore specificazione, infatti, sarebbe necessaria anche a fronte delle denunce provenienti dalle scienze criminologiche, che rilevano «l'assenza di leggi scientifiche o di massime di esperienza che consentano di affermare nel caso concreto la pericolosità sociale di una persona». MARINUCCI, G. y DOLCINI, E.: *Manuale di diritto penale, op. cit.*

Ai sensi dell'art. 133 c.p., rispetto al delitto dovrà osservarsi la gravità del gesto, il danno o il pericolo cagionato, l'intensità del dolo o della colpa insiti nella condotta criminosa. Rispetto alle caratteristiche dell'autore, invece, si valuteranno le condizioni di vita individuale, sociale e familiare del reo, così come la condotta antecedente, contemporanea e successiva al reato. Gli elementi citati servono anche per stabilire il *quantum* di pena da applicare ai soggetti imputabili, per tanto, è possibile osservare come il ricorso a misure di sicurezza e pene venga, in qualche modo, stabilito ricorrendo ai medesimi parametri: la gravità del delitto e la capacità a delinquere dell'autore²⁴. La differenza tra i due elementi, come brillantemente espone Fiandaca, consiste nel tenere insieme questi criteri con la responsabilità del soggetto per determinare la graduazione della pena, ovvero con le misure di sicurezza per elaborare una prognosi criminale²⁵ (FIANDACA, 1987).

Dunque, la pericolosità sociale deve essere accertata mediante una valutazione che guardi alla probabilità, per il reo, di commettere ulteriori reati. Tuttavia, vengono delineate alcune condizioni in cui tale accertamento non è necessario poiché, secondo il Codice italiano, in alcune circostanze «la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge» (art. 204 co.2 c.p.). Un esempio di presunzione di pericolosità è offerto dalla disciplina del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, nella misura in cui dinnanzi ad un soggetto prosciolto per vizio di mente è *sempre* disposto il ricovero nella già menzionata istituzione (MARINUCCI, 2020). La presunzione di pericolosità si dirama, in realtà, verso una triplice direzione.

In primo luogo, l'obbligatorietà della misura denota l'erronea considerazione della pericolosità come una caratteristica propria della stessa malattia mentale, dunque, sempre presente nel soggetto affetto da una qualche forma di patologia psichiatrica.

In secondo luogo, la presunzione di pericolosità sottende la pretesa di poter conoscere il comportamento futuro di un individuo ricorrendo a criteri e valutazioni privi di validità scientifica, realizzando una supposizione sulla base della quale dovrà stabilirsi l'imposizione del trattamento sanzionatorio; il rischio, dunque, è quello di limitare la libertà personale di un individuo sulla base di una mera probabilità.

In terzo luogo, ai sensi della disciplina originaria, si presume che il reo, considerato pericoloso al momento del fatto reato, continui ad esserlo nel momento di applicazione delle misure di sicurezza, negando — nel caso di vizio di mente — ogni possibile evoluzione della malattia, snaturando la patologia stessa.

Il sistema presuntivo, dunque, esprime tutto il suo rigore nel momento in cui afferma che «le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose» (art. 207 c.p.). Pertanto, la presenza di pericolosità è data per scontata mentre la sua cessazione deve essere accertata tramite una rivalutazione delle condizioni che inizialmente ne avvallarono il giudizio; tuttavia, non si può procedere a tale accertamento prima che

24 Infatti, come afferma Fiandaca, «sul piano della disciplina positiva sono registrabili interfezioni che finiscono col rendere assai problematica e incerta la linea di demarcazione tra i rispettivi criteri che presiedono l'applicazione della pena e della misura di sicurezza». FIANDACA G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. parte generale*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1987. Appare opportuno specificare che il Codice penale italiano, per gli autori di reato considerati imputabili, individua specifiche figure di pericolosità sociale, corrispondenti «al delinquente abituale», «al delinquente professionale» e «al delinquente per tendenza»; tale distinzione deve essere effettuata tenendo in considerazione i criteri contenuti nell'art.133 c.p., così come originariamente previsto anche per la valutazione della pericolosità dei soggetti non imputabili.

25 FIANDACA G. y MUSCO, E.: *Diritto penale, op. cit.*

sia decorso un tempo minimo di esecuzione, fissato a due anni nel caso degli ospedali psichiatrici giudiziari. In tale previsione, il rischio è quello di rendere il soggetto —incapace di intendere e volere al momento del fatto e ritenuto pericoloso per l'elevata probabilità di recidiva *garantita* dalla malattia— vittima di un sistema che limita la sua libertà personale anche laddove il presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza sia venuto meno.

6. Misure di sicurezza: gli aspetti controversi dell'internamento psichiatrico alla luce del nuovo paradigma costituzionale

La prima messa in discussione del sistema penale delineato dal Codice Rocco si ebbe con l'entrata in vigore della Costituzione, impregnata di principi estranei a quelli che avevano ispirato il primo testo legale dell'Italia unita. Rispetto alle misure di sicurezza, l'approvazione della Carta costituzionale —e dunque l'accettazione dei valori insiti in essa— mise in evidenza tutte le incongruenze della disciplina e rese esplicita la necessità di una riforma della materia.

La prima modifica al sistema originario delle misure di sicurezza deriva proprio dalla Corte Costituzionale, che nel 1982, con la Sentenza n.139, dichiara incostituzionale gli articoli 222 c.p. e 204 c.p. nella parte in cui «non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o della esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura». Con tale disposizione la Corte, pur mantenendo vigente la presunzione di pericolosità nei confronti dei soggetti affetti da vizio di mente al momento della commissione del fatto, elimina le presunzioni inerenti alla persistenza della pericolosità, condizionando l'applicazione e l'esecuzione della misura al previo accertamento concreto della sua presenza.

L'imposizione di una misura di sicurezza che non passi per un concreto accertamento della pericolosità sociale, legittimerebbe —come fa la disciplina originaria— la mera neutralizzazione della follia criminale, contrastando, in tal senso, con l'art.27 Cost.²⁶ che delinea la responsabilità penale come personale e attribuisce alle pene una finalità rieducativa verso la quale, stante alla loro natura di sanzioni penali, anche le misure di sicurezza dovrebbero tendere²⁷.

Le presunzioni di pericolosità incontrano la loro definitiva abrogazione tramite la legge n.663/86, c.d. Legge Gozzini, che al suo art.31 afferma come «Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa». La «miniriforma penitenziaria» ha dunque estinto tutte le ipotesi di pericolosità presunta sicché, nella disciplina attuale, «la pericolosità sociale deve sempre essere accertata in concreto dal giudice» (MARI-NUCCI, 2020); tuttavia, l'intervento legislativo dell'86 non è riuscito a sanare le criticità presenti nella disciplina delle misure di sicurezza, le cui modalità di esecuzione erano state tutte definite in chiave presuntivo-preventiva.

26 Secondo l'art. 27 Cost., «La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte».

27 Corte Cost. Sentenza n.139 del 1982.

Infatti, ulteriori aspetti di inconciliabilità tra la codificazione penale e la novella Costituzione vennero posti all'attenzione della Corte costituzionale, che con l'importante Sentenza n.253 del 2003 dichiara illegittimo l'art. 222 c.p. nella parte in cui, per i prosciolti a causa di una infermità mentale, prevede *sempre* il ricovero in Ospedale Psichiatrico Giudiziario. La disciplina originaria racchiude un rigido automatismo *privativo* della discrezionalità giudiziaria, nella misura in cui non concedeva al giudice l'opportunità di disporre per il reo afflitto da vizio totale di mente un trattamento differente da quello segregante, anche qualora l'alternativa sarebbe stata terapeuticamente più adatta a fronteggiare le istanze di cura del paziente. Il ricovero, dovendo assolvere una funzione non solo di controllo ma anche terapeutica, rischierebbe di trasformarsi in una vera e propria sanzione penale qualora venisse applicato a soggetti che, tra la commissione del fatto e l'esecuzione della misura, abbiano sensibilmente migliorato le condizioni della propria patologia, in violazione dell'art.32 Cost. che sancisce il diritto alla salute per tutti i cittadini²⁸. Secondo il remittente, l'impossibilità di adottare misure alternative dotate di una valenza terapeutica più soddisfacente —come può esserlo la libertà vigilata, specie dopo i progressi evolutivi della psichiatria— impedisce di perseguire le finalità di cura e il reinserimento sociale cui naturalmente la misura di sicurezza in ospedale psichiatrico giudiziario dovrebbe tendere. Inoltre, si verifica una disparità di trattamento se analizziamo la situazione dell'infermo totale rispetto al seminfermo o al non imputabile per la minore età, in considerazione del fatto che per entrambe le ultime categorie è invece prevista l'opportunità di ricorrere alla libertà vigilata in sostituzione al ricovero in casa di cura e custodia mentre, se il vizio di mente è totale, tale possibilità viene esclusa *a priori*. Applicando una misura di sicurezza ad un soggetto dall'incerta pericolosità, poi, viene meno anche la funzione rieducativa che la sanzione dovrebbe svolgere, attendendo all'equilibrio bio-psichico²⁹ dell'individuo per fini di difesa sociale. Infatti, rieducazione e reinserimento dovrebbero essere perseguiti mediante il trattamento della malattia che avallò il giudizio di pericolosità sociale; solo quando l'ospedale psichiatrico giudiziario eserciterà un'azione di cura nei confronti dell'internato si avrà un sistema penale capace di tutelare la sua dignità. La risocializzazione del soggetto risulta incompatibile con l'originaria disciplina del Codice Rocco nella misura in cui i prosciolti per vizio di mente devono *sempre* essere ricoverati in OPG. Ai fini di una migliore reintegrazione, infatti, potrebbe essere consigliabile evitare il ricorso a una misura privativa della libertà personale, prediligendo interventi alternativi alla segregazione. In tal senso, alcuni hanno sottolineato la possibilità di sostituire la misura di sicurezza in OPG con quella della libertà vigilata, ritenuta in grado di conciliare, mediante l'azione di «libero» controllo, il contenimento della pericolosità con le esigenze rieducative cui le misure di sicurezza dovrebbero tendere³⁰. Secondo la Corte, per restituire al giudice la propria discrezionalità bisognava attribuirgli il potere di disporre il trattamento sanzionatorio ritenuto più idoneo a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona da un lato, di con-

28 Secondo l'art. 32 Cost. «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

29 Corte Cost. sentenza n.139 del 1982.

30 La necessità di implementare un sistema flessibile, adeguando la risposta sanzionatoria alle esigenze terapeutiche del soggetto è stata evidenziata, tra gli altri, da MARGARA, A.: «Le tipologie giuridiche dell'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario e i loro presupposti», in MANACORDA, A. (a cura di): *Folli e reclusi*, La Casa Usher, Perugia, 1988); ARIATTO R., FERRARI, F. & FIORITTI, A.: *psichiatria e giustizia: un connubio indissolubile? Ospedali della Vita*, vol.3, num.12, 1985 pp. 87-90; LUBERTO, S. y ZAVATTI, R.: «Ospedale psichiatrico giudiziario e spazi terapeutici», *Rassegna Italiana Di Criminologia*, Giuffrè', 1996.

trollo e contenimento della pericolosità dall'altro. Ciò, tuttavia, può funzionare solo laddove il sistema penale si mostri in grado di fornire forme di intervento variegata ed efficaci, garantendo ai non imputabili un ampio ventaglio di soluzioni sanzionatorie tra cui individuare quella maggiormente idonea alla tutela del soggetto e, al contempo, della società. In tal senso, è possibile osservare come il nostro sistema penale abbia delineato un'idea relazionale di pericolosità, nella quale si fa confluire l'azione del soggetto agente in connessione al suo contesto sociale, ambientale e culturale. Infatti, tali circostanze acquistano rilievo nel momento in cui sarà al loro interno che il soggetto, dopo la commissione del reato e l'eventuale espiazione della pena, dovrà vivere ed operare. Il reinserimento sociale del reo dipende anche dalla presenza, o meno, di agenzie o realtà situazionali capaci di governarlo: la responsabilità penale si sposta così sul versante del farsi carico, sicché il contesto situazionale diventa un elemento imprescindibile per aiutare a credere che tali soggetti siano in grado di farsi carico dei propri problemi, prestando tuttavia la dovuta attenzione a non ritenere la mancanza di risorse adeguate, in un contesto sociale disfunzionale, causa di pericolosità³¹.

L'accertamento concreto della pericolosità ha rappresentato il passo previo —e necessario— verso la definizione di un trattamento idoneo a fronteggiare le esigenze terapeutiche del soggetto e, al contempo, le istanze difensive della società. L'ordinamento italiano pare si stia evolvendo verso una concezione personalistica dell'illecito e della responsabilità penale: i nuovi concetti di autodeterminazione e responsabilità, sviluppatasi successivamente all'adozione di una concezione penalistica multifunzionale, orientano il legislatore a modificare il sistema di risposte sanzionatorie in relazione alle nuove acquisizioni scientifiche in campo di infermità. Ampliandosi tale definizione, infatti, deve necessariamente ampliarsi anche la gamma di prestazioni sanzionatorie di cui l'ordinamento dispone per delineare interventi che siano realmente capaci di garantire il rispetto della dignità umana. L'accettazione di un'infermità mentale *multicasuale*³² rompe il parallelismo tra malattia e pericolosità, promuovendo un trattamento sanzionatorio terapeutico-riabilitativo, volto ad attenzionare una patologia psichiatrica che non è più causa indiscussa di pericolosità ma un «fattore che, integrato con altri, può esercitare un'efficacia criminogena»³³.

31 Un'importante riforma inerente all'accertamento della pericolosità e ai criteri da considerare nella sua valutazione viene prodotta dalla L.n.81 del 2014, in relazione alla quale si stabilisce in maniera chiara che il giudizio di pericolosità dovrà fare riferimento alle sole caratteristiche personali del soggetto, nel pieno rispetto del principio di responsabilità penale personale sancito dall'art. 27 della Costituzione. Tuttavia, autori come Pelissero, sono maggiormente favorevoli al mantenimento della c.d. pericolosità situazionale, declinando come un'erronea forzatura il non considerare, nell'elaborazione di tale giudizio, il contesto sociale nel quale il soggetto dovrà rientrare allorché avrà fine l'esecuzione della misura. Cfr. PELISSERO, M.: *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

32 Secondo Centozene, «soltanto un approccio multifattoriale, infatti, ci consente di comprendere che, nella rete di causazione di un disturbo mentale, molto spesso, non è isolabile il ruolo esclusivo o determinante di un'unica causa, con la conseguenza che l'infermità psichica non sempre si può attribuire, in termini di certezza scientifica, a un fattore piuttosto che a un altro», in CENTOZENE, A.: «Scienze, neuroscienze e accertamento multifattoriale delle infermità psichiche», *Giustizia Insieme*, 2022. L'autore si ispira al pensiero di Vineis, secondo il quale «Il vocabolo «causa» viene ad assumere pertanto un senso modificato rispetto alla tradizione aristotelica, e il concetto di causazione multipla [...] emerge come modello interpretativo principale. Tale modello è associato all'interpretazione delle malattie croniche in termini di processi a più stadi: non è più singola esposizione nel corso del tempo, a costituire un complesso causale sufficiente», in VINEIS, P.: *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, Torino, 1990.

33 Russo, G., «La pericolosità dell'infermo di mente», *Rivista italiana di medicina legale*, 1983.

Alla luce delle moderne acquisizioni scientifiche della psichiatria, nonché delle nuove finalità attribuite alle misure di sicurezza dalla Carta costituzionale, nel 2003 con Sentenza n.253, la Corte sottolinea come la qualità di infermo mentale attribuisca al reo il diritto di essere sottoposto ad un trattamento sanitario, così come previsto, generalmente, per la cura di qualsivoglia malattia. Tuttavia «la pericolosità sociale di tali persone, manifestatasi nel compimento di fatti costituenti oggettivamente reato e valutata prognosticante in occasione e in vista delle decisioni giudiziarie conseguenti, richiede ragionevolmente misure atte a contenere tale pericolosità e a tutelare la collettività dalle sue ulteriori possibili manifestazioni pregiudizievoli. In breve, un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità e non all'altra»³⁴ sarebbe da considerarsi incostituzionale. Infatti, sebbene affermarlo possa sembrare poco *politically correct*, unire i concetti di cura e controllo si mostra come una soluzione conveniente laddove il controllo venga perseguito attraverso un concreto intervento sulla malattia, dunque considerando la cura dell'infermità come la miglior linea preventiva possibile.

7. Verso il superamento dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario

La necessità di riformare il sistema penale affinché questo risulti maggiormente conforme ai valori sanciti dalla Costituzione, rende esplicito il bisogno di anteporre le istanze di cura su quelle di controllo, poiché solo in tal modo è possibile rispettare i principi inerenti alla tutela della salute e il reinserimento sociale del soggetto non imputabile garantiti dalla Costituzione.

Per dare piena attuazione ai precetti costituzionali, un'importante riforma viene introdotta dal DPCM 1.° di aprile del 2008 che sancisce il passaggio al Servizio Sanitario Nazionale di tutte le funzioni sanitarie precedentemente svolte dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e dal Dipartimento della Giustizia Minorile del Ministero della giustizia. La sanitarizzazione dell'assistenza psichiatrica trasferisce la gestione del sistema alle competenze della Regione, che articolerà il suo operato tramite la ramificazione delle Aziende Sanitarie Locali (ASL) presenti sul territorio. La territorialità diventa il principio guida per il decentramento degli ospedali psichiatrici penitenziari, così come disciplinato dallo stesso Ordinamento Penitenziario che, nei trasferimenti istituzionali, dispone come debba «essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie»³⁵ in modo da favorire il reinserimento nel contesto sociale di appartenenza quando l'esecuzione della misura volgerà al termine.

Per avere una riuscita efficace, tale processo deve articolarsi attraverso un sinergico lavoro di rete tra i vari attori istituzionali coinvolti: le Regioni, l'Amministrazione Penitenziaria e i Servizi Socio-Sanitari Territoriali. Con riferimento alla sanitarizzazione delle strutture penitenziarie, nel caso degli OPG viene disposta la stesura di uno specifico accordo tra i prefati attori, nel quale dovranno disciplinarsi le rispettive competenze. Alla regione saranno affidati compiti di gestione generale, nonché di supervisione e controllo rispetto all'operato delle ASL e dei presidi sociosanitari cui saranno attribuite mansioni di cura e trattamento dei soggetti sottoposti a provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria. Restano alle competenze dell'Amministrazione

34 Corte Cost., Sentenza n.253 del2003, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo n.4, 2004, pp.300 ss.

35 Art. 42 della L.n.354/1975.

penitenziaria le responsabilità per la sicurezza di tali strutture e l'incolumità dei suoi internati.

Il DPCM 1.° di aprile del 2008, disciplinante la sanitarizzazione degli istituti penitenziari, inoltre, contiene al suo interno un *Allegato C* attraverso il quale si delinea il processo di decentramento degli OPG. Tale *mission* viene perseguita elaborando una successione temporale che potremmo dividere in tre macrofasi-obiettivo.

La prima fase è rappresentata da un'assunzione di responsabilità ad opera delle Regioni, chiamate ad occuparsi della sua gestione sanitaria interna. Microobiettivo di questa fase è lo sfoltimento del numero di soggetti internati negli ospedali psichiatrici giudiziari, perseguito tramite la dimissione di tutti i soggetti *dimissibili*³⁶. Ad emergere è anche la necessità di ricondurre nelle carceri ordinarie tutti i ricoverati in OPG in seguito ad un'infermità sopravvenuta durante l'esecuzione della condanna. Tale previsione, tuttavia, sarà concretamente perseguibile solo allorché all'interno degli istituti penitenziari verranno attivate apposite sezioni di cura e riabilitazione.

La seconda fase, invece, tiene in considerazione il versante organizzativo dei ricoveri, appellandosi al principio della territorialità come criterio discriminante. Viene infatti disposta la redistribuzione degli internati in modo da assicurare in ogni OPG il ricovero dei soggetti residenti nei luoghi limitrofi a quelli in cui lo stesso sorgeva, originando una fase preliminare di *riavvicinamento* degli internati alle loro zone di provenienza. Questo sarà infatti l'obiettivo della terza fase, che prevede la restituzione ad ogni Regione della quota di internati provenienti dai propri territori, delineando programmi terapeutici e riabilitativi volti al reinserimento nel contesto sociale, così come disposto dall'art. 115, c. 1, D.P.R. 230/2000.

Tirando le fila di quanto sin ora affermato, emerge chiaramente come il trattamento sanzionatorio riservato dalla disciplina originaria del Codice Rocco ai non imputabili per vizio di mente risulti incompatibile con i principi promossi dalla Costituzione, rendendo necessaria una riforma della disciplina. Il legislatore si espresse a favore di una medicalizzazione delle misure di sicurezza ma tale scelta, tuttavia, non permise di superare il grande limite dell'ospedale psichiatrico giudiziario: conciliare al suo interno due mandati tra loro inconciliabili, la cura e la custodia. Detta inconciliabilità è il risultato dei diversi obiettivi verso cui tendono i due concetti: da un lato, la cura si prodiga per il benessere del singolo, dall'altro la custodia promuove la tutela della società, interessi, questi, che possono tra loro confliggere. L'aspetto fallimentare potrebbe forse riscontrarsi nel tentativo di riformare sanitarmente un'istituzione di fatto manicomiale e quindi, per sua stessa natura, tendente ad esercitare, tramite l'istituzionalizzazione, un'azione di controllo. Il passo successivo, dunque, doveva *inevitabilmente* tendere verso l'individuazione di soluzioni *diverse* dal ricorso all'ospedale psichiatrico giudiziario.

36 «Quando ci riferiamo ai dimissibili parliamo di soggetti che sono già internati in OPG, non ci riferiamo dunque ai prosciolti per vizio di mente ai quali debba ancora essere applicata una misura di sicurezza. Inoltre, prendiamo in considerazione coloro che sono in OPG in esecuzione di una misura di sicurezza applicata in via definitiva e non coloro che, ai sensi dell'art. 206 c.p. vi si trovano per applicazione provvisoria. Infine, si tratta di soggetti cui è scaduto il termine di durata della misura di sicurezza e che, nonostante l'équipe interna si sia espressa nel senso di una scemata pericolosità sociale, si vedono prorogare la misura in ragione della mancanza di sostegni e misure adeguate a favorire il loro reinserimento sociale all'esterno», in MELANI, G.: «La funzione dell'OPG», *L'altro diritto*, 2014. Sul tema vedasi anche ACCIVILE, R. y FERRARO, A.: «Applicazione, riesame e revoca delle misure di sicurezza dell'OPG: i dati del Filippo Saporito di Aversa», *XVII Congresso Nazionale della società Italiana di Criminologia*, Gargano del Garda, 9-11 ottobre 2003.

8. Le rilevazioni del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e della Commissione Marino: una riforma non più prorogabile

La necessità di superare il trattamento giuridico del folle reo basato sull'ospedale psichiatrico giudiziario come principale risorsa divenne impellente allorché l'opinione pubblica prese consapevolezza rispetto agli orrori, ai soprusi e alle arcaiche pratiche di contenzione messi in atto al suo interno³⁷.

Alcune criticità rispetto alla misura di sicurezza da applicare in caso di proscioglimento per vizio di mente sono state riscontrate dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CTP) che, in seguito alla visita realizzata nel 2008 presso l'ospedale psichiatrico giudiziario di Aversa, mise in rilievo la notevole differenza trattamentale tra le procedure di assistenza al paziente psichiatrico in ambito civile rispetto a quello penitenziario³⁸. In secondo luogo, il CPT rilevò come un notevole numero di internati risultasse ristretto in OPG anche in presenza di uno stato mentale tale da non richiedere il prosieguo dell'internamento, determinato non tanto dalle condizioni personali del soggetto quanto dall'impossibilità di attendere il paziente nel contesto comunitario per carenza di risorse.

L'assenza di un'adeguata rete di supporto esterna, che uno stato di Diritto dovrebbe invece garantire, poteva, dunque, dare origine a una privazione ingiustificata della libertà. Per arginare il fenomeno dei c.d. «ergastoli bianchi»³⁹ il Comitato ha espressamente richiesto allo Stato italiano di definire meglio le espressioni «socialmente pericoloso», «pericolosità sociale» e «pericolosità psichiatrica», considerando che tali concetti, influenzando nel processo decisionale giudiziale, dovrebbero essere esplicitati

37 «L'opinione pubblica ha sempre ignorato il manicomio giudiziario», così come hanno fatto i poteri pubblici, che hanno sempre mantenuto una «robusta cortina di discrezione» su quegli istituti e sul loro funzionamento, almeno sino a quanto i fatti di cronaca non hanno rotto questa «corazza di silenzio istituzionale» in MANACORDA, A.: *Il manicomio giudiziario*, op. cit. Tra i più tragici eventi si annovera il caso di Antonietta Bernardini, internata a seguito di un diverbio allo sportello della stazione di Roma Termini durante il quale finì per schiaffeggiare un agente in borghese. La donna, detenuta inizialmente presso il carcere di Rebibbia, fu poi trasferita all'OPG di Pozzuoli, dove rimase legata ad un letto di contenzione sino al giorno fatidico: il materasso prese fuoco e lei venne arsa viva. Per approfondire la vicenda Bernardini, possono consultarsi: MELANI, G., *La funzione dell'OPG: aspetti normativi e sociologici*. ADIR – l'Altro Diritto, Pacini Giuridica Editore, 2014; MANACORDA, A., *Il manicomio giudiziario*, op. cit.; DELL'ACQUILA, D.S., *Se non ti importa il colore degli occhi. Inchiesta sui manicomi giudiziari*, Filema, Napoli, 2009; FERRARO, A., *Materiali dispersi. Storie dal manicomio criminale*, Tullio Pironti Editore, Napoli, 2010. Interessante appare poi notare quanto poche siano le testimonianze visive attraverso cui si è mostrato al pubblico ciò che realmente accadeva tra le mura di un OPG; tra queste ricordiamo: il documentario «*Lo Stato della follia*», promosso nel 2014 ad opera di Francesco Cordio; le riprese fotografiche e i filmati prodotti dalla Commissione Marino durante l'attività istruttoria del 2011; il filmato girato da Aldo Trivini, un internato che nel 1974 riuscì a portare all'interno del manicomio giudiziario una cinepresa Super8.

38 Italy: Visit 2008. CPT /Inf (2010) 12 - Section: 45/48 - Date: 09/04/2009. PDF. 1680697258 (coe.int)

39 Nel lessico comune, l'espressione «ergastolo bianco» viene utilizzata «per indicare la posizione di chi si trova sottoposto a continue proroghe della misura di sicurezza disposte di volta in volta (meglio di riesame in riesame) da parte del magistrato di sorveglianza che consideri non cessata la sua pericolosità sociale, con conseguente protrazione, potenzialmente sine die, della privazione della libertà personale», in ARDITA, S., DELL'INNOCENTI, L. y FALDI, F.: *Diritto penitenziario*, Laurus Robuffo, Roma, 2014.

mediante criteri più rigorosi di quelli attuali, soggetti al rischio di interpretazioni esageratamente soggettive.

Nel 2011 le aberranti condizioni degli ospedali psichiatrici giudiziari italiani furono denunciate altresì dalla Commissione Marino, istituita per la realizzazione di un'inchiesta parlamentare inerente all'efficacia ed efficienza del Servizio Sanitario Nazionale. Nella relazione conclusiva sul proprio operato, l'enfasi viene posta sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli OPG. Durante l'attività istruttoria, mediante i sopralluoghi nelle strutture penitenziarie, si è riposta l'attenzione sulle condizioni igienico-sanitarie, organizzativo-strutturali, e clinico-psichiatriche dei pazienti, tutti aspetti caratterizzati da «carenze gravi e inaccettabili»⁴⁰. Il resoconto prodotto dalla Commissione ci offre una descrizione degli ospedali psichiatrici giudiziari come luoghi pressoché inadeguati alla persecuzione delle finalità rieducative previste dall'art.27 Cost.⁴¹ e degli obiettivi terapeutici che il cambio di nomenclatura — da *manicomi* giudiziari a *ospedali* psichiatrici giudiziari— intercorso negli anni '70 lasciava presagire sarebbero stati, invece, finalmente perseguiti⁴². Difficile, infatti, riscontrare l'assetto ospedaliero all'interno di celle le cui «pareti apparvero sporche e cadenti, con porte e finestre dai vetri incrinati, macchie di umidità e muffa, vernice scrostata e ruggine, coperte e lenzuola strappate, sporche e insufficienti, con un nauseabondo olezzo di urine e sporcizia ovunque»⁴³.

L'inadeguatezza terapeutica di tali strutture emerse altresì in relazione all'assistenza socio-sanitaria prestata, decisamente lontana dagli standard previsti a livello nazionale. In tutti gli OPG, infatti, «la dotazione numerica del personale risulta proporzionalmente carente rispetto alle necessità clinico-terapeutiche dei pazienti»⁴⁴ rendendo impossibile l'erogazione di prestazioni riabilitative elargite sul disposto di un progetto d'intervento individualizzato.

Procedendo dalla constatazione di come la contenzione fisica rappresentasse una prassi ormai consolidata all'interno degli OPG, la Commissione definì l'assenza di terapeuticità come una delle principali criticità caratterizzanti il sistema delle misure di sicurezza. A mo' di scusante, venne spesso fatto appello allo stato di necessità, disciplinato dall'art.54 c.p. il ricorso al quale, però, non implica — e non deve implicare — azioni lesive della dignità umana, elemento troppo allungo trascurato dietro le mura

40 SACCOMANNO, M., BOSONE, D., (a cura di): Commissione Parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale —Relazione sulle condizioni di vita e cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari—, XVI Legislatura, Tipografia del Senato, 20 luglio 2011, p.3

41 Art. 27 co.2 Cost.: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

42 Con la L.n. 354 del 1975, mediante la quale si approva il nuovo Ordinamento Penitenziario, gli antichi manicomi acquistano lo status di *ospedali* psichiatrici giudiziari; tale cambiamento, secondo Pettenello, «rifletteva sicuramente l'affermarsi dell'idea che i folli rei dovessero essere curati e riabilitati, anziché puniti, all'interno di strutture più simili a degli ospedali piuttosto che a delle carceri», in PETTENELLO, F., BAGNULO I. y TANINI, M.: «Dagli O.P.G. alle R.E.M.S: il difficile superamento», *State of mind - Il giornale delle scienze psicologiche*, 2019. L'adozione di questo nuovo approccio avrebbe «dovuto rappresentare un «salto di qualità», la speranza di realizzare concretamente istituti finalizzati a riabilitare il paziente, allo stesso tempo reo e «folle», alle dinamiche sociali. Ancora una volta, però, i fatti smentirono la parola del legislatore, Cfr. PELLEGRINI, A.: *Che fine hanno fatto i manicomi criminali? Sintesi dialettica per l'identità democratica*, 2022.

43 SACCOMANNO, M., BOSONE, D., (a cura di): *Commissione Parlamentare d'inchiesta.*, op. cit.

44 *Ibidem*.

di un OPG⁴⁵. Il protrarsi delle pratiche contenitive è da ricondurre anche a quello che potremmo definire *oscurantismo* informativo⁴⁶, in riferimento alla mancata produzione di documenti e informazioni che rendicontassero gli avvenimenti intramurali, facendo calare il sipario su una miriade di atti violenti e coercitivi, rendendo impossibili le azioni di verifica e controllo. La necessità di contenzione non avrebbe dovuto trovare spazio nell'esecuzione delle misure di sicurezza, essendo «la pericolosità di una persona internata per definizione prevedibile e, quindi, altrimenti evitabile»⁴⁷ mediante interventi terapeutici adeguati, che avrebbero consentito di evitare quegli atti costrittivi troppo spesso usati come strategia gestionale. Difficile, infatti, individuare i benefici terapeutici del tenere un uomo «nudo, coperto da un lenzuolo, in regime di contenzione attuato mediante costrizione a letto con una stretta legatura con garza, sia alle mani che ai piedi, che gli impediva qualsivoglia movimento»⁴⁸. La scoperta di queste sconvolgenti rivelazioni spinse la Commissione Marino a delineare una serie di interventi urgenti per completare il trasferimento della sanità penitenziaria Servizio Sanitario Nazionale, tracciando le linee guida per una necessaria e doverosa riforma del settore.

Le indicazioni della Commissione pongono come punto di partenza imprescindibile la modificazione strutturale dell'intero sistema, al fine di adeguare sia edifici che attrezzature agli standard ospedalieri nazionali, dovrà procedersi alla necessaria chiusura degli immobili che risultano non adeguati o inadeguabili agli interventi previsti.

Altra modifica dovrà poi interessare l'organizzazione delle prestazioni sanitarie all'interno degli istituti, che dovrebbe elargire i servizi in modo simile a quanto avviene per i Dipartimenti di Salute Mentale dislocati sul territorio, con lo scopo di fornire livelli sanitari diversificati tenendo conto delle esigenze dei singoli pazienti, ovvero fruendo interventi coerenti ai Piani Sanitari Regionali dei territori sede di OPG. In tal senso, la Commissione propose di allestire appositi reparti per l'osservazione psichiatrica e i minorati psichici all'interno degli istituti di pena ordinari sicché, attendendo queste tipologie di pazienti nel «normale» circuito penale, si riuscirebbe a decongestionare il sovraffollamento creatosi all'interno degli OPG, saturati dalla pretesa di accogliere in esso tutte le categorie giuridiche riconducibili alla definizione di folle-reo. Necessaria appare, poi, una più stretta collaborazione con i servizi psichiatrici territoriali, imprescindibile per individuare misure alternative alla detenzione residenziale ma anche per evitare il rischio di quella che, usando parole di Schiaffo, potremmo definire «pericolosità latente», sulla base della quale sono a lungo state legittimate proroghe di internamento non necessarie. Infatti, sebbene «l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari, risulta necessaria un'ulteriore proroga, poiché la patologia psichiatrica che lo affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente qualora non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita in OPG» (SCHIAFFO, 2017). Viene così giustificata una proroga della permanenza all'in-

45 Art. 54 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo».

46 Sulla scarsità di informazioni rispetto a quanto verificatosi all'interno degli OPG, vedasi nota n.37.

47 SACCOMANNO, M., BOSONE, D., (a cura di): *Commissione Parlamentare d'inchiesta., op. cit.*

48 *Ibidem.*

terno delle mura manicomiali in funzione di una sola eventualità: il possibile ritorno dei presupposti sulla base dei quali fu originariamente disposto l'internamento qualora le ASL o i servizi territoriali risultino impossibilitati all'assunzione e al seguimento del caso concreto. L'inefficienza dei servizi psichiatrici, l'inadeguatezza delle strutture residenziali, la carenza degli interventi riabilitativi e la mancata collaborazione tra magistratura e servizi territoriali sottopongono gli internati ad una nuova ed ulteriore violenza. La Commissione, pertanto, si pronuncia a favore della creazione di *nuove* strutture pubbliche per il ricovero dei criminali psichiatrici come soluzione intermedia tra l'internamento ingiustificato e la libertà vigilata non sufficientemente sicura.

9. Legge n.9 del 2012: l'introduzione dell'Art. 3-ter al DL 211/2011

Il momento era ormai proficuo per dare attuazione a quanto disposto dall'*Allegato C* del DPR 1 di aprile 2008, superando l'originario modello trattamentale del folle-reo con l'obiettivo di tutelare in maniera *differente*, reale ed effettiva la salute mentale del soggetto agente.

Per superare tale istituto apparve necessario individuare modalità alternative di trattamento capaci di guardare, contemporaneamente, al versante della terapia, della riabilitazione e dell'esecuzione stessa delle misure di sicurezza, che non dovranno più applicarsi in maniera omogenea a soggetti eterogenei tra loro.

La Commissione Marino non mancò di sottolineare la necessità di affidare i pazienti in attesa di giudizio, o quelli riconosciuti imputabili nonostante il vizio di mente, ai Centri di Salute Mentale affinché questi possano provvedere ad individuare opportune attività terapeutiche da eseguire direttamente nei luoghi di detenzione ordinaria, che dovrebbero dotarsi di appositi reparti per l'osservazione psichiatrica.

Era, dunque, necessario avviare interventi di portata globale, che non mirassero alla semplice modificazione strutturale degli OPG ma estendessero la loro influenza anche agli istituti di pena ordinari, all'interno dei quali collocare personale medico specializzato in attività di cura e riabilitazione.

Obiettivo intermedio per il superamento degli OPG è dunque la lotta all'istituzionalizzazione, che rende l'esecuzione delle misure di sicurezza in strutture residenziali un'opzione solo eventuale, da eseguirsi in «piccole comunità terapeutiche protette, a diversificato livello di sicurezza, distribuite organicamente su tutto il territorio nazionale ed affidate alla diretta gestione dei Centri di Salute Mentale»⁴⁹. A seguito dell'attività istruttoria realizzata dalla Commissione Marino, le rilevazioni dalla stessa evidenziate rappresentarono l'humus ideologico all'interno del quale mise radici quella che stava per diventare la successiva legislazione disciplinante il trattamento del folle reo. Il processo di riforma incontra la sua origine nel Decreto Legislativo n.211 del 22 dicembre 2011 sul contrasto alla tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri, che venne convertito, con modificazioni, nella L. n.9 del 17 di febbraio del 2012, mediante la quale si introduce l'art. 3-ter, contenente le disposizioni per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. La citata normativa non ebbe una forza tale da chiudere gli OPG, ma solo di socchiuderli: attuando senza modificare le misure di sicurezza disciplinate dal Codice penale a cambiare non è l'intero sistema ma solo il luogo d'esecuzione, infatti, dagli OPG si passa alle REMS⁵⁰.

49 SACCOMANNO, M., BOSONE, D., (a cura di): *Commissione Parlamentare d'inchiesta.*, op. cit.

50 DI NICOLA, P.: «La chiusura degli OPG, un'occasione mancata», *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 marzo 2015.

Al fine di dare piena realizzazione alla riforma del trattamento sanzionatorio riservato al folle-reo, in soli due anni l'Art.3-ter ha subito ben sei modifiche⁵¹; pertanto, appare opportuno procedere ad una sua analisi per comprendere l'iter legislativo che ha permesso di realizzare una riforma delle misure di sicurezza.

Seguendo le direttive già tracciate dall'Allegato C del DPCM 1 di aprile 2008, il primo comma dell'art.3-ter introdotto dalla L. n. 9/2012 fissa la data per la chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari al 13 febbraio del 2013; tale limite sarà in seguito posticipato, più volte, sino al 1.º aprile del 2015.

Il comma 2 dell'art. 3-ter delega al Ministero della sanità la stesura di un Decreto inerente alle disposizioni da seguire per la realizzazione delle nuove Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza, le quali dovranno rispettare 3 requisiti essenziali, oltre a quelli che saranno previsti da successivi emendamenti:

- una direzione interna a gestione sanitaria;
- un'attività di sicurezza solo eventuale e perimetrale, ossia la collocazione della vigilanza penitenziaria in posizione esterna rispetto alla struttura, senza possibilità per gli agenti di intervenire nei trattamenti (sanitari, sociali e riabilitativi) impartiti solo da apposito personale sociosanitario;
- un luogo di esecuzione che favorisca la permanenza dei soggetti nelle vicinanze della propria comunità di appartenenza, osservando al principio della territorialità.

La normativa analizzata predispone l'ingresso in REMS per quei soggetti internati in OPG e considerati non ancora dimissibili al momento della loro destituzione, dovendo altresì procedere all'immediato rilascio di quei pazienti la cui pericolosità sociale possa considerarsi cessata, per i quali dovrà disporsi una presa in carico da parte dei Dipartimenti di Salute Mentale.

Nonostante la L. 9/2012 realizzi un ridimensionamento della popolazione internata, chiudendo gli OPG e riservando alle REMS una quota circoscritta di pazienti, anche nella nuova normativa la soluzione prevalente resta quella intramuraria, manifestando una tendenza al cambiamento più formale che sostanziale.

10. Legge n.81 del 2014: «ultimo» tassello della riforma

Le modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza, dal superamento degli ospedali psichiatrici penitenziari all'istituzione della REMS, volsero al termine con l'emanazione della L. 81/2014, che approva, con modificazioni, il Decreto Legislativo 51/2014, permettendo di riformare non solo l'aspetto esecutivo ma anche la logica operativa che sottende all'imposizione delle prefate misure. La normativa si propone di assicurare ai non imputabili per vizio di mente il diritto alla cura ed al reinserimento sociale, ritenendo opportuno perseguire tali obiettivi incrementando il ricorso alle misure di sicurezza non detentive. Disciplinando come prerogativa la disposizione di interventi *alternativi* rispetto all'unicità delle misure residenziali limitative della libertà, il legislatore dà concreta attuazione alla Sentenza n.253 pronunciata nel 2003 dalla Corte costituzionale, che abrogò l'art.222 c.p. nella parte in

51 L'articolo 3-ter così come previsto dalla L.n.9 del 2012 di conversione del D.L. 211 del 2011 è stato successivamente modificato da: D.L. n.152 del 2012; L.n.189 del 2012; D.L. n.24 del 2013; L.n.57 del 2013; D.L. n.52 del 2014; L.n.81 del 2014.

cui si imponeva al giudice di procedere sempre alla disposizione di un'unica misura di sicurezza⁵².

La normativa in analisi rappresenta l'ultimo provvedimento di riforma all'art. 3-ter introdotto con le modifiche apportate dalla L. 9/2012 al D.lgs 211/2011; gli interventi apportati dal legislatore del 2014 sono anche quelli che maggior incisione influenzano l'impostazione originaria del sistema sanzionatorio per quanto concerne l'applicazione delle misure di sicurezza.

Le disposizioni dettate dalla L. 81/2014 perseguono la deistituzionalizzazione del folle-reo, proponendo la misura di sicurezza privativa di libertà come una *extrema ratio* ed attribuendole una funzione del tutto residuale, limitandone il ricorso ai soli casi in cui «ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale»⁵³.

La legge adotta in tal modo un'ottica del tutto nuova. Se le modifiche precedenti erano volte al superamento degli OPG, attraverso le disposizioni contenute nella normativa si vuole promuovere il trattamento del folle-reo ricorrendo a percorsi di cura e riabilitazione, che si realizzano mediante la disposizione di misure alternative alla segregazione.

Ai sensi della L. 833/1978 di Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, tali percorsi saranno disposti dalle Regioni, chiamate ad utilizzare le risorse stanziare per progettare, rispetto ad ogni paziente, dei percorsi terapeutico-riabilitativi individuali, impegnandosi a formare gli operatori che dovranno prendere in carico questa tipologia di pazienti e provvedendo alla riqualificazione dei Dipartimenti di Salute Mentale, adeguandoli ai criteri organizzativo-strutturali delle nuove residenze. Qualora i pazienti risultassero non dimissibili a causa della persistente —ed accertata— pericolosità, il Piano Terapeutico Riabilitativo Individuale dovrà contenere le ragioni che motivano la

52 Ai sensi dell'art. 222 c.p., la disciplina originaria del Codice Rocco prevedeva un rigido automatismo privativo della discrezionalità giudiziaria: la disciplina impediva al giudice di disporre un trattamento diverso rispetto a quello segregante, anche qualora l'alternativa sarebbe stata terapeuticamente più adatta a fronteggiare le istanze di cura del soggetto. L'incostituzionalità di questo provvedimento è stata rilevata dalla Corte mediante il riferimento agli articoli 3 e 32 della Costituzione, disciplinanti rispettivamente la parità di trattamento dinanzi alla legge e il diritto alla salute, i quali devono essere garantiti, come a tutti i cittadini liberi, anche alla popolazione penitenziaria. Secondo il remittente, infatti, l'impossibilità di adottare misure alternative all'internamento, dotate di una valenza terapeutica maggiormente soddisfacente —come può esserlo la libertà vigilata, specie dopo i progressi evolutivi della psichiatria— impedisce di perseguire le finalità di cura e reinserimento sociale cui naturalmente la misura di sicurezza in ospedale psichiatrico giudiziario dovrebbe tendere. Allo stesso tempo è possibile impugnare una disparità di trattamento tra una semi-imputabilità e una mancanza di imputabilità totale, così come una differenza trattamentale si riscontra anche rispetto al non imputabile per minore età: per i semi-imputabili e i minori, infatti, è prevista la possibilità di ricorrere alla libertà vigilata, in sostituzione al ricovero in casa di cura e custodia mentre, se l'infermità di mente è totale, invece, tale opportunità viene esclusa *a priori*, presumendone una maggiore pericolosità. Tale presunzione, tuttavia, non trova conferma in nessun supporto scientifico; viene così a generarsi una disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe, determinate da individui socialmente pericolosi ma penalmente irresponsabili. Secondo la Corte, per restituire al giudice la propria discrezionalità, questi doveva essere dotato del potere di disporre il trattamento sanzionatorio ritenuto più idoneo a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona da un lato, di controllo e contenimento della pericolosità dall'altro.

53 Art.1, *Decreto-legge 31 marzo 2014 n.52*, coordinato con la Legge di Conversione 30 maggio 2014 n.81 recante «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

prosecuzione del ricovero, tenendo in considerazione l'impossibilità, per la misura, di «durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima»⁵⁴; la misura di sicurezza, infatti, dovrà avere una durata predeterminata nel massimo, al fine di scongiurare il rischio di incorrere nei c.d. ergastoli bianchi, pratica che aveva caratterizzato in precedenza il funzionamento degli OPG.

Oltre a sancire gli elementi di novità sopradescritti, la L. 81/2014 rappresenta la prima normativa capace di incidere sulla definizione della pericolosità sociale così come disciplinata dal Codice Rocco. Promuovendo l'ottica della medicalizzazione, tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo secolo, numerosi furono i tentativi volti ad individuare un nuovo presupposto applicativo, proponendo «la necessità di trattamento» come valida alternativa⁵⁵. Sebbene le istanze prodotte in tal senso non hanno incontrato applicazione alcuna, la legge in analisi impone di rivedere il testo legale affinché nel giudizio di pericolosità non vengano più valutate «le condizioni di vita personale, familiare e sociale del reo»⁵⁶; sarà necessario rilevare la presenza di detta caratteristica sulla sola «base delle qualità soggettive della persona», non costituendo «elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali»⁵⁷.

Quello appena descritto costituisce uno degli aspetti più discussi nel dibattito dottrinale sviluppatosi in materia, essendo molti i pareri contrari ad escludere il contesto socio-ambientale dell'individuo dal giudizio di pericolosità. L'inadeguatezza di tale scelta, infatti, viene sostenuta da coloro i quali attribuiscono importanza ai fattori situazionali, in considerazione del fatto che «la pericolosità sociale non è un dato biologico e psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali, più o meno predisponenti alla commissione di reati»; infatti, «il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento» (PELISSERO, 2014).

54 *Ibidem*.

55 Favorevole all'identificazione di un nuovo criterio applicativo per le misure di sicurezza, tra gli altri, si annovera Manna, che fu tra i pionieri nel proporre il ricorso al «bisogno di terapia». Cfr. MANNA, A.: *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione: dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, Torino, 1997. Successivamente, anche Bertolino sostiene «l'abbandono della pericolosità sociale, quale criterio guida per la scelta del trattamento, a favore del bisogno di cura e di trattamento; per il superamento del sistema del doppio binario a favore di un sistema monistico, caratterizzato da un ampio spettro di possibili risposte sanzionatorie dai contenuti terapeutico-riabilitativi», in BERTOLINO, M.: «Il «crimine» della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016. Con acutezza critica riflette Schiaffo, il quale considera come «anche la semplice *necessità di cura* rischia di avere rilevanza penale e di determinare la proroga della misura terapeutica e di controllo, ovvero la limitazione della libertà personale che, evidentemente, sarà realizzata coinvolgendo, anche in questo caso, i dipartimenti di salute mentale», rischiando di riproporre quella *distorsione funzionale* già rilevata dall'autore in seno alla produzione di un giudizio di pericolosità sociale che, ai sensi dell'art. 133 c.p., tenga in considerazione le «condizioni di vita familiari, sociali e individuali» del reo, in SCHIAFFO, F.: «Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. "riforma orlando"», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017. Da un punto di vista tecnico, le proposte di riforma al Codice penale in materia di pericolosità sociale provengono soprattutto dai progetti Grosso (1998), Nordio (2001), Pisapia (2006).

56 Art. 133 co.2 n.4 c.p.

57 Allegato della L. 30 maggio 2014 n. 81 di conversione, con modificazioni, del Decreto-legge 31 marzo 2014 n. 52 recante «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

Anche per la giurisprudenza, l'impossibilità di utilizzare a fini prognostici dei fattori essenziali come le condizioni individuali, familiari e sociali e l'assenza di progetti terapeutici individuali, incide «in modo determinante e profondamente distortivo sul giudizio in corso» generando, in assenza di «un approccio globale e multifattoriale, garantito dalla normativa previgente ed interdetto dalla novella legislativa» una diagnosi falsata⁵⁸.

In contrasto con quegli autori che propendono verso una visione situazionale della pericolosità, si pongono coloro che accolgono di buona leva i mutamenti introdotti dalla L. 81/2014, secondo i quali la valutazione personale della pericolosità consente una maggiore possibilità di «scongiorare violazioni ai diritti di libertà», che potrebbero verificarsi laddove le condizioni di svantaggio sociale vengano utilizzate come pretesto per prolungare l'applicazione delle misure più del dovuto. Infatti, «le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse»⁵⁹ e tale dimissione non può basarsi sulla presenza di elementi che, se positivi, costituiranno un fattore di prevenzione criminale ma, se negativi, saranno indicati come elementi criminogeni. Pertanto, è possibile osservare come l'esclusione delle condizioni indicate al co.4 dell'art.133 si riferisca alle sole misure detentive del ricovero in Ospedale Psichiatrico Giudiziario o Casa di Cura e Custodia, mentre può essere omessa qualora si guardi all'esecuzione di misure alternative: le prime, essendo «fortemente incidenti sulla libertà personale», dovrebbero determinarsi in base alle sole condizioni mentali della persona, essendo queste ultime ad averle rese necessarie. Appare lecito condizionare l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive alla specifica valutazione delle condizioni mentali dell'infermo: seguendo questa prospettiva, infatti, per gli infermi di mente la limitazione della libertà personale non potrà essere condizionata dalle inefficienze delle amministrazioni pubbliche nel disporre servizi e programmi terapeutici che permettano il loro ritorno ad una vita di comunità.

11. Misure di sicurezza: situazione attuale e criticità operative di una riforma parziale

Per trovare piena attuazione, le nuove modalità esecutive delle misure di sicurezza hanno bisogno di un valido supporto proveniente dalla riforma del Codice penale, imprescindibile per il superamento delle criticità precedentemente discusse e la concreta instaurazione di un sistema sanzionatorio realmente terapeutico, all'interno del quale il folle-reo possa trovare adeguate cure nel pieno rispetto della sua dignità,

La riforma legislativa necessaria per sostenere il modificato assetto delle misure di sicurezza personali si inserisce nel più complesso processo di «Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'Ordinamento Penitenziario» avviato dalla Legge Delega del 23 giugno 2017 n.103.

L'aspetto di nostro interesse viene disciplinato dall'Art. 1, punto 16, sezione c) della prefata normativa, mediante la quale si demanda al governo l'onere di elaborare una serie di Decreti Legislativi volti alla modifica della procedibilità per alcuni reati e delle misure di sicurezza personali, riordinando gli aspetti del Codice penale funzionali a tali cambiamenti. Secondo il testo di legge, tali obiettivi dovranno essere perseguiti:

- Attraverso il rispetto del principio di legalità, vigendo il divieto di applicare delle misure di sicurezza personali per fatti non preveduti dalla legge come reato al momento della commissione;

58 Sentenza Corte costituzionale del 29 luglio 2015, n.30.

59 Art. 3-ter, L.n.9 del 2012 di conversione del D.L. 211 del 2011.

- Attraverso una revisione del sistema a doppio binario per i soggetti imputabili, riservando l'applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza ai soli soggetti autori di un delitto rientrante nell'Art.407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, perseguendo il minor sacrificio della libertà personale possibile, condizionando l'applicazione e la continuità delle misure di sicurezza alla presenza della pericolosità sociale, prevedendo in ogni caso una durata massima per la sua esecuzione⁶⁰;
- Attraverso una definizione di infermità capace di dare rilevanza anche ai disturbi di personalità;
- Attraverso la previsione di «misure terapeutiche e di controllo», da applicare ai soggetti non imputabili in considerazione delle loro necessità di cura che non saranno prorogabili oltre un limite di tempo massimo.

Rispetto al processo di superamento degli OPG e all'esecuzione delle misure di sicurezza nelle nuove REMS, la Legge adotta il c.d. «Emendamento Mussini», che riserva la destinazione di tali strutture a «quei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità, nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti, nel pieno rispetto dell'art.32 della Costituzione».

In tal modo la norma sembra riconoscere l'eterogeneità trattamentale per i non imputabili destinati ad un ricovero in REMS definitivo, ammettendo la possibilità, per le altre categorie giuridiche, di accedere in residenza solo qualora i trattamenti riabilitativi effettuati nelle sezioni appositamente dedicate degli istituti penitenziari ordinari non siano in grado di garantire adeguati standard curativi. In tal modo, oltre a rispettare il principio di residualità verrebbe risolto, almeno in teoria, anche il pro-

60 L'Art. 407, co. 2, lettera a) fa riferimento ai seguenti reati: 1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; 2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale [c.p. 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, 630]; 3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; 4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale; 5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della L. 18 aprile 1975, n. 110; 6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni; 7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza; 7-bis) dei delitti previsto dagli articoli 600, 600-bis, comma 1, 600-ter, comma 1, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'articolo 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

blema legato alle liste d'attesa per la carenza di posti disponibili. Importante è allora l'attivazione, all'interno delle istituzioni carcerarie comuni, di specifiche sezioni capaci di garantire un adeguato trattamento riabilitativo ai soggetti affetti da infermità psichiche sopravvenute durante l'esecuzione della condanna, nella consapevolezza che «l'effettività di tale soluzione è condizionata proprio dall'idoneità delle sezioni penitenziarie ad offrire simili trattamenti»⁶¹.

Nonostante le prefate previsioni, la disciplina delle misure di sicurezza presente all'interno del Codice penale permane invariata: infatti, l'ultima proposta di riforma redatta nel 2017 ad opera della Commissione Pelissero, non ha incontrato applicazione⁶². Tenuto conto del mancato ammodernamento del testo legale, è possibile osservare come la riforma del sistema per le misure di sicurezza detentive sia stata —in definitiva— lunga e travagliata.

Difficile fu riuscire a dimettere tutti gli internati entro la data del 1° aprile 2015, considerata la scarsa presenza di REMS pronte ad accogliere i pazienti dimessi rispettando il criterio della territorialità. Infatti, al termine della data prevista, molte Regioni risultavano ancora sprovviste di programmi in grado di garantire la chiusura degli OPG e il consequenziale ricovero degli ex-internati nelle nuove residenze. Per sopprimere a tale mancanza fu nominato un Commissario Unico da parte del Governo, incaricato di seguire i lavori per l'effettivo superamento del manicomio: Franco Corleone svolse il suo operato tra il 2016 e il 2017, quando «le persone ancora internate in una detenzione illegale ed in attesa di esser inserite nelle REMS di competenza territoriale erano ancora 25»⁶³.

L'attività istruttoria promossa dal Commissario Unico ha permesso di evidenziare le principali criticità presenti all'interno della nuova disciplina per l'esecuzione delle misure di sicurezza.

In un primo momento, molte REMS furono attivate in maniera provvisoria, con l'obiettivo di fronteggiare l'imminente chiusura degli OPG e la necessaria ricollocazione degli internati ancora non dimissibili. Le nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza rappresentano strutture regionali che, dinnanzi all'assenza di un piano strutturale ed organizzativo, non riescono a garantire trattamenti omogenei tra tutti i pazienti. L'aspetto eterogeneo che emerge con maggiore evidenza è inerente alle capacità di accoglienza delle singole strutture: alcune risultano disporre di un numero esiguo di posti letto, mentre altre presentano una dotazione nettamente maggiore, generando il rischio di ricreare, ancora una volta, la logica manicomiale che si voleva smantellare. L'indisponibilità di posti risulta una delle maggiori criticità sottolineate da quasi tutti gli uffici giudiziari preposti all'esecuzione delle misure di sicurezza; la poca disponibilità, infatti, rende i soggetti prosciolti per totale infermità di mente dei pazienti in attesa di un'adeguata collocazione. In tal senso, le nuove dis-

61 Delibera consiliare del 19 aprile 2017, Direttive interpretative ed applicative in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) di cui alla L.n. 81 del 2014.

62 Il tentativo di riforma più recente, in realtà, è quello realizzato dal Deputato Magi, che l'11 maggio 2021 presenta alle Camere una Proposta di Legge sulle «Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e alla L. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di imputabilità e di misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psico-sociale. La proposta del deputato si colloca tra quelle posizioni favorevoli ad abolire la categoria giuridica della non imputabilità, con l'obiettivo di riconoscere —si legge nella relazione di presentazione— la «piena dignità al malato di mente, anche attraverso l'attribuzione della responsabilità per i propri atti».

63 *Ibidem*.

posizioni non sono state in grado di garantire né il diritto alla terapeuticità per coloro che sono sì folli-rei ma anche pazienti bisognosi di cure, né le istanze di difesa sociale, incrementando «la presenza sul territorio di soggetti autori anche di gravissimi reati di sangue che, affetti da patologie psichiatriche anche valutate di alta pericolosità, non sono stati ricevuti da alc

una REMS per indisponibilità di posti»⁶⁴.

Tali considerazioni suggeriscono che, sebbene la riforma delle misure di sicurezza sia ormai consolidata nella prassi, necessaria resta l'opera della sua codificazione, considerando la modifica del Codice penale come un passo previo alla fase di riorganizzazione dell'intero sistema: quando il funzionamento di quest'ultimo sarà adeguato alle nuove disposizioni, anche le criticità poc'anzi descritte potranno essere risolte attraverso una sinergica collaborazione degli attori istituzionali coinvolti.

12. Conclusioni

Il fine ultimo del presente elaborato altro non era se non quello di ricostruire l'evoluzione del trattamento previsto dall'ordinamento italiano per la categoria giuridica del folle-reo, che racchiude in sé i connotati tipici della malattia e della criminalità. In un primo momento, questi due elementi sono stati tra loro legati in maniera nefasta, percorrendo la strada della malattia criminale spianata dagli studiosi positivisti. La criminalizzazione della follia può considerarsi come il risultato dei timori suscitati nella società dalla pericolosità del «non conoscibile», ricondotta anche al folle per via dei suoi comportamenti imprevedibili. Paragonata ad una malattia organica, la follia venne delineata attraverso una concezione deterministica, in funzione della quale perde i connotati di semplice devianza per assumere quei caratteri maggiormente scientifici che la convertirono nell'oggetto di studio della Psichiatria. Tale branca del sapere si sarebbe occupata di studiare il folle per neutralizzare la sua pericolosità, naturalmente insita in quelle forze misteriose capaci di alterare la volontà dell'individuo che ne sia afflitto.

Adottando la visione deterministica, il legislatore ha ritenuto opportuno disciplinare il funzionamento delle strutture dedite alla cura della follia tramite la L. n.36 del 1904, le cui disposizioni ponevano come prerogativa la tutela della società, a discapito delle necessità di cura presentate dal malato, internato con l'obiettivo di contenere la sua pericolosità sociale, considerata una caratteristica endogena della malattia. La psichiatria classica, branca medica deputata allo studio delle infermità mentali, assunse su di sé il doppio mandato di cura e custodia, giustificato dall'accettazione di una malattia mentale *inevitabile* e immutabile, meritevole di occultata tra le alte mura di un OPG.

Il connubio tra scienza medica e giustizia iniziò ad incrinarsi solo quando nuove acquisizioni scientifiche in tema di patologie mentali attribuirono alle malattie della psiche una natura multifattoriale. In Italia, così come nel panorama sovranazionale, si diffuse il movimento antipsichiatrico, che criticava la psicologia classica per il suo ricorrere alla terapeuticità del silenzio come strumento di cura volto solo a perseguire l'annichilimento del paziente.

In Italia, il mutamento del paradigma psichiatrico fu promosso da Franco Basaglia e dall'entourage dei suoi collaboratori che, adottando un approccio comunitario, scelsero di rapportarsi alla malattia aprendo —letteralmente— le porte dei manicomi

64 Procuratore Generale presso la Corte di appello di Bari, Consiglio Superiore della Magistratura. Seduta del 19 aprile 2017.

e diffondendo un concetto di infermità mentale come forma di responsabilità sociale, in base alla quale al malato deve garantirsi un percorso di cura realizzabile all'interno della società, non già ai suoi margini. Tali convinzioni portarono alla promulgazione della c.d. Legge Basaglia, che dopo circa mezzo secolo sostituì l'antica disciplina dell'assistenza psichiatrica. La riforma avviata con la L. 180/1978, realizzò la chiusura dei manicomi, l'istituzione di servizi assistenziali territoriali e la promozione di trattamenti sanitari volontari, non più obbligatori e coercitivi. Tuttavia, per quanto le innovazioni apportate appaiano di indubbia importanza, il testo legale pecca di parzialità: sebbene vengano chiusi i manicomi civili, quelli giudiziari permasero aperti, lasciando le istituzioni penitenziarie estranee agli influssi riformistici.

Rispetto all'ambito penale, infatti, il trattamento del folle-reo continuò ad essere disciplinato — e in parte continua ad esserlo tutt'ora — da una normativa redatta nel 1930, ossia dal Codice Rocco, impregnato — occorre ricordarlo — di quell'autoritarismo governativo che alla cura dell'individuo predilige la sua neutralizzazione. La promulgazione del Codice penale a cura del Guardasigilli Rocco, infatti, introduce nell'ordinamento italiano un sistema penale a doppio binario che, accanto alle pene classiche, prevede l'applicazione delle misure di sicurezza, specifiche sanzioni riservate a coloro dichiarati incapaci di intendere e di volere, prosciolti in quanto esenti da responsabilità criminale. Ciononostante, al legislatore parve necessario tutelare la società dinanzi alla pericolosità di questi soggetti, motivo per cui fu stabilita l'applicazione obbligatoria del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario qualora l'agente venisse classificato come persona socialmente pericolosa. Il trattamento del folle-reo, però, fu caratterizzato dall'esistenza di un sistema di presunzioni inerenti all'esistenza e alla persistenza della pericolosità laddove venisse appurata la presenza di una malattia mentale. Il meccanismo presuntivo entrò in crisi allorché si diffuse l'idea di una patologia psichiatrica *mutevole*, soggetta ad evoluzione, in positivo o in negativo, che rese necessario effettuare un accertamento caso per caso prima di imporre una misura capace di incidere drasticamente sulla libertà personale del soggetto.

La logica sottesa alle misure di sicurezza delineate dalla legislazione fascista risultò presto incompatibile con i principi sanciti dalla Carta costituzionale del 1948, in particolare, con la personalità della responsabilità penale, con l'uguaglianza di trattamento di fronte alla legge, con la finalità rieducativa attribuita alle misure di sicurezza e con il diritto alla salute; questi principi, costituzionalmente sanciti, non trovavano applicazione tra le mura degli OPG.

Al fine di ripristinare una congruenza tra la legislazione penale e i principi costituzionali, già dall'anno 2008, con il DPCM emanato il 1° aprile, fu delineato un piano d'azione per riformare l'esecuzione delle misure di sicurezza, articolando un cronogramma trifasico.

In primo luogo, apparve necessario procedere alle dimissioni di quei soggetti ancora internati e immediatamente dimissibili, per i quali fosse possibile emettere un giudizio in merito alla cessazione della pericolosità sociale o ad un'evoluzione positiva della patologia psichiatrica che aveva reso necessario l'internamento in OPG. Al contempo, il legislatore stimò opportuno ridimensionare la popolazione internata, troppo eterogenea sia da un punto di vista giuridico che psichiatrico, limitando il ricorso alle nuove REMS per quei soggetti dichiarati non imputabili in via definitiva, disponendo per i condannati con infermità mentale sopravvenuta, per i semi imputabili o gli imputati in fase di osservazione che l'attenzione psichiatrica venisse prestata in apposite sezioni all'interno degli istituti di pena ordinari.

In secondo luogo, si decise di procedere ad un trasferimento dei pazienti nei rispettivi luoghi di provenienza, per favorire il ricongiungimento familiare in considerazione del fatto che difficilmente si sarebbe potuto procedere alla reintegrazione e rieducazione sociale di soggetti sradicati dai propri contesti socio-culturali.

Infine, fu delineata la creazione delle nuove strutture che, a differenza degli OPG, sarebbero state presenti in ogni Regione: fu questo il momento in cui venne siglata l'istituzione delle REMS, concepite come piccole comunità terapeutiche capaci di prestare una concreta assistenza psichiatrica ai pazienti in essa internati.

Mediante la promulgazione della L. n. 9 del 17 febbraio 2012 vennero fissati i criteri guida per la costituzione delle nuove strutture, che avrebbero dovuto presentare una gestione totalmente sanitaria, in cui la vigilanza fosse prevista, eventualmente, solo a livello perimetrale, senza possibilità per il personale penitenziario di intervenire nel trattamento del paziente, collocando le strutture in centri abitati facilmente raggiungibili, per curare il soggetto in sinergia con la comunità, auspicando una piena attuazione dell'art.27 della Costituzione, che sancisce la necessità di perseguire un reinserimento sociale dell'individuo.

A concludere il processo di superamento degli OPG è stato il Decreto-legge 31 marzo 2014 n.52, convertito con modificazioni in L. 81/2014, che costituisce «l'ultimo tassello legislativo» della riforma (DI NICOLA, 2015). Avendo discusso precedentemente le innovazioni introdotte con suddetto decreto, in tale sede ci limiteremo ad affermare come il legislatore, dando attuazione ai precedenti disposti costituzionali, abbia previsto il ricorso a misure *diverse* rispetto al ricovero in Ospedale Psichiatrico, che sino ad allora rappresentò la misura di sicurezza applicata in via prioritaria, circoscrivendo la misura privativa di libertà ad una valutazione della pericolosità sociale effettuata sulle sole basi delle caratteristiche personali del soggetto, escludendo il contesto socio-familiare al fine di evitare limitazioni di libertà ingiustificate, ovvero giustificate da elementi non riconducibili propriamente alla singolarità del soggetto, così come previsto dall'art.27 della Costituzione, il quale stabilisce che la responsabilità penale è essere personale. Con tale previsione, il legislatore sposa la visione di quella dottrina che considera la carenza di servizi territoriali per la presa in carico del soggetto un elemento non sufficiente a giustificare il prosieguo della misura detentiva nei casi in cui sono ammettibili le dimissioni del soggetto. Pertanto, nel nuovo sistema, le Regioni sono chiamate ad esercitare un ruolo di raccordo tra l'amministrazione penitenziaria e quella sociosanitaria, al fine di realizzare una rete di servizi capace di prendere concretamente in carico anche gli autori di reato che presentino patologie di tipo psichico e psichiatrico. Tale sinergia dovrà essere portata avanti attraverso una programmazione terapeutico-riabilitativa pensata *ad hoc* per ogni singolo individuo preso in carico dai dipartimenti di salute mentale delle varie ASL.

Il centro gravitazionale del nuovo meccanismo, infatti, si articola intorno ai Dipartimenti di Salute Mentale, incaricati di realizzare una presa in carico territoriale, intrecciando il proprio operato con quello dei giudici di cognizione e sorveglianza al fine di fornire un ampio ventaglio di possibilità terapeutiche all'interno del quale i rappresentati giudiziari possano individuare le soluzioni più idonee alla cura del paziente, al suo reinserimento sociale e, congiuntamente, alla tutela della società nella misura in cui si consideri il trattamento dell'infermità come la miglior forma di prevenzione possibile.

13. Bibliografia

ANDREOLI, V.: *Istruzioni per essere normali*, Rizzoli, Milano, 1999.

ARDITA, S., DELL'INNOCENTI L. y FALDI, F.: *Diritto penitenziario*, Laurus Robuffo, Roma, 2014.

BASAGLIA, F.: *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino, 1968.

- BERTOLINO, M.:** «Il «crimine» della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.
- BETTIOL, G.:** «Il ruolo svolto dal codice Rocco nella società italiana», *La questione criminale*, num.1, 1981.
- CENTONZE, A.:** «Scienze, neuroscienze e accertamento multifattoriale delle infermità psichiche», *Giustizia Insieme*, 2022.
- DELL'ACQUA, P. y D'AUTILIA S.:** «Salute mentale», *Dizionario del lavoro educativo*, Carocci, Milano, 2014.
- DELL'ACQUA, P.:** «Dal superamento del manicomio ai servizi territoriali di salute mentale», *Ideassonline.org*.
- DI NICOLA, P.:** «La chiusura degli OPG: un'occasione mancata», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.
- FERRI, E.:** *Sociologia criminale*, Bocca, Torino, 1892.
- FIANDACA, G. y MUSCO, E.:** *Diritto penale. parte generale*, 2a ed., Zanichelli, Bologna, 1987.
- FOOT, J.:** *La «Repubblica dei matti». Franco Basaglia e la psichiatria radicale in Italia, 1961-1978*, Feltrinelli, Milano, 2014.
- GIANNICCHEDDA, M.G.:** «Ospedali psichiatrici», in D'ARCAIS, M. F. (coord.), *Enciclopedia dei diritti umani*, Utet, Milano, 2007.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ M.:** *Diritto penale del nemico*, Civitas, Navarra, 2006.
- MANNA, A.:** *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione: dalle «finzioni giuridiche» alla «terapia sociale»*, Giappichelli, Torino, 1997.
- MARINUCCI, G., DOLCINI E. y GATTA G.L.:** *Manuale di diritto penale: parte generale*, 9a ed., Giuffrè, Milano 2020.
- MELANI, G.:** «La funzione dell'OPG», *L'altro diritto*, 2014.
- MUSIO, S.:** «La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana», *L'altro diritto*, 1999.
- PALMA, M., DE ROBERT, D. y ROSSI, E.:** Relazione al Parlamento 2022 - Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà, EUROLIT s.r.l., Roma, 2022. Relazione. Disponibile
- PELISSERO, M.:** «Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza», *Diritto Penale e Processo*, num. 8, 2014.
- PELISSERO, M.:** *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- PELEGRINI, A.:** *Che fine hanno fatto i manicomi criminali?* Sintesi dialettica per l'identità democratica, 2022.
- PERILLO, D.:** «La paura dell'altro (e di se stessi) - intervista a Zygmunt Bauman», *L'osservatore romano*, 2016.
- PETTENELLO, F., BAGNULO I. y TANINI M.:** «Dagli O.P.G. alle R.E.M.S: il difficile superamento», *State of mind - Il giornale delle scienze psicologiche*, 2019.

- PROIETTI, G.:** «Storia della follia», *Psicolinea.it*, 7 giugno 2020.
- PUGIOTTI, A.:** «L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari», *Quaderni costituzionali*, 2013.
- RELAZIONE E REAL DECRETO DEL 19 OTTOBRE 1930, N. I 398:** Relazione a s. m. il Re del Ministro Guardasigilli (ROCCO) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale.
- ROBERTS, A.:** «Cronologia della storia della salute mentale», in <http://studymore.org.uk/mhhtim.htm>
- RUSO, G.E., SALOMONE L.:** «Il malato di mente nel sistema giudiziario», *Rassegna penitenziaria e criminologica*. 1999, 3 (2/3), pp.127-142.
- SACCOMANNO M. y BOSONE, D.:** *Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. Relazione finale sull'attività della Commissione*, Senato della Repubblica Italiana, n. XXII-bis n. 10.
- SCHIAFFO, F.:** «Dalla pericolosità sociale alla necessità della cura: la medicalizzazione delle sanzioni penali nella legge n. 103/2017», *GRUPPI* [online]. 2017, num.1, pp. 13-37.
- SCHIAFFO, F.:** «Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. riforma orlando», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.
- THE CPT AND ITALY:** *The Council of Europe: guardian of Human Rights, Democracy and the Rule of Law for 700 million citizens*, in Consejo de Europa.
- VASSALLI, G.:** *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 1960.
- VINEIS, P.:** *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, Torino, 1990.
- ZIBOORG, G. y W. HENRY, G.:** *Storia della psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1963.

VULNERABILIDAD E HIPOSUFICIENCIA 4.0: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS CONSUMIDORES EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Túlio Felipe Xavier Januário
Becario de la «Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT»
Doctorando. Universidad de Coimbra

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Inteligencia artificial: concepto, funcionamiento y aplicaciones concretas. 2. Limitaciones de la inteligencia artificial y los consiguientes problemas de orden penal y procesal. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Los progresivos avances científicos y tecnológicos son una realidad prácticamente irrefutable en la sociedad contemporánea¹. Un ejemplo de ello son los desarrollos en el área de los sistemas autónomos y de inteligencia artificial, que están presentes en los más variados ámbitos de actividad, como el transporte², la industria, la salud³ e incluso la justicia⁴.

- 1 JANUÁRIO, T.F.X.: «Inteligência artificial e manipulação do mercado de capitais: uma análise das negociações algorítmicas de alta frequência (High-Frequency Trading – HFT) à luz do ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 29, núm. 186, 2021, pp. 127-173, p. 128.
- 2 Ver: JANUÁRIO, T.F.X.: «Veículos autónomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 95-127; ESTELLITA, H. y LEITE, A.: «Veículos Autônomos e Direito Penal: uma introdução», in ESTELLITA, H. y LEITE, A. (orgs.), *Veículos autônomos e direito penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 15-35; HILGENDORF, E.: «Sistemas autônomos, inteligência artificial e robótica: uma orientação a partir da perspectiva jurídico-penal», in HILGENDORF, E. y GLEIZER, O. (orgs.), *Digitalização e direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 43-59.
- 3 Ver: JANUÁRIO, T.F.X.: «Inteligência artificial e responsabilidade penal no setor da medicina», *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 17, núm. 34, 2020, pp. 37-63; PEREIRA, A.G.D.: «Inteligência artificial, saúde e direito: considerações jurídicas em torno da medicina de conforto e da medicina transparente», *Julgar*, núm. 45, 2021, pp. 235-261; MACHADO, L.S.: «Médico robô: responsabilidade civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial», *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 16, núm. 31, 2019, pp. 101-114.
- 4 Ver: KEHL, D., GUO, P. y KESSLER, S.: «Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing», *Responsive Communities Initiative*,

Por una parte, es seguro que esta revolución tiene el potencial de favorecer, en gran medida, la calidad de vida de las personas, ya que se espera una mayor eficiencia, seguridad e incluso una reducción sustancial de los costes de las actividades en las que se prevén aplicar estas tecnologías. A su vez, no podemos ignorar que los sistemas en cuestión, especialmente los de I.A., por su propia estructura y funcionamiento, presentan riesgos que les son inherentes. Como analizaremos en detalle a lo largo del artículo, podemos citar, a modo de ejemplo, la *opacidad* de estos sistemas y de sus algoritmos, la *imprevisibilidad* de las respuestas por ellos alcanzadas y la propia *sensibilidad de los datos e intereses* en juego en los sectores en que son aplicados.

En vista de lo anterior, nos encontramos en un escenario en el que los riesgos de estas tecnologías no son precisamente determinables y que, en caso de concretización de daños a bienes jurídicamente relevantes, la identificación de las causas y, principalmente, de los responsables, será aún más difícil, especialmente en el ámbito penal.

El objeto de la presente investigación se centra precisamente en la cuestión de la protección penal de los consumidores en el actual contexto de expansión de la I.A. La hipótesis de la que partimos es que los consumidores se encuentran en una posición de mayor *vulnerabilidad e hiposuficiencia técnica* cuando hay, en la relación de consumo, la intervención de estas nuevas tecnologías. Entre las razones de ello, que serán debidamente investigadas, señalamos: i) la mencionada *dificultad para comprender el funcionamiento y los posibles outputs de los sistemas de I.A.*; ii) la propia *complejidad comercial inherente a las grandes corporaciones que suelen estar detrás del desarrollo de estas tecnologías* y los consiguientes obstáculos para la identificación y punición de los responsables de los daños; iii) algunas notorias *deficiencias en la parte especial del derecho penal*; iv) posibles nuevos obstáculos de orden procesal penal a superar, y por último, v) las cuestionables condiciones operativas y logísticas del propio sistema de justicia para hacer frente a las complejas demandas que se presentarán cada vez más.

Dado el objetivo principal de analizar con más detalles cada una de estas cuestiones, haremos un breve estudio inicial sobre la I.A. y su funcionamiento, con la finalidad de identificar no solo sus potenciales, sino principalmente las limitaciones que fundamentan los problemas aquí mencionados. Hecho esto, con base en la metodología deductiva, buscaremos no sólo identificar las razones que subyacen a las dificultades señaladas, sino principalmente proponer posibles alternativas que puedan ayudar en el perfeccionamiento de la protección jurídico-penal de los consumidores en la era de la I.A.

Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School, 2017, versión online; CHIAO, V.: «Fairness, Accountability and Transparency: Notes on Algorithmic Decision-Making in Criminal Justice», *International Journal of Law in Context*, v. 15, núm. 2, 2019, pp. 126-139; RODRIGUES, A.M.: «A questão da pena e a decisão do juiz - entre a dogmática e o algoritmo», in RODRIGUES, A.M. (coord.): *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 219-244, pp. 230 y ss.; GRECO, L.: *Poder de julgar sem a responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 17 y ss; MIRANDA, M.A. y JANUÁRIO, T.F.X.: «Novas tecnologias e justiça criminal: a tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito do direito penal e processual penal», in: MOREIRA, V. Et. al. (orgs.), *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*, Brasília / Edições Brasil, Campinas / Jundiaí, 2021, pp. 284-298; JANUÁRIO, T.F.X.: «Considerações preambulares acerca das reverberações da inteligência artificial no direito penal», in COMÉRIO, M.S. y JUNQUILHO, T.A. (orgs.), *Direito e tecnologia: um debate multidisciplinar*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 295-314.

1. Inteligencia artificial: concepto, funcionamiento y aplicaciones concretas

El uso del término inteligencia artificial se remonta a 1955, cuando John McCarthy publicó «*A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*». Se consideraba entonces como «la ciencia y la ingeniería de producir máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos», relacionándose «con la función similar de usar computadoras para comprender la inteligencia humana» y no limitándose, sin embargo, a «métodos biológicamente observables»⁵.

Tras unas décadas de intensos desarrollos científicos y tecnológicos en la materia, la comprensión de lo que es hoy la inteligencia artificial, según el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, pasa por su subdivisión en i) *inteligencia artificial como sistema* e ii) *inteligencia artificial como disciplina científica*. Como sistema, se entiende como *softwares* o *hardwares* que operan en un entorno físico o digital y que, para lograr un objetivo específico, perciben el entorno en el que están insertos a través de la recolección, procesamiento e interpretación de datos y deciden cuál es la mejor acción a tomar, en base a «reglas simbólicas» previamente definidas o en el «aprendizaje» de un modelo numérico para el caso. Además, son capaces de adaptar sus comportamientos a través del análisis de los cambios ambientales provocados por sus acciones anteriores. Como disciplina científica, la inteligencia artificial incluye varias técnicas y metodologías, como el *machine learning*, el *machine reasoning* y la robótica, integrándolas en sistemas «ciberfísicos»⁶.

Además de los sistemas preprogramados para realizar determinadas actividades —clasificados por el informe COMEST como *deterministic robots*—, los más paradigmáticos y que plantean mayores retos a las ciencias jurídicas son los *cognitive robots*, capaces de tomar decisiones y realizar tareas para las que no estaban programados y que a menudo ni siquiera eran predecibles para sus programadores⁷. Observamos que, a diferencia de los primeros, en el que el algoritmo está «entrenado» para responder a preguntas o situaciones concretas, en estos últimos el sistema tiene capacidades de autoaprendizaje y evolución constante, no siempre siendo posible valorar, *a priori*, las respuestas que serán alcanzadas por ellos⁸. Esto se debe a que, en estos casos, la inteligencia artificial utiliza la *internet of things* y el *big data* como formas de *input* para la identificación de reglas y patrones, y, a través de su *machine learning*,

5 MCCARTHY, J.: *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, 2007, versión online; MCCARTHY, J., MINSKY, M.L., ROCHESTER N. y SHANNON, C.E.: «A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955», *AI Magazine*, v. 27, núm. 4, 2006, pp. 12-14, p. 14; JANUÁRIO, T.F.X.: «Considerações preambulares acerca das reverberações da inteligência artificial no direito penal», in COMÉRIO, M.S. y JUNQUILHO, T.A. (orgs.), *Direito e tecnologia: um debate multidisciplinar*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 295-314.

6 THE EUROPEAN COMMISSION'S HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines: Definition Developed for the Purpose of the Deliverables of the High-Level Expert Group*, European Commission, 2018, p. 7.

7 COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY, *Report of COMEST on robotics ethics*, 2017, p. 48; SOUSA, S.A.: ««Não fui eu, foi a máquina»: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 59-93, p. 62.

8 JANUÁRIO, T.X.: «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173, p. 130.

es capaz de aprender cosas para las que no fue programada, siendo capaz de tomar decisiones totalmente autónomas sin interferencias humanas⁹.

En cuanto a la aplicación concreta de esta tecnología, estamos viviendo todavía una *primera fase de la inteligencia artificial*, conocida como *artificial narrow intelligence*, ya que ella solo se aplica para tareas específicas, como el reconocimiento facial y de voz y los asistentes de conducción de vehículos. No obstante, se espera el alcance de la segunda generación en un futuro próximo. En ella, conocida como *artificial general intelligence*, los sistemas inteligentes serán capaces de razonar, planear y resolver de forma autónoma algunos problemas para los que ni siquiera fueron programados. Además, para algunos expertos, dependiendo de la velocidad de los desarrollos tecnológicos, podremos presenciar una esperada *artificial super intelligence*, tercera generación de inteligencia artificial, en la que los agentes inteligentes lograrán una especie de autoconciencia. Se espera que sean capaces de aplicar la inteligencia artificial en cualquier campo, además de tener habilidades científicas y sociales, así como conocimientos generales¹⁰.

Sin embargo, aunque no estemos en estas etapas más avanzadas de aplicación, ya observamos algunos de sus usos en nuestra vida diaria, que deben aumentar progresivamente en los próximos años¹¹. Es el caso, por ejemplo, del desarrollo de vehículos autónomos, como el Tesla (nivel 2 de autonomía en la Tabla SAE) y aquellos que están en fase de pruebas en Uber¹². Otro ejemplo muy significativo es el empleo de la inteligencia artificial en el campo de la medicina, donde se esperan en un futuro próximo avances en las actividades de toma de decisiones, medicina personalizada y asistencia en intervenciones quirúrgicas, tratamientos y seguimiento de pacientes¹³.

-
- 9 KAPLAN, A. y HAENLEIN, M.: «Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence», *Business Horizons*, v. 62, núm. 1, 2019, pp. 15-25, p. 17; MULHOLLAND, C. y FRAJHOF, I.Z.: «Inteligência artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning», in FRAZÃO, A. y MULHOLLAND, C. (coords.), *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, versión online; JANUÁRIO, T.X.: «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173, p. 130.
- 10 KAPLAN, A. y HAENLEIN, M.: «Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence», *Business Horizons*, v. 62, núm. 1, 2019, pp. 15-25, p. 16; JANUÁRIO, T.X.: «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173, pp. 130-131.
- 11 Sobre la aplicación sectorial de la inteligencia artificial, ver: WIMMER, M.: «Inteligência artificial, algoritmos e o direito. Um panorama dos principais desafios», in LIMA, A.P.C., HISSA, C.B. y SALDANHA, P.M. (coords.), *Direito digital: debates contemporâneos*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, pp. 15-30, pp. 15-17.
- 12 Para un análisis detallado de los vehículos autónomos y sus implicaciones en materia penal, en caso de accidentes, ver: JANUÁRIO, T.X.: «Veículos autónomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 95-127; ESTELLITA, H. y LEITE, A.: «Veículos Autônomos e Direito Penal: uma introdução», in ESTELLITA, H. y LEITE, A. (orgs.), *Veículos autônomos e direito penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 15-35; HILGENDORF, E.: «Sistemas autônomos, inteligência artificial e robótica: uma orientação a partir da perspectiva jurídico-penal», in HILGENDORF, E. y GLEIZER, O. (orgs.), *Digitalização e direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 43-59.
- 13 Sobre las posibles implicaciones penales de los daños causados por la inteligencia artificial en el sector médico, ver: JANUÁRIO, T.F.X.: «Inteligência artificial e responsabilidade

Finalmente, un último pero no exhaustivo ejemplo es el de los algoritmos utilizados en el mercado de capitales, concretamente para realizar operaciones de alta frecuencia (o *high-frequency trading*). En estos casos, se utiliza esta tecnología para capturar informaciones del mercado, interpretarlas y tomar decisiones de compra y venta de acciones de forma autónoma, sin intervención humana¹⁴.

2. Limitaciones de la inteligencia artificial y los consiguientes problemas de orden penal y procesal

A pesar de los demostrados potenciales de la inteligencia artificial, esta tecnología tiene algunas limitaciones y conlleva algunos riesgos. Inicialmente, en cuanto a las *limitaciones del propio sistema*, la primera a destacar es la *imprevisibilidad de sus resultados*. Una vez que los sistemas de inteligencia artificial tienen la capacidad de capturar e interpretar informaciones ambientales y de forma autónoma, tomar decisiones independientemente de interferencias humanas, los resultados de sus procesos deductivos resultan, en cierto modo, impredecibles. Este panorama se ve agravado por el hecho de que esta tecnología tiene la capacidad de aprender de sus experiencias anteriores. En otras palabras, en base al análisis de los resultados obtenidos con sus acciones previas, adapta sus algoritmos para mejorar y lograr ciertos fines¹⁵.

Además, la inteligencia artificial se considera *opaca*. Con eso queremos decir que, tal es la complejidad de sus procedimientos internos, que los criterios utilizados y la cadena lógico-causal que la llevó a llegar a una conclusión determinada es de muy difícil identificación para los analistas humanos. Es por ello que suele equipararse a una caja negra, porque entender el «cómo» y el «por qué» de un dado *output* es prácticamente imposible¹⁶.

penal no setor da medicina», *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 17, núm. 34, 2020, pp. 37-63; PEREIRA, A.G.D.: «Inteligência artificial, saúde e direito: considerações jurídicas em torno da medicina de conforto e da medicina transparente», *Julgar*, núm. 45, 2021, pp. 235-261; MACHADO, L.S.: «Médico robô: responsabilidade civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial», *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 16, núm. 31, 2019, pp. 101-114.

- 14 Sobre las negociaciones algorítmicas de alta frecuencia y sus posibles implicaciones penales, ver: JANUÁRIO, T.F.X.: «Inteligência artificial e manipulação do mercado de capitais: uma análise das negociações algorítmicas de alta frequência (High-Frequency Trading – HFT) à luz do ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 29, núm. 186, 2021, pp. 127-173; RODRIGUES, A.M.: «Os crimes de abuso de mercado e a «Escada Impossível» de Escher (o caso do Spoofing)», *Julgar*, núm. 45, 2021, pp. 65-86.
- 15 Sobre las particularidades de estas máquinas autónomas frente a los sistemas informáticos más convencionales y las mayores dificultades que imponen en la atribución de responsabilidades penales: SOUSA, S.A.: ««Não fui eu, foi a máquina»: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 59-93, p. 64.
- 16 Ver: BURRELL, J.: «How the Machine ‘Thinks’: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms», *Big Data & Society*, v. 3, núm. 1, 2016, pp. 1-12; PRICE II, W.N.: «Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Issues», *U of Michigan Public Law Research Paper*, núm 599, 2017, pp. 1-7, p. 2; WIMMER, M.: «Inteligência artificial, algoritmos e o direito. Um panorama dos principais desafios», in LIMA, A.P.C., HISSA, C.B. y SALDANHA, P.M. (coords.), *Direito digital: debates contemporâneos*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, pp. 15-30; RODRIGUES, A.M.: «Inteligência Artificial no

Esta opacidad también implica cuestionamientos sobre la seguridad y confiabilidad de los datos utilizados como *input*. Dado que la inteligencia artificial usa el *big data* y la *internet of things* como fuentes para identificar las reglas y patrones que fomentarán su *machine learning*¹⁷, datos de baja calidad podrán generar *outputs* que no ofrecen la seguridad y fiabilidad que se espera de ellos¹⁸. Además, muchas veces se cuestiona la propia legalidad de la obtención de estos datos, ya que no siempre podemos saber cómo y dónde se han obtenido. Más aún, la sensibilidad de algunos de estos datos es tan grande que cualquier fuga no solo implicaría daños significativos para la privacidad de sus titulares, sino que también podría provocar diferentes tipos de discriminación de acuerdo con quien los posea¹⁹.

Observamos también algunas *limitaciones de la propia ley penal*. Como no son infalibles, los sistemas de inteligencia artificial pueden causar daños o peligro de daños a bienes jurídicos tutelados penalmente, ya sea i) por su uso intencional por parte de un ser humano para delinquir; ii) por fallas en la cadena de producción y desarrollo; o iii) por su propio *machine learning*, que de manera independiente de una intervención humana, puede llegar a *outputs* ilícitos e impredecibles *ex ante*²⁰.

En este último caso, que indiscutiblemente presenta las mayores dificultades, existen innegables problemas en la imputación de posibles responsabilidades penales por diversos factores. En primer lugar, porque en cada una de las fases de desarrollo, programación, fabricación, supervisión y aplicación de estas tecnologías, intervienen una infinidad de personas físicas y jurídicas. Y precisamente por la complejidad y opacidad de la inteligencia artificial, no siempre será posible identificar el origen de cualquier falla (si existe) y quién sería el ser humano detrás de ella.

Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização», in RODRIGUES, A.M. (coord.): *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 11-58, p. 25.

17 Ver nota 9.

18 Sobre la importancia de la fiabilidad de los datos utilizados como *input*: AGAPITO, L.S., MIRANDA, M.A. y JANUÁRIO, T.F.X.: «On the Potentialities and Limitations of Autonomous Systems in Money Laundering Control», *RIDP*, v. 92, núm. 1, 2021, pp. 87-108.

19 Sobre los riesgos de discriminación derivados de posibles fugas indebidas de datos personales, ver: MARKS, M.: «Artificial Intelligence-Based Suicide Prediction», *Yale Journal of Law & Technology*, v. 21, 2019, pp. 98-121, p. 111. Sobre una posible vulneración excesiva de la intimidad y privacidad de las personas por el uso de la inteligencia artificial, especialmente en actividades de investigación y persecución penal: MIRÓ LLINARES, F.: «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 20, 2018, pp. 87-130, pp. 114 y ss.

20 En este sentido, al analizar los delitos cometidos con la intervención de un sistema de inteligencia artificial, podemos clasificarlos en: I) delitos cometidos intencionalmente por un agente humano, utilizando inteligencia artificial; II) delitos negligentes cometidos por el fabricante, programador o usuario, que no tomó las precauciones necesarias en relación con el sistema de inteligencia artificial; III) ilícitos derivados de la propia «acción» del agente artificial inteligente, desvinculados de una acción humana; IV) casos en que los propios seres humanos son instrumentalizados por un sistema de inteligencia artificial (un «cibervirus», por ejemplo), para la comisión de un ilícito. Ver: PAGALLO, U. y QUATTROCOLO, S.: «The impact of AI on criminal law and its twofold procedures», in BARFIELD, W. y PAGALLO, U. (eds.): *Research Handbook on the law of artificial intelligence*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 385-409, p. 404; MIRANDA, M.A. y JANUÁRIO, T.F.X.: «Novas tecnologias e justiça criminal: a tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito do direito penal e processual penal», in: MOREIRA, V. Et. al. (orgs.), *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*, Brasília / Edições Brasil, Campinas / Jundiá, 2021, pp. 284-298, p. 289.

Pero, aunque se identifique el origen del problema, el hecho de que exista la intervención de un sistema de inteligencia artificial entre la conducta humana y el resultado sigue creando obstáculos para la imputación penal, salvo en aquellos casos en los que hay dolo por parte del ser humano que utiliza la tecnología con fines ilícitos. En primer lugar, porque la previsibilidad del resultado de daño o peligro es un elemento fundamental para la imputación de la tipicidad del comportamiento, de modo que, si el output es totalmente imprevisible, no podemos hablar de un hecho típico por parte de cualquiera de los actores humanos²¹. Pero incluso antes del juicio de tipicidad, en muchos casos, ni siquiera se puede identificar una acción humana para fines penales. Partiendo de la concepción teórica de la acción significativa y considerando que «autor» es quien realiza el sentido de la acción típica, a identificarse a partir de la interpretación de los verbos típicos en cuestión²², llegaremos a la extraña conclusión de que, lógico-gramaticalmente hablándose, quien realiza las acciones típicas es el propio sistema de inteligencia artificial, que por razones obvias no es ni debe ser responsable penalmente²³. En otras palabras, no sostenemos, en modo alguno, que los sistemas de inteligencia artificial deban ser considerados penalmente imputables. Sin embargo, creemos que hay lagunas de responsabilidad en sectores sensibles y por eso es necesario repensar la estructura de algunos tipos penales en campos con intervención de la inteligencia artificial²⁴.

Para estos casos, podría argumentarse que el camino ideal sería reforzar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente de aquellas directamente involucradas en la fabricación y desarrollo de los sistemas. Sin embargo, no podemos olvidar que muchos de los ordenamientos, cuando prevén este tipo de responsabilidad por los delitos en análisis (que no son todos), siguen optando por modelos de *heteroresponsabilidad*, en los que la identificación de una conducta humana y su autor sigue siendo un requisito para la atribución de responsabilidad penal a la entidad colectiva. El problema con dichos modelos es que estos acaban importando para el ámbito de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas, las limitaciones que ya hemos expuesto en materia de inteligencia artificial, como las dificultades para identificar una conducta humana (y un perpetrador) detrás del daño²⁵.

-
- 21 Januário, T.F.X.: «Inteligência artificial e manipulação do mercado de capitais: uma análise das negociações algorítmicas de alta frequência (High-Frequency Trading – HFT) à luz do ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 29, núm. 186, 2021, pp. 127-173, p. 159 y ss.; JANUÁRIO, T.X.: «Veículos autônomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 95-127, p. 122.
- 22 CANESTRARO, A.C. y JANUÁRIO, T.F.X.: «Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal Brasileiro», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 29, v. 178, 2021, pp. 213-244, p. 225 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *La autoría en derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código Penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 726; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa – Parte general*. 5. ed. adaptada a la L.O. 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 489-490.
- 23 JANUÁRIO, T.X.: «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173, p. 160.
- 24 JANUÁRIO, T.X.: «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173, p. 160.
- 25 Ver en detalles en: JANUÁRIO, T.X.: «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173, pp. 160 y ss. Ver también: RODRIGUES, A.M.: «The Last Cocktail – Economic and Financial Crime, Corporate Criminal Responsibility, Compliance and Artificial Intelligence», in:

A esta posible laguna de punibilidad, se suman también algunas notorias *deficiencias en la parte especial del derecho penal*. En otras palabras, se observa que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, si bien no se discute la dignidad penal de los bienes jurídicos a tutelar en este ámbito, los tipos penales en sí mismos no siempre fueron diseñados para la novedosa realidad que vivimos. Por tanto, se hace necesaria una mayor reflexión sobre posibles nuevas tipificaciones, así como posibles reformas en los tipos penales ya vigentes, a fin de mejor asegurar la protección de los intereses involucrados en la fabricación, desarrollo y uso de la inteligencia artificial²⁶.

Finalmente, no podemos olvidar dos grupos de dificultades que se interrelacionan. En primer lugar, dadas las particularidades ya señaladas de la inteligencia artificial, los consumidores ciertamente enfrentarán nuevos desafíos para la tutela judicial de sus intereses. Dentro del ámbito de estos *obstáculos procesales penales*, destacamos, por ejemplo, los relacionados con la prueba digital, especialmente en lo que se refiere a la demostración o impugnación de su credibilidad y legalidad, así como de la validez de su presentación en un determinado proceso penal. En este ámbito cobra especial relevancia la discusión sobre la documentación de la cadena de custodia de las evidencias digitales y los posibles efectos de su vulneración²⁷.

Sin embargo, las particularidades no sólo de estas tecnologías, sino también de los propios sujetos procesales (consumidores) que son objeto de este estudio, nos hacen señalar un último grupo de dificultades, que aquí denominaremos *limitaciones del propio sistema de justicia*. La tutela judicial de los intereses del consumidor, ya sea en el ámbito civil, administrativo o penal, fundamenta el trato diferenciado que se dirige a estos agentes en su *vulnerabilidad* frente al prestador de servicios y su *hiposuficiencia técnica y jurídica* para buscar sus derechos. Toda la estructura procesal en esta materia, con procedimientos abreviados y simplificados, presunciones e inversiones de la carga de la prueba, está diseñada para tratar de equilibrar, en mayor o menor medida, según el ordenamiento jurídico, los pesos de la balanza en las relaciones de consumo²⁸.

ANTUNES, M.J. y SOUSA, S.A. (eds.), *Artificial Intelligence in the Economic Sector: Prevention and Responsibility*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2021, pp. 119-133, p. 127; RODRIGUES, A.M. y SOUSA, S.A.: «Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal», *Julgar*, n. 45, 2021, pp. 193-214, p. 203 y ss.

- 26 MIRANDA, M.A. y JANUÁRIO, T.F.X.: «Novas tecnologias e justiça criminal: a tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito do direito penal e processual penal», in: MOREIRA, V. et. al. (orgs.), *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*, Brasília / Edições Brasil, Campinas / Jundiá, 2021, pp. 284-298, p. 290. Ver también: LIGETI, K.: *Artificial Intelligence and Criminal Justice. Concept Paper for the XXIst AIDP-IAPL International Congress of Penal Law*, 2019, p. 5 y ss.
- 27 JANUÁRIO, T.F.X.: «Cadeia de Custódia da Prova e Investigações Internas Empresariais: Possibilidades, Exigibilidade e Consequências Processuais Penais de sua Violação», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, núm. 2, 2021, pp. 1453-1510. Ver también: PRADO, G.: *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, 2.ª ed., Marcial Pons, São Paulo, 2021.
- 28 «A partir da revolução industrial, que promoveu a massificação dos regimes de produção, distribuição e consumo, a sociedade se viu dividida em dois grandes grupos: o dos fornecedores (controladores dos bens de produção) e o dos consumidores (que, por não controlarem os bens de produção, se submetem ao poder econômico do primeiro grupo). O desequilíbrio entre esses dois grupos de agentes econômicos foi acentuado pela informatização e globalização da economia, que modificaram sensivelmente os hábitos de consumo, agilizando as informações e expandindo as possibilidades de publicidade, o que agravou os conflitos de consumo e a própria *vulnerabilidade informacional, técnica, fática*

No obstante, por las razones que hemos explicado a lo largo del texto, es evidente que los consumidores se encuentran en una situación de vulnerabilidad e hiposuficiencia²⁹ aún mayor en el contexto de expansión de la inteligencia artificial. ¿Cómo podrán comprender mínimamente los límites y sobre todo los riesgos de esta tecnología, si ni siquiera los expertos tienen estas condiciones, dada su opacidad e imprevisibilidad? Por supuesto, difícilmente conocemos en profundidad los productos que utilizamos en nuestro día a día, pero es importante tener al menos una idea de lo que se puede esperar de ellos y sus posibles implicaciones negativas. Y esta es una tarea más ardua cuando se habla de inteligencia artificial.

Además, no podemos pasar por alto que, en este contexto, la protección del denominado «consumidor bystander»³⁰ o consumidor por asimilación adquiere una especial relevancia. No sólo en lo que se refiere a los daños que la I.A. puede causar a terceros, sino también y principalmente porque hace uso de *big data* como *input*, y en esta etapa, pueden ocurrir daños a la privacidad de una multitud de personas, no solo a los usuarios directos de la tecnología.

De hecho, en relación con este punto, también debemos preguntarnos, en qué medida el Poder Judicial ya está técnicamente preparado para las demandas que se le presentarán. Para explicarlo mejor: con excepción de unas particularidades de cada país, observamos, en el ámbito de la protección civil o penal de los intereses de los consumidores, un amplio uso de tribunales de pequeñas causas, procedimientos simplificados y una amplia gama de mecanismos de consenso.

*e jurídica do consumidor» [...] «Nesse sentido, concluiu-se que a finalidade do direito do consumidor é a proteção desse novo agente econômico, vulnerável, mediante a eliminação da injusta desigualdade existente entre ele e o fornecedor, com o consequente restabelecimento do equilíbrio na relação de consumo». ANDRADE, A., MASSON, C. y ANDRADE, L.: *Interesses difusos e coletivos*, vol. 1, 10.ª. ed. rev. atual. e ampl. Forense, Rio de Janeiro, 2020, pp. 464-466.*

29 Sobre la diferencia entre los distintos tipos de vulnerabilidad e hiposuficiencia, ver: «A *vulnerabilidade técnica* do consumidor consiste na ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que ele adquire ou utiliza em determinada relação de consumo. [...] A *vulnerabilidade jurídica* consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos, ou seja, na falta de conhecimento, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo. [...] A *vulnerabilidade fática ou econômica*, por sua vez, consiste no reconhecimento da fragilidade do consumidor frente ao fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu forte poderio econômico ou em razão da essencialidade do serviço que fornece, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam». «Hipossuficiência é a *difficuldade do consumidor para produzir, no processo, a prova do fato favorável a seu interesse*, seja porque ele não possui conhecimento técnico específico sobre o produto ou serviço adquirido (*hipossuficiência técnico-científica*), seja porque ele não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos da produção dessa prova (*hipossuficiência econômica ou fática*)». Con varias notas, en: ANDRADE, A., MASSON, C. y ANDRADE, L.: *Interesses difusos e coletivos*, vol. 1, 10.ª. ed. rev. atual. e ampl. Forense, Rio de Janeiro, 2020, pp. 489-490; 526.

30 En la legislación brasileña, el concepto de consumidor *bystander* está dado por el Artículo 17 del Código de Defensa del Consumidor, que dispone: «Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.» Según la doctrina, el objetivo de este dispositivo es extender el alcance de las normas protectoras a todas las víctimas del accidente de consumo, no restringiéndose a los consumidores estrictamente considerados. Ver: ANDRADE, A., MASSON, C. y ANDRADE, L.: *Interesses difusos e coletivos*, vol. 1, 10.ª. ed. rev. atual. e ampl. Forense, Rio de Janeiro, 2020, pp. 541; BRASIL, *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990: dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*, versión online.

No obstante, estos mismos mecanismos de simplificación y agilización de la protección al consumidor no suelen admitir pruebas periciales y procesos complejos, en general.

Sin embargo, en los casos relacionados a la inteligencia artificial, es evidente que la prueba pericial jugará un papel fundamental, además de la posibilidad de que haya una multitud de víctimas. Piénsese, por ejemplo, en usos ilícitos o fugas de datos por parte de una de estas tecnologías o en conductas discriminatorias adoptadas por las mismas. Por ello, urge reflexionar más sobre las adecuaciones procesales que serán necesarias, a fin de proteger mejor los intereses en juego en estos casos.

3. Conclusiones

Como demostramos a lo largo del texto, la inteligencia artificial tiene el potencial de impactar positivamente en varios sectores de actividades, pero no sin algunos riesgos inherentes a su progresiva expansión. En la presente investigación, nos enfocamos en la cuestión de la protección penal de los intereses de los consumidores, partiendo de la hipótesis de que ellos se encontrarían en una posición de aún mayor vulnerabilidad e hiposuficiencia en este contexto.

La primera razón de esto estaría en algunas limitaciones de la propia tecnología, es decir, en la imprevisibilidad de los resultados alcanzados por la inteligencia artificial y la opacidad de su funcionamiento. Este cuadro no sólo impone severas dificultades para comprender y controlar los datos que sirven de *input* y el fundamento de las decisiones que toman estos sistemas, sino que también, en el marco de las limitaciones de la propia ley penal, crea obstáculos para la identificación y responsabilización penal de los individuos eventualmente involucrados en daños causados por I.A.. Esta situación se ve agravada por la insistencia de algunos ordenamientos jurídicos en modelos de heteroresponsabilidad penal de las personas jurídicas, que replican en este contexto los obstáculos encontrados en la responsabilidad de las personas físicas.

Además, el relativo consenso sobre la dignidad penal de los intereses a proteger en este ámbito no suele ir acompañado de la parte especial del derecho penal en la mayoría de los ordenamientos, lo que exige reflexiones urgentes sobre posibles reformas en los tipos penales actuales, así como en posibles neocriminalizaciones para englobar los hechos de esta nueva realidad que la inteligencia artificial introduce.

Finalmente, destacamos no solo algunos nuevos desafíos procesales que deben superar los consumidores para obtener la tutela judicial de sus intereses, como los relacionados con la prueba digital y la demostración o refutación de la cadena de custodia, sino también algunos cuestionamientos sobre la configuración concreta del sistema de justicia y su adecuación a los casos que le serán presentados en este contexto.

Lejos de un pretencioso agotamiento del tema, creemos que se ha demostrado no sólo la relevancia del objeto de análisis, sino principalmente la urgencia de profundizar la reflexión sobre algunas de sus ramificaciones concretas. La tutela judicial de los intereses de los consumidores, sujetos muchas veces obliterados y cuya vulnerabilidad e hiposuficiencia justifican un imperativo de alto nivel de protección, se ve nuevamente desafiada por los avances científicos y tecnológicos. Queda por ver en qué medida el derecho penal y procesal, así como el sistema de justicia, tendrán condiciones para hacer frente a esta nueva realidad.

4. Bibliografía

- AGAPITO, L.S., MIRANDA, M.A. y JANUÁRIO, T.F.X.:** «On the Potentialities and Limitations of Autonomous Systems in Money Laundering Control», *RIDP*, v. 92, núm. 1, 2021, pp. 87-108.
- ANDRADE, A., MASSON, C. y ANDRADE, L.:** *Interesses difusos e coletivos*, vol. 1, 10.ª ed., rev., atual., e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2020.
- BRASIL,** *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990: dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*, versión online.
- BURRELL, J.:** «How the Machine ‘Thinks’: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms», *Big Data & Society*, v. 3, núm, 1, 2016, pp. 1-12.
- CHIAO, V.:** «Fairness, Accountability and Transparency: Notes on Algorithmic Decision-Making in Criminal Justice», *International Journal of Law in Context*, v. 15, núm. 2, 2019, pp. 126-139.
- COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY:** *Report of COMEST on robotics ethics*, 2017.
- ESTELLITA, H. y LEITE, A.:** «Veículos Autônomos e Direito Penal: uma introdução», in ESTELLITA, H. y LEITE, A. (orgs.), *Veículos autônomos e direito penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 15-35.
- GRECO, L.:** *Poder de julgar sem a responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, São Paulo, 2020.
- HILGENDORF, E.:** «Sistemas autônomos, inteligência artificial e robótica: uma orientação a partir da perspectiva jurídico-penal», in HILGENDORF, E. y GLEIZER, O. (orgs.), *Digitalização e direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 43-59.
- JANUÁRIO, T.F.X.:** «Cadeia de Custódia da Prova e Investigações Internas Empresariais: Possibilidades, Exigibilidade e Consequências Processuais Penais de sua Violação», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, núm. 2, 2021, pp. 1453-1510.
- JANUÁRIO, T.F.X.:** «Considerações preambulares acerca das reverberações da inteligência artificial no direito penal», in Comério, M.S. y Junquilho, T.A. (orgs.), *Direito e tecnologia: um debate multidisciplinar*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 295-314.
- JANUÁRIO, T.F.X.:** «Inteligência artificial e manipulação do mercado de capitais: uma análise das negociações algorítmicas de alta frequência (High-Frequency Trading - HFT) à luz do ordenamento jurídico brasileiro», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 29, núm. 186, 2021, pp. 127-173.
- JANUÁRIO, T.F.X.:** «Inteligência artificial e responsabilidade penal no setor da medicina», *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 17, núm. 34, 2020, pp. 37-63.
- JANUÁRIO, T.X.:** «Inteligência artificial e direito penal da medicina», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal, Volume II*, pp. 125-173.
- JANUÁRIO, T.X.:** «Veículos autônomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 95-127.

- KAPLAN, A. y HAENLEIN, M.:** «Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence», *Business Horizons*, v. 62, núm. 1, 2019, pp. 15-25.
- KEHL, D., GUO, P. y KESSLER, S.:** «Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing», *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School*, 2017, versión online.
- LIGETI, K.:** *Artificial Intelligence and Criminal Justice. Concept Paper for the XXIst AI-DP-IAPL International Congress of Penal Law*, 2019.
- MACHADO, L.S.:** «Médico robô: responsabilidade civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial», *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, año 16, núm. 31, 2019, pp. 101-114.
- MARKS, M.:** «Artificial Intelligence-Based Suicide Prediction», *Yale Journal of Law & Technology*, v. 21, 2019, pp. 98-121.
- MCCARTHY, J., MINSKY, M.L., ROCHESTER N. y SHANNON, C.E.:** «A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955», *AI Magazine*, v. 27, núm. 4, 2006, pp. 12-14.
- MCCARTHY, J.:** *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, 2007, versión online.
- MIRANDA, M.A. y JANUÁRIO, T.F.X.:** «Novas tecnologias e justiça criminal: a tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito do direito penal e processual penal», in: MOREIRA, V. Et. al. (orgs.), *Temas de Direitos Humanos do VI CIDH Coimbra 2021*, Brasília / Edições Brasil, Campinas / Jundiaí, 2021, pp. 284-298.
- MIRÓ LLINARES, F.:** «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª. época, núm. 20, 2018, pp. 87-130.
- MULHOLLAND, C. y FRAJHOF, I.Z.:** «Inteligência artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning», in FRAZÃO, A. y MULHOLLAND, C. (coords.), *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, versión online.
- PAGALLO, U. y QUATTROCOLO, S.:** «The impact of AI on criminal law and its twofold procedures», in BARFIELD, W. y PAGALLO, U. (eds.), *Research Handbook on the law of artificial intelligence*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 385-409.
- PEREIRA, A.G.D.:** «Inteligência artificial, saúde e direito: considerações jurídicas em torno da medicina de conforto e da medicina transparente», *Julgar*, núm. 45, 2021, pp. 235-261.
- PRADO, G.:** *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, 2.ª. ed., Marcial Pons, São Paulo, 2021.
- PRICE II, W.N.:** «Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Issues», *U of Michigan Public Law Research Paper*, núm. 599, 2017, pp. 1-7.
- RODRIGUES, A.M.:** «A questão da pena e a decisão do juiz - entre a dogmática e o algoritmo», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 219-244.

- RODRIGUES, A.M.:** «Inteligência Artificial no Direito Penal - A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização», in Rodrigues, A. M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 11-58.
- RODRIGUES, A.M.:** «Os crimes de abuso de mercado e a «Escada Impossível» de Escher (o caso do Spoofing)», *Julgar*, núm. 45, 2021, pp. 65-86.
- RODRIGUES, A.M.:** «The Last Cocktail - Economic and Financial Crime, Corporate Criminal Responsibility, Compliance and Artificial Intelligence», in: ANTUNES, M.J. y SOUSA, S.A. (eds.), *Artificial Intelligence in the Economic Sector: Prevention and Responsibility*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2021, pp. 119-133.
- RODRIGUES, A.M. y SOUSA, S.A.:** «Algoritmos em contexto empresarial: vantagens e desafios à luz do direito penal», *Julgar*, n. 45, 2021, pp. 193-214, p. 203 y ss.
- SOUSA, S.A.:** ««Não fui eu, foi a máquina»: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial», in RODRIGUES, A.M. (coord.), *A inteligência artificial no direito penal*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 59-93.
- THE EUROPEAN COMMISSION'S HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE:** *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines: Definition Developed for the Purpose of the Deliverables of the High-Level Expert Group*, European Commission, 2018.
- WIMMER, M.:** «Inteligência artificial, algoritmos e o direito. Um panorama dos principais desafios», in LIMA, A.P.C., HISSA, C.B. y SALDANHA, P.M. (coords.), *Direito digital: debates contemporâneos*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, pp. 15-30.

LOS PELIGROS DEL DERECHO PENITENCIARIO DEL RIESGO

Lorena Alemán Aróstegui
Investigadora predoctoral FPU
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: 0. Las tendencias punitivistas del tratamiento del riesgo. 1. La ejecución de la pena de prisión como ejercicio del *ius puniendi*. 2.1. El olvido de la ejecución de la pena de prisión y la falta de garantías. 2.2. La toma de decisiones penitenciarias como ejercicio del *ius puniendi*. 3. El Derecho penitenciario del riesgo y sus peligros. 3.1. El Derecho penitenciario del riesgo. 3.2. Los peligros de los instrumentos de valoración de riesgos. 4. Conclusión: la necesidad de reforzar las garantías jurídicas en el ámbito penitenciario. 5. Bibliografía.

0. Las tendencias punitivistas del tratamiento del riesgo

Los cambios sociales que se han producido en las últimas décadas han sido numerosos, sustanciales y, sobre todo, muy rápidos. El desarrollo tecnológico ha comenzado a marcar nuevos ritmos que tratan de imponerse en cada rincón del planeta como consecuencia de la globalización. Junto a estos fenómenos, los procesos de desregulación de los mercados y los cambios en los patrones culturales de socialización han dado lugar a un escenario plagado de incertidumbre. En este contexto, por un lado, aparecen nuevas amenazas a bienes jurídicos, y, por otro, sobre todo, destaca el incremento de la *sensación* de inseguridad¹.

Esta percepción de mayor inseguridad de la ciudadanía se ve alimentada tanto por la evidente debilitación del Estado social², como por el tratamiento mediático de los fenómenos criminales y su uso electoralista por parte de los partidos políticos. De esta forma, las demandas de protección se trasladan —o, mejor dicho, se conducen— *peligrosamente* hacia la reivindicación de un mayor rigor punitivo. Se trata de la tendencia hacia el *uso simbólico* del Derecho penal³: el Derecho penal como la

1 SILVA SÁNCHEZ, J.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 20.

2 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalismo y castigo*, Bellaterra, Barcelona, 2021, p. 120.

3 FRIGOLS I BRINES, E.: *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 27.

solución a todos los problemas sociales⁴. Con esta idea —que cala cada vez más en el imaginario colectivo— parece desechada aquella imagen del Estado como «Leviatán amenazador, que por un lado nos protege y alimenta, pero contra el que por otro lado también combatimos con nuestros derechos fundamentales»⁵.

En este contexto es en el que, desde hace ya un tiempo, se han llevado a cabo una serie de reformas penales que pueden considerarse manifestaciones del conocido como *Derecho penal del riesgo*, con el que se amplía el ámbito de protección penal. Sus consecuencias son la proliferación de la protección de bienes jurídicos colectivos, la tipificación de delitos de peligro (en ocasiones, de peligro abstracto), y, en general, el adelantamiento de las barreras de protección penales, con el objetivo de tratar de reducir al máximo los riesgos a los que la sociedad está expuesta en la actualidad. Junto a ello, además, para los delitos ya existentes, el fenómeno del riesgo produce una tendencia constante al endurecimiento de las penas, dando por hecho que todo incremento de las penas supone una disminución de los delitos. Es decir, se entiende que cuanto más se emplea y más duro es el Derecho penal, mejor nos protege el Estado de los peligros que acechan, sin que, por otro lado, se haya demostrado que el incremento punitivo reduzca la criminalidad⁶. Gracias a esta idea y a otros elementos que concurren con ella, se ha observado una expansión y un endurecimiento constantes del castigo penal y, consecuentemente, también es posible advertir una rebaja en las garantías jurídicas que ponen límites y, por tanto, que son las que pueden contener al *ius puniendi* del Estado.

Esta idea del riesgo y la necesidad de respuestas penales más duras para tratar de aplacarlo no afecta solamente a la previsión de nuevos delitos y al endurecimiento de las penas, sino que también ha tenido un fuerte impacto en la ejecución de la pena de prisión. Las reformas penales de los últimos años —destacando, entre ellas, la LO 7/2003 y la LO 1/2015— han modificado considerablemente el sistema de ejecución, mayoritariamente, estableciendo nuevos obstáculos al acceso progresivo a la libertad previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP). En este sentido, desde el punto de vista político-criminal, se advierte una tendencia incoercible⁷, e incluso retributiva⁸, en la ejecución penitenciaria, especialmente, para determinadas tipologías delictivas (pero no solo).

Mientras el Derecho penal del riesgo ha sido amplia y profundamente criticado, su expresión en el ámbito penitenciario no ha recibido la misma atención. Por eso, considero que es necesario nombrarlo, hablar del *Derecho penitenciario del riesgo* específicamente, y advertir los peligros que entraña para los derechos de las personas privadas de libertad. Para poder hacerlo, es necesario abordar previamente cuál es la consideración que se tiene de la ejecución penitenciaria y, teniendo en cuenta sus características y particularidades, qué cuestiones deberían tratar de protegerse con el mismo nivel de garantías.

4 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015, p. 23.

5 HASSEMER, W.: *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, traducción de M. Cancio Meliá, F. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 63.

6 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: «Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal», *Nuevo Foro Penal*, núm. 67, 2005, pp. 72-83, cita en p. 79.

7 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: «¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, núm. 1, 2003, pp. 1-20, cita en p. 14.

8 CERVELLÓ DONDERIS, V.: «Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 217-264, cita en p. 224.

1. La ejecución de la pena de prisión como ejercicio del *ius puniendi*

1.1. El olvido de la ejecución de la pena de prisión y la falta de garantías

El ámbito de la ejecución penitenciaria viene siendo tradicionalmente preterido por la doctrina penal por no considerarlo materia *estrictamente* penal. Es por eso por lo que considero necesario reivindicar —a pesar de que, desde mi punto de vista, es más bien una obviedad— que la ejecución de la pena de prisión es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado —incluso, que resulta la más restrictiva entre las posibles— y, en cuanto tal, debería provocar el mismo interés tanto su estudio como la defensa de la vigencia de las garantías jurídicas que deben limitar el poder de castigar durante la misma.

A pesar de las tendencias hacia el excepcionalismo y el expansionismo penales de los últimos tiempos, los principios y garantías jurídicas que limitan el *ius puniendi* del Estado siguen siendo mayoritariamente afirmadas en el ámbito penal como condiciones necesarias para evitar que el Derecho penal consista en pura «fuerza bruta»⁹. Sin embargo, las solemnes declaraciones de vigencia de los principios limitadores del *ius puniendi* pierden fuerza y se vacían de contenido —o incluso, se ignoran— cuando el poder punitivo entra en su fase de ejecución, en la que parece abrirse una *grieta* respecto a las exigencias que deben hacerse al ejercicio del poder de castigar.

Se pueden señalar varios elementos que contribuyen al menor reconocimiento de límites al poder de castigar en la fase de ejecución, pero considero que este se produce, principalmente, por la consideración de la ejecución penitenciaria como un ámbito diferenciado o separado del ámbito penal, en el que el protagonismo de la Administración penitenciaria genera una tendencia hacia su *administrativización*¹⁰. En este sentido, la relación jurídica que se establece entre la persona privada de libertad y la Administración se coloca en un lugar central para abordar las particularidades de esta fase. Si bien es evidente que, desde un punto de vista descriptivo, las posiciones en las que se encuentran las dos partes que integran esta relación muestran un claro desequilibrio —la Administración penitenciaria es la parte dominante y la persona privada de libertad es la dominada o dependiente—; desde un punto de vista prescriptivo, y teniendo en cuenta los derechos de los que es titular la persona privada de libertad, no debería considerarse aceptable este esquema, sin que se dote al mismo de todas las prevenciones necesarias.

La conocida *doctrina de las relaciones de sujeción especial* implica, precisamente, ya no el reconocimiento de una *realidad* que jurídicamente debería tratar de limitarse, sino la aceptación y validación de la misma. Son conocidas las numerosas críticas que ha recibido esta doctrina, que fue importada del sistema jurídico alemán y donde, desde hace años, ha dejado de considerarse aplicable¹¹. Tanto nuestra doctrina administrativa como penal han señalado que la doctrina de las relaciones de sujeción espe-

9 VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 692.

10 HORVITZ LENNON, M.I.: «La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?», *Política Criminal*, vol. 13, núm. 26, 2018, pp. 904-951, cita en p. 929.

11 El Tribunal Constitucional alemán dictó una sentencia el 12 de marzo de 1972 en la que señaló la estricta aplicación del principio de legalidad en el ámbito de la ejecución peniten-

cial resulta incompatible con nuestro modelo de Estado constitucional, puesto que se corresponde con una «concepción absoluta del Estado»¹², que permite la configuración de un estatus jurídico «disminuido» para las personas presas¹³, y de la que deriva un menor reconocimiento de las garantías jurídicas que limitan el poder punitivo¹⁴. Si bien, a pesar de las críticas, la jurisprudencia constitucional tradicionalmente ha avalado la aplicación de esta doctrina¹⁵, en los últimos años, se han dictado algunas sentencias por parte del TC en las que se ha otorgado el amparo a personas privadas de libertad por entenderse vulnerados sus derechos fundamentales, y considerando, por tanto, que estos derechos son susceptibles de protección también en caso de privación de libertad. Destacan, especialmente, dos sentencias dictadas en el año 2020¹⁶, en las que la afirmación de la *relación de sujeción especial* se realiza en sentido descriptivo, y no prescriptivo, aclarando expresamente que dicha relación «debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales» (FJ 5.a, STC 18/2020), y que estos deben actuar «como límites infranqueables de la actuación de la administración penitenciaria» (FJ 5.d, STC 18/2020). En este sentido, se debe continuar en esta senda iniciada por el TC —y reivindicada desde hace muchos años por la doctrina—, rechazando la *relación de sujeción especial* como doctrina para justificar las restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales, y utilizándola para señalar que la privación de libertad supone, *de facto*, una situación limitativa que impide el pleno ejercicio del resto de derechos fundamentales que, jurídicamente, debe tratar siempre de revertirse o, al menos, de reducirse.

Otra de las cuestiones que, desde mi punto de vista, contribuye a la separación de la fase de ejecución del ámbito penal y a su menor consideración en términos de la aplicación de garantías jurídicas, es la atribución de una finalidad político-criminal distinta a esta fase. En una publicación anterior, apunté a este fenómeno denominándolo *riesgo de funcionalización específico*¹⁷. Es habitual que a la fase de ejecución se le atribuya una finalidad principalmente preventivo-especial positiva, de reinserción, lo cual suele considerarse, en sí mismo, favorable al reconocimiento de derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, considero que existe el riesgo de que esta diferenciación político-criminal pueda legitimar una mayor funcionalización de esta fase y que de ello se derive, a su vez, la aceptación de una mayor rebaja de las garantías jurídicas que deberían

ciaria, rechazando que los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad pudieran limitarse por disposiciones elaboradas por la Administración penitenciaria.

- 12 MAPELLI CAFFARENA, B.: «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 16, 1992, pp. 281-326, cita en p. 325.
- 13 LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 419.
- 14 MATA Y MARTÍN, R.: «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Derecho penal y criminología*, vol. 33, núm. 93, 2011, pp. 121-166, cita en p. 150.
- 15 Las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 2/1987, de 21 de enero, ECLI:ES:TC:1987:2, y núm. 120/1990, de 27 de junio, ECLI:ES:TC:1990:120, entre otras, avalan la doctrina de la relación de sujeción especial en el sistema penitenciario. En la sentencia núm. 2/1987, se explica el fundamento de la sujeción especial: «El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su 'autoridad' sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos». Con ello, se admite la limitación de derechos fundamentales y se reconoce que el principio de legalidad «pierde parte de su fundamentación material».
- 16 Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 6/2020, de 27 de enero, ECLI:ES:TC:2020:6, y núm. 18/2020, de 10 de febrero, ECLI:ES:TC:2020:18.
- 17 ALEMÁN ARÓSTEGUI, L.: «La necesidad de que el Derecho Penal se (pre)ocupe de la ejecución de la pena de prisión», *e-Eguzkilore*, núm. 6, 2021, pp. 1-52, cita en p. 23.

operar en ese momento. Es decir, debe tenerse siempre en cuenta que, por mucho que la finalidad que se atribuya a la fase de ejecución pueda ser valorada positivamente por identificarse con la reinserción de la persona, la consecución de este fin —o de cualquier otro— nunca debe *encubrir* una rebaja de las garantías jurídicas que deben limitar el poder de intervención del Estado, y que, en cualquier caso, deben preservar el respeto a la dignidad de la persona y la protección del libre desarrollo de la personalidad.

El caso paradigmático que evidencia la rebaja de garantías jurídicas que se produce por la separación de la fase penitenciaria del resto del ámbito punitivo es el de la garantía ejecutiva. El principio de legalidad penal, que es uno de los más relevantes principios limitadores del *ius puniendi*, se integra de cuatro garantías que se refieren a los distintos ámbitos punitivos en los que opera el principio de legalidad penal. Son la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y, finalmente, la garantía ejecutiva que constituye la manifestación del principio de legalidad penal en el ámbito de la ejecución. Pues bien, a pesar de que, en principio, suele afirmarse la plena vigencia de la garantía ejecutiva, después, esta se ve fuertemente cuestionada. Se cuestiona, en primer lugar, cuando se reconoce la retroactividad desfavorable de la normativa penitenciaria. En segundo lugar, también se cuestiona cuando se regulan figuras que suponen restricciones a la libertad con leyes que no son orgánicas, o incluso, con normas de rango inferior a la ley, y también cuando determinados criterios decisorios se recogen en Instrucciones o Circulares de la Administración —o, incluso, en órdenes internas o directrices que no son objeto, ni siquiera, de publicación—. Y, en tercer lugar, la garantía ejecutiva también se cuestiona cuando se utilizan, ampliamente y sin apenas motivarse, conceptos ambiguos, vagos y altamente indeterminados como criterios de decisión para restringir la libertad.

Por tanto, se advierte un problema de *impermeabilidad* de la fase penitenciaria a los principios y garantías jurídicas que se consideran necesarios para limitar el *ius puniendi*, el cual se viene arrastrando desde épocas preconstitucionales. Desde mi punto de vista, es necesario abordar y solucionar esta problemática sin más dilación, pues debe impedirse que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones»¹⁸. Por eso, es necesario reivindicar que la fase de ejecución de la pena de prisión constituye una de las manifestaciones del *ius puniendi* y que, como tal, en ella, deben operar las garantías jurídicas necesarias. Para ello, es necesario abordar con seriedad —más allá de la evidencia— qué hace de la ejecución una fase *materializadora* del poder de castigar y especificar qué concretos aspectos de esta fase deberían encontrarse revestidos de las garantías jurídicas necesarias.

1.2. La toma de decisiones penitenciarias como ejercicio del *ius puniendi*

El contenido de la pena no se agota con la declaración de la condena, sino que se nutre de su forma de ejecución. Considero que esta idea —más allá de las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del Derecho penitenciario— permite expresar con claridad que la ejecución penitenciaria constituye una manifestación del ejercicio del *ius*

18 En el caso *Campbell y Fell*, de 28 de junio de 1984, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que debe impedirse que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones», y el Tribunal Constitucional español ha venido recogiendo la misma idea en numerosas de sus sentencias, entre ellas, las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 2/1987, de 21 de enero, ECLI:ES:TC:1987:2, núm. 297/1993, de 18 de octubre, ECLI:ES:TC:1993:297, núm. 97/1995, de 20 de junio, ECLI:ES:TC:1995:97 o núm. 192/1996, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TC:1996:192.

puniendi. Con ello, trato de defender una concepción *integradora* de la pena, la cual es afirmada por parte de la doctrina.

Así, MAPELLI CAFFARENA, a pesar de considerar que la pena «es, esencialmente, amenaza penal», afirma que sin su ejecución carecería de contenido y que es necesaria una visión integradora que tenga en cuenta su duración y su intensidad¹⁹. Asimismo, LANDA GOROSTIZA señala que la ejecución no puede «escindirse de la definición sustantiva, nuclear, de la pena a los efectos de los estándares de garantía que a ésta se le debe aplicar»²⁰. Finalmente, CAROU-GARCÍA apunta que no es admisible que una diferenciación «puramente formal entre definición sustantiva de la pena y su mera ejecución dé lugar a un limbo jurídico» donde se obvien las garantías constitucionales²¹.

En este sentido, las condiciones en las que se ejecute una pena configuran la pena misma, sus características y, por tanto, su gravedad. El elemento de la gravedad —que tanta centralidad tiene en el ámbito penal, para ordenar los delitos y para determinar las penas correspondientes, cumpliendo con el principio de proporcionalidad y ofreciendo un sistema que se perciba como *justo* por parte de la ciudadanía—, no solo se configura por el aspecto de la duración de las penas, sino que también viene determinado a partir de las condiciones de su ejecución, puesto que la carga aflictiva de la pena no depende solo de su duración, sino también de su contenido. Por tanto, las condiciones de la ejecución de la pena de prisión determinan la gravedad de dicha pena, ya que constituyen una característica *esencial* para conformarla y definirla. Desde mi punto de vista, debe abandonarse la actual concepción *temporal-formal* de la ejecución, para adoptar una concepción *temporal-sustantiva*, teniendo en cuenta cómo las condiciones de la ejecución alteran la definición sustantiva de la pena.

No obstante, si bien es necesaria esta reivindicación de una concepción de la pena que abarque su ejecución, también es cierto que esta fase abre un espacio muy amplio y con muchas particularidades, en el que confluyen distintos tipos de normas y ámbitos de regulación. Por eso, considero que es posible —y necesario— concretar algunos aspectos de la ejecución que se relacionan directamente con el grado de aflictividad de la pena y, por tanto, con su gravedad²²; y que son los que deben considerarse como parte del ejercicio del *ius puniendi* en aras de la exigencia de la vigencia de iguales garantías jurídicas.

El sistema penitenciario español —de marcada tradición correccionalista— se rige, en la actualidad, por un sistema de individualización científica²³ que consiste en un modelo de ejecución de tipo preventivo-discrecional en el que no se establece una forma de ejecución predeterminada, sino variable, en función de las distintas decisio-

19 MAPELLI CAFFARENA, B.: «Algunas cuestiones jurídicas relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 31-54, cita en p. 51.

20 LANDA GOROSTIZA, J.-M.: «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3.ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot», *InDret*, núm. 4, 2012, pp. 1-25, cita en p. 7.

21 CAROU-GARCÍA, S.: «El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español», *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 1-27, cita en pp. 11-12.

22 BARBER BURUSCO, S.: *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 94.

23 A pesar de que, en la actualidad, sigue manteniéndose este sistema en nuestro modelo penitenciario, lo cierto es que, en las últimas décadas, se han aprobado reformas penales —entre las que destacan, especialmente, la LO 7/2003 y la LO 1/2015— que han debilitado el sistema de individualización científica por la incorporación de obstáculos a los criterios individualizadores, que bloquean la toma de determinadas decisiones.

nes que se tomen con base en la evolución del tratamiento penitenciario, valorada por los/as profesionales que intervienen en el medio penitenciario²⁴. Por tanto, a lo largo de la ejecución, existen una serie de decisiones que hacen posible el cumplimiento de la pena de prisión con un nivel de restricción de la libertad diverso. Se trata de decisiones, como el grado de clasificación, la concesión de permisos o de la libertad condicional, que, en caso de producirse, modifican el grado de afectación de la libertad y, en consecuencia, alteran a su vez la aflicción de la pena y, por tanto, su gravedad. Esto se evidencia, por ejemplo, si se aprecian las diferencias entre los regímenes de vida que determinan los grados de clasificación: mientras el segundo grado supone un régimen de vida completo en la cárcel, pero que implica una convivencia con el resto de la población penitenciaria, el primer grado restringe este segundo elemento y supone una rutina diaria casi por completo en soledad, y, finalmente, el tercer grado consiste en un régimen de semilibertad, es decir, en constante contacto con el exterior. Estas decisiones —si bien se enmarcan en el cumplimiento de la pena de prisión, que consiste en la *privación* de la libertad— no pueden considerarse meras decisiones administrativas, sino que se trata de auténticas decisiones penales, que modulan el ejercicio del poder punitivo durante su ejecución.

Así, considero que la trascendencia de estas decisiones —su afectación al nivel de restricción de la libertad— determina la necesidad de que, en ellas, operen plenamente las garantías jurídicas cuyo fundamento es la limitación del poder de castigar²⁵. La premisa fundamental de la que debe partirse es que dichas garantías jurídicas deben ser aplicables allí donde el castigo pueda encontrar vías para expandirse, restringiéndolo a los contornos del que es considerado un ejercicio del *ius puniendi* legítimo en nuestro modelo de Estado.

Sin embargo, no solo queda un largo recorrido para que se produzca una aplicación efectiva de las garantías jurídicas necesarias en el ámbito de la ejecución, sino que, además, las tendencias punitivas del riesgo están provocando una rebaja aún mayor de garantías. El *Derecho penitenciario del riesgo* —como la manifestación en el ámbito de la ejecución de la pena de prisión de las lógicas de gestión de riesgos— está afectando a la toma de las decisiones penitenciarias que modulan el nivel de restricción de la libertad y, desde mi punto de vista, es capaz de generar auténticos peligros para el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad.

2. El Derecho penitenciario del riesgo y sus peligros

2.1. El Derecho penitenciario del riesgo

El fenómeno del *Derecho penitenciario del riesgo* consiste en la tendencia a considerar centrales los resultados de las estimaciones del riesgo de reincidencia o de quebrantamiento de condena en el ámbito de la ejecución de la pena de prisión²⁶. Da

24 FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 35, 2015, pp. 125-187, cita en p. 136.

25 FRIGOLS I BRINES, E.: *Fundamentos de la sucesión de leyes...*, op. cit., p. 345.

26 Un ejemplo del aval de este tipo de enfoques en el ámbito de la ejecución de la pena de prisión lo ofrece el propio Tribunal Constitucional español que, en la sentencia con la que rechazó la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, incluyó entre sus argumentos -haciendo referencia a la doctrina que el TEDH expone en el asunto Vinter

lugar a la consideración de las personas privadas de libertad como fuentes de peligro a las que hay que observar, estudiar y evaluar, para tratar de determinar si en el futuro volverán a cometer delitos o se sustraerán del control penal y, en su caso, tomar decisiones para reducir o controlar esos riesgos. Se trata de una de las manifestaciones de la «consolidación de una tendencia global, de origen anglosajón, que tiene por finalidad asentar los discursos y narrativas gerencial-actuariales como forma de gestionar la criminalidad»²⁷.

Si bien para la toma de decisiones en el ámbito penitenciario, tradicionalmente, se han venido realizando valoraciones de la persona privada de libertad en relación con la posible comisión de delitos en el futuro, la novedad que implica esta tendencia hacia un *Derecho penitenciario del riesgo* es el paso del estudio de la característica de la *peligrosidad* al análisis del *riesgo*. Ya no se intenta determinar si es posible atribuir al sujeto la cualidad subjetiva de *peligrosidad*, sino que se trata de valorar si, teniendo en cuenta la presencia o ausencia de una serie de factores que se consideran relevantes, existe una mayor o menor probabilidad de que el sujeto cometa delitos en el futuro o quebrante la condena impuesta²⁸.

Junto al cambio en los conceptos, también se ha cambiado un cambio de métodos. Mientras, antes, para la determinación de la peligrosidad, se proponía la utilización del juicio clínico, que partía de la información y el criterio del personal técnico —y al que se han hecho importantes críticas por su imprecisión y vaguedad²⁹—, ahora, se está produciendo su sustitución por métodos estructurados de estimación del riesgo³⁰. Se trata del denominado *actuarialismo penitenciario*, que consiste en una «particular forma de gestión punitiva basada en el enjuiciamiento de los niveles de riesgo que presentan los sujetos a los que se les aplican diversos baremos de medición de supuestos peligros de reincidencia delictiva o quebrantamiento de condenas»³¹.

Para poner en marcha estos nuevos métodos, se han introducido los denominados instrumentos actuariales. En el Estado español destacan, por un lado, las Tablas de Valoración del Riesgo (TVR) y de Concurrencia de Circunstancias Particulares (M-CCP), que se utilizan en las cárceles dependientes del Estado, y, por otro lado, el protocolo *Ris-Canvi*, que se aplica en el ámbito de la Administración penitenciaria catalana (puesto

y otros c. Reino Unido, de 9 de junio de 2013- la idea de que «evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las «finalidades esenciales» de una pena de prisión (...). Estas cuestiones son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad (véase, por ejemplo, *Maiorano y otros*, citada anteriormente)» (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 169/2021, de 6 de octubre, ECLI:ES:TC:2021:169, FJ 4, a).

27 CASTRO LIÑARES, D.: *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Reus, Madrid, 2019, p. 25.

28 MARTÍNEZ GARAY, L./MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1-47, cita en p. 6.

29 MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, núm. 2, 2014, pp. 1-77, cita en pp. 7-9.

30 MARTÍNEZ GARAY, L./MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo...», *op. cit.*, pp. 4-5.

31 RIVERA BEIRAS, I.: «Actuarialismo penitenciario: su recepción en España», *Crítica Penal y Poder*, núm. 9, 2015, pp. 102-144, cita en p. 102.

que cuenta con la competencia en materia penitenciaria). Con ellos, se trata de *predecir* si la persona condenada volverá a cometer delitos o si quebrantará la condena y, así, esta estimación de riesgos tiene incidencia en la valoración de la evolución de la persona y puede afectar a las posibilidades y/o condiciones de su acceso a la libertad de forma progresiva. Es necesario abordar las consecuencias que se pueden derivar de la incorporación de este tipo de instrumentos en el ámbito de la ejecución penitenciaria.

2.2. Los peligros de los instrumentos de valoración de riesgos

Los peligros³² que entrañan los instrumentos de valoración de riesgos, en el marco de la actual tendencia hacia un *Derecho penitenciario del riesgo*, se derivan de distintos aspectos relacionados con sus objetivos, su configuración, su uso y sus efectos. Como premisa, hay que tener en cuenta que una parte importante de las decisiones penitenciarias suponen afectaciones a derechos fundamentales, de manera que esto hace necesario activar todas las cautelas posibles cuando se introducen novedades en este ámbito.

Los instrumentos de valoración de riesgos tienen como objetivo constituir «herramientas de predicción y valoración del riesgo precisas y contrastadas»³³. Frente a las críticas que se han hecho al concepto tradicional de peligrosidad y su valoración a través del método clínico, se considera que, a través de los instrumentos actuariales, es posible reunir toda la información relevante para llevar a cabo una correcta valoración —evitando que se escoja información no relevante para la predicción³⁴— y «superar el amplio margen de discrecionalidad subjetiva de los métodos clínicos»³⁵. Así, se trata de instrumentos que aplican un método científico-estadístico para la predicción del comportamiento delictivo y, en cuanto tales, se les atribuye una suerte de neutralidad e infalibilidad. Sin embargo, si bien no deben rechazarse las virtudes de estos instrumentos y la valiosa información que pueden aportar, debe tenerse siempre presente que, desde el punto de vista científico, no existe un método infalible de predicción del comportamiento humano, sino que debe asumirse la inherencia de errores en todo pronóstico de este tipo³⁶. Siendo así, el primer peligro que debe advertirse en relación con estos instrumentos, es que los resultados que ofrezcan se tomen como datos irrefutables, que no sea posible contradecir, y que, en consecuencia, acaben generando indefensión.

32 Me refiero a los *peligros* —y no a los *riesgos*— porque voy a señalar las características propias de los instrumentos de valoración de riesgos que hacen que sea posible atribuirles la cualidad de *peligrosos*. La peligrosidad, a diferencia del riesgo, es una cualidad propia que se atribuye a un elemento o sujeto y que no consiste en una proyección hacia el futuro, sino en una apreciación actual, de la que pueden derivarse, en su caso, probabilidades de daños en el futuro (es decir, riesgos). Por eso —insisto—, yo me refiero a los *peligros* de estos instrumentos porque abordo las características que los hacen peligrosos para los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

33 FÉREZ-MANGAS, D./ANDRÉS-PUEYO, A.: «Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios», *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, pp. 1-14, cita en p. 2.

34 FÉREZ-MANGAS, D./ANDRÉS-PUEYO, A.: «Eficacia predictiva en la valoración del riesgo...», *op. cit.*, p. 4.

35 RUEDA SORIANO, Y./NAVARRO BLASCO, E.: «Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario», *Juezas y jueces para la democracia*, núm. 94, 2019, pp. 59-68, cita en p. 61.

36 MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...», *op. cit.*, p. 13.

El segundo peligro de la utilización de instrumentos de valoración de riesgos en el ámbito penitenciario se deriva de la cantidad de errores en que incurren sus predicciones. No solo es peligrosa una confianza excesiva en su acierto, sino que debe tenerse en cuenta que el nivel de errores que generan es muy elevado. Los errores en las predicciones pueden ser de dos tipos: falsos positivos y falsos negativos. En ambos casos, se trata de predicciones que, finalmente, no se cumplieron. Los falsos positivos son los casos en los que se predijo que se delinquiría o se quebrantaría, y finalmente, no ocurrió. Los falsos negativos son los casos en los que se predijo que no se delinquiría ni quebrantaría, y finalmente, sí ocurrió. La capacidad predictiva de un instrumento depende de la proporción de estos errores³⁷. Desde el punto de vista estadístico, a estos instrumentos se les atribuyen también otras capacidades, como su sensibilidad o su especificidad. Si bien estas dos capacidades —sensibilidad y especificidad— ofrecen información útil sobre cómo está funcionando la herramienta, hay que tener en cuenta que son capacidades que toman como referencia el acierto del instrumento, y no sus errores. Son categorías que, partiendo de los resultados obtenidos a posteriori, evalúan cuántos de ellos se habían predicho (queda fuera lo que no se predijo). Es la capacidad predictiva la que parte de un enfoque más amplio, teniendo en cuenta, no solo los aciertos, sino también los errores en las predicciones que hizo la herramienta. Así, esta capacidad indica: «cuántos sujetos de los que el instrumento había predicho como futuros reincidentes después lo fueron realmente»³⁸. Se trata de la categoría que sirve para evaluar la predicción que se hizo, a la vista de los resultados posteriores. En este sentido, con el objetivo de evaluar la capacidad predictiva de los instrumentos actuariales, hasta ahora, se han realizado algunos estudios de validación que han mostrado un número elevado de errores, especialmente, de falsos positivos (se predijo que delinquiría y no lo hizo)³⁹. Además, es posible extraer de estos estudios la conclusión de que no existen diferencias significativas entre los diferentes instrumentos de valoración de riesgos en cuanto a su capacidad predictiva, pues todos ellos ofrecen valores predictivos positivos (se predijo que delinquiría y lo hizo) muy bajos, que llegan incluso a quedar por debajo del 50 %, lo que hace dudar de que el mero azar pudiera ser un peor método predictivo⁴⁰. Por tanto, se evidencia la escasa fiabilidad predictiva de estos instrumentos y, con ello, el peligro derivado de esta gran incertidumbre científica.

En tercer lugar, y profundizando todavía más en las características y en la configuración de estos instrumentos, hay dos elementos que condicionan el número de errores de cada tipo (falsos positivos y falsos negativos) que pueden generarse. Por un lado, las leyes estadísticas indican que es más difícil pronosticar la ocurrencia de aquellos fenómenos que son de baja prevalencia, es decir, que ocurren con poca frecuencia y, en consecuencia, que en estos pronósticos aumenta el número de errores (falsos positivos). Afortunadamente, nuestro país tiene una de las tasas de delincuencia más reducidas de nuestro entorno y, entre los delitos que se cometen, aquellos que son más graves —que son los que más interesa

37 MARTÍNEZ GARAY, L./MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo...», *op. cit.*, p. 28.

38 MARTÍNEZ GARAY, L.: «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en: ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y PÉREZ MANZANO, M. (eds.) y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 139-162, cita en p. 147.

39 MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...», *op. cit.*, p. 26.

40 MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...», *op. cit.*, pp. 35-37.

predecir— son una mínima parte⁴¹. Sin embargo, esto hace también que en la predicción de estos comportamientos —tan poco frecuentes— se generen muchos falsos positivos⁴². Y, por otro lado, no solo el tipo de fenómeno cuya aparición se pretenda pronosticar condiciona el número de errores en la predicción, sino que también tiene una incidencia fundamental la fijación del punto de corte; esto es, el nivel en el que se coloca la frontera entre la consideración de la presencia o no de riesgo (o entre los diferentes niveles de riesgos que ofrezca como resultado la herramienta). El establecimiento del punto de corte en estos instrumentos es una cuestión de gran relevancia, que va más allá de criterios técnicos⁴³, y más bien, se trata de una decisión valorativa que «presupone una opción político criminal»⁴⁴. Las políticas criminales y penitenciarias de corte *securitario* que están predominando en los últimos tiempos —cuya premisa principal es la minimización del riesgo de reincidencia (minimización de falsos negativos)— suponen la opción por el establecimiento del punto de corte en una probabilidad de reincidencia baja, sobreestimando la peligrosidad y a costa de la asunción de un alto nivel de falsos positivos: se asume la restricción de derechos de un elevado número de personas para las que no sería necesario porque, sin la aplicación de dichas restricciones, no volverían a delinquir. Es necesario que nos detengamos a analizar cuidadosamente estas cuestiones para evitar que las decisiones sobre la configuración de estos instrumentos, que tienen implicaciones valorativas, pasen por decisiones técnicas neutras, y sea posible visibilizar las tendencias político-criminales que se materializan a través de las mismas.

En cuarto lugar, otro peligro que se advierte en la utilización de los instrumentos de valoración de riesgos es la merma de la individualización penitenciaria. Hay que tener en cuenta que estos métodos estadísticos parten de la información probabilística que ofrece la colectividad para determinar la probabilidad de que un sujeto en concreto realice un determinado comportamiento⁴⁵. Se trata, por tanto, de predicciones sobre un sujeto, con base en información extraída de otros sujetos o grupos de sujetos, lo que pone en cuestión la individualización y, además, añade un nuevo margen de error en la predicción (el del pronóstico grupal previo) que la hace aún menos fiable⁴⁶.

En quinto lugar —y muy relacionado con la cuestión que se acaba de señalar—, otro peligro de los instrumentos de valoración de riesgos es que generen efectos discriminatorios. Dado que parten de la identificación de una serie de características

41 De acuerdo con los datos del INE, en el año 2019, se cometieron 412.571 delitos, de los cuales, los delitos de homicidio y sus formas (entre las que se incluye el asesinato) constituyeron el 0,27% del total; mientras que, los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y los delitos contra la seguridad vial constituyeron el 34,34% y el 22,16% del total, respectivamente [consulta realizada el 26/09/2022: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25997>].

42 MARTÍNEZ GARAY, L.: «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad...», *op. cit.*, pp. 148-149.

43 FÉREZ-MANGAS, D./ANDRÉS-PUEYO, A.: «Eficacia predictiva en la valoración del riesgo...», *op. cit.*, p. 7.

44 MARTÍNEZ GARAY, L./MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo...», *op. cit.*, p. 35.

45 SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P.: «Técnicas actuariales y valoración de peligrosidad. ¿Es este el camino?», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 263, 2021, pp. 157-180, cita en p. 176.

46 MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...», *op. cit.*, p. 40.

personales y/o grupales que, de acuerdo con datos estadísticos, hacen más probable que la persona vuelva a delinquir, pueden suponer la discriminación de determinados colectivos⁴⁷.

En sexto lugar, muchos de estos instrumentos incorporan en sus valoraciones del riesgo, no solo elementos dinámicos —que varían a lo largo del tiempo, en función de los cambios que pueda realizar la persona—, sino también elementos estáticos que no son susceptibles de variación alguna. Esta característica constituye un peligro para la orientación constitucional hacia la reeducación y la reinserción de la ejecución de la pena de prisión. El tipo de delito cometido, la duración de la condena, el historial criminal o el desajuste infantil, entre otras, son cuestiones que no cambiarán en el futuro, por mucho que la persona evolucione en todos aquellos aspectos que se consideran necesarios desde la perspectiva de los/as profesionales del tratamiento.

Finalmente, junto a todas las críticas anteriores, que advierten peligros cuya fuente es la configuración y las características de los instrumentos de valoración de riesgos, es necesario prestar atención a los peligros que se pueden derivar en función de cómo se utilicen estos instrumentos. Desde mi punto de vista, esta es la cuestión clave desde el punto de vista jurídico: aquí es donde es posible —y necesario— establecer límites jurídicos a este tipo de instrumentos. Es decir, las críticas anteriores son muy importantes y deben tenerse en cuenta, pero, a partir de ellas, lo que jurídicamente se debe decidir es qué lugar pueden ocupar los instrumentos actuariales en el ámbito penitenciario en el que se toman decisiones que afectan a derechos fundamentales.

En este sentido, es importante, en primer lugar, que los/as operadores/as jurídicos/as conozcan las limitaciones de estas herramientas, que sean conscientes de su falibilidad y, al mismo tiempo, de que ofrecen información que puede resultar de gran utilidad en su trabajo, pero que debe utilizarse con las cautelas necesarias. A continuación, teniendo en cuenta lo anterior, debería determinarse legalmente para qué tipo de decisiones puede ser conveniente utilizar los instrumentos de valoración de riesgos. Acudiendo al criterio que he expuesto en un apartado anterior, existen una serie de decisiones penitenciarias que tienen una afectación directa en el nivel de restricción de la libertad. En consecuencia, estas decisiones no pueden ser consideradas meras decisiones administrativas, sino que se debe entender que se trata de decisiones *penales* y, por tanto, encontrarse revestidas de las garantías jurídicas que limitan el poder de castigar. Partiendo de esta consideración, en mi opinión, los instrumentos de valoración de riesgos no deberían utilizarse para la toma de este tipo de decisiones. Sin embargo, esto no significa que no puedan existir cuestiones en el ámbito penitenciario en las que puedan resultar útiles y compatibles con el respeto al sistema de garantías. Por ejemplo, no generaría grandes problemas que estas herramientas se utilizaran para determinar el tipo de tratamiento que se ofrece y cómo se distribuye entre la población penitenciaria⁴⁸. Finalmente, si su utilización en algunos tipos de decisiones puede suponer un peligro por los derechos que hay en juego, este peligro aumenta si, además, se permite que los resultados que arroje la herramienta resulten determinantes del sentido de la decisión.

Desde mi punto de vista, este último es el mayor peligro que plantea la presencia de estos instrumentos en el ámbito penitenciario: que adquieran una centralidad que

47 RIVERA BEIRAS, I.: «Actualiarismo penitenciario...», *op. cit.*, p. 106. También lo señala: BRANDARIZ GARCÍA, J.Á.: *El modelo gerencial-actuarial de la penalidad: eficacia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 62-63.

48 MARTÍNEZ GARAY, L./MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo...», *op. cit.*, p. 8.

haga que sus predicciones sean determinantes en la toma de decisiones que afectan al nivel de restricción de la libertad, y que incluso lleguen a generar automatismos que reduzcan —aún más— la motivación de las decisiones penitenciarias, e impidan que puedan ser rebatidas jurídicamente. Si bien, en la actualidad, no es posible afirmar que esto esté ocurriendo de manera generalizada, la tendencia que se viene observando en las últimas décadas hacia un *Derecho penitenciario del riesgo*, en el seno de una sociedad que cada vez asume con mayor facilidad las restricciones de sus libertades a cambio de mayor *seguridad*, debe hacernos activar las alertas necesarias para evitar que esta deriva nos lleve a aquel *puerto*. La apariencia de cientificidad y neutralidad de estos instrumentos ha generado un optimismo respecto de sus posibilidades que debe tratar de apaciguarse⁴⁹, evitando que sus resultados puedan parecer y, al final, resultar incuestionables⁵⁰.

3. Conclusión: la necesidad de reforzar las garantías jurídicas en el ámbito penitenciario

La tendencia hacia un *Derecho penitenciario del riesgo* que incorpora los instrumentos de valoración de riesgos a la ejecución penitenciaria, genera numerosos *peligros*: que se obvие que no es posible pronosticar el comportamiento humano, puesto que en este ámbito existe una gran incertidumbre científica derivada del elevado número de errores en que incurrir dichas predicciones; que se establezca un umbral de riesgo que generalice una tendencia hacia una reducción de las posibilidades de progresar hacia la libertad, manteniendo encerradas a personas que no delinquirían si se las liberase; que se produzca una merma en la individualización que debe caracterizar las decisiones penitenciarias de acuerdo con el sistema de individualización científica; que determinadas personas tengan menos posibilidades de acceder progresivamente a la libertad y, por tanto, se generen efectos discriminatorios; que determinados elementos estáticos que se incluyen en los instrumentos de valoración generen un resultado que no pueda modificarse por el cambio de las demás circunstancias, en contra del mandato constitucional de reinserción; y, sobre todo, que se generen automatismos que no tengan en cuenta las implicaciones de determinadas decisiones penitenciarias, y que dificulten la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad. En definitiva, todo ello reduce aún más las escasas garantías jurídicas que pueden tratar de mantener a raya al *ius puniendi* en su fase de ejecución.

Si bien es cierto que la utilización de instrumentos de valoración de riesgos tiene aspectos positivos, como una mejor sistematización de la información, y que, además, puede existir una valoración favorable de los mismos por parte de los/as operadores/as jurídicos/as, por su contribución a agilizar los procesos de toma de decisiones, e incluso, porque puede ofrecer cierta seguridad en la intervención; estas cuestiones no deben prevalecer sobre las cautelas necesarias que deben existir en todas aquellas decisiones que implican la restricción de un derecho fundamental como la libertad. Por eso, es importante activar las garantías jurídicas que deben regir la ejecución penitenciaria y, con ellas, limitar los posibles usos de los instrumentos de valoración de riesgos.

En este sentido, debe reforzarse la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria: que la garantía ejecutiva constituya una materialización *plena* del

49 MARTÍNEZ GARAY, L./MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo...», *op. cit.*, p. 27.

50 BRANDARIZ GARCÍA, J.Á.: *El modelo gerencial-actuarial de la penalidad...*, *op. cit.*, p. 209.

principio de legalidad en la ejecución, y no un reconocimiento parcial del mismo en este ámbito concreto. Para ello, debe partirse —como he mencionado en un apartado anterior— del reconocimiento de la ejecución de la pena de prisión como parte del ejercicio del *ius puniendi* del Estado que, como tal, tiene que encontrarse adecuadamente limitado por las garantías jurídicas. De esta forma, el cumplimiento de la garantía ejecutiva exige que la utilización de los instrumentos de valoración de riesgos se regule legalmente, con el objetivo de proteger los derechos de las personas privadas de libertad de los peligros de su utilización, y evitando, en todo caso, que sus resultados puedan utilizarse como argumentos irrefutables para prolongar el tiempo de privación de libertad en prisión.

Actualmente, solo existe un precepto, de carácter reglamentario, en el que se prevén límites a la utilización de los instrumentos de valoración y gestión del riesgo: el art. 6.1 RP, que señala que «ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno». CASTRO LIÑARES considera que este precepto constituye «un condicionante normativo al desarrollo y uso de los instrumentos de valoración y gestión de riesgo», que «limita la interpretación, adaptación y usos de este tipo de herramientas en sede penitenciaria»⁵¹. Si bien no debe desdeñarse la importancia de la existencia de esta previsión normativa, en atención al principio de legalidad penal, esta cuestión debería encontrarse prevista en la LOGP. Asimismo, debería desarrollarse legalmente cuáles son los requisitos para el uso de estos instrumentos que se derivan de tal limitación. De lo contrario —en ausencia de previsiones legales—, son los instrumentos normativos propios de la Administración penitenciaria (principalmente, Instrucciones y Circulares; y también otro tipo de órdenes y directrices que ni siquiera son objeto de publicación) los que acaban determinando cómo se utilizan estas herramientas y qué influencia tienen en la toma de decisiones penitenciarias. Junto al amplio margen de discrecionalidad que de esta forma se da a la Administración penitenciaria, hay que tener en cuenta que aquella normativa no vincula la actuación de otros intervinientes en la toma de decisiones penitenciarias, como el Ministerio Fiscal y los distintos órganos judiciales competentes. Así, lo que en sede administrativa se articula en aplicación de una serie de criterios administrativos que delimitan el uso de los instrumentos de valoración de riesgos, después, en sede judicial, puede ignorarse completamente, incrementando todavía más la inseguridad jurídica que rodea todas estas cuestiones. Por eso, es preciso que se elaboren las normas legales necesarias para que el uso de este tipo de instrumentos se adecue a las exigencias de los principios limitadores del *ius puniendi* y no coloque en una situación de indefensión a las personas privadas de libertad.

Junto al principio de legalidad penal, en el ámbito de la ejecución penitenciaria, deben aplicarse también el resto de los principios limitadores del *ius puniendi*. De esta forma, no solo es necesaria una regulación legal del uso de los instrumentos de valoración de riesgos, sino que, además, su contenido debe cumplir con los principios de mínima intervención y de resocialización y humanidad de las penas.

El principio de intervención mínima o *ultima ratio* constituye el límite fundamental al *ius puniendi*, basado en la obligación de favorecer siempre la maximización de la libertad⁵². Es un principio limitador transversal y siempre presente: que debe marcar

51 CASTRO LIÑARES, D.: *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos...*, op. cit., p. 31.

52 VIVES ANTÓN, T.S.: «Status libertatis», en: LEÓN ALAPONT, J. (coord.) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant

la orientación de todas las intervenciones penales en todas sus fases. Respecto del uso de los instrumentos de valoración de riesgos en la toma de decisiones penitenciarias que afectan al nivel de restricción de la libertad, la aplicación de este principio debería implicar que sus resultados —teniendo en cuenta, además, que sus predicciones adolecen de un elevado nivel de errores— nunca pudieran ser considerados *suficientes* para tomar una decisión restrictiva de la libertad. Se trata de la aplicación del *in dubio pro reo* o *favor libertatis*, como criterio de estándar de prueba, llevado al ámbito de la ejecución: ante las dudas que dejan sin resolver las predicciones del riesgo, solo cabe decidir a favor de la libertad. Así, para tomar una decisión penitenciaria restrictiva de la libertad, siempre deberán concurrir otro tipo de elementos fácticos que sean indicadores de la necesidad de la limitación de la libertad. Sería posible, en su caso, que la predicción del riesgo se utilizara para establecer algún tipo de medida que acompañase el acceso a mayores cuotas de libertad; pero, en ningún caso, que este acceso se imposibilitara por aquel motivo.

Finalmente, en aplicación de los principios de resocialización y de humanidad de las penas, el enfoque en el riesgo de reincidencia que supone el uso de estos instrumentos debería complementarse con la apreciación de los *otros riesgos* que existen durante la ejecución. Me refiero, por un lado, al riesgo de desocialización que implica la propia pena de prisión y que incrementa conforme aumenta el tiempo de privación de libertad sin contacto con el exterior⁵³. Tener en cuenta este riesgo no es solo necesario para garantizar los derechos de la persona privada de libertad, sino también para que las predicciones de reincidencia tengan en cuenta —como factor de *contrapeso*— que, cuanto más tiempo pase la persona aislada de la sociedad, más probable es que en el futuro vuelva a cometer delitos. Por otro lado, y, para terminar, esta tendencia hacia el *Derecho penitenciario del riesgo* puede conducir al aumento de otro riesgo: el de los excesos penales. Es decir, el riesgo de que, como consecuencia de la obcecación por evitar la reincidencia, se excedan los límites que deben contener el castigo penal y se incurra en la configuración de penas inhumanas.

Si, *de verdad*, nos tomamos los derechos *en serio*⁵⁴, desde posiciones garantistas, debe dejar de ignorarse cuáles son las implicaciones de la ejecución de la pena de prisión, advertir los peligros que la acechan con las tendencias que se vienen apreciando en las últimas décadas y configurar, por fin, las garantías jurídicas necesarias para tratar de evitar las vulneraciones más flagrantes de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Para ello, seguramente, también es necesario ir más allá, y cuestionar no solo la noción de *riesgo*, sino también la de *seguridad*. Deconstruir la idea de seguridad recordando que no es un concepto que se baste a sí mismo, sino que debe construirse siempre en referencia a la libertad⁵⁵. Y, así, después, reconstruirla para transitar desde el modelo del *derecho a la seguridad* al de la *seguridad de los derechos*⁵⁶.

lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 895-901, cita en p. 899.

53 SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P.: «Técnicas actuariales y valoración de peligrosidad...», *op. cit.*, p. 173.

54 DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2019 [1977], p. 278.

55 BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Seguridad ciudadana y seguridad jurídica», *Nuevo Foro Penal*, núm. 70, 2006, pp. 159-167, cita en p. 161.

56 BARATTA, A.: «El concepto actual de seguridad en Europa». *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 8, 2001, pp. 17-30, cita en pp. 19-20.

4. Bibliografía

- ALEMÁN ARÓSTEGUI, L.:** «La necesidad de que el Derecho Penal se (pre)ocupe de la ejecución de la pena de prisión», *e-Eguzkilore*, núm. 6, 2021, pp. 1-52.
- BARATTA, A.:** «El concepto actual de seguridad en Europa». *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 8, 2001, pp. 17-30.
- BARBER BURUSCO, S.:** *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*, Dykinson, Madrid, 2014.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.Á.:** *El modelo gerencial-actuarial de la penalidad: eficacia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.:** «Seguridad ciudadana y seguridad jurídica», *Nuevo Foro Penal*, núm. 70, 2006, pp. 159-167.
- CAROU-GARCÍA, S.:** «El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español», *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 1-27.
- CASTRO LIÑARES, D.:** *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Reus, Madrid, 2019.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.:** «Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 217-264.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.:** *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015.
- DWORKIN, R.:** *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2019 [1977].
- FÉREZ-MANGAS, D. y ANDRÉS-PUEYO, A.:** «Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios», *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, pp. 1-14.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.:** «El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 35, 2015, pp. 125-187.
- FRIGOLS I BRINES, E.:** *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.:** *Neoliberalismo y castigo*, Bellaterra, Barcelona, 2021.
- HASSEMER, W.:** *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, traducción de M. Cancio Meliá, F. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HORVITZ LENNON, M.I.:** «La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?», *Política Criminal*, vol. 13, núm. 26, 2018, pp. 904-951.
- LANDA GOROSTIZA, J-M.:** «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso del Río Prada C. España, STEDH, 3.ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot», *InDret*, núm. 4, 2012, pp. 1-25.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.:** *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

- LÓPEZ PEREGRÍN, C.:** «¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, núm. 1, 2003, pp. 1-20.
- MAPELLI CAFFARENA, B.:** «Algunas cuestiones jurídicas relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 31-54.
- MAPELLI CAFFARENA, B.:** «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 16, 1992, pp. 281-326.
- MARTÍNEZ GARAY, L.:** «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en: ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. y PÉREZ MANZANO, M. (eds.) y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 139-162.
- MARTÍNEZ GARAY, L.:** «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, núm. 2, 2014, pp. 1-77.
- MARTÍNEZ GARAY, L. y MONTES SUAY, F.:** «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1-47.
- MATA Y MARTÍN, R.:** «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Derecho penal y criminología*, vol. 33, núm. 93, 2011, pp. 121-166.
- RIVERA BEIRAS, I.:** «Actualiarismo penitenciario: su recepción en España», *Crítica Penal y Poder*, núm. 9, 2015, pp. 102-144.
- RUEDA SORIANO, Y. y NAVARRO BLASCO, E.:** «Los sistemas actuariales de prevención y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario», *Juezas y jueces para la democracia*, núm. 94, 2019, pp. 59-68.
- SILVA SÁNCHEZ, J.:** *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- SOLAR CALVO, P. y LACAL CUENCA, P.:** «Técnicas actuariales y valoración de peligrosidad. ¿Es este el camino?», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 263, 2021, pp. 157-180.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.:** «Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal», *Nuevo Foro Penal*, núm. 67, 2005, pp. 72-83.
- VIVES ANTÓN, T.S.:** «Status libertatis», en: León Alapont, J. (coord.) y González Cuscac, J.L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 895-901.
- VIVES ANTÓN, T.S.:** *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL SERVICIO DEL CRIMEN: LA REVOLUCIÓN DEL *DEEPAKE* DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Patricia Bello San Juan
Contratada predoctoral FPU
Universidad de Málaga

SUMARIO: 0. Un breve acercamiento a la realidad conceptual de la Inteligencia Artificial: estado de la cuestión. 1. La incidencia de las tecnologías *machine learning* y *deep learning* en el desarrollo del *deepfake*. 1.1. Análisis de los sistemas de *machine learning* como revolución en el procesamiento de datos. 1.2. Las Redes Neuronales Artificiales como herramientas clave en el desarrollo de las tecnologías *machine learning* y *Deep Learning*. 1.3 La antesala al desarrollo de las tecnologías *deepfake*: abordaje de los sistemas de *Deep Learning*. 2. *Deepfake* y sus aplicaciones delictivas: un nuevo reto para la Criminología. 2.1. Las Redes Generativas Adversariales como pieza clave en las dinámicas de funcionamiento de los sistemas *deepfake*. 2.2. Principales técnicas de *deepfake* y su paulatina apertura al público general. 2.3. ¿Es el *deepfake* un arma de doble filo? Análisis de las principales conductas lesivas asociadas a su uso. 2.3.1. El fenómeno de las *Fake news* y su vinculación con el *deepfake*. 2.3.2. La implementación del *deepfake* como nueva forma de manipulación de los sistemas de justicia. 2.3.3. La intromisión del *deepfake* en el ámbito empresarial: el fraude del CEO. 2.3.4. Daños a bienes personales: pornovenganzas y extorsiones. 3. Conclusiones: el *deepfake* como revolución tecnológica, criminológica y político criminal. La necesidad de cambiar de perspectiva. 4. Referencias bibliográficas.

0. Un breve acercamiento a la realidad conceptual de la Inteligencia Artificial: estado de la cuestión

La Inteligencia Artificial —en adelante IA— constituye una de las ramas de la ciencia computacional que desde sus orígenes muestra un mayor grado de crecimiento motivado por el potencial de sus distintas aplicaciones¹.

1 BARTNECK, C., LÜTGE, C., WAGNER, A., WELSH, S.: «What Is AI?». En BARTNECK, C., LÜTGE, C., WAGNER, A., WELSH, S. (dirs.): *An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. Springer, Cham, 2021, pp. 5-16. https://doi.org/10.1007/978-3-030-51110-4_2.

Así, los primeros fundamentos teóricos de la IA son establecidos por primera vez por Alan TURING con la publicación de su artículo «Computing machinery and intelligence» en el cual se trataba de dar respuesta al interrogante «¿Pueden las máquinas pensar?»². Esta labor le valió la consideración de padre de la disciplina al diseñar los primeros parámetros de identificación de inteligencia en dispositivos no biológicos³, prueba que se denominaría posteriormente «Test de Turing»⁴.

No obstante, el impacto global de la IA y el interés generado en la Academia, Industria e instituciones públicas por esta materia contrasta con la falta de univocidad en la conceptualización de la disciplina⁵. En este sentido, desde que se acuñara el término «Inteligencia Artificial» por John MCCARTHY en la conferencia de Dartmouth de 1956, definiéndose esta disciplina como la ciencia e ingeniería del diseño de máquinas inteligentes⁶, se ha apreciado una evolución en la labor de conceputar el fenómeno de la IA desde diferentes perspectivas⁷, contemplándose actualmente cuestiones tales como la autonomía o la aplicación de este tipo de inteligencia a dominios específicos⁸.

No obstante, careciendo de la pretensión de resultar exhaustivos en la exposición de las definiciones, facilitaremos aquellas que nos ayudan a obtener una mejor comprensión de este fenómeno. Así, por una parte, cabe destacar la establecida por POOLE y MACKWORTH en el año 2010⁹ como la disciplina encargada de estudiar la síntesis y el análisis de los agentes que actúan de manera inteligente¹⁰, centrándose, en consecuencia, en el pensamiento inteligente como proceso y no como

-
- 2 PONCE GALLEGOS, J.C. y TORRES SOTO, A.: «Introducción y antecedentes de la Inteligencia Artificial». En PONCE GALLEGOS, J.L., TORRES SOTO, A., QUEZADA AGUILERA, F.S., SILVA SPROCK, A., MARTÍNEZ FLOR, E.U., CASALI, A., SCHEIHING, E., TÚPAC VALDIVIA, Y.J., TORRES SOTO, M.D., ORNELAS ZAPATA, F.J.; HERNÁNDEZ, J.A., ZAVALA, C., VAKHNIYA, N., PEDREÑO, O. (dirs.): *Inteligencia Artificial*, Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos (LATin), 2014, pp. 15-32.
 - 3 *Ibidem*.
 - 4 BARTNECK, C., LÜTGE, C., WAGNER, A., WELSH, S.: «What Is AI...?», *op. cit.* p.1. La propuesta de Turing se basaba en una suerte de juego de imitación en el que una máquina se reputaría inteligente si era capaz de mantener una conversación si su interlocutor «humano» no podía distinguir si se encontraba interactuando o no con una persona.
 - 5 SAMOILI, S., LÓPEZ COBO, M., GÓMEZ, E., DE PRATO, G., MARTÍNEZ-PLUMED, F., y DELIPETREV, B.: *AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, EUR 30117 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-17045-7, doi:10.2760/382730, JRC118163
 - 6 MCCARTHY, J., MINSKY, M.L., ROCHESTER, N. y SHANNON, C.E.: «A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence», August 31, 1955. *AI Magazine*, vol. 27, núm. 4, 2006, pp. 1-12. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>.
 - 7 PONCE GALLEGOS, J.C. y TORRES SOTO, A.: «Introducción y antecedentes...», *op. cit.* p.1
 - 8 BOUCHER, P.: *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?*, European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2020.
 - 9 POOLE, D.L. y MACKWORTH, A.L.: *Artificial Intelligence. Foundations of computational agents*. 1.ª edición, Cambridge, Reino Unido, 2017.
 - 10 *Ibidem*. POOLE y MACKWORTH determinan en su obra que el objetivo principal de la IA se fundamenta —partiendo de la premisa de la inteligencia de los diferentes agentes que componen el entorno natural y artificial— en el análisis de los mecanismos que permiten la realización de comportamientos y pensamientos inteligentes. Así, la puesta en práctica de esta labor conlleva, entre otras cuestiones, el empleo de mecanismos computacionales, esto es, la interpretación en operaciones simples de las diferentes acciones de modo que puedan ser incorporadas en dispositivos físicos.

resultado. Por otro lado, resulta reseñable la delimitación conceptual diseñada que identifica la IA como la habilidad de un sistema de analizar correctamente datos y aprender de ellos con el objetivo de alcanzar determinadas metas mediante procesos de adaptación¹¹. Por otro lado, RUSSELL y NORVING definen esta disciplina como el estudio de los agentes —inteligentes— que reciben estímulos del medio y reaccionan conforme a los mismos¹²; cada uno de ellos se encuentra configurado de una manera determinada para que procese estos estímulos en un sentido concreto, labor de la que se encargan diferentes herramientas, tales como los sistemas de producción, agentes reactivos, planificadores lógicos, redes neuronales o los sistemas lógicos de decisión.

Por tanto, resulta posible inferir de las definiciones expuestas algunas notas comunes, entre las que destaca el vínculo existente entre la IA con el estudio, diseño y configuración de agentes capaces de lograr determinados objetivos¹³. Sin embargo, adoptar un enfoque u otro deviene determinante en la labor de sistematizar las diferentes orientaciones que puede tomar la IA y que cristalizan finalmente en sus ámbitos de aplicación.

En definitiva, se evidencia de lo expuesto la evolución en la conceptualización de la IA desde que Turing lo planteara como la habilidad de las máquinas de comportarse de manera similar a los humanos¹⁴. Por consiguiente, el desarrollo experimentado por esta disciplina ha conducido paralelamente a la generación de nuevos planteamientos que trascienden a su elaboración conceptual; en este sentido, asistimos a la valoración de la IA desde una perspectiva de beneficio social en términos de justicia, salud e inclusión, tornándose en una herramienta relevante de cara a afrontar los retos que estas esferas suponen en la garantía de una convivencia ordenada¹⁵.

1. La incidencia de las tecnologías *machine learning* y *deep learning* en el desarrollo del *deepfake*

La IA se ha caracterizado desde sus inicios por un desarrollo constante¹⁶. Así, producto de los avances experimentados, dos de los ámbitos que resultan especialmente prometedores en este sentido son los relativos al *machine learning* —aprendizaje automático— y el subcampo de los mecanismos de *Deep Learning* —aprendizaje profundo—¹⁷. Por este motivo, consideramos necesario realizar un breve apunte en

-
- 11 HAENLEIN, M. y KAPLEAN, A.: «A Brief History of Artificial Intelligence: On the Past, Present, and Future of Artificial Intelligence» *California Management Review*, 2019, vol. 61, núm. pp. 5–14. <https://doi.org/10.1177/0008125619864925>
 - 12 RUSSEL, S.J. y NORVING, P.: *Artificial Intelligence: A modern approach*, 4.ª edición, Pearson, EEUU, 2021.
 - 13 BARTNECK, C., LÜTGE, C., WAGNER, A., WELSH, S.: «What Is AI...?», *op. cit.* p.1.
 - 14 BOUCHER, P.: *Artificial intelligence: How...*, *op. cit.* p. 1.
 - 15 DELIPETREV, B., TSINARAKII, C., KOSTIĆ., U.: *Historical Evolution of Artificial Intelligence*, EUR 30221 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-18940-4, doi:10.2760/801580, JRC120469.
 - 16 JIN, W.: «Research on Machine Learning and Its Algorithms and Development», *Journal of Physics: Conference Series*, 2020, núm. 1544, pp. 1-6. doi:10.1088/1742-6596/1544/1/012003
 - 17 PADIAL, J.J.: «Técnicas De programación “Deep learning: ¿simulacro O realización Artificial De La Inteligencia?»». *Naturaleza Y Libertad. Revista De Estudios Interdisciplinarios*, 2019 núm. 12. <https://doi.org/10.24310/NATyLIB.2019.v0i12.6274>

las líneas siguientes sobre el primero de los términos apuntados con el objetivo de enmarcar y acercarnos paulatinamente al objeto final de estudio, esto es, el empleo del *deepfake* con finalidades delictivas.

1.1. Análisis de los sistemas de *machine learning* como revolución en el procesamiento de datos

El aprendizaje automático o *machine learning* —en adelante, ML— ha gozado de una relevancia que se ha venido incrementando de forma paulatina desde la década de los 90 del siglo pasado, deviniendo en clave de bóveda de los sistemas de información y comunicación. Este fenómeno acontece debido a la utilidad que presentan este tipo de mecanismos para generar conocimiento e información al extraer masivamente los datos «en bruto» y procesarlos con el objetivo de generar conocimiento. Paralelamente, se producen cambios en las metodologías o arquitecturas para la extracción, carga y tratamiento de todos estos datos¹⁸.

Sin embargo, no deja de resultar llamativo que, a pesar de constituir una realidad con la que convivimos diariamente, nos resulta prácticamente inadvertida. Se trata de una dinámica que se explica en parte por los usos a los que esta tecnología se destina. En este sentido, entre sus principales aplicaciones cabe mencionar la denominada «clasificación de páginas web», esto es, el proceso de enviar una consulta a un motor de búsqueda, el cual devuelve páginas web relacionadas con la consulta ordenadas por orden de relevancia¹⁹. Por consiguiente, para averiguar los extremos mencionados el buscador deberá reconocerlos basándose en determinados patrones, por ejemplo, número de visitas, formato de la página web, etc. Asimismo, otros usos que cabe mencionar en este sentido son el filtrado colaborativo usado por plataformas como Amazon o Netflix para ofrecer a sus usuarios productos similares, basándose en las decisiones pasadas del usuario con el objetivo de predecir sus hábitos de consumo, amén de otros ejemplos tales como la traducción automática de documentos, el reconocimiento de voz, de caligrafía, así como de lugares o identidades en fotografías²⁰.

No obstante, se revela de lo expuesto que la gestión de las bases de datos realizada por los sistemas de ML puede reputarse inteligente. Esta tesis se sustenta en la medida en que esas acciones se llevan a cabo en entornos cambiantes donde estos mecanismos se encuentran obligados a aprender con el objetivo de proporcionar respuestas con el máximo grado de adecuación²¹. Así, cabe definir el ML como la construcción de mecanismos computacionales diseñados para optimizar criterios de rendimiento al basarse en información de ejemplo o experiencias pasadas, basándose su aprendizaje, por tanto, en parámetros predefinidos. Adicionalmente, el enfoque que adopta esta subcategoría de IA puede ser tanto predictivo —pronosticar situaciones o elecciones futuras— como descriptivo, obteniendo información de los datos facilitados²². En este sentido, las formulaciones sobre ML beben fundamentalmente

18 SMOLA A. y VISHWANATHAN, S.V.N.: *Introduction to Machine Learning*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2008.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

21 ŁAWRYNOWICZ, A. y TRESP, V.: «Introducing Machine Learning» En Lehmann J. y Völker J. (eds.) *Perspectives on ontology learning*, los Press, Amsterdam, 2014, pp. 35-50.

22 ALPAYDIN, E.: *Introduction to Machine Learning (Adaptive Computation and Machine Learning Series)*, MIT Press, Londres, 2010.

de la teoría de la estadística en la construcción de los modelos matemáticos en la medida en que las inferencias se realizan partiendo de muestras²³.

Asimismo, y con el objetivo de aportar una visión general sobre la naturaleza del ML, abordaremos durante las líneas siguientes la distinción básica existente en los mecanismos de ML, a saber, el aprendizaje supervisado y no supervisado.

Aprendizaje supervisado y no supervisado

El aprendizaje supervisado alberga como objetivo fundamental el establecimiento de unas metas de aprendizaje establecidas por un sujeto. En este sentido, la recopilación de datos se realizará gradualmente en paralelo a los avances producidos en el proceso de aprendizaje, el cual se desarrollará en un entorno controlado²⁴. En consecuencia, este aprendizaje resultará más regular y su contenido presentará mayor grado de sistematización, resultando de gran utilidad en la resolución de problemas de regresión.

Por el contrario, en el aprendizaje no supervisado no existe este control ya que únicamente existen datos de entrada. En consecuencia, los mecanismos de ML deberán establecer un patrón o estructura común a la información facilitada sin que cuente con unos valores de corrección predeterminados²⁵. Por consiguiente, si bien es cierto que la máquina es instruida con una serie de conocimientos básicos, una vez aprendidos, cuenta con la suficiente libertad como para fijar su propio proceso de aprendizaje y aportar respuestas en diversos sentidos. Su principal aplicación se encuentra en el ámbito empresarial en la labor de solventar problemas de *clustering* —establecer patrones o características comunes de grupos diferentes—²⁶.

Adicionalmente, cabe destacar una tercera categoría denominada «aprendizaje reforzado», definido como el aprendizaje sistemático de un determinado contenido. Así, se toman los datos dispuestos con anterioridad, pero la máquina selecciona algunos de ellos para procesarlos de manera continua y en bucle, adoptando, en consecuencia, las formulaciones de la estadística y el aprendizaje dinámico. Este tipo de dinámicas suelen emplearse en el campo de la robótica²⁷.

1.2. Las Redes Neuronales Artificiales como herramientas clave en el desarrollo de las tecnologías *machine learning* y *Deep Learning*

Las denominadas redes neuronales artificiales —en adelante, RNA— o redes neuronales constituyen los mecanismos principales de funcionamiento de ML, las cuales se inspiran en procesamiento de información llevado a cabo por el cerebro

23 ŁAWRYNOWICZ, A. y TRESP, V.: «Introducing Machine...», *op. cit.* p.3. No obstante, este fenómeno no debe confundirse con el denominado *data mining*, con la que comparte un gran número de similitudes. Así, mientras que el ML se encuentra más orientado hacia el aprendizaje adaptativo y los usos operacionales, el *data mining* pone el foco en el descubrimiento de patrones en la gestión de grandes cantidades de datos.

24 JIN, W.: «Research on Machine Learning...», *op. cit.* p.2.

25 ALPAYDIN, E.: *Introduction to Machine Learning...*, *op. cit.* p. 3.

26 JIN, W.: «Research on Machine Learning...», *op. cit.*, p.6.

27 *Ibidem*.

humano²⁸. Una de las notas características de un sistema nervioso en desarrollo como el humano es su plasticidad, lo que le permite adaptarse a los cambios acontecidos en el entorno y aprender de ellos. Así, extrapolando esta tesis al ámbito de la inteligencia artificial, las RNA se implementan mediante elementos electrónicos o son simuladas en un software de un ordenador digital. Con el objetivo de maximizar su rendimiento, se establece una elevada interconexión entre células de computación simples, denominadas «nodos» o «unidades de procesamiento»²⁹.

Una vez delimitados los parámetros principales de las RNA resulta preciso aportar una definición sobre este tipo de estructuras. Así, una RNA constituye un procesador paralelo, masivo y distribuido formado por unidades de procesamiento simples tendientes a almacenar el conocimiento de la experiencia con el objetivo de emplearlo en la resolución de problemas. Adicionalmente, sus similitudes con el cerebro humano se hallan, por una parte, en el proceso de aprendizaje como herramienta fundamental en la adquisición de conocimiento proveniente de la red de su entorno; por otro, para el almacenamiento del conocimiento se emplean las fuerzas de conexión entre las neuronas, denominadas pesos sinápticos³⁰.

Sin embargo, resulta importante subrayar que, a pesar de la estrecha vinculación entre los mecanismos biológicos y computacionales, las RNA no persiguen emular los mecanismos del cerebro humano en el procesamiento de información. Esta afirmación se sustenta fundamentalmente en una realidad objetiva ya que, mientras que el cerebro humano cuenta con una red compuesta por aproximadamente 10 mil millones de neuronas, las RNA prototípicas apenas alcanzan el millar de nodos³¹. En consecuencia, estos mecanismos emplean la información conocida sobre estos procesos biológicos en aras de construir un sistema computacional facultado para la resolución de problemas de diversa naturaleza, especialmente³², extrayendo patrones y detectando tendencias que, por su complejidad, no podrían inferirse de otro modo³³.

Características y composición de las RNA

Las notas principales de las RNA así como su estructura obedecen fundamentalmente a sus dinámicas de funcionamiento. En este sentido, las RNA constituyen estructuras no lineales, rasgo que se deriva de la complejidad de los problemas que deben resolver, ya que, de otro modo, ligeros cambios en los estímulos o *inputs* pro-

28 *Ibidem*.

29 HAYKIN, S.: *Neural Networks and Learning Machines*, 3.ª edición, Pearson, Nueva Jersey, 2009.

30 *Ibidem*. Así, los pesos sinápticos gozan de gran relevancia, no únicamente por la función previamente referida, sino que se presentan como un elemento clave para el diseño de redes neuronales. Esta labor se lleva a cabo mediante la modificación de los pesos sinápticos, sin perjuicio de que las propias RNA puedan cambiar su propia tipología. Por otra parte, también resultan relevantes para la realización de los procesos de aprendizaje llevados a cabo a través de algoritmos que modifican estos pesos de forma ordenada con la finalidad de alcanzar los objetivos fijados.

31 WASUKAR, A.R.: «Artificial Neural Network – An Important Asset for Future Computing», *International Journal For Research In Emerging Science And Technology*, 2014, vol. 1, núm.1, pp. 28-34.

32 BASHEER, I.A. and HAJMEER, M.: «Artificial Neural Networks: Fundamentals, Computing, Design, and Application». *Journal of Microbiological Methods*, 2000, núm. 43, pp. 3-31. [http://dx.doi.org/10.1016/S0167-7012\(00\)00201-3](http://dx.doi.org/10.1016/S0167-7012(00)00201-3).

33 WASUKAR, A.R.: «Artificial Neural...» *op. cit.* p. 5.

ducirían importantes fluctuaciones en las respuestas u *outputs*³⁴. Sin embargo, esta circunstancia no resulta incompatible con el segundo de los rasgos de las RNA, esto es, el empleo del aprendizaje supervisado o mediante el ejemplo, el cual analizamos *supra*. En este sentido, el entrenador de la RNA en cuestión escogerá un estímulo determinado y un rango de posibles respuestas deseadas, eligiendo asimismo un algoritmo que regirá durante este proceso.

Así las cosas, el aprendizaje se dará a medida que el supervisor vaya modificando los pesos sinápticos con el objetivo de que la RNA se acerque paulatinamente a la respuesta esperada. No obstante, debemos subrayar el término «esperada», ya que de los procesos internos podrán derivarse otras respuestas que presenten un elevado grado de adecuación con esta pero no sean la indicada³⁵. En consecuencia, para el entrenador, si bien es cierto que resulta una pieza clave en la selección de datos y algoritmos que resultarán de aplicación, así como de los pesos sinápticos, su implicación en el éxito del procesamiento de las RNA será menor ya que estas presentan un mayor grado de autonomía, dinámica que obedece a la estructura de estas redes neuronales³⁶.

Por tanto, en lo que respecta a la configuración de las RNA, estas se dividen en tres tipos diferentes de nodos —de entrada, ocultos y de salida—, los cuales se encuentran organizados a su vez por capas conectadas entre sí³⁷. Así, a pesar de carecer de toda pretensión de resultar exhaustivos en la explicación del funcionamiento de estos nodos, consideramos necesario aportar una visión somera sobre el *íter* de la información en estas redes neuronales. En primer término, la capa de los nodos de entrada recibe los datos sin procesar y los introduce en la red; por su parte, la actividad de los nodos ocultos se verá condicionada por el grado de conexión que exista con la capa anterior —entendiéndose por tal la mayor o menor intensidad o peso sináptico entre los distintos nodos— y consistirá en la elaboración de representaciones sobre la información proporcionada por los nodos de entrada. Por último, los nodos de salida se encontrarán conectados con los ocultos y su función principal se fundamentará en la transmisión de los datos al exterior³⁸.

Como vemos, los nodos ocultos son los que gozan de un mayor interés para el análisis puesto que, por sus características —carecer de contacto con el exterior—, el proceso de tratamiento de la información goza de un elevado grado de libertad al desconocerse qué valores son aplicados³⁹. Adicionalmente, resulta relevante, puesto que pueden formarse más capas de nodos ocultos, lo cual incrementa la complejidad de la RNA dado que las nuevas capas combinan datos proporcionados por las anteriores y son capaces de aprender funciones más complicadas, y, en consecuencia, aportar respuestas con un mayor grado de elaboración. Esta cuestión enlaza con el epígrafe siguiente en la medida en que la existencia de varias capas de nodos internos determina, como hemos señalado previamente, un aprendizaje de funciones más complejas, dando lugar con ello a una versión más avanzada de ML, esto es, aprendizaje profundo o *Deep Learning*⁴⁰.

34 HAYKIN, S.: *Neural Networks...*, *op. cit.* p.5.

35 *Ibidem.*

36 *Ibidem.*

37 HAYKIN, S.: *Neural Networks...*, *op. cit.* p.5.

38 *Ibidem.*

39 WASUKAR, A.R.: «Artificial Neural...» *op. cit.* p. 5.

40 DI FRANCO, G. y SANTURRO, M.: «Machine learning, artificial neural networks and social research». *Quality & Quantity*, 2021, núm. 55, pp. 1007–1025. <https://doi.org/10.1007/s11135-020-01037-y>.

1.3 La antesala al desarrollo de las tecnologías *deepfake*: abordaje de los sistemas de *Deep Learning*

El término *Deep Learning* surge por vez primera en el año 2006⁴¹, concebido como un nuevo campo dentro de las tecnologías de ML con un gran potencial de investigación encontrándose estrechamente vinculadas a los sistemas de reconocimiento de patrones⁴². Sin embargo, la incorporación relativamente reciente de la fórmula «*Deep Learning*» al ámbito de la Inteligencia Artificial se ha caracterizado por su compleja determinación conceptual en tanto que no supone un avance tecnológico *per se*, sino que logra una mayor eficiencia en la codificación de la información⁴³, dado que las hipótesis manejadas por este tipo de sistemas adoptan la forma de «circuitos algebraicos complejos con fuerzas de conexión sintonizables»⁴⁴.

En otras palabras, la tesis expuesta halla su fundamento en la propia denominación de estos mecanismos en la medida en que el término *Deep* hace referencia a que los circuitos están conformados por un elevado número de capas, lo que provoca que el proceso de sistematización de los *inputs* a los *outputs* se componga de un mayor número de pasos, lo que dota a estos sistemas de una mayor complejidad al permitir que cada variable pueda interactuar con el resto.

Naturaleza y composición de las estructuras *Deep Learning*

La estructuración de los sistemas DL se articulan sobre dos postulados fundamentales, a saber, el procesamiento no lineal y las capas ocultas —*hidden layers*—. Por una parte, el procesamiento no lineal ha constituido una apuesta del DL desde sus inicios, de modo que, tradicionalmente, los diferentes nodos —o unidades— han sistematizado la información procedente de las capas o nodos anteriores, aplicando funciones no lineales con el objetivo de generar *outputs* partiendo de los datos ya procesados, dotando en consecuencia a su respuesta, de un mayor grado de adecuación respecto a la anterior⁴⁵. Por consiguiente, la no linealidad permite que redes de nodos especialmente grandes representen funciones arbitrarias, de modo que puedan generarse diferentes respuestas ante un mismo estímulo y seleccionarse aquellas que presenten un mayor grado de adecuación, superándose de esta manera posibles errores durante el procesamiento de datos⁴⁶.

41 RUSSEL, S.J. y NORVING, P.: «*Artificial Intelligence...*», *op. cit.* p. 2. No obstante, sus orígenes se remontan a los trabajos realizados por McCULLOCH y PITTS en 1943, los cuales perseguían como objetivo aproximar los sistemas computacionales a la estructura y mecanismos neuronales del cerebro; por este motivo las redes que conforman las estructuras del DL reciben el apelativo de «neuronales», pese a que las semejanzas entre sendas estructuras resulten superficiales.

42 VARGAS, R., MOSAVI, A. y RUIZ, L.: «Deep Learning: A Review», *Advances in Intelligent Systems and Computing*, 2017, pp. 3-11. https://www.researchgate.net/publication/318447392_DEEP_LEARNING_A_REVIEW

43 DI FRANCO, G., y SANTURRO, M.: «Machine learning, artificial neural...», *op. cit.* p. 6.

44 RUSSEL, S.J. y NORVING, P.: *Artificial Intelligence...*, *op. cit.* p. 6.

45 RUSSEL, S.J. y NORVING, P.: *Artificial Intelligence...*, *op. cit.* p. 6.

46 *Ibidem*. Esta forma de procesamiento se corresponde con la formulación del teorema de aproximación universal, en virtud del cual se dispone que dos capas de redes neuronales, una con procesamiento lineal y otra no lineal, pueden aproximar cualquier función continua a un arbitrario grado de adecuación.

Así las cosas, los sistemas de DL constituyen modelos de representación y aprendizaje compuestos de múltiples niveles formados por capas de nodos, los cuales, a medida que aumentan estas capas la información inicial —*raw input*—, van procesándose de una forma cada vez más abstracta hasta que se alcanza el nivel de precisión deseado⁴⁷. Estos procesos de transformación permiten aprender funciones progresivamente más complejas; en este sentido, llegados a determinado punto de este proceso, las capas podrán evidenciar aquellos aspectos que resulten realmente relevantes para su representación y obviar aquellas diferencias que carezcan de importancia⁴⁸. En estas dinámicas no puede soslayarse la intervención de las capas ocultas, configurándose como segundo pilar de los procesos de DL que hemos aducido previamente. Así, esta posición distinguida radica en el hecho de que estas capas no se encuentran en contacto directo con la información suministrada y tampoco con la respuesta que finalmente se genera, circunstancia que permite centrar el foco en el proceso de representación y aprendizaje de los datos proporcionados⁴⁹. En consecuencia, es en estas capas donde se advierten representaciones intermedias que resultan determinantes en los sistemas de DL, cuyas dinámicas se fundamentan en el suministro de datos y en la detección de las transformaciones necesarias para su correcta identificación o clasificación⁵⁰. El número de modificaciones realizadas respecto a la información suministrada inicialmente resulta habitualmente elevado, circunstancia que refleja la complejidad inherente a este tipo de sistemas, conformados habitualmente por un gran número de capas.

Funcionamiento y aprendizaje de los sistemas *Deep Learning*

Abordar la composición de las tecnologías de DL conlleva analizar sus dinámicas de funcionamiento, labor que abarca el estudio de las dos formas principales de aprendizaje, esto es, supervisado y no supervisado. En este sentido, los sistemas de DL se han basado fundamentalmente en el primero de los enfoques debido a su elevado grado de precisión; sin embargo, el aprendizaje supervisado resulta poco eficiente en la medida en que su aprendizaje requiere un montante elevado de imágenes que han de ser etiquetadas de la misma manera para poder obtener el resultado esperado⁵¹.

Por este motivo, si bien la mayor parte de los sistemas de DL responden a este esquema, el aprendizaje no supervisado se va imponiendo paulatinamente como la modalidad predominante de entrenamiento en el medio-largo plazo⁵². Esta tendencia se consolida dado que la aplicación de este tipo de aprendizaje se traduce en unos resultados que gozan de similares grados de precisión respecto a los generados con las modalidades supervisadas; sin embargo, su obtención ha implicado unos niveles menores de tiempo y esfuerzo en comparación con la segunda categoría referida.

47 LECUN, Y., BENGIO, Y. y HINTON, G.: «Deep Learning», *Nature*, núm. 521, 2015, pp. 436-444.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 Con el objetivo de ilustrar esta afirmación, pondremos el siguiente ejemplo: en la identificación de una estructura arquitectónica como un edificio, mientras que un niño aprendería a detectarlo tras haberle sido enseñada una única imagen, para conseguir esto en los sistemas de DL, se precisarían multitud de imágenes desde distintas perspectivas y de varios edificios diferentes con el objetivo de que la tecnología pueda determinar patrones y calificar la imagen que se le presente como «edificio».

52 LECUN, Y., BENGIO, Y. y HINTON, G.: «Deep Learning...», *op. cit.* p. 7.

Asimismo, a estas consideraciones debe aunarse la mayor proximidad del entrenamiento no supervisado con las dinámicas propias del cerebro humano, dado que el aprendizaje de las personas se basa fundamentalmente en la observación, no en que le sea indicado el nombre de cada objeto constantemente. En consecuencia, los mecanismos de aprendizaje no supervisado pueden procesar la información que no ha sido etiquetada previamente de dos formas diferentes, a saber, identificando nuevas características que permitan la identificación de patrones comunes entre varias imágenes —aprendizaje por representación— o bien aprender una distribución probabilística de la que puedan surgir nuevas muestras —aprendizaje generativo—⁵³.

Por tanto, tal y como señalamos someramente *supra*, los sistemas de DL presentan una clara evolución respecto a la tecnología ML mediante la eliminación de barreras logísticas relativas al procesamiento de información. En este sentido, los sistemas de DL no se presentan como complejas construcciones que requieren un conocimiento experto para su configuración, deviniendo en una labor, por tanto, extremadamente delicada; en contrapartida, la tecnología DL agiliza estos procesos, dado que su configuración permite que una máquina dotada con este sistema pueda analizar y clasificar automáticamente los datos proporcionados⁵⁴.

Por consiguiente, el DL se presenta como el único mecanismo que permite construir sistemas de IA que se adapten de manera satisfactoria a una realidad tan compleja y cambiante como la actual debido a las técnicas de aprendizaje que son empleadas, suponiendo, por tanto, un notable avance respecto a las técnicas tradicionales de ML⁵⁵. Así, esta evolución estriba en el hecho de que estas capas de nodos no son producto de una elaboración humana, sino que son establecidas mediante un sistema *general-purpose learning procedure*, es decir, mediante la determinación de categorías generales partiendo de la información previamente suministrada por un «entrenador»⁵⁶. En consecuencia, los servidores dotados con este tipo de sistemas se encuentran facultados para analizar y clasificar los datos proporcionados, aligerándose los procesos y la logística relativa al procesamiento de información.

Tal y como hemos podido apreciar, los sistemas de DL se caracterizan por el empleo de métodos abstractos y jerárquicos en capas para el procesamiento de la información⁵⁷, lo que permite a su vez realizar mejores análisis y aprender una masiva cantidad de datos sin etiquetar. Las ventajas ofrecidas por los mecanismos DL se traducen en su aplicación en numerosos ámbitos de la vida cotidiana, entre las que cabe destacar el reconocimiento automático de voz y de imagen o el establecimiento de patrones biométricos en términos de seguridad; por otro lado, en lo que respecta

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 DI FRANCO, G., y SANTURRO, M.: «Machine learning, artificial neural...», *op. cit.* p. 7.

56 RUSSEL, S.J. y NORVING, P.: *Artificial Intelligence...*, *op. cit.* p. 6. La mayor parte de los sistemas de DL cuentan con una diferenciación automática, de modo que los usuarios pueden probar libremente diferentes estructuras de red, funciones de activación, pérdida y de composición sin necesidad de realizar cálculos excesivamente complejos para cada experimento. Estas dinámicas han generado un nuevo enfoque denominado «aprendizaje de extremo a extremo» —*end-to-end learning*—, consistente en sistemas computacionales complejos, los cuales, a su vez, se encuentran compuestos por subsistemas que pueden ser entrenados. De este modo, la persona que configura estos sistemas no precisa albergar una idea exacta del funcionamiento total del sistema ya que no es preciso conocer de antemano las funciones de cada subsistema o cómo van a etiquetarse sus entradas y salidas.

57 VARGAS, R., MOSAVI, A. y RUIZ, L.: «Deep Learning...», *op. cit.* p. 6.

al ámbito médico, resulta posible la detección temprana de enfermedades neurodegenerativas como el Alzheimer, aplicando los sistemas de DL a las resonancias magnéticas obtenidas del cerebro así como la mitosis en los supuestos de enfermedades infecciosas⁵⁸.

Sin embargo, una de las aplicaciones del DL que nos resulta más cercana en nuestra cotidianeidad son los denominados sistemas de recomendación, que han proliferado actualmente hasta alcanzar numerosas áreas del consumo. Así, los algoritmos de estos sistemas detectan patrones de consumo determinados, lo cual permite afinar las recomendaciones atendiendo, bien a compras anteriores de un sujeto concreto, bien a un colectivo que ha adquirido el mismo producto con el objetivo de ofrecer al usuario aquellos bienes o servicios que mejor se adapten a sus necesidades⁵⁹.

Así las cosas, los avances acontecidos en el ámbito del DL y en la visión por ordenador han permitido la producción de imágenes y vídeos falsos que cuentan, sin embargo, con un elevado grado de verosimilitud. Este fenómeno, conocido como *deepfake*, permite a los usuarios —con independencia de su grado de conocimiento sobre la materia, pudiendo ser legos o avezados en la misma— manipular los archivos previamente mencionados incorporando material alternativo y, mediante procesos de sintetización de vídeo o imagen, lograr un contenido aparentemente real⁶⁰.

2. *Deepfake* y sus aplicaciones delictivas: un nuevo reto para la Criminología

La creación de contenido falso no resulta un fenómeno novedoso; por ejemplo, en lo que respecta a las alteraciones de imagen, cabe señalar que, a mediados del siglo XIX se trató de manipular —manualmente, habida cuenta de los medios existentes en aquel momento— una imagen en la que aparecía el presidente estadounidense Abraham Lincoln al ponerle el rostro del político John Calhoun⁶¹. Desde aquel entonces, se ha evidenciado un notable progreso en el perfeccionamiento de estas técnicas, proceso que se ha acentuado con la proliferación de las nuevas tecnologías especialmente con la incorporación de los sistemas de Inteligencia Artificial a nuestra vida cotidiana.

Por este motivo, resulta necesario abordar la tecnología *deepfake* desde dos prismas, a saber, por una parte, desde una perspectiva técnica para conocer el funcionamiento de este tipo de sistemas, y de otra, en relación a sus aplicaciones, tanto las beneficiosas como las lesivas. De este modo, se adquirirán los elementos de juicio necesarios para realizar una valoración de este fenómeno con una visión de conjunto.

58 HORDRI, N.F., YUHANIZ, S.S., y SHAMSUDDIN, S.M.: «Deep Learning and Its Applications: A Review», Conferencia: «Postgraduate Annual Research on Informatics Seminar en la Universidad Tecnológica de Malasia, Kuala Lumpur, 2016.

59 VARGAS, R., MOSAVI, A. y RUIZ, L.: «Deep Learning...», *op. cit.* p. 9.

60 DU, M., PENTYALA, S.K., LI, Y., HU, X.: *Towards Generalizable Deepfake Detection with Locality-aware AutoEncoder*, en D'AQUIN, M., DIETZE, S., HAUFF, C., CURRY, E., CUDRÉ-MAUROUX, P., (eds.): *CIKM '20: The 29th ACM International Conference on Information and Knowledge Management*, Virtual Event, Ireland, October 19-23, 2020. pp. 325-334, ACM, 2020. <https://doi.org/10.1145/3340531.3411892>

61 MAKSTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A., SMIRNOV, A.S.: «Methods of Deepfake Detection Based on Machine Learning». *2020 IEEE Conference of Russian Young Researchers in Electrical and Electronic Engineering (EIConRus)*, pp. 408-411, 2020.

2.1. Las Redes Generativas Adversariales como pieza clave en las dinámicas de funcionamiento de los sistemas *deepfake*

Tal y como ha sido expuesto someramente en líneas previas, la tecnología *deepfake* se imbrica en el ámbito de la Inteligencia Artificial en tanto que muestra una estrecha vinculación con los sistemas de Deep Learning. En este sentido, la terminología *deepfake* surge como producto de la combinación de los términos *Deep Learning* y *fake*⁶². Sin embargo, esta conexión trasciende de cuestiones meramente etimológicas o semánticas en la medida en que los sistemas de DL se articulan como el eje vertebrador de la configuración de la tecnología *deepfake* —en adelante, DF—. Así, de forma sintética, los mecanismos de DF se basan en las redes neuronales del DL —*Deep Neural Networks*— para el procesamiento de información, dado que les permite analizar y almacenar grandes cantidades de datos con el objetivo de aprehender las expresiones faciales, el timbre de voz o sus gestos⁶³. Posteriormente, los algoritmos de DL —especialmente, la tecnología de mapeo facial— interpretan las características de los datos analizados y las relaciones existentes entre ellos, evaluando la información relevante y consiguiendo, por tanto, intercambiar la cara o voz de una persona —en video, fundamentalmente— por otra con elevado grado de verosimilitud⁶⁴.

Asimismo, cabe resaltar que las tecnologías de DF se presentan como producto de las Redes Generativas Adversariales —Generative Adversarial Networks, GAN en sus siglas en inglés—. Esta tipología de redes se configura en pareja en tanto que dos redes neuronales trabajan juntas con el objetivo de crear medios de apariencia real, denominándose una de ellas como «generadora» —*generator*— y la restante «discriminadora» —*discriminator*—, las cuales se entrenan a su vez en el mismo conjunto de imágenes, videos o sonidos⁶⁵.

El funcionamiento de sendas categorías consiste en que la primera debe generar muestras lo suficientemente verosímiles como para engañar a la segunda red, cuya función consiste en determinar si el contenido que recibe es real. Por tanto, la red «discriminadora» puede desechar aquellas imágenes que no resulten lo suficientemente buenas, circunstancia que provoca que progresivamente vayan obteniéndose mejores resultados, lo que se traduce no solo en el «engaño» de esta máquina sino también del ojo humano en la percepción de estas imágenes⁶⁶. Así las cosas, las GAN pueden visualizar un vasto número de imágenes de un sujeto y reproducir un nuevo retrato que no constituya ninguna de las fotografías que ha visto previamente⁶⁷. Por consiguiente, dado que precisa de un elevado número de material para producir este contenido, suelen constituir el objetivo de estas manipulaciones aquellos sujetos que cuentan con un

62 BOTH, J.G. y PIETERSE, H.: «Fake news and deepfakes: A dangerous threat for 21st century information security». *Proceedings of the 15th International Conference on Cyber Warfare and Security*, Norfolk, Virginia, 12-13 Marzo 2020 (2020): <http://hdl.handle.net/10204/11946>.

63 WESTERLUND, M.: «The Emergence of Deepfake Technology: A Review». *Technology Innovation Management Review*, 2019, vol. 9, núm. 11, pp. 40-53. <http://doi.org/10.22215/timreview/1282>

64 BOTH, J.G. y PIETERSE, H.: «Fake news...», *op. cit.* p. 10.

65 MAKSUTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A. y SMIRNOV, A.S.: «Methods of Deepfake...», *op. cit.* p. 9.

66 *Ibidem*.

67 WESTERLUND, M.: «The Emergence...», *op. cit.* p.10.

mayor contenido publicado que, con la proliferación de las redes sociales, no se limita únicamente a personas famosas, sino que se hace aplicable al público usuario de estas aplicaciones, aspectos sobre los que nos detendremos posteriormente⁶⁸.

2.2. Principales técnicas de *deepfake* y su paulatina apertura al público general

El progresivo desarrollo de las tecnologías de DF ha permitido que el público general pueda interactuar con estos sistemas sin necesidad de contar con unos conocimientos avanzados sobre la materia o con un gran número de material para empezar a crear contenido. Este cambio de paradigma se materializa en la popularización de librerías de acceso abierto, en lenguajes como Python, OpenCV, Tensorflow o Keras⁶⁹, así como en la dinamización de las pautas de procesamiento de información, abandonándose de este modo el manejo de grandes cantidades de datos —por ejemplo, imágenes o grabaciones— en favor de montantes más *asumibles*, bastando con un *selfie* o con una pieza de vídeo para poder aplicar sistemas de DF⁷⁰.

Así, una de las aplicaciones de *deepfake* que ha gozado de una mayor popularidad en los últimos tiempos es la denominada FaceApp, la cual nos permite cambiar nuestras caras, en cuestión de segundos, haciéndonos envejecer, rejuvenecer, ponernos otro rostro⁷¹... En este sentido, si bien esta aplicación se destinó en un primer momento a fines de entretenimiento o diversión, pronto se comenzaron a tergiversar estos objetivos, creándose contenido inapropiado y abriendo la puerta a la consideración del DF como amenaza⁷², cuestiones sobre las que incidiremos en epígrafes posteriores.

Por su parte, entre las técnicas de DF que por sus características presentan un mayor riesgo de generar material potencialmente lesivo se encuentran, en primer lugar, la denominada *fase-swap*, mediante la que el rostro de la persona que aparece en un video es automáticamente sustituido por el de otra persona; por otra parte encontramos el *lip-sync*, en virtud de la cual únicamente se modifica la parte de la boca, de modo que la persona que aparece en el video reproduce un discurso distinto al original; por último, el considerado como más peligroso sería el conocido como *puppet-master*, mecanismo que implica la modificación total de la expresión facial de la persona que es filmada⁷³. El conocimiento sobre las diferentes dimensiones que puede tomar el DF resulta trascendental para poder comprender adecuadamente las principales aplicaciones maliciosas del DF, las cuales serán analizadas desde una perspectiva criminológica en las líneas siguientes⁷⁴.

68 HASAN, H.R. y SALAH, K.: «Combating Deepfake Videos Using Blockchain and Smart Contracts», *IEEE Access*, 2019, vol. 7, pp. 41596-41606, doi: 10.1109/ACCESS.2019.2905689.

69 FIKSE, T.D.: *Imagining Deceptive Deepfakes: An ethnographic exploration of fake videos* [Trabajo Fin de Máster], Universidad de Oslo, defendido el 29 de octubre de 2018.

70 WESTERLUND, M.: «The Emergence...», *op. cit.* p.13.

71 MAKSUTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A., SMIRNOV, A.S.: «Methods of Deepfake...», *op. cit.* p. 10.

72 MAKSUTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A., SMIRNOV, A.S.: «Methods of Deepfake...», *op. cit.* p. 11.

73 *Ibidem*.

74 Así las cosas, estas subcategorías de DF deben conjugarse con la clasificación que FIKSE, T.D. «Imagining Deceptive...», *op.cit.* p. 11 realiza de las finalidades del contenido creado

No todo iba a ser malo: aplicaciones beneficiosas de la tecnología *deepfake*

La entidad de los daños que pueden ser generados como consecuencia de un empleo malicioso de las tecnologías *deepfake* provoca que en gran número de ocasiones los beneficios derivados de la aplicación de estos sistemas en diversas áreas queden relegados a un segundo plano, motivo por el cual queremos traerlos a colación en este epígrafe.

Así, en lo que respecta al ámbito cultural, el DF ha constituido una herramienta de gran aplicación en el cine, dado que permite recrear escenas clásicas de películas, «traer a la vida» a actores ya fallecidos para que intervengan en ciertos filmes —p.ej. el caso de Carrie Fisher en *Star Wars*—, aportar mayor verosimilitud a los efectos especiales o recrear digitalmente la voz de actores que han perdido la suya por enfermedad⁷⁵. Por otro lado, los sistemas de DF resultan especialmente útiles en términos de accesibilidad en la medida en que supone la ruptura de barreras lingüísticas gracias a la traducción automática tanto de textos como de discurso. Este último caso resulta especialmente relevante dado que este cambio de idioma simultáneo se acompaña de la alteración de la expresión facial con el objetivo de que todos los hablantes puedan sentirse conectados con el orador.

En tercer lugar, los usos del DF se proyectan en el ámbito medicinal de diversas maneras, a saber, por una parte, mediante la recreación digitalizada de los denominados «miembros fantasma» o en el empleo de estas tecnologías en patologías neurodegenerativas como el Alzheimer, permitiendo que los enfermos puedan interactuar con rostros rejuvenecidos artificialmente que posiblemente puedan reconocer⁷⁶. Por último, también resulta relevante en el área de la empresa, dada la utilidad que estas tecnologías presentan a la hora de emular el cuerpo humano, lo que facilita la compra de moda online al poder recrear una suerte de «probador en línea» así como la recreación de modelos de distintas tallas y tonos de piel sin necesidad de contar con personas físicas «reales». A estas ventajas debe aunarse su potencial en términos de marketing —p.ej. el spot publicitario de la marca de cerveza Cruzcampo en el que aparece la fallecida cantante Lola Flores—⁷⁷.

Así las cosas, resulta posible afirmar que las tecnologías *deepfake* es una de las vertientes de la IA que presenta unos mayores índices de desarrollo debido en parte a lo interesante, útil y creativo de sus aplicaciones. Sin embargo, este potencial también se predica de sus finalidades perjudiciales, tornándose en una amenaza —llegándose incluso a calificar como arma— en términos democráticos, sociales, económicos y personales⁷⁸. Por tanto, esta circunstancia obliga a analizar pormenorizadamente las

mediante las tecnologías de DF. En este sentido, el autor distingue cuatro, a saber, la demostración tecnológica —incluyen DF con el objetivo de demostrar el funcionamiento de estos sistemas—; el satírico o «meme», el cual persigue hacer humor sobre alguna cuestión política o social; el pornográfico, que habitualmente suele incluir a actores y actrices famosos en vídeos de contenido sexual y, por último, los *deepfake* engañosos, los cuales mediante la utilización de figuras públicas y un discurso falso persiguen generar algún tipo de escándalo.

75 WESTERLUND, M. «The Emergence...», *op. cit.* p.13.

76 *Ibidem.*

77 *Ibidem.*

78 LYU, S.: «Deepfake detection: Current challenges and next steps». En *2020 IEEE international conference on multimedia & expo workshops (ICMEW)*. p. 1-6.

materializaciones más lesivas en los que el DF presenta un papel protagonista, así como el componente criminal subyacente a todos ellos⁷⁹.

2.3. ¿Es el *deepfake* un arma de doble filo? Análisis de las principales conductas lesivas asociadas a su uso

La plataforma Reddit como punto de inflexión en la popularización de los *deepfakes* perjudiciales

El desarrollo de los sistemas de DF se halla estrechamente vinculado con la plataforma *Reddit*, comunidad que se encuentra compuesta a su vez por *subreddits*, esto es, foros dedicados a diferentes temas en los que los suscriptores pueden debatir y compartir información⁸⁰. El punto de inflexión en el desarrollo de las tecnologías de DF se produce en año 2017, cuando un usuario anónimo conocido con el alias *u/deepfakes* creó una comunidad de este tipo denominada *r/deepfakes*, en la cual compartieron varios vídeos pornográficos en los que aparecían mujeres famosas, los cuales se habían producido por el empleo de las tecnologías *face-swapping*, o algoritmos de cambio de cara⁸¹. En pocos meses, esa comunidad registró cerca de 90.000 nuevas suscripciones, en los cuales se seguían compartiendo vídeos de temas variados en los que el empleo de la tecnología DF era la nota común. En este sentido, si bien se continuó difundiendo contenido pornográfico falso de mujeres famosas también se hicieron públicas escenas de películas en las que, o bien aparecían actores que no habían intervenido en el largometraje original, o bien se mantenían los personajes pero los guiones no se parecían en absoluto a los que formaban parte del filme⁸².

Así, esta irrupción del DF se traduce, desde una perspectiva social, en una participación generalizada de la población en la creación de este tipo de contenido que, si bien se articuló en términos de humor y entretenimiento, no puede soslayarse el componente malicioso de algunas aplicaciones, llegando a constituir amenazas para la privacidad o enmarcándose en la categoría de fraude, tal y como sucedió con la elaboración y difusión de contenido pornográfico⁸³. En consecuencia, *Reddit* cris-

-
- 79 BUTTON, M., MCNAUGHTON NICHOLLS, C., KERR, J. y OWEN, R.: «Online frauds: Learning from victims why they fall for these scams», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2014, Vol. 47, núm. 3, pp. 391–408. En este punto resulta necesario mencionar la distinción entre los crímenes *computer assisted* y *computer oriented*. Así, la diferencia entre sendas modalidades delictivas estriba en que mientras que para la primera modalidad las nuevas tecnologías constituyen un revulsivo para la comisión de modalidades delictivas ya existentes, la segunda categoría hace referencia a la revolución que la informática ha supuesto en el ámbito criminal, brindando nuevas oportunidades de comisión delictiva, enmarcándose la IA a caballo entre ambas, en el supuesto en el que se determinara el componente delictivo de estas conductas lesivas. Por su parte, en lo que respecta a la segunda de las categorías mencionadas, cabe señalar la distinción que realiza SMITH en el año 2010 entre los delitos sintácticos, cuyo fundamento principal obedece a los conocimientos técnicos del sujeto que perpetrará el acto, los semánticos, es decir, aquellos que se valen de la ingeniería social para recabar información personal o aquellos que suponen una mezcla de ambos.
- 80 BOTH, J.G. y PIETERSE, H.: «Fake news...», *op. cit.* p. 10.
- 81 LYU, S.: «Deepfake detection: Current challenges...», *op. cit.* p.12.
- 82 BOTH, J.G. y PIETERSE, H.: «Fake news...», *op. cit.* p. 13.
- 83 MAKSUTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A. y SMIRNOV, A.S.: «Methods of Deepfake...», *op. cit.* p.10.

taliza de cierto modo el contraste existente entre las connotaciones beneficiosas y perjudiciales de estos sistemas.

2.3.1. El fenómeno de las Fake news y su vinculación con el *deepfake*

Resulta obligado abordar en primer lugar el fenómeno de las noticias falsas o *fake news* dado que esta utilización de los sistemas de DF abre en cierta medida la puerta al resto de conductas lesivas que serán analizadas ulteriormente.

No obstante, debemos matizar con carácter preliminar que el surgimiento de las noticias engañosas no se ha dado coetáneamente o como consecuencia de la paulatina integración de los sistemas de IA en la sociedad actual, sino que se remontan a tiempos pasados. Así, a efectos de ilustrar esta tesis basta con señalar cómo ya en el S.XIII A.C. Ramsés el Grande, difundió su victoria en la Batalla de Kadesh cuando en realidad quedó en tablas o, remontándonos a la época contemporánea, la difusión generalizada de información falsa que tuvo lugar durante la I y II Guerra Mundial con efectos propagandísticos⁸⁴. Sin embargo, el auge de Internet en la década de los noventa ha supuesto una auténtica revolución en el acceso generalizado y público a la información, la cual podrá ser verdadera o falsa, consolidándose la desinformación como el contrapunto de las sociedades digitales.

Sin embargo, esta tendencia alcanza su punto álgido con el desarrollo de los sistemas de IA, especialmente con la tecnología DF dado que, tal y como tuvimos ocasión de explicar profusamente en líneas previas, estos programas permiten reproducir imágenes, actos o discursos de personas que nunca han llegado a acontecer, pero al contar con tan elevado grado de exactitud no son perceptibles por el ojo humano⁸⁵. En consecuencia, el DF se presenta como una ventana de oportunidad para el desarrollo de las noticias falsas, que ya no solo se propagan rápidamente por el desarrollo de las TIC y las redes sociales, sino que además resultan completamente verosímiles, circunstancia que las hace difícilmente controlables. En este sentido, cabe apuntar las predicciones de la consultora norteamericana Gartner realizadas en 2019, estimándose que durante el año 2022 la mayor parte de la población consumiría más información falsa que verdadera⁸⁶.

Por consiguiente, como se puede colegir de la afirmación previamente expuesta, la manipulación de la información deviene en la tónica general de una sociedad que desconfía cada vez más en los medios de comunicación y en las instituciones. No obstante, esta tendencia contrasta con el empleo de las nuevas tecnologías como recurso prioritario de conexión interpersonal y de información actualizada sobre cualquier tema de interés⁸⁷.

84 BOTHA, J.G. Y PIETERSE, H.: «Fake news...», *op. cit.* p. 13.

85 PANETTA, K.: *Gartner Top Strategic Predictions for 2018 and Beyond*. Gartner, Stamford, EEUU, 2019. <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-strategic-predictions-for-2018-and-beyond>

86 *Ibidem*.

87 FRAGA-LAMAS, P. y FERNÁNDEZ-CARAMÉS, T.M.: «Fake news, disinformation, and deepfakes: Leveraging distributed ledger technologies and blockchain to combat digital deception and counterfeit reality», *IT Professional*, 2020, vol. 22, núm. 2, p. 53-59.

Concepto, naturaleza y repercusiones de las noticias falsas en la sociedad actual

Así las cosas, las noticias falseadas podrían conceptualizarse como la producción y distribución de contenido falso o engañoso por diversos canales con el objetivo de producir un daño personal o social, así como la obtención de algún beneficio de índole económica —p.ej. el denominado *clickbait*—. En lo que respecta a los autores, debido a la descentralización y horizontalidad inherente a la sociedad de comunicación de masas en las que nos hallamos inmersos, este tipo de noticias pueden ser producidas por los propios gobiernos o autores no estatales que carezcan de barreras económicas o educativas. Contra todo pronóstico, tampoco se encuentran excluidos de estas dinámicas los medios de comunicación tradicionales, para los que, con el fin de no quedarse relegados al ostracismo, recurren a técnicas cada vez más agresivas con el objetivo de mantener similares niveles de audiencia⁸⁸.

Por su parte, resulta necesario mencionar, si bien someramente, las principales características comunes a las *fake news* con el objetivo de identificar de forma preventiva este contenido engañoso. En este sentido, debemos destacar que la falsedad se basa en la manipulación del contenido, que puede ser total o parcial o bien que este engaño provenga de los canales elegidos para suministrarla, circunstancia que suele traducirse habitualmente en sesgos de índole ideológica, con una marcada orientación política⁸⁹. Por otro lado, estos bulos suelen abordar temas de interés general —política, salud, medioambiente— y albergan como objetivo principal generar polarización y hostilidad, persiguiendo dinamitar procesos democráticos —p.ej. elecciones— así como aquellas acciones relacionadas con la defensa y protección de derechos fundamentales. Adicionalmente, los métodos elegidos para la difusión de estas noticias falsas —p.ej. *bots*, cuentas falsas, *trolls*— se caracterizan por su agresividad, circunstancia que, conjugada con la tecnología *deepfake* que abandera estas prácticas, provoca que este «bombardeo» de información se propague más rápidamente, dado que, pese al progresivo perfeccionamiento de los mecanismos de detección de engaños implantados en diversas tecnologías —Inteligencia Artificial, *Internet of things* o Realidad Virtual—, las noticias manipuladas consiguen superar estos filtros con relativa facilidad⁹⁰.

Las noticias falsas, por tanto, abordan cuasi exclusivamente en el ámbito político en la medida en que, debido a su relevancia social, esta esfera cuenta con una importante cantidad de material que puede ser manipulada con elevado grado de verosimilitud⁹¹, sin apenas levantar sospechas por parte de los ciudadanos⁹². Este hecho debe ponerse en relación con la finalidad principal perseguida con estas noticias falsas⁹³,

88 *Ibidem*.

89 *Ibidem*.

90 *Ibidem*.

91 BOTHA, J.G. y PIETERSE, H.: «Fake news...», *op. cit.* p. 13.

92 MAKSUTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A., SMIRNOV, A.S.: «Methods of Deepfake...», *op. cit.*, p.13.

93 BUO, S.A.: «The emerging threats of deepfake attacks and countermeasures», *arXiv preprint arXiv:2012.07989*, 2020. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.23089.81762>. En este sentido cabe destacar dos manipulaciones de video producto de la aplicación de las tecnologías *deepfake*, ambas en contexto estadounidense. Por un lado, la grabación de Nancy Pelosi, política americana y rival de Donald Trump en las elecciones, en la que aparecía Pelosi pronunciando un discurso en el que se podía apreciar que se encontraba bajo los efectos del alcohol. Este

que no se dirige al engaño de unos sujetos determinados o de un colectivo concreto sino en implantar sentimientos de desconfianza y hastío en la población general⁹⁴.

Así, estas sensaciones se proyectan ya hacia la clase política a la que se juzga incapaz de resolver los problemas reales por sus comportamientos poco menos que cuestionables, ya hacia los medios de comunicación en tanto que son considerados instituciones fácilmente manipulables y, por tanto, incapaces de brindar a los ciudadanos la posibilidad de formarse una opinión sólida. Por consiguiente, los cambios producidos en la opinión pública orientado en los términos previamente mencionados, lleva aparejado una modificación en las actitudes y, por consiguiente, en los comportamientos de la población. Sin embargo, debemos precisar nuevamente que estos procesos se sustentan sobre dinámicas de manipulación informativa, lo que constituye, en última instancia, una de las materializaciones más evidentes de la amenaza que las noticias falsas supone para las democracias actuales⁹⁵. En consecuencia, considerando las relevantes implicaciones que albergan los *deepfakes* —y especialmente, aquellos cristalizados en *fake news*— en el ámbito político, se precisa el diseño e implementación de políticas públicas orientadas al control de este tipo de prácticas⁹⁶.

2.3.2. La implementación del *deepfake* como nueva forma de manipulación de los sistemas de justicia

El empleo lesivo de las tecnologías *deepfake* también alcanza al sistema de justicia, ámbito que, al igual que en el epígrafe anterior, es de naturaleza pública y su manipulación presenta importantes repercusiones en términos sociales.

Así, el principal riesgo al que se enfrenta la Justicia es la falsificación de pruebas que se deriva de los recientes avances producidos en la IA, concretamente, en el entorno *deepfake*⁹⁷. Por tanto, los contenidos audiovisuales engañosos creados mediante *deepfake* pueden ser presentados como pruebas legítimas y socavar de este modo la integridad de las investigaciones y procesos penales⁹⁸. Sirva como ejemplo para ilustrar este tipo de conductas un caso de custodia de menores de gran repercusión en Reino Unido, en el que una madre, con el objetivo de demostrar que

vídeo alterado fue compartido por Trump en su cuenta de Twitter y tuvo unas dos millones y medio de visitas aproximadamente. A pesar de que se reportó su falsedad, las políticas de Facebook —empresa a la que pertenece Twitter— no preveían la eliminación de contenidos falsos. Por otra parte, resulta obligado mencionar en este punto la modificación de un discurso del expresidente de los Estados Unidos, Barack Obama, el cual se modificó para que dijera «President Trump is a total and complete dip-****.»

94 VACCARI, C. y CHADWICK, A.: «Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News» *Social Media + Society*, 2020, vol.6, núm. 1, pp.1-13. Doi: 10.1177/2056305120903408journals.sagepub.com/home/sms

95 *Ibidem*.

96 BUO, S.A.: «The emerging threats...», *op. cit.* p. 15.

97 VAN HUIJSTEE, M., VAN BOHEEMEN, P., DAS, D., NIERLING, L., JAHNEL, J., KARABOGA, M. y FATUN, M.: *Tackling deepfakes in European policy*, European Parliamentary Research Service, 2021.

98 TREND MICRO RESEARCH: *Malicious Uses and Abuses of Artificial Intelligence*, 2020, https://documents.trendmicro.com/assets/white_papers/wp-malicious-uses-and-abuses-of-artificial-intelligence.pdf

el padre no era apto para disponer de la custodia de los menores, creó una grabación de audio verosímil empleando tecnologías DF en el que el padre la amenazaba, fundamentando de este modo las afirmaciones sostenidas durante el juicio. No obstante, los análisis periciales y forenses realizados de estos archivos reputaron su contenido como falso, desestimando, en consecuencia, su valor probatorio⁹⁹.

No obstante, si bien es cierto que la eficacia de los mecanismos de valoración de pruebas es cada vez mayor, las tecnologías *deepfake* influyen en estadios anteriores a la instrucción del proceso o la celebración del juicio. Entre los peligros generados por estos sistemas destaca su potencial para viciar las declaraciones de testigos en la medida en que estos pueden haber visualizado o escuchado grabaciones manipuladas por estos sistemas, creyéndolas reales¹⁰⁰, circunstancia que deja prácticamente sin efecto los avances producidos en la detección de *deepfakes* por el sistema judicial¹⁰¹. Las consecuencias derivadas de este tipo de interacción de la tecnología DF con la esfera judicial se traduce en una mayor inversión de tiempo, dinero y esfuerzo de los operadores jurídicos —abogados, jueces, fiscales— en la elaboración de sus estrategias procesales¹⁰², en tanto que deben verificar y autenticar las pruebas antes de ser admitidas por los tribunales¹⁰³.

Por tanto, estas manipulaciones probatorias producidas por tecnologías *deepfake* socavan la credibilidad en los procedimientos, instituciones y profesionales que intervienen en ellos, al considerarlos fácilmente manipulables, haciéndose estas consideraciones extrapolables a la administración de justicia en su totalidad, debilitando el sistema¹⁰⁴.

2.3.3. La intromisión del *deepfake* en el ámbito empresarial: el fraude del CEO

Los perjuicios causados por un uso malicioso de las tecnologías DF también se dejan sentir en la esfera de los negocios. En este sentido, la materialización de estas conductas trasciende al *phishing*, dado que los efectos de la aplicación de estos sistemas —combinados con ingeniería social— no se traducen únicamente en el robo de datos sensibles, sino que también cristalizan en daños reputacionales para la compañía o en el favorecimiento de conflictos interempresariales, amén de las pérdidas económicas generadas¹⁰⁵.

Así, uno de los ejemplos paradigmáticos del uso malicioso del DF lo constituye el denominado «fraude del CEO», método mediante el cual se emplean tecnologías de DF con el objetivo de simular la voz, la imagen o ambas de altos directivos de empresas para obtener información sensible u ordenar transferencias bancarias sin ser detectados¹⁰⁶. El primer caso reportado de este tipo de conductas se dio en

99 BUO, S.A.: «The emerging threats...», *op. cit.* p. 15.

100 VAN HUIJSTEE, M., VAN BOHEEMEN, P., DAS, D., NIERLING, L, JAHNEL, J., KARABOGA, M. Y FATUN, M.: «Tackling deepfakes...» *op. cit.* p.15.

101 TREND MICRO RESEARCH: «Malicious Uses...» *op. cit.* p. 16.

102 *Ibidem.*

103 BUO, S.A.: «The emerging threats...», *op. cit.* p. 16.

104 TREND MICRO RESEARCH: «Malicious Uses...» *op. cit.* p. 16.

105 BUO, S.A.: «The emerging threats...», *op. cit.* p. 16.

106 *Ibidem.*

2019, cuando el jefe de una compañía energética británica, tras una llamada con el CEO —Chief Executive Officer— de su empresa con sede en Alemania le dio la orden de transferir 25 millones de dólares a una empresa de suministros húngara. Sin embargo, ese mandato no provino del denominado CEO sino de un sujeto que emuló su voz. Este fenómeno se replicó en el año 2020, en el cual un director de banco en Hong Kong recibió la llamada de un empresario que supuestamente conocía, el cual le ordenó que autorizase determinadas transferencias por valor de 35 millones de dólares con el objetivo de realizar determinadas adquisiciones, llamada que resultó ser falsa¹⁰⁷.

Por otro lado, de forma similar a los efectos de las noticias manipuladas en el ámbito sociopolítico, la aplicación maliciosa de las tecnologías DF en el ámbito empresarial provoca riesgos reputacionales, los cuales se traducen en la pérdida de crédito de las compañías en su entorno de referencia, privándoles, por tanto, de posibilidades de negocio. En consecuencia, las empresas pueden verse sometidas a campañas de desinformación y desprestigio como la sucedida con la empresa de muebles Wayfair, cuando, durante el verano de 2020 se especuló con la posibilidad de que estuviera implicada en un delito de trata de menores de edad puesto que la denominación de alguno de sus productos coincidía con nombres de los niños desaparecidos. Con el objetivo de hacer verosímil este rumor se falsificaron las direcciones y las ubicaciones de las oficinas así como las redes sociales de los empleados¹⁰⁸.

Sin embargo, el empleo de los sistemas DF no se construye únicamente a este ámbito, sino que el perjuicio ocasionado a las empresas puede provenir de videos manipulados en los que el director general de una empresa o CEO ofrezca un discurso racista o misógino, anuncie fusiones o bancarrotas falsas o, directamente, aparezca cometiendo un delito¹⁰⁹. El visionado de estas imágenes podría generar, amén de una pérdida del prestigio de la persona que aparece en el video, el descrédito empresarial, cristalizando sendos perjuicios en la disminución del valor de las acciones, manipulándose, por tanto, el mercado de valores si estas empresas cotizan en bolsa¹¹⁰. No obstante, si bien ulteriormente su contenido pudiera reputarse como falso, y, por consiguiente, se produjera una revalorización de las acciones, estas no alcanzarían la estimación de la que gozaban al comienzo, pérdida a la que debe adicionarse la preocupación constante por la posible veracidad del video¹¹¹.

Por otro lado, las implicaciones negativas del DF alcanzan al ámbito de la seguridad empresarial, especialmente en lo relativo a los controles biométricos, medida que se está adoptando paulatinamente en los centros de trabajo como medida de protección —por ejemplo, escáneres faciales—. En este sentido, las tecnologías DF toman ventaja de las carencias o debilidades que presentan estos sistemas, burlándolos mediante la emulación de patrones ya reconocidos por las máquinas, accediendo de este modo a contenido altamente sensible en términos de propiedad

107 STUPP, C.: «Fraudsters Used AI to Mimic CEO's Voice in Unusual Cybercrime Case», *The Wall Street Journal*, 30 de Agosto de 2019. <https://www.wsj.com/articles/fraudsters-use-ai-to-mimic-ceos-voice-in-unusual-cybercrime-case-11567157402>

108 FERRARO, M.F.: «Disinformation Dangers: Fake Narratives and Deepfakes Pose Rising Risks to Business», *Corporate Counsel, the business magazine for in-house counsel*, 13 de diciembre de 2021. <https://www.law.com/corpcounsel/2021/12/13/disinformation-dangers-fake-narratives-and-deepfakes-pose-rising-risks-to-business/?sreturn=20220731104830>

109 TREND MICRO RESEARCH: «*Malicious Uses...*» *op. cit.* p. 16.

110 VAN HUIJSTEE, M., VAN BOHEEMEN, P., DAS, D., NIERLING, L., JAHNEL, J., KARABOGA, M. y FATUN, M.: «*Tackling deepfakes...*» *op. cit.* p.16.

111 TREND MICRO RESEARCH: «*Malicious Uses...*» *op. cit.* p. 17.

industrial. En consecuencia, la vulneración de estos sistemas repercute de forma significativa en la economía de las empresas, debido a los altos costes que se derivan de implantar mecanismos que contengan esa brecha de seguridad, las indemnizaciones a los potenciales clientes afectados, así como la implementación de nuevos sistemas de protección habida cuenta de la ineficacia de los anteriores para contener la amenaza¹¹².

Así las cosas, estos ataques al entorno empresarial, lejos de reducirse, aumentan progresivamente. En este sentido, un informe elaborado por el FBI en marzo de 2021 para las empresas privadas —*private industry notification*— advierte a sus destinatarios que el empleo de *deepfake* en las empresas se incrementará en los próximos 12-18 meses. Así, el fraude generado como consecuencia del uso malicioso de estas tecnologías no cristalizará únicamente en propaganda manipulada sino también en el robo de datos sensibles, tal y como indicamos *supra*¹¹³.

En consecuencia, la lucha contra la manipulación y el fraude generado en el ámbito de los negocios como consecuencia del empleo de las tecnologías DF constituye un importante reto para las empresas, que deben elaborar e implementar estrategias para antes, durante y después de la irrupción de estas amenazas¹¹⁴. Algunas de las iniciativas se concretan en la elaboración de un plan de actuación en los mandos más altos de la empresa, la formación de los trabajadores en la detección de este tipo de conductas maliciosas, la toma de medidas de protección intelectual e industrial o, ya de forma reactiva, el emprendimiento de acciones legales o el diseño de un plan de comunicación con inversores y clientes en una vez que los ataques o difamaciones se hubiesen producido¹¹⁵.

2.3.4. Daños a bienes personales: pornovenganzas y extorsiones

El uso malicioso de los sistemas DF también representan una amenaza para bienes eminentemente personales tales como la dignidad, reputación o integridad psíquica; por este motivo, resulta necesario estudiar en qué conductas concretas se materializa, si bien tras todas ellas subyacen componentes de acoso.

La elaboración de videos en los que aparecen determinados sujetos realizando acciones o diciendo palabras que nunca han tenido lugar genera un importante caldo de cultivo para las extorsiones, amenazando a los «protagonistas» del video con difundir su contenido. Así, estas acciones, generadoras de importantes daños psicológicos, cuando incorporan un componente sexual o pornográfico, pasan a denominarse «sextorsiones», las que, si bien es cierto que no hallan una tipificación expresa en el Código Penal, encuentran amparo en otros delitos tuitivos de la intimidad o libertad e indemnidad sexuales —chantaje, amenazas, revelación de secretos, daños al honor entre otros¹¹⁶—. No obstante, debemos subrayar el hecho de que estas pre-

112 BUO, S.A.: «The emerging threats...», *op. cit.* p. 16.

113 FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (cyber division): *Private Industry notification*, 2021. <https://s3.documentcloud.org/documents/20509703/fbipin-3102021.pdf>

114 FERRARO, M.F.: «Disinformation Dangers: Fake Narratives...», *op. cit.* p. 17.

115 TREND MICRO RESEARCH: «*Malicious Uses...*» *op. cit.* p. 17.

116 SORIANO RUIZ, N.: «Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019, núm. 4, pp. 1-21. Sin embargo, resulta necesario hacer notar en este punto que la imbricación de estas conductas en el ámbito de la sextorsión se encuentra determinada, amén del contenido de índole sexual, en la finalidad con la que se vinculan. En otras palabras, si

visiones legales no recogen por entero el supuesto de hecho que nos ocupa en estas líneas, esto es, la generación de falso contenido pornográfico con elevado grado de verosimilitud.

La relación entre el *deepfake* y la elaboración de material pornográfico: una cuestión de género

La proliferación de las aplicaciones delictivas de los sistemas *deepfake* se encuentra estrechamente vinculada con la producción de pornografía. En este sentido, la revolución del DF como tecnología acontece de forma paralela a la popularidad ganada por la plataforma *Reddit* en el año 2017 como consecuencia de la subida de contenido pornográfico falso protagonizado por personas famosas a esta red¹¹⁷. Así, la impostación de rostros famosos como los de Taylor Swift, Scarlett Johansson, Aubrey Plaza, Gal Gadot o Maisie Williams en vídeos sexuales con un alto grado de verosimilitud alcanzó reseñables cotas de notoriedad tanto en medios de comunicación como en la opinión pública, tendencia que se experimentó simultáneamente a la viralización de este método —intercambio facial— a través de internet¹¹⁸.

Sin embargo, esta tendencia, lejos de reducirse, se desarrolla rápidamente, incrementándose tanto su grado de sofisticación como de lesividad social, cristalizando de este modo la producción de pornografía como la principal materialización lesiva de las tecnologías *deepfake*¹¹⁹. Así, varios datos permiten sustentar esta afirmación. En este sentido, estudios realizados en 2019 contabilizaron un total de 14.678 vídeos en los que se había empleado tecnología *deepfake* para su producción, siendo el 96% de ellos de contenido pornográfico. Dada la prevalencia de la pornografía en este fenómeno, este estudio hizo una distinción entre páginas web que únicamente alojaban material pornográfico con contenido *deepfake* y aquellas plataformas que, por el contrario, cuentan con pornografía *mainstream*¹²⁰. Esta comparativa arrojó los siguientes resultados, a saber, que mientras que en la segunda categoría la pornografía *deepfake* ocupaba el 6% del contenido ofertado —802 vídeos—, las webs dedicadas exclusivamente a este tipo de material audiovisual copan el mercado al suponer el 94% restante —13.254 vídeos—. Por consiguiente, de los datos expuestos cabe inferir que esta nueva forma de producir pornografía abre nuevas posibilidades de mercado, deviniendo estas páginas en una suerte de «escaparates», publicitando estas aplicaciones de los sistemas *deepfake*¹²¹.

Por su parte, debemos reseñar que este fenómeno no se proyecta únicamente a las personalidades con determinado grado de popularidad en la sociedad, en tanto que, como consecuencia del mayor desarrollo de estos sistemas y, por tanto, el acceso del público general a estas tecnologías, cada vez es mayor el número de mujeres

se persigue satisfacer un ánimo de lucro, estos actos se subsumirán en el delito de extorsión tipificado en el art. 234 CP, mientras que, si su fin se dirige exclusivamente a obligar al sujeto a realizar otros actos de cariz sexual con el objetivo de no difundir ese contenido audiovisual, se correspondería con el tipo 172.1 CP, de las coacciones.

117 Este fenómeno también aparece analizado previamente en el epígrafe «3.3.2. La implementación del *deepfake* como nueva forma de manipulación de los sistemas de justicia».

118 TREND MICRO RESEARCH: «*Malicious Uses...*» *op. cit.* p. 17.

119 ADJER, H., PATRINI, G., CAVALLI, F. y CULLEN, L.: «The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact», *Deeptrace*, 2019.

120 *Ibidem*.

121 *Ibidem*.

anónimas que se encuentran afectadas —o, al menos, de forma potencial— por este tipo de conductas. En este sentido, cabe reseñar que solo en el año 2020, 680.000 mujeres fueron víctimas de estas conductas, puesto que un *bot* creado mediante IA fue configurado para seleccionar fotos de mujeres provenientes de sus perfiles de redes sociales y, mediante tecnología DF, producir contenido pornográfico que sería subido posteriormente a la aplicación de mensajería Telegram¹²². Así, a este canal se encontraban suscritos 101.080 miembros de esta red de comunicación, y el 70% de las mujeres que aparecían en estos archivos eran de procedencia rusa o de Europa del Este. Adicionalmente a los datos expuestos debemos añadir la circunstancia de que el *material* obtenido de estas mujeres no procedía únicamente de perfiles públicos, sino que también fue sustraído de conversaciones privadas. Por consiguiente, los datos expuestos nos permiten tomar conciencia de la dimensión de esta problemática, constituyendo, de este modo, un problema de seguridad real.

Así las cosas, resulta insoslayable el componente de género subyacente tras estas conductas, al ser principalmente mujeres las perjudicadas por este tipo de acciones. En este sentido, cabe remarcar que, mientras que los hombres representan el sexo afectado en un 61% en los vídeos que emplean tecnología *deepfake* subidos a YouTube, produciéndose una afeción menor en las mujeres al representar el 39 % de los casos, la tendencia se invierte cuando se analiza el material pornográfico, ya que en estos supuestos las mujeres representan prácticamente el 100 % del total¹²³. La producción de pornografía *deepfake* como cuestión de género se consolida si atendemos al funcionamiento de determinadas aplicaciones que gozan de una elevada popularidad entre los usuarios, como *DeepNude*, la cual permite, mediante DF, desnudar artificialmente a personas que aparecen en fotografías, pero que, sin embargo, únicamente funciona si los sujetos que aparecen en las instantáneas son mujeres¹²⁴.

Dado el potencial lesivo que suponen estas prácticas para las mujeres, especialmente en lo relativo a su intimidad e integridad psíquica, resulta inevitable calificar estas conductas como violencia de género en tanto que se persigue, humillar, controlar e intimidar a las mujeres, socavando su autonomía¹²⁵. En consecuencia, la producción de contenido pornográfico falso mediante el uso de *deepfake* como forma de lesionar a las mujeres, especialmente de aquellas con las que se mantiene o ha mantenido una relación sentimental se plantea en términos distintos que las conductas conocidas hasta el momento como «pornovengaza» o «sextorsión»¹²⁶. Esta circuns-

122 HAMILTON, I.A.: «A huge fake-nude Telegram operation shows the big threat posed by deepfakes is revenge porn, not disinformation». *Insider*, 21 de octubre de 2020. <https://www.businessinsider.com/deepfake-nude-revenge-porn-telegram-bot-2020-10?r=US&IR=T>

123 ADJER, H., PATRINI, G., CAVALLI, F. y CULLEN, L.: «The State of Deepfakes...», *op. cit.* p. 19.

124 *Ibidem*.

125 LUCAS, K.T.: «Deepfakes and Domestic Violence: Perpetrating Intimate Partner Abuse Using Video Technology, Victims & Offenders», *An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*, vol. 17, núm. 5, pp. 647-659, 2022, doi:10.1080/15564886.2022.2036656.

126 MCGLYNN, C. y RACKLEY, R.: «Image-Based sexual abuse», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, núm.3, 2017. doi:10.1093/ojls/gqw033. Así, cabe mencionar que estas conductas en el ámbito del Derecho anglosajón se encuentran contenidas en la categoría «*Image-Based sexual abuse*», donde se subraya los daños que son causados a las víctimas con estos actos en términos de lesión a sus derechos fundamentales a la dignidad y libertad, así como a su libertad sexual y autonomía. Esta conceptualización se aleja, por tanto, de las limitaciones impuestas por el término «pornografía» debido a la elevada carga emocional que subyace tras este concepto, lo que impide analizar de forma integral este fenómeno. Así, bajo el paraguas de «*Image-Based sexual abuse*» se contienen aquellos actos de

tancia implica, por tanto, una revolución en el paradigma penal y político-criminal, fundamentalmente en términos de tipificación, fenómeno que, si bien no podemos analizar en estas líneas por cuestiones de espacio, plantea interesantes líneas de investigación susceptibles de un estudio pormenorizado¹²⁷.

3. Conclusiones: el *deepfake* como revolución tecnológica, criminológica y político criminal. La necesidad de cambiar de perspectiva

Como colofón a este sucinto análisis de los sistemas *deepfake* desde una perspectiva criminológica, resulta obligado resaltar en este punto que los riesgos generados por el uso malicioso de estas nuevas formas de Inteligencia Artificial no pueden ser observados como compartimentos estancos, sino como en una suerte de «cascada»¹²⁸. De este modo, los perjuicios generados a un individuo pueden resultar extrapolables a un grupo determinado y, en última instancia, verse afectado el todo social en su conjunto.

Así las cosas, a modo de ejemplo cabe destacar uno de los casos que fueron abordados someramente y que guarda una estrecha relación con nuestra disciplina, a saber, con el Derecho Penal en sus dimensiones sustantiva y procesal. En este sentido, la manipulación de un vídeo empleando tecnología *deepfake* en el que aparezca un sujeto realizando un acto determinado o reproduciendo un discurso que nunca se llegaron a producir, tiene para esa persona, importantes implicaciones; en primer lugar, en términos personales, en la medida en que se produce un daño a su integridad moral, traducidos en términos de pérdida de reputación entre otros perjuicios, a lo que debe adicionarse los perjuicios económicos, ya que existen elevadas posibilidades de que pueda ser víctima de delitos que impliquen una pérdida patrimonial, como las extorsiones.

Por su parte, en los casos en los que este material se constituya como prueba para la celebración de un juicio, se genera un importante riesgo para los operadores jurídicos que deben dedicar tiempo, dinero y esfuerzo en la detección de unas manipulaciones cada vez más sofisticadas. Así las cosas, cabe la posibilidad de que este engaño pase inadvertido para los profesionales del Derecho, produciéndose una devaluación del sistema de justicia por los ciudadanos, al considerarse como un mecanismo de fácil subversión. Así, el potencial lesivo de estas tecnologías no se limita a las personas anónimas alcanzando a personas que gozan de un determinado reconocimiento social, como sucede en el caso de los CEO o representantes políticos. Adicionalmente, los fenómenos estudiados durante este estudio como el *fraude del CEO* o las noticias falsas socavan de forma notoria importantes esferas sociales, como el mercado de valores o el sistema político respectivamente. Amén de estos efectos, cabe subrayar los riesgos que suponen para las democracias actuales el estado de desinformación generado por la viralización de las fake news, tendencia que condiciona en cierta medida la composición parlamentaria y determinan, en cierta medida, las políticas públicas que se generen e implementen en el medio-largo plazo.

creación o distribución de contenido sexual no consentido, sea pornográfico o no —p.ej. subida a Internet de una violación grupal—.

127 LUCAS, K.T.: «Deepfakes and Domestic Violence...», *op. cit.* p. 20.

128 VAN HUIJSTEE, M., VAN BOHEEMEN, P., DAS, D., NIERLING, L, JAHNEL, J., KARABOGA, M. y FATUN, M.: «*Tackling deepfakes...*» *op. cit.* p.16.

En este sentido, habida cuenta de los perjudiciales efectos que estas prácticas pueden producir en la ciudadanía, entendida como sujetos individuales y también como ente colectivo, se han elaborado textos legales tanto a nivel comunitario como nacional relativos a esta materia. Sin embargo, aunque de estos cuerpos normativos también resulta predicable la consigna de que las leyes siempre se encuentran varios «pasos por detrás» de los avances sociales, de su contenido se desprende la adaptación del marco normativo a esta rama de la Inteligencia Artificial.

Así las cosas, por un lado, el plan de acción contra la desinformación elaborado por el Parlamento Europeo en el año 2018 —el cual se traduce en España en la vigencia de la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional— y el Plan de acción Europeo para la democracia aprobado en diciembre de 2020 revelan la tendencia a identificar el empleo perjudicial del *deepfake* con las dinámicas de desinformación provocadas por las manipulaciones informativas y los riesgos asociados a las mismas. Estos principios constituyen asimismo la orientación principal de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital, mediante la cual se insta a la Comisión a tomar medidas contra las *fake news*. Sin embargo, existen otros textos que, si bien no abordan los *deepfakes* de manera expresa, tratan cuestiones que pueden ser aplicadas a esta materia en términos de buenas prácticas, tales como la transparencia en el uso de algoritmos, principios recogidos en la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2018, sobre pluralismo y libertad de los medios de comunicación en la Unión Europea. Asimismo, exigencias relativas a la identificación de aquellas empresas dedicadas a la producción de *deepfakes* o videos sintéticos se recogen en otros cuerpos legislativos comunitarios como la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica. Con carácter adicional, las regulaciones tuitivas de carácter general en materia de datos personales, de la propia imagen¹²⁹, de la protección de la propiedad industrial e intelectual y de la distribución de contenido audiovisual —Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales del año 2018— completan el crisol normativo en materia de *deepfake*.

Sin embargo, habrá que esperar hasta mayo de 2021 para encontrar una resolución en la que específicamente se aborde el fenómeno del *deepfake*. Así, nos referimos a la resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la inteligencia artificial en los sectores educativo, cultural y audiovisual, en la cual se cataloga por vez primera como una amenaza, si bien se plantea adicionalmente como un mecanismo útil que, utilizado de forma correcta, puede ayudar a la detección de estas manipulaciones.

No obstante, todavía queda mucho camino por recorrer en esta materia, ya que el legislador comunitario nuevamente se limita a la aplicación del *deepfake* al ámbito político, obviando otras realidades que, pese a no ser recogidas en ningún cuerpo normativo, dejan de ser por ellos menos lesivas. Hemos puesto el acento sobre algunas de ellas a lo largo de todo este trabajo, pero no podemos dejar de realizar una especial mención en estas líneas sobre la producción de pornografía basada en métodos *deepfake* debido al importante componente de género subyacente a estas conductas, al ser las mujeres las principales afectadas por este tipo de conductas, con independencia de su condición social, económica o la posición que represente en la sociedad. Así las cosas, la elaboración y distribución de contenido pornográfico falso protagonizado por mujeres supone un ataque directo a su integridad psíquica y autonomía, desautorizando a las mujeres y cuestionando, por tanto, su posición como

129 Esta prerrogativa se encuentra asimismo reconocida como derecho en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

sujeto de derechos tan relevantes como la dignidad o la propia imagen, prerrogativas reconocidas como Derechos Fundamentales en nuestra Constitución de 1978.

En consecuencia, resulta evidente la necesidad de elaborar políticas públicas en el ámbito español destinadas a prevenir este tipo de conductas y paliar sus consecuencias cuando estas se hayan producido. Por tanto, se infiere de lo expuesto la consideración de la política criminal como clave de bóveda en el abordaje de los usos lesivos del *deepfake*, si bien es cierto que precisa de la comunión con otras disciplinas estrechamente vinculadas con esta rama de la inteligencia artificial, tales como la ciberseguridad con el objetivo de proporcionar respuestas eficaces y eficientes a este fenómeno. Habida cuenta de la incidencia de este fenómeno, instituciones nacionales como INCIBE – Instituto Nacional de Ciberseguridad de España – han elaborado sus propios planes de prevención para empresas y usuarios contra estas aplicaciones de *deepfake*, de forma similar a las políticas «Zero Trust» establecidas por las principales compañías de comunicación relativas a la eliminación de contenido falso de sus plataformas, soluciones adecuadas pero que resultan insuficientes en el abordaje de la problemática.

En este sentido, la mención de la política criminal conduce de forma cuasi inexorable inevitable al debate sobre la punición de estas conductas, dinámica que constituye una de las notas definitorias del modelo de seguridad ciudadana en el que nos hallamos inmersos actualmente. Por consiguiente, se debe instar a la realización de informes de viabilidad –en los que el enfoque de género resulta preceptivo– sobre la necesidad de punición de estas conductas; en estos trabajos debe ocupar un lugar destacado la reflexión sobre la necesidad de incardinar estos actos como un tipo penal autónomo habida cuenta de la redimensión que con el *deepfake* toman determinados tipos penales como el acoso o la distribución de contenido pornográfico, especialmente para las mujeres. En el supuesto de que estos informes arrojasen un resultado positivo, supondría la consolidación de una nueva tendencia: la Inteligencia Artificial ha venido para quedarse también en el Código Penal, presentándose el *deepfake* como herramienta (re)generadora de la delincuencia.

4. Referencias bibliográficas

- ADJER, H., PATRINI, G., CAVALLI, F. y CULLEN, L.:** «The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact», *Deeptrace*, septiembre 2019.
- ALPAYDIN, E.:** *Introduction to Machine Learning (Adaptive Computation and Machine Learning Series)*, MIT Press, Londres, 2010.
- BARTNECK, C., LÜTGE, C., WAGNER, A. y WELSH, S.:** «What Is AI?». En BARTNECK, C., LÜTGE, C., WAGNER, A., WELSH, S. (dirs.). *An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. Springer, Cham, 2021, pp. 5-16. https://doi.org/10.1007/978-3-030-51110-4_2.
- BASHEER, I.A. and HAJMEER, M.:** «Artificial Neural Networks: Fundamentals, Computing, Design, and Application». *Journal of Microbiological Methods*, 2000, núm. 43, pp. 3-31. [http://dx.doi.org/10.1016/S0167-7012\(00\)00201-3](http://dx.doi.org/10.1016/S0167-7012(00)00201-3).
- BOUCHER, P.:** *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?*, European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2020.
- BOTHA, J.G., y PIETERSE, H.:** «Fake news and deepfakes: A dangerous threat for 21st century information security.» Proceedings of the 15th International Conference on Cyber Warfare and Security, Norfolk, Virginia, 12-13 March 2020 (2020): <http://hdl.handle.net/10204/11946>

- BUO, S.A.:** The emerging threats of deepfake attacks and countermeasures. *arXiv pre-print arXiv:2012.07989*, 2020. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.23089.81762>
- BUTTON, M., McNAUGHTON NICHOLLS, C., KERR, J. y OWEN, R.:** Online frauds: «Learning from victims why they fall for these scams», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2014, Vol. 47, núm. 3, pp. 391-408.
- DELIPETREV, B., TSINARAKII, C. y KOSTIĆ., U.:** «Historical Evolution of Artificial Intelligence», EUR 30221 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-18940-4, doi:10.2760/801580, JRC120469
- DI FRANCO, G., y SANTURRO, M.:** «Machine learning, artificial neural networks and social research». *Quality & Quantity*, 2021, núm. 55, pp. 1007-1025. <https://doi.org/10.1007/s11135-020-01037-y>
- DU, M., PENTYALA, S.K., LI, Y. y HU, X.:** «Towards Generalizable Deepfake Detection with Locality-aware AutoEncoder». En D'AQUIN, M., DIETZE, S., HAUFF, C., CURRY, E., y CUDRÉ-MAUROUX, P. (eds.). *CIKM '20: The 29th ACM International Conference on Information and Knowledge Management*, Virtual Event, Ireland, October 19-23, 2020. pp. 325-334, ACM, 2020. <https://doi.org/10.1145/3340531.3411892>
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (cyber division):** *Private Industry notification*, 2021. <https://s3.documentcloud.org/documents/20509703/fbipin-3102021.pdf>
- FERRARO, M.F.:** «Disinformation Dangers: Fake Narratives and Deepfakes Pose Rising Risks to Business», *Corporate Counsel*, the business magazine for in-house counsel, 13 de diciembre de 2021. <https://www.law.com/corpocounsel/2021/12/13/disinformation-dangers-fake-narratives-and-deepfakes-pose-rising-risks-to-business/?sreturn=20220731104830>
- FIKSE, T.D.:** *Imagining Deceptive Deepfakes: An ethnographic exploration of fake videos* [Trabajo Fin de Máster], Universidad de Oslo, defendido el 29 de octubre de 2018.
- FRAGA-LAMAS, P. y FERNÁNDEZ-CARAMÉS, T.M.:** «Fake news, disinformation, and deepfakes: Leveraging distributed ledger technologies and blockchain to combat digital deception and counterfeit reality». *IT Professional*, 2020, vol. 22, núm. 2, p. 53-59.
- HAENLEIN, M, KAPLEAN, A.:** «A Brief History of Artificial Intelligence: On the Past, Present, and Future of Artificial Intelligence» *California Management Review*, 2019, vol. 61, núm. pp. 5-14. <https://doi.org/10.1177/0008125619864925>
- HAMILTON, I.A.:** «A huge fake-nude Telegram operation shows the big threat posed by deepfakes is revenge porn, not disinformation». *Insider*, 21 de octubre de 2020. <https://www.businessinsider.com/deepfake-nude-revenge-porn-telegram-bot-2020-10?r=US&IR=T>
- HASAN, H.R. y SALAH, K.:** «Combating Deepfake Videos Using Blockchain and Smart Contracts», in *IEEE Access*, 2019, vol. 7, pp. 41596-41606, doi: 10.1109/ACCESS.2019.2905689.
- HAYKIN, S.:** *Neural Networks and Learning Machines*, 3.ª edición, Pearson, Nueva Jersey, 2009.
- HORDRI, N.F., YUHANIZ, S.S., y SHAMSUDDIN, S.M.:** «Deep Learning and Its Applications: A Review», Conferencia: *Postgraduate Annual Research on Informatics Seminar* en la Universidad Tecnológica de Malasia, Kuala Lumpur, 2016.

- JIN, W.:** «Research on Machine Learning and Its Algorithms and Development», *Journal of Physics: Conference Series*, 2020, núm. 1544, pp. 1-6. doi:10.1088/1742-6596/1544/1/012003
- ŁAWRYNOWICZ, A. y TRESP, V.:** «Introducing Machine Learning» En J. Lehmann y J. Völker (eds.) *Perspectives on ontology learning*, los Press, Amsterdam, 2014, pp. 35-50.
- LECUN, Y., BENGIO, Y. y HINTON, G.:** «Deep Learning», *Nature*, 2015, núm. 521, pp. 436-444.
- LUCAS, K.T.:** «Deepfakes and Domestic Violence: Perpetrating Intimate Partner Abuse Using Video Technology», *Victims & Offenders, An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*, 2022, vol. 17, núm. 5, pp. 647-659, doi:10.1080/15564886.2022.2036656.
- LYU, S.:** «Deepfake detection: Current challenges and next steps», en *2020 IEEE international conference on multimedia & expo workshops (ICMEW)*. p. 1-6.
- MAKSUTOV, A.A., MOROZOV, V.O., LAVRENOV, A.A. y SMIRNOV, A.S.:** «Methods of Deepfake Detection Based on Machine Learning». *2020 IEEE Conference of Russian Young Researchers in Electrical and Electronic Engineering (EIConRus)*, pp. 408-411, 2020.
- MCCARTHY, J., MINSKY, M.L., ROCHESTER, N. y SHANNON, C.E.:** A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine*, vol. 27, núm. 4, 2006, pp. 1-12. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>.
- MCGLYNN, C. y RACKLEY, R.:** «Image-Based sexual abuse», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, núm.3, 2017. doi:10.1093/ojls/gqw033
- PADIAL, J.J.:** «Técnicas de programación “Deep learning: ¿simulacro O realización Artificial de La Inteligencia?»». *Naturaleza y Libertad. Revista de Estudios Interdisciplinarios*, 2019, núm. 12. <https://doi.org/10.24310/NATyLIB.2019.v0i12.6274>.
- PANETTA, K.:** *Gartner Top Strategic Predictions for 2018 and Beyond*. Gartner, Stamford, EEUU, 2019. <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-strategic-predictions-for-2018-and-beyond>
- PONCE GALLEGOS, J.C. y TORRES SOTO, A.:** «Introducción y antecedentes de la Inteligencia Artificial». En PONCE GALLEGOS, J.L, TORRES SOTO, A., QUEZADA AGUILERA, F.S., SILVA SPROCK, A., MARTÍNEZ FLOR, E.U., CASALI, A., SCHEIHING, E., TÚPAC VALDIVIA, Y.J, TORRES SOTO, M. D., Ornelas ZAPATA, F.J.,; HERNÁNDEZ, J.A., ZAVALA, C., VAKHNIYA, N., PEDREÑO, O. (dirs.), *Inteligencia Artificial*, Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos (LATin), 2014, pp. 15-32.
- POOLE, D.L. y MACKWORTH, A.L.:** *Artificial Intelligence. Foundations of computational agents*, 1.ª edición, Cambridge, Reino Unido, 2017.
- RUSSEL, S.J. y NORVING, P.:** *Artificial Intelligence: A modern approach*, 4.ª edición, Pearson, EEUU, 2021.
- SAMOILI, S., LÓPEZ COBO, M., GÓMEZ, E., DE PRATO, G., MARTÍNEZ-PLUMED, F., y DELIPETREV, B.:** *AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, EUR 30117 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-17045-7, doi:10.2760/382730, JRC118163

- SMOLA A.** y **VISHWANATHAN, S.V.N.:** *Introduction to Machine Learning*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2008.
- SORIANO RUIZ, N.:** «Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019, núm. 4, pp. 1-21.
- STUPP, C.:** «Fraudsters Used AI to Mimic CEO's Voice in Unusual Cybercrime Case», *The Wall Street Journal*, 30 de Agosto de 2019. <https://www.wsj.com/articles/fraudsters-use-ai-to-mimic-ceos-voice-in-unusual-cybercrime-case-11567157402>
- TREND MICRO RESEARCH.:** *Malicious Uses and Abuses of Artificial Intelligence*, 2020, https://documents.trendmicro.com/assets/white_papers/wp-malicious-uses-and-abuses-of-artificial-intelligence.pdf
- VACCARI, C.** y **CHADWICK, A.:** «Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News» *Social Media+ Society*, 2020, vol.6, núm. 1, pp.1-13. Doi:10.1177/2056305120903408journals.sagepub.com/home/sms
- VAN HUIJSTEE, M., VAN BOHEEMEN, P., DAS, D., NIERLING, L, JAHNEL, J., KARABOGA, M.** y **FATUN, M.:** *Tackling deepfakes in European policy*, European Parliamentary Research Service, 2021.
- VARGAS, R., MOSAVI, A.** y **RUIZ, L.:** «Deep Learning: A Review», *Advances in Intelligent Systems and Computing*, 2017, pp. 3-11. https://www.researchgate.net/publication/318447392_DEEP_LEARNING_A_REVIEW
- WASUKAR, A.R.:** «Artificial Neural Network - An Important Asset for Future Computing», *International Journal For Research In Emerging Science And Technology*, 2014, vol. 1, núm.1, pp. 28-34.
- WESTERLUND, M.:** «The Emergence of Deepfake Technology: A Review». *Technology Innovation Management Review*, 2019, vol. 9, núm. 11, pp. 40-53. <http://doi.org/10.22215/timreview/1282>

SOBRE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA TRATA DE SERES HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA AL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Ana María Vicario Pérez
Contratada Predoctoral FPU
Universidad de Burgos

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La criminalidad organizada en el punto de mira del legislador europeo. 2. La trata de seres humanos en el seno de la criminalidad organizada. Respuesta legislativa. 3. Normativa europea en materia de protección de derechos de las víctimas de trata y necesidad de identificación de la víctima. 4. Inteligencia artificial y delito de trata: identificación de las víctimas y condicionantes de su valor probatorio. 4.1. El uso de la IA en la identificación de las víctimas de trata. 4.2. El valor probatorio de la identificación de las víctimas de trata por medio de IA. 5. Reflexión final. 6. Bibliografía.

0. Introducción

La trata de seres humanos se presenta como uno de los ejemplos paradigmáticos de la dimensión transfronteriza de la criminalidad. Baste con remitirse al informe SOCTA 2021 «La amenaza de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea»¹, de la Europol, para constatar que la trata de seres humanos constituye una clara amenaza para la seguridad de la Unión, afectando a todos los Estados miembros y presentándose como una de las prioridades en la lucha contra el crimen organizado, de conformidad también con las previsiones de la Plataforma europea multidisciplinar contra las amenazas criminales (EMPACT, por sus siglas en inglés), para el periodo 2022-2025².

1 «*EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*» (SOCTA). Puede consultarse en https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/socta2021_1.pdf (última consulta 12/7/2022).

2 «*EMPACT 2022+ Fighting crime together*», visto en <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/eu-policy-cycle-empact> (última consulta 12/7/2022).

En efecto, nos encontramos ante uno de los ilícitos penales en los que con mayor facilidad se aprecia la extralimitación de los elementos constitutivos del tipo al territorio de varios Estados lo que, unido a su estrecha vinculación con la criminalidad organizada y la especial vulnerabilidad de las víctimas objeto de la misma, determina la acuciante necesidad de conformar un marco legislativo que permita abordar no sólo la prevención y represión conjunta de este fenómeno delictivo, sino la conformación de un estatuto procesal de las víctimas que aseguren el máximo respeto de sus derechos con independencia del concreto país en que finalmente se lleve a cabo el enjuiciamiento.

El presente trabajo tendrá por objeto el análisis de la relación existente entre la criminalidad organizada y el delito de trata de seres humanos, así como las previsiones que en relación con este último han sido adoptadas por el legislador europeo en vistas a la conformación de un estatuto procesal de las víctimas. Junto con ello, se analizará la relevancia de la inteligencia artificial en cuanto que tecnología disruptiva que puede jugar un papel determinante en la identificación de las víctimas del delito y, por consiguiente, en la protección de las mismas y la atribución de los derechos que les corresponden.

Con este propósito, en primer lugar se abordarán las normas tanto comunitarias como supracomunitarias en materia de lucha contra la criminalidad organizada, cuales son la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, adoptada en Palermo en 2000³, y la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada⁴. Asimismo se examinarán las restantes normas europeas de aproximación legislativa sustantiva de distintos tipos penales, en aras de detallar la específica previsión de las mismas a la comisión de los delitos por parte de organizaciones criminales.

En segundo lugar, nos centraremos en el delito de trata de seres humanos, señalando la correlación existente entre su existencia y el número de casos cuya comisión se atribuye a organizaciones delictivas. A estos efectos, tomando como marco de referencia la aprobación en el año 2000 del primer instrumento internacional en materia de protección integral de las víctimas de trata (Protocolo de Palermo de 2000⁵), así como el Convenio n.º 197 de Varsovia sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005⁶, la Unión Europea aprobó la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, sustituida en la actualidad por la vigente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo⁷.

3 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (Palermo, 17 de diciembre de 2000). Visto en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> pp. 5-42, (última consulta 24/6/2022).

4 DOUE núm. L 300, de 11 de noviembre de 2008, pp. 42-45.

5 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Visto en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> pp. 43-54 (última consulta 20/6/2022).

6 Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, visto en su Instrumento de ratificación por España en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf> (última consulta 22/6/2022).

7 DOUE núm. L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1-11.

A renglón seguido, dedicaremos el siguiente apartado del estudio a la disección de las garantías procesales que las normas europeas ofrecen a quienes se les reconozca la consideración de víctimas de trata (lo cual, como se verá, no está exento de problemática), para lo que nos detendremos en el articulado a estos efectos dispuesto por la Directiva 2011/36/UE, así como por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo⁸. El punto central será la apreciación del enfoque victimológico de las garantías procesales y medidas de protección previstas, que no habrán de hacerse depender de la participación activa del sujeto pasivo del delito en el proceso.

En fin, el último apartado tendrá por finalidad desgranar la utilidad de la inteligencia artificial en la eficiente identificación de las víctimas de trata, ejemplificada a través de instrumentos ya empleados en la actualidad. De igual forma, se abordará la posibilidad de que las evidencias obtenidas por esta vía puedan dar lugar a la incoación de un proceso penal en el que se garanticen los derechos procesales de ambas partes.

1. La criminalidad organizada en el punto de mira del legislador europeo

La lucha contra la delincuencia o criminalidad organizada es sin lugar a dudas uno de los objetivos primordiales de los legisladores tanto nacionales como supranacionales. La delincuencia individual clásica ha dejado paso a nuevas formas de comportamiento criminal en las que la pertenencia a un grupo, unida a las constantes transformaciones de índole social, política, tecnológica y jurídica⁹, dificultan sobremanera su perseguibilidad y el afrontamiento de su repercusión¹⁰, en un contexto en el que las conductas individuales se difuminan en un entramado organizativo configurado como un auténtico tejido empresarial de la delincuencia¹¹.

Es por ello que este fenómeno delictivo¹² no puede ser única y exclusivamente comprendido desde un marco interno, habida cuenta la globalización social y económica ha provocado una innegable extensión de su existencia, así como de sus consecuencias, a una esfera internacional que requiere de la actuación conjunta de

8 DOUE núm. L 315, de 14 de noviembre de 2012, pp. 57-73.

9 MORILLAS CUEVA, L.: «Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.): *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 39-77, esp. p. 41.

10 ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas», *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 86, 2016, pp. 62-114.

11 ALARCÓN JIMÉNEZ, O.: «La aportación del Consejo de Europa en la lucha contra el crimen organizado transnacional», en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (dirs.): *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 95-107, esp. p. 96.

12 Fenómeno que, sin embargo, no es en absoluto nuevo por cuanto se refiere a la esfera meramente nacional, que en el s. XXI ha dado el salto al ámbito internacional de la mano de las nuevas posibilidades científico-técnicas. VEGA AGREDANO, F.: «La consolidación de la delincuencia organizada transnacional», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 37, 2022, pp. 1-48, esp. p. 5.

los países implicados¹³. Resultan destacables en este sentido las manifestaciones comprendidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, adoptada en Palermo en 2000 (en adelante Convención de Palermo), conforme a la cual, «(s)i la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas»¹⁴. Junto con ello, la propia Convención ofrece las notas definitorias de lo que debe entenderse por concepto de criminalidad organizada transnacional, cuales son la pluralidad de partícipes en la actuación delictiva¹⁵, la pretendida permanencia temporal de la organización, la comisión de delitos predominantemente graves y la obtención de beneficios de naturaleza económica¹⁶.

Se precisa así de una adaptación del Derecho Penal¹⁷ que, superando las tradicionales reticencias nacionales a ceder parte de su soberanía en materia de *ius puniendi*,

13 Como señala MORILLAS CUEVA, «no caben únicamente respuestas nacionales, aunque se plateen coordinadas con otros países, pues, en muchos casos, esto supone solo una traslación de los problemas de un país a otro; es preciso (...) un planteamiento global, amparado por instituciones internacionales». MORILLAS CUEVA, L.: «Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales», *op. cit.*, esp. p. 40. En el mismo sentido se pronuncian SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. y BLANCO CORDERO, I., «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista penal*, núm. 6, 2000, pp. 3-14.

14 Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (Palermo, 17 de diciembre de 2000). En clave española reseñamos la «Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (2019-2023)», (Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave – BOE de 22 de febrero de 2019, pp. 17048 – 17074), afirmándose que «se precisa de una visión integral que dé una respuesta global que involucre a todos los operadores públicos de seguridad, al estar difuminados los límites entre la seguridad exterior e interior de las naciones. Así, desafíos como los flujos migratorios irregulares, la inestabilidad económica y financiera, las emergencias y catástrofes, las epidemias y pandemias y los efectos del cambio climático, traspasan fronteras e invaden espacios comunes globales a toda la comunidad internacional, rompiendo esa disyuntiva entre ámbito territorial interno y externo».

15 Lógicamente, no toda actuación conjunta de dos o más personas tendrá la consideración de grupo criminal organizado. Tratando de homogeneizar esta definición, nos remitimos al «Informe de la reunión de la Red de contacto y apoyo, relativo al desarrollo del informe de situación sobre la delincuencia organizada en la UE (23 y 24 de enero de 2001)», que establece como indicadores: «1. Colaboración de más de dos personas. 2. Reparto específico de tareas. 3. Actuación prolongada o indefinida en el tiempo 4. Uso de algún tipo de disciplina o control interno. 5. Comisión de delitos graves. 6. Extensión de la actividad al ámbito internacional. 7. Uso de la violencia. 8. Uso de estructuras económicas o comerciales. 9. Implicación en el blanqueo de capitales. 10. Uso de influencia o corrupción. 11. Búsqueda de beneficios o poder» (Documento 6204/2/97 Enfopol 35, rev 2 de EUROPOL).

16 VEGA AGREDANO, F.: «La consolidación de la delincuencia organizada transnacional», *op. cit.* p. 3.

17 Sobre este particular véase QUINTERO OLIVARES, G.: «La globalización y el Derecho Penal: un cajón de sastre conceptual», en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (dirs.):

permita conformar un armazón legislativo comunitario en aras de una mayor efectividad en la represión de la criminalidad organizada y globalizada, en cuanto que amenaza sin parangón al Estado de Derecho, a las estructuras sociales y económicas y a los derechos y libertades individuales¹⁸.

En la Convención de Palermo, la ONU da ya una primera visión de los delitos en torno a los cuales la delincuencia organizada encuentra su principal campo de actuación, circunscribiendo su ámbito material de aplicación a dos grandes grupos de conductas. Por un lado, los delitos de participación en grupo organizado, blanqueo del producto del delito, corrupción y obstrucción a la justicia; por otro lado, los delitos acometidos por grupos delictivos organizados y que presenten carácter transnacional (art. 3, en relación con los arts. 5, 6, 8 y 23 Convención de Palermo). Vemos por tanto que, pese a la tradicional vinculación de la delincuencia organizada con los delitos de contenido estrictamente económico, la Convención da paso a la consideración como conductas dignas de represión a todas aquellas que sean subsumibles a la categoría de delitos graves, en tanto en cuanto impere en su comisión la nota de la internacionalidad¹⁹ y sin que sea requisito la afectación a un bien jurídico protegido patrimonial, delitos entre los que, como veremos, la trata de seres humanos preocupa especialmente.

En el marco legislativo de la Unión Europea, la lucha contra la delincuencia organizada ha destacado siempre por su presencia. El paso más importante lo constituyó el Tratado de Ámsterdam, por el cual se modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE)²⁰ para la incorporación del «*Título VI - Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*». De entre su articulado destacamos ahora los arts. 29, 31.1.e) y 34.2.b), en los que ya se presenta como objetivo básico de la Unión «*la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude*», para lo cual será necesaria la configuración de un escenario de cooperación entre las autoridades judiciales y policiales de los Estados miembros, así como de aproximación de las normas de los diferentes países mediante la «*adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas*»²¹. Así, tuvo lugar

Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 19-32, esp. pp. 27-31.

- 18 ALARCÓN JIMÉNEZ, O.: «La aportación del Consejo de Europa en la lucha contra el crimen organizado transnacional», *op. cit.* p. 96.
- 19 A estos efectos se considera un delito como transnacional si: «a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado» (art. 3.2 Convención de Palermo).
- 20 Véase Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DOCE núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-144, en especial apartados K1 y ss.
- 21 Tales previsiones fueron objeto de ampliación por el posterior Consejo de Viena de 1998, en el que se ampliaron las materias penales susceptibles de armonización y cuya Conclusión 84 viene a señalar que «*El Consejo Europeo ha hecho un llamamiento para que se preste especial atención a la creación de un espacio judicial europeo, de conformidad con el Tratado de Ámsterdam y dotado de los necesarios instrumentos para una cooperación*

la adopción de la Acción Común 98/773/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea²².

En el Consejo Europeo de Tampere (1999) se contempla igualmente la delincuencia organizada como uno de los más acuciantes problemas en la seguridad del conjunto de la Unión, aduciendo a la necesidad de reforzar la cooperación judicial penal en este sentido²³. Se propicia además la creación en el año 2002, por medio del Tratado de Niza, de la oficina EUROJUST como instrumento básico de cooperación entre autoridades judiciales, al tiempo que se impulsan las investigaciones atinentes a delincuencia organizada²⁴. Resulta igualmente destacable el «Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», que se plantea como objetivo fundamental la lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza, precisando que «*El Consejo Europeo celebra el desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada transfronteriza en la UE y pide al Consejo y la Comisión que desarrollen más este concepto y lo hagan operativo, conjuntamente con otros socios como Europol, Eurojust, la Unidad operativa de jefes de policía, la Red europea de prevención de la delincuencia y la Escuela Europea de Policía*»²⁵. En fin, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada» (2005)²⁶ presenta como metas a conseguir el mejor conocimiento de la criminalidad organizada de cara a su prevención, así como el refuerzo de la cooperación en la investigación y represión.

judicial y policial eficaz, en particular en el espacio de Schengen, así como a la continuación del desarrollo del papel de Europol como herramienta operativa para que los Estados miembros luchan contra la delincuencia organizada y desarrollen una estrategia global sobre la migración». Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998. Visto en https://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm (última consulta 20/6/2022).

- 22 DOCE núm. L 351, de 29 de diciembre de 1998, pp. 1-2.
- 23 Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Visto en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b (última consulta 20/6/2022). En concreto, Conclusión 40: «*El Consejo Europeo está firmemente resuelto a que se refuerce la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional grave. El alto nivel de seguridad en el espacio de libertad, seguridad y justicia presupone un enfoque eficaz y exhaustivo en la lucha contra todas las formas de delincuencia. Debe lograrse un desarrollo equilibrado de medidas a escala de la Unión contra la delincuencia, protegiendo al mismo tiempo la libertad y los derechos jurídicos de las personas y de los agentes económicos*».
- 24 Conclusión 46 del Consejo Europeo de Tampere: «*Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) (...). La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias*» y art. 1.8 Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, por el que se modifica el art. 31 TUE (DOCE núm. C 80, de 10 de marzo de 2001, pp. 1-87).
- 25 DOUE núm. C 53, de 3 de marzo de 2005, pp. 1-14.
- 26 Bruselas, 2.6.2005 COM(2005) 232 final, visto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0232&from=ES> (última consulta 20/6/2022).

Con el Tratado de Lisboa tiene lugar la consolidación definitiva de la cooperación judicial penal, dejando atrás el antiguo modelo de asistencia judicial para dar paso a uno nuevo basado en el reconocimiento mutuo²⁷ (que por lo demás ya había sido reconocido como «piedra angular» de la cooperación judicial en Tampere)²⁸, siendo en adelante, en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, el art. 83.1 TFUE el que sirve de base jurídica para la adopción de instrumentos legislativos en materia de aproximación sustantiva de los delitos y sanciones previstos en los EEMM. Este precepto alude en un sentido similar a la adopción de «*normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes*»²⁹, señalando como ámbito delictivo cumplidor de sendas notas de gravedad y transnacionalidad, entre otros, a la delincuencia organizada³⁰.

Es este contexto y bajo la referida base jurídica anterior a Lisboa que tuvo lugar la aprobación de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, por la cual queda derogada la Acción Común 98/733/JAI. Esta norma articula los tipos delictivos, así como un sistema de sanciones atribuible a conductas relacionadas con organizaciones criminales, incluyéndose la participación consciente en la actividad delictiva y el acuerdo de dos o más personas para la comisión de los delitos tipificados por la Decisión Marco³¹. El legislador europeo no ofrece sin embargo en esta Decisión Marco una relación de delitos susceptibles de ser cometidos por organizaciones delictivas, siendo las normas atinentes a cada tipo penal las encargadas de recoger las correspondientes previsiones sobre la atribución del delito de que se trate a una de estas organizaciones, lo cual se considera como una circunstancia agravante de la pena establecida para las personas físicas.

-
- 27 Más ampliamente, DE HOYOS SANCHO, M.: «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, 2005, pp. 807-842; FICHERA, M. y JANSSENS, C., “Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the role of national Judie”, *ERA Forum*, núm. 2, 2007, pp. 177-202; JIMENO BULNES, M., «Perspectiva de la orden europea de detención y entrega: el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación judicial en la Unión Europea», en LADRÓN DE GUEVARA, J.L. (coord.), *La cooperación judicial entre España e Italia. La Orden Europea de Detención y Entrega en la ejecución de sentencias penales*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2017, pp. 5-33.
- 28 En profundidad sobre los cambios operados por el Tratado de Lisboa, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «Implicaciones del Tratado de Lisboa en la lucha contra la delincuencia organizada», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, pp. 1-36, esp. pp. 6-15.
- 29 DOUE núm. C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 1-154.
- 30 En relación a la dimensión internacional, señala CORRAL MARAVER que «*interpretar que la transnacionalidad delictiva consiste simplemente en que la UE encuentre necesario atajar determinados delitos de forma más armonizada puede provocar que opte por hacerlo, por ejemplo, solo para permitir mejoras en la cooperación de autoridades nacionales o para reafirmar valores relevantes para la propia UE*», debiendo atenderse de igual forma al carácter internacional de las consecuencias de los delitos cometidos. CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 89. En el mismo sentido ASP, P., *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Jure, Estocolmo, 2012, p. 86
- 31 Véase SANZ HERMIDA, A.M.: «Lucha contra la delincuencia organizada: la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009, pp. 1-6, esp. p. 2.

HECHO DELICTIVO	NORMA	REFERENCIA A COMISIÓN POR ORGANIZACIONES DELICTIVAS
Terrorismo	Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo ³²	<p>Artículo 2 - Definiciones</p> <p><i>«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por (...) «grupo terrorista»: toda organización estructurada de más de dos personas establecida por cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo; entendiéndose por «organización estructurada»: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada».</i></p> <p>Artículo 4 - Delitos relacionados con un grupo terrorista</p> <p><i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen como delito, cuando se cometan intencionadamente, los actos que figuran a continuación: a) dirección de un grupo terrorista; b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista».</i></p>
Trata de seres humanos	Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo ³³	<p>Artículo 4.2 - Penas</p> <p><i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción: (...) b) se cometió en el marco de una organización delictiva a tenor de lo dispuesto en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada».</i></p>

32 DOUE núm. L 88, de 31 de marzo de 2017, pp. 6-21.

33 DOUE núm. L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1-11.

HECHO DELICTIVO	NORMA	REFERENCIA A COMISIÓN POR ORGANIZACIONES DELICTIVAS
Explotación sexual de menores y pornografía infantil	Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo ³⁴	Artículo 9 - Circunstancias agravantes <i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, las circunstancias siguientes, siempre que no formen parte de los elementos constitutivos de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, puedan ser consideradas como circunstancias que agravan la responsabilidad de tales infracciones: (...) d) que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada».</i>
Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas	Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas ³⁵	Artículo 4.3 - Sanciones <i>«Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los delitos contemplados en el apartado anterior se castigan con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea».</i>
Corrupción	Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado ³⁶	

34 DOUE núm. L 335, de 17 de diciembre de 2011, pp. 1-14.

35 DOUE núm. L 335, de 11 de noviembre de 2004, pp. 8-11.

36 DOUE núm. L 192, de 31 de julio de 2003, pp. 54-56.

HECHO DELICTIVO	NORMA	REFERENCIA A COMISIÓN POR ORGANIZACIONES DELICTIVAS
Fraude	Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal ³⁷	Artículo 8 - Circunstancia agravante <i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando una de las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 o 5 se cometa en el seno de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI, ello se considere circunstancia agravante».</i>
Blanqueo	Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal ³⁸	Artículo 6 - Circunstancias agravantes <i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en relación con las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5 y el artículo 4, se consideren como agravantes las circunstancias siguientes: a) que el delito se haya cometido en el marco de una organización delictiva en el sentido de la Decisión marco 2008/841/JAI».</i>
Falsificación de moneda	Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo ³⁹	

37 DOUE núm. L 198, de 28 de julio de 2017, pp. 29-41.

38 DOUE núm. L 284, de 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.

39 DOUE núm. L 151, de 21 de mayo de 2014, pp. 1-8.

HECHO DELICTIVO	NORMA	REFERENCIA A COMISIÓN POR ORGANIZACIONES DELICTIVAS
Delitos informáticos	Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo ⁴⁰	Artículo 9.4 - Sanciones <i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 4 y 5 se castiguen con una sanción máxima de privación de libertad de al menos cinco años cuando: a) se cometan en el contexto de una organización delictiva con arreglo a la Decisión marco 2008/841/JAI, con independencia del nivel de la sanción que se establezca en la misma».</i>
Delitos contra el medio ambiente	Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal ⁴¹	
Ayuda a la entrada y estancia irregulares	Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares ⁴²	Artículo 1.3 - Sanciones <i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del artículo 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes: — infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a la definición de la Acción común 98/733/JAI».</i>

40 DOUE núm. L 218, de 14 de agosto de 2013, pp. 8-14.

41 DOUE núm. L 328, de 6 de diciembre de 2008, pp. 28-37.

42 DOUE núm. L 328, de 5 de diciembre de 2002, pp. 1-3.

HECHO DELICTIVO	NORMA	REFERENCIA A COMISIÓN POR ORGANIZACIONES DELICTIVAS
Racismo y xenofobia	Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal ⁴³	
Falsificación de medios de pago	Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo ⁴⁴	Artículo 9.6 - Sanciones aplicables a las personas físicas <i>«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en los artículos 3, a 6 se castiguen con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a cinco años en caso de que se hayan cometido en el marco de una organización delictiva con arreglo a la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, con independencia de la pena que se establezca en dicha Decisión».</i>

Figura 1.- Normas de aproximación sustantiva de ilícitos penales y referencia a organizaciones delictivas. Fuente: elaboración propia.

De entre ellas, nos ocuparemos en el apartado siguiente de la concerniente a la trata de seres humanos.

2. La trata de seres humanos en el seno de la criminalidad organizada. Respuesta legislativa

No entraremos en este estudio en un análisis detallado del delito de trata de seres humanos, pues sin duda escaparía a lo que aquí y ahora se pretende. Ello

43 DOUE núm. L 328, de 6 de diciembre de 2008, pp. 55-58.

44 DOUE núm. L 123, de 10 de mayo de 2019, pp. 18-29.

no empero, consideramos relevante hacer una distinción, siquiera somera, entre el delito de trata de personas y el de tráfico de seres humanos. Pueden ser fenómenos en muchas veces coincidentes, pues no es en absoluto descabellado afirmar que los migrantes irregulares son en muchas ocasiones quienes se convierten en víctimas de trata. Sin embargo, existe al menos una importante diferencia entre ambas conductas criminales, pues mientras que la trata ha de ser comprendida como un fenómeno coactivo basado en violencia, abuso o engaño, en el tráfico de personas la voluntariedad recae sobre la víctima, que ansía entrar de manera irregular en el territorio de un Estado⁴⁵. Tratando de dejar asentada la distinción entre ambos conceptos, la Convención de Palermo de 2000 fue objeto de desarrollo por dos Protocolos: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁴⁶. En este último, se define el tráfico de personas (dado en llamar «tráfico ilícito de migrantes»), como «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material» (art. 3.a).

Por su parte, el Protocolo referente a la trata formula en su art. 3 a) los tres elementos definitorios de este delito, a saber, la actuación (incluyéndose la captación, el transporte, el traslado, la acogida y la recepción de personas), los medios (amenaza, fuerza, coacción, rapto, engaño, abuso de poder, abuso de situación de vulnerabilidad, o pago para la obtención de consentimiento) y la finalidad (explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos)⁴⁷. Mismos elementos de la trata se recogen, continuando con el acervo normativo supracomunitario, en el Convenio n.º 197 de Varsovia de 2005 (art. 4 a). Varias son, por tanto, las manifestaciones del tráfico de personas, entre las cuales destaca la explotación sexual como principal propósito de esta tipología delictiva. Resultan significativos a este respecto los datos proporcionados por la ONU en su informe *Global Report on Trafficking in Persons 2020*⁴⁸, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (conocido como UNODC por sus siglas en inglés). De los mismos se desprende que más del 50 % de los casos de trata en el periodo analizado se corresponde con una finalidad de explotación sexual.

45 GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», en DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J. (dir.) y MARTÍN RÍOS, P. (coord.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 27-60, esp. pp. 31-32; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018, pp. 361-408, esp. pp. 379-380.

46 Visto en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> pp. 55-70 (última consulta 20/6/2022).

47 IGLESIAS BERLANGA, M.: «La responsabilidad de proteger en el entorno de la trata de personas como manifestación de la criminalidad organizada», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.), *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado. Perspectivas de reforma*, Bosch, Bogotá, 2021, pp. 231-260, esp. pp. 234-235.

48 Puede consultarse en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf (última consulta 22/6/2022).

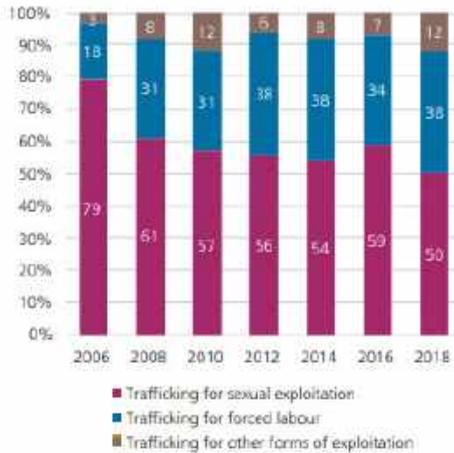


Figura 2.- Distribución por porcentajes de la finalidad del delito de trata (2012-2018).

Fuente: *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, p. 34.

Con todo, la trata de seres humanos es una de las figuras delictivas cuya comisión en el marco de organizaciones criminales resulta más palpable, siendo clara además la naturaleza transnacional de su perpetración y el alto rendimiento económico que comporta, superior incluso al de tráfico de drogas⁴⁹. Y es que, verdaderamente, las peculiaridades propias de este delito demandan una infraestructura organizada, jerarquizada y claramente estructurada⁵⁰, dada la actividad en distintos países (de captación y de recepción de las víctimas), con grupos y subgrupos a los que se les encomienda actuaciones concretas (captación, transporte, explotación, vigilancia, etc.)⁵¹.

A la luz de los datos estadísticos en el antedicho informe *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, se aprecia una clara correlación entre sendos indicadores, cuales son el número total de casos de trata reconocidos por los Estados firmantes del Protocolo de Palermo⁵² y el tipo de autor del delito. Así, el 45 % de los delitos de trata

49 SÁNCHEZ LINDE, M.: «La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos», *Cuadernos de criminología y ciencias forenses*, núm. 16, 2012, pp. 20-27.

50 La trata de seres humanos se inserta así en lo que se viene denominando como «macrocriminalidad», propia de organizaciones complejas y de alta afectación territorial, social y económica. Rivera Vélez, F. y SANSÓ RUBERT-PASCUAL, D., *Crimen organizado y seguridad multidimensional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 38. Ello no obstante, señala VILLACAMPA ESTIARTE, que «no todo supuesto de trata implica ni un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, lo que la ligaría irremediablemente a los supuestos de criminalidad organizada», (...) si bien «atender a las razones que explican la producción del fenómeno de la trata de personas ayuda a entender cómo la relación entre trata y criminalidad organizada se haya generalizada», en VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 1-34, esp. p. 8.

51 GARCÍA DEL BLANCO, V.: «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 67, 2014, pp. 193-237, esp. p. 197; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», *op. cit.*, esp. pp. 33-38.

52 178 a fecha de junio de 2022, según datos ofrecidos en la web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, visto en <https://www.unodc.org/unodc/es/human-trafficking/protocol.html> (última consulta 22/6/2022).

son llevados a cabo en el marco de actuación de organizaciones criminales, diferenciándose entre grupos criminales organizados de tipo empresarial (36 %), en los que participan tres o más traficantes que colaboran sistemáticamente en el tráfico de personas como componente principal de sus actividades delictivas; y grupos delictivos organizados de tipo gobernante (9 %), caracterizados por el uso de la violencia, la intimidación y la amenaza como forma de control social sobre una comunidad.

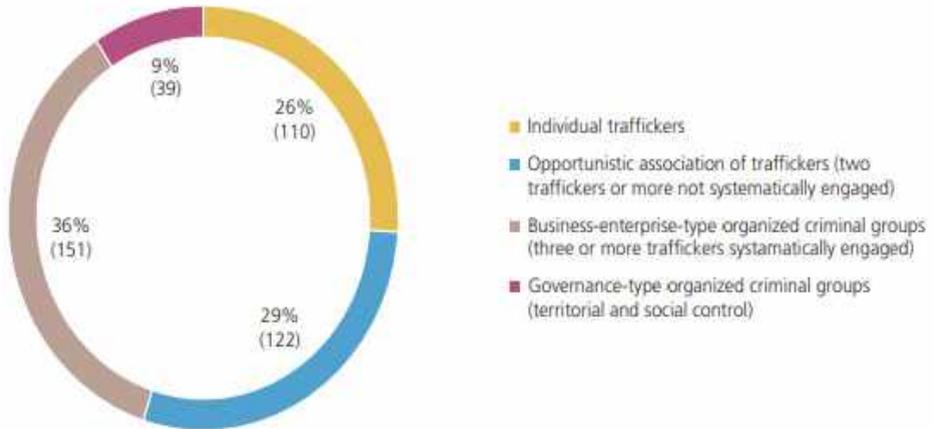


Figura 3.- Número y proporción de casos de trata por tipo de actor criminal.

Fuente: *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, p. 42.

Desde el punto de vista legislativo, la estrecha vinculación entre el delito de trata y la pertenencia a organizaciones criminales queda desde luego patente con el hecho de que la antes referida Convención de Palermo de 2000 viniera acompañada del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que tiene precisamente por objeto el complemento de aquél. No en vano, el art. 1.3 del Protocolo deja establecido el binomio trata-delincuencia organizada al indicar que los delitos en él referidos han de considerarse como delitos tipificados en relación a la Convención, de forma tal que sus disposiciones resultarán aplicables a las conductas de trata con dimensión transnacional y que supongan la participación de un grupo delictivo⁵³. A este respecto, por cuanto se refiere al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2005, su aplicación no queda reconducida ya en exclusiva a los delitos de tráfico de personas llevados a cabo por organizaciones criminales, previéndose no obstante tal circunstancia como agravante de la responsabilidad penal (art. 24 d)).

En fin, en la Unión Europea, hemos de referirnos necesariamente a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. Como se ha visto *ut supra* en la Figura 1, es el art. 4.2 de la misma la que considera la comisión del delito por organizaciones criminales como circunstancia agravante de la responsabilidad, siendo el art. 2.1 el que recoge una definición de trata sustancialmente similar a la contenida en el Protocolo de Palermo.

53 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *op. cit.* p. 5.

3. Normativa europea en materia de protección de derechos de las víctimas de trata y necesidad de identificación de la víctima

Ya sea por miedo a las posibles represalias de los miembros de la organización criminal a la que se han visto sometidas, ya sea por evitar un proceso revictimizador, uno de los principales obstáculos en la lucha contra la trata de seres humanos es la innegable reticencia de muchas de las víctimas a poner su situación en conocimiento de las autoridades. A ello ha de sumarse las dificultades de identificación de las víctimas de trata como tales por parte del personal policial y/o judicial, siendo en muchos casos incluso consideradas miembros de la organización criminal⁵⁴. En un intento de hacer frente a esta realidad, la Directiva 2011/36/UE supone un cambio de enfoque al desplazar del centro del proceso a la recriminación de la conducta del investigado para ubicar a la víctima, cuya protección de derechos e intereses se torna en primordial y ofreciendo así un enfoque victimológico de la represión del delito⁵⁵.

De un lado, el art. 8 de la norma europea señala la necesaria adopción por los Estados miembros de todas aquellas medidas necesarias *«para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos»* de trata, debiendo incluir en sus previsiones legislativas una suerte de circunstancia eximente de la responsabilidad por haberse visto obligadas a la comisión delictiva por quienes fueran sus captores⁵⁶.

De otro lado, y considerando que la norma europea tiene por propósito evitar la revictimización, se configura todo un elenco de derechos y garantías procesales que toman en consideración la especialidad de este nuevo enfoque, cual es que la investigación, el enjuiciamiento y la protección de la víctima no se haga depender de la conducta de ésta. A estos efectos, señala el art. 9.1 Directiva 2011/36/UE indica que *«los Estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración»*. Igualmente se establece en el art. 11.3 que *«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la asistencia y el apoyo a la víctima no se supediten a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio»*. De tal suerte, el proceso ha de seguirse con independencia de la colaboración o no del sujeto pasivo del delito, al tiempo que se le han de reconocer y garantizar las medidas de protección, apoyo y

54 VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N.: «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 36, 2016, pp. 771-829, esp. pp. 776-777.

55 PLANCHADELL GARGALLO, A.: «La protección procesal de las víctimas de trata: un panorama europeo», en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (dir.) y POSADA PÉREZ, J.A. (coord.): *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 117-137, esp. p. 121.

56 Así a modo de ejemplo el caso español, en relación al apartado 11 del art. 177 bis, por el que se establece la exención de pena por las infracciones penales cometidas por la víctima y derivadas de la situación de abuso, engaño, intimidación o violencia a la que se hubiera visto sometida.

asistencia necesarias de manera automática, sin hacer recaer su solicitud sobre la propia víctima.

Todo ello requiere, en primer lugar, atribuir al sujeto pasivo del delito la condición de víctima, para lo que habrá de tomarse en consideración tanto la mencionada Directiva 2011/36/UE como la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Del análisis conjunto de su articulado se llega a la conclusión de que habrán de reputarse por víctimas aquellas personas físicas que hayan sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, como consecuencia de la infracción penal, y siendo especialmente vulnerables aquellas que por circunstancias de edad, razones sociales, culturales, discapacidad o sexo, sean susceptibles de padecer con mayor probabilidad y virulencia los efectos del delito de trata⁵⁷. En adición, por la Directiva 2011/36/UE se obliga a los EEMM a garantizar la debida formación de las autoridades responsables de la investigación y enjuiciamiento del delito de cara a la correcta identificación de la víctima (art. 9.3)⁵⁸.

Comprobada tal condición, sendas Directivas 2011/36/UE y 2012/29/UE reconocen todo un entramado de derechos, debiendo aunar los regulados específicamente para los delitos de trata y los previstos para toda víctima en general, pero que serán igualmente de aplicación.

A este respecto, por cuanto se refiere a las garantías previstas en la Directiva 2011/36/UE, ha de mencionarse el derecho a la rápida identificación como víctima (art. 11.4) y a la asistencia jurídica de la misma, en su caso gratuita (art. 12.2). También se contempla la necesaria salvaguarda de su vida privada (art. 12.4.d)⁵⁹ y el denominado periodo de restablecimiento y reflexión de cara a su colaboración con las autoridades policiales o judiciales (art. 11.6). Los EEMM deben igualmente asegurar la protección de la víctima frente a posibles represalias de los sujetos investigados, efectuando en todo caso una evaluación individual del riesgo (art. 12.3)⁶⁰.

Por cuanto se refiere a las prácticas de investigación y enjuiciamiento, se concretarán las medidas de protección previstas para la tutela de la víctima en el trans-

57 PLANCHADELL GARGALLO, A.: «La protección procesal de las víctimas de trata: un panorama europeo», *op. cit.* pp. 122-123.

58 VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N.: «Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 1-48, esp. p. 3. Las autoras plantean precisamente el déficit de formación de las personas que entran en contacto con las víctimas (sea el caso de autoridades judiciales, fiscales, abogados, funcionarios de prisiones, técnicos de juzgados o miembros de ONGs) como uno de los principales impedimentos en la rápida identificación de aquéllas.

59 En consonancia con el art. 6.1 Protocolo de Palermo: «*Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.*».

60 La protección debe ser entendida en su sentido amplio, comprensiva del derecho a que se garantice el acceso a la justicia; la protección de la salud y la seguridad; la adopción de medidas de evitación de tortura o tratos crueles o degradantes; la no devolución al Estado de origen; o la indemnización por los daños padecidos. CASTAÑO REYERO, M.J., «Un estatuto de protección internacional para las víctimas de trata desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos», en DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J. (dir.) y MARTÍN RÍOS, P. (coord.): *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 155-206, esp. p. 176

curso del proceso penal⁶¹, evitando innecesarios interrogatorios⁶²; impidiendo el contacto visual entre la víctima y el sujeto pasivo del delito; permitiendo las testificaciones y celebración de demás actos procesales a puerta cerrada⁶³; o evitando preguntas sobre la intimidad de la víctima no relevantes para la investigación (art. 12.4).

Se contemplan, por añadidura, medias de apoyo y asistencia integral, tales como la prestación de alojamiento, tratamiento médico y psicológico, información y asesoramiento y, en general, todas aquellas actuaciones necesarias para paliar los efectos derivados del delito (art. 11 apartados 5 y 7)⁶⁴.

Por su parte, la Directiva 2012/29/UE⁶⁵, que como se ha señalado deroga la anterior Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo (a la cual la Directiva 2011/36/UE efectúa una continua remisión que ahora debe considerarse respecto de la nueva norma), establece el derecho a entender y ser entendido (art. 3); a recibir información desde el primer contacto con las autoridades competentes⁶⁶ (art. 4); al respeto de sus garantías procesales en cuanto que denunciante (art. 5); a ser informado sobre la causa (art. 6); a la traducción e interpretación (art. 7); a la prestación de servicios de apoyo (arts. 8 y 9); a la participación en el proceso penal (arts. 10 a 17); o a la protección de las víctimas con necesidades especiales (arts. 18-24)⁶⁷.

61 Ampliamente, GONZÁLEZ CANO, I.: «Algunas reflexiones sobre los nuevos paradigmas de la tutela procesal de la víctima del delito de trata», en DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J. (dir.) y MARTÍN RÍOS, P. (coord.): *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 207-241, esp. pp. 214-218. Señala la autora la necesidad de adecuar temporalmente la declaración de la víctima. Un interrogatorio tardío puede afectar a la situación ya de por sí estresante de la persona, si bien es cierto que en no pocas ocasiones deberá tenerse en cuenta el estado de shock emocional en que la misma se encuentra, pudiendo ser contraproducente una declaración en exceso temprana.

62 A estos efectos se deberán adoptar las medidas necesarias para que la declaración de la víctima pueda erigirse en prueba preconstituida, tanto para evitar la victimización secundaria como para prevenir el riesgo de que la persona retorne, en su caso, a su país de origen. Sobre este particular, SÁNCHEZ RUBIO, A., «La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 42, 2022, pp. 1-30.

63 A lo que añade GONZÁLEZ CANO la conveniencia de efectuar las declaraciones en espacios adecuados, en los que se salvaguarde la tranquilidad de la víctima, así como la confidencialidad y la asistencia psicológica especializada que precise. GONZÁLEZ CANO, I., «Algunas reflexiones sobre los nuevos paradigmas de la tutela procesal de la víctima del delito de trata», *op. cit.* p. 219.

64 En relación con el art. 6.3 Protocolo de Palermo, que refiere el suministro de alojamiento adecuado; asesoramiento e información; asistencia médica, psicológica y material; y oportunidades de empleo, educación y capacitación.

65 Sobre la misma, OROMÍ I VALL-LLOVERA, S.: «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013, pp. 1-31.

66 Información versante, a modo de ejemplo, sobre cómo recibir asesoramiento legal, cómo solicitar la asistencia jurídica gratuita, qué trámites cumplimentar de cara a la solicitud de asilo, etc.

67 En este sentido se incluyen además previsiones específicas referentes a las víctimas menores de edad, así los arts. 13 a 15 Directiva 2011/36/UE; y art. 24 Directiva 2012/29/UE. Ampliamente, PLANCHADELL GARGALLO, A.: «La protección procesal de las víctimas de trata: un panorama europeo», *op. cit.* pp. 129-130.

Finalmente, mencionamos sumariamente la normativa española sobre el particular, debiendo atender a estos efectos a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁶⁸ que, acomodando a nuestro ordenamiento jurídico los textos europeos anteriores, recoge un catálogo general de derecho procesales y extraprocesales. Esta norma presenta igualmente un enfoque victimológico en la medida en que, como se señala en su Preámbulo, «*se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima. Para ello, es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan la segunda victimización, otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden, la derivación por la autoridad competente, un trato humano y la posibilidad de hacerse acompañar por la persona que designe en todos sus trámites, no obstante la representación procesal que proceda, entre otras medidas*».

4. Inteligencia artificial y delito de trata: identificación de las víctimas y condicionantes de su valor probatorio

4.1. El uso de la IA en la identificación de las víctimas de trata

Pese a la conformación de un auténtico estatuto procesal de las víctimas de trata, en el que, como se ha comentado en este estudio, no es necesaria su actuación en el proceso para que le sean reconocidas las garantías inherentes a su condición de sujeto pasivo del delito, es precisamente su reconocimiento como tal lo que sin duda resulta una de las cuestiones más problemáticas de esta tipología criminal. No puede obviarse que nos encontramos ante personas especialmente vulnerables, que se encuentran en no pocas ocasiones en situación de ilegalidad en el país donde se desarrolla el proceso, con escasos o inexistentes recursos económicos e inmersas en una situación de marginalidad⁶⁹. Todo ello determina la reticencia o incluso la imposibilidad de que la investigación en el seno de un procedimiento penal tenga lugar como consecuencia de la denuncia formulada por la propia víctima de trata. La identificación de estas personas no puede dejarse por tanto única y exclusivamente a la voz de alarma dada por ellas mismas, siendo que se habrá de recurrir con preferencia a otras formas de detección del delito. Es en este punto donde la Inteligencia Artificial puede desempeñar un papel fundamental.

Es cuanto menos notable el crecimiento exponencial que esta área científica ha ido experimentando en los últimos años⁷⁰, encontrándonos sin duda ante una de las revoluciones en sede procesal más importantes de los tiempos recientes. Por cuanto se refiere a su concepto⁷¹, nos servimos de las palabras de la Comisión Europea en

68 BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

69 PLANCHADELL GARGALLO, A.: «La protección procesal de las víctimas de trata: un panorama europeo», *op. cit.* p. 124.

70 PÉREZ ESTRADA, M.J., «La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español», *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, núm. 2, 2021, p. 1385-1410, esp. p. 1390.

71 Sobre una evolución del concepto de inteligencia artificial nos remitimos a SUÁREZ XAVIER, P.R.: «Policía predictiva y Eurojust: un análisis de la postura de la Unión Europea», en FONTESTAD PORTALÉS, L. (dir.) y JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N. (coord.), *La transformación digital de la cooperación jurídica internacional penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 289-316, esp. pp. 290-294.

su Comunicación de 25 de abril de 2018, por la que se concibe como «*los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción — con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos*»⁷². Se corresponde por tanto con una tecnología disruptiva en el tratamiento y análisis de datos pues, como señala también la Comisión Europea en el «Libro Blanco de la Inteligencia Artificial» de febrero de 2020, «*la inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática*»⁷³. En el mismo sentido, precisa la «Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad», de julio de 2020, que «*la inteligencia artificial podría actuar como un potente instrumento para luchar contra la delincuencia, creando enormes capacidades de investigación mediante el análisis de grandes cantidades de información y detectando pautas y anomalías*»⁷⁴. En fin, la todavía Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial, entiende por tal «*el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*» (art. 1 a))⁷⁵. Ciertamente, el proceso penal no ha quedado apartado de tales avances tecnológicos, siendo que los nuevos instrumentos permiten predecir o detectar riesgos, proporcionar fuentes de investigación e incluso considerarse como fuentes de prueba⁷⁶.

La identificación de víctimas de trata es uno de los ámbitos que se viene ya aprovechando de las oportunidades que ofrece la IA. Tal afirmación no resulta en absoluto descabellada si atendemos a la «Estrategia UE para hacer frente a la delincuencia organizada»⁷⁷, presentada en abril de 2021 y que, por lo demás, incardina la trata de seres humanos como uno de los ámbitos de actuación prioritarios en la

72 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, 25.4.2018 COM (2018) 237 final. Visto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES> (última consulta 11/7/2022).

73 Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final, visto en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (última consulta 11/7/2022).

74 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones - sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad. Bruselas, 24.7.2020 COM(2020) 605 final, visto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0605&from=EN> (última consulta 11/7/2022).

75 Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD). Visto en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF ((última consulta 12/7/2022).

76 BARONA VILAR, S.: «La incidencia de la inteligencia artificial en la justicia europea penal: ¿límites o expansión?», en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (dir.) y POSADA LÓPEZ, J.A. (coord.): *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 317-345, esp. p. 330.

77 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones - sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025. Bruselas, 14.4.2021 COM(2021)

lucha contra el crimen organizado. En este sentido, se plantea como objetivo prioritario no sólo el impulso de la cooperación policial y penal transfronteriza y el intercambio de información en la prevención y persecución delictiva, sino también, y en lo que a nuestro objeto de estudio ahora nos interesa, el apoyo al acometimiento de investigaciones más eficaces, en particular, facilitando el acceso a «*sistemas de inteligencia artificial que respondan a las necesidades de los cuerpos de seguridad en las investigaciones penales y que, por ejemplo, permitan analizar grandes cantidades de datos o investigar la red oscura*», al tiempo que «*se proporcionará a los Estados miembros asistencia en relación con proyectos piloto de soluciones de inteligencia artificial que ayudarían a promover la adopción de soluciones innovadoras por parte de la comunidad policial*».

Un ejemplo de estos instrumentos es *Traffic Jam*, software creado en 2014 y caracterizado por su capacidad de análisis de datos disponibles en internet en aras de la identificación de patrones que permitan la detección del delito de un tráfico de personas, como por ejemplo el reconocimiento de una colcha de hotel que se repite en múltiples fotografías disponibles en la *Deep web* para la captación de clientes, lo que puede ayudar a las autoridades judiciales en la identificación de las víctimas sexualmente explotadas en un mismo lugar. Según datos ofrecidos por sus creadores, esta herramienta permitió la identificación de unas 3.800 personas víctimas de trata para explotación sexual en el año 2019, ahorrando sólo en el año 2020 un total de 70.000 horas de investigación a las autoridades judicial de diversos países⁷⁸.

También es destacable la plataforma *Traffik Analysis Hub*⁷⁹, que tiene por objeto la mejora de la eficiencia en el intercambio de información sobre organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas, por medio del «cruce de datos» entre transacciones y cuentas bancarias susceptibles de pertenecer a organizaciones delictivas y que obran en poder de instituciones financieras y la información atinente a potenciales traficantes de la que disponen las autoridades policiales.

Otro ejemplo lo encontramos en APPRISE, el cual consiste en un software de telefonía móvil que permite a autoridades policiales y ONGs detectar de manera temprana indicios de explotación laboral. Se basa en una serie de preguntas que los trabajadores pueden responder de manera privada acerca de sus condiciones laborales a través de un dispositivo móvil facilitado por el entrevistador, obteniendo una valoración de su situación de vulnerabilidad en el empleo y la posibilidad de solicitar ayuda para salir de tales condiciones. Más aún, la aplicación procede igualmente a la conformación de bases de datos que permiten la identificación de posibles patrones.

Igualmente puede señalarse el uso de *chatbots*, entendidos como algoritmos generadores de mensajes automáticos en foros o páginas prostitución simulando el ofrecimiento de un servicio tal, simulando perfiles distintos en función de los comentarios del «cliente» (mujeres, niños, adolescentes, etc.). Una vez solicitado el servicio, se ponen los datos del cliente a disposición de las autoridades policiales.

Como último ejemplo, nos referimos al uso del reconocimiento facial en cuanto que forma de identificación de personas desaparecidas, como es el caso del Sistema de INTERPOL de Reconocimiento Facial (IFRS), ofreciendo la posibilidad de comparar

170 final, visto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0170&from=EN> (última consulta 11/7/2022).

78 Consúltese su sitio web en <https://www.marinusanalytics.com/traffic-jam> (última consulta 11/7/2022).

79 Consúltese su sitio web en <https://www.traffikanalysis.org/about-us> (última consulta 11/7/2022).

fotografías de una persona desaparecida con otras ubicadas en anuncios de sitios web de contratación de actividades sexuales⁸⁰.

4.2. El valor probatorio de la identificación de las víctimas de trata por medio de IA

La utilización de estas nuevas formas de investigación ubica a la policía como punto neurálgico por excelencia de la averiguación delictiva, encargada no sólo de la vigilancia personal sino también de la tecnológica⁸¹. Más aún, el recurso a la inteligencia artificial en el sentido indicado supone la atención simultánea a los presupuestos básicos de la interceptación de comunicaciones (art. 588 ter a y ss. LECrim en relación con el art. 579.1 LECrim, en cuanto que delito cometido por organización criminal), junto con los propios del agente encubierto informático (art. 282 bis 6 LECrim⁸²).

El requisito básico para que tales medios probatorios puedan ser considerados válidamente como tales en sede judicial, es la salvaguarda de los derechos fundamentales en su obtención, no surtiendo efecto *«las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»* (art. 11.1 LOPJ). Así, como precisa el TC *«nuestra jurisprudencia ha establecido también una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales»*⁸³. De este modo, y en cuanto que evidencia digital, las informaciones proporcionadas por sistemas de IA deben venir revestidas en una especial confiabilidad en su forma de generación, almacenamiento, conservación y comunicación, en aras de evitar su consideración como fuente ilícita de prueba.

Por otro lado, como es sabido, la igualdad procesal de las partes forma parte del contenido inherente al proceso debido y con todas las garantías a que se refiere el art. 24.2 CE, art. 6 CEDH y arts. 47-48 CDFUE⁸⁴. Su esencia pasa por asegurar que tanto

80 Precisamente y al respecto del reconocimiento facial, la «Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad» propone la modernización de los instrumentos de intercambio de información, como es el caso de las Decisiones Prüm, en lo que se viene denominando como «Prüm.ng» o «Nueva generación de Prüm» y en las que el reconocimiento facial ocupa un lugar destacado. Sobre este particular, nos remitimos a FIODOROVA, A.: «Hacia el acceso directo a las bases de datos en la cooperación policial transfronteriza», en FONTSTAD PORTALÉS, L. (dir.) y JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N. (coord.): *La transformación digital de la cooperación jurídica internacional* penal, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 49-82, esp. pp. 71 - 76.

81 BARONA VILAR, S.: «La incidencia de la inteligencia artificial en la justicia europea penal: ¿límites o expansión?», *op. cit.* p. 331.

82 El art. 282 bis LECrim ofrece su propia definición de «delincuencia organizada» (apartado 4), concebida como *«asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: (...) c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal (...)»*.

83 STC 49/1996 de 26 marzo.

84 Véase a este respecto el documento «Directrices éticas para una IA fiable», elaborado por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, Comisión Europea, junio de 2018, visto en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publica->

el acusado como el investigado se encuentren en condiciones de equivalencia en el desarrollo del proceso, sin que puedan existir «privilegios» que refuercen o favorezcan la posición de alguno de ellos. Precisa a estos efectos reiterada jurisprudencia del TC que se tiene por indefensión constitucionalmente relevante aquella que deriva de la privación o limitación de las oportunidades de defensa, como lo es la imposibilidad de utilizar los medios de prueba necesarios para demostrar los hechos alegados⁸⁵.

Pues bien, la igualdad de armas que debe regir necesariamente en todo proceso penal puede verse socavada por el uso de medios de prueba consistentes en datos generados y tratados automáticamente, que no tienen por qué haber sido recabados para su utilización en el curso de un proceso jurisdiccional. Ello puede provocar lo que se viene denominando como «asimetría o desequilibrio cognoscitivo», entendido como el acceso por una de las partes (normalmente la acusación pública del Ministerio Fiscal) a las características técnicas del algoritmo empleado en la investigación, dejando a la parte acusada en una situación de inferioridad procesal al no poder rebatir los resultados de la «prueba algorítmica». Ello no constituye sino una clara vulneración del art. 118 LECrim en cuanto que no se le informa de todos los extremos necesarios para el correcto ejercicio del derecho de defensa, a menos que se le permita acceder al código fuente del algoritmo del sistema de IA⁸⁶. Debe regularse, por tanto, la potencial utilización del sistema de IA por ambas partes, de forma tal que se evite la superioridad procesal de una frente a la otra⁸⁷. La UE parece ser consciente

tion/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1 (última consulta 17/7/2022), conforme al cual se deben dar los pasos necesarios para articular un «marco para lograr una IA fiable basada en los derechos humanos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta de la UE»), así como en la pertinente legislación internacional de derechos humanos» (esp. p. 7). Este texto, además, incluye la transparencia de los sistemas de IA como principio básico de su fiabilidad: «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 con el fin de posibilitar la trazabilidad y aumentar la transparencia» (esp. p. 22).

85 Por todas, señalamos la STC 48/1984, de 4 abril, Fundamento Jurídico 1.

86 DE HOYOS SANCHO, M.: «Delincuencia organizada e Inteligencia Artificial. Estrategias y propuestas normativas en el contexto de la Unión Europea desde la perspectiva procesal», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.): *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 283-314, esp. pp. 295-296. Incluso, señala la autora, de permitirse el acceso por la parte acusada al conocimiento de las características técnicas del sistema de IA, se le habría de permitir igualmente la posibilidad de realizar y aportar un informe pericial sobre la fiabilidad del sistema y de sus resultados.

87 Sobre la publicidad de los algoritmos, NIEVA FENOLL, J.: *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 140-143. Señala el autor que «el abogado, para intentar cumplir (...) esa labor de defensa debe conocer (...) los algoritmos y su funcionamiento, lo que conlleva la necesidad de que el fabricante desclasifique esa información, porque de lo contrario no podrá ser utilizada la aplicación en el ámbito procesal» (esp. p. 141). En el mismo sentido, señala MARTÍN DÍZ que «como contra peso, y elemento de protección de los derechos humanos en la aplicación de tecnologías de inteligencia artificial por entidades públicas o por sujetos privados, se requiere una exigencia de absoluta transparencia, tanto en relación con su funcionamiento (acceso a sus algoritmos y despliegue de su actividad) como respecto a las personas que la programan, danifican y supervisan», en MARTÍN DÍZ, F.: «Inteligencia artificial y proceso: garantías frente a eficiencia en el entornos de los derechos procesales fundamentales», en JIMÉNEZ CONDE, F., BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), LLOPIS NADAL, P. y DE LUIS GARCÍA, E. (coords.): *Justicia: ¿garantías vs. eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 815-827, esp. p. 820.

de esta realidad, habiendo señalado en la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales⁸⁸, que *«todas las soluciones de IA para las autoridades policiales y judiciales también deben respetar plenamente los principios de dignidad humana, no discriminación, libertad de circulación, presunción de inocencia y derecho de defensa, incluido el derecho a guardar silencio, libertad de expresión e información, libertad de reunión y asociación, igualdad ante la ley, igualdad de armas y el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo, de conformidad con la Carta y con el Convenio Europeo de Derechos Humanos; destaca que debe prohibirse todo uso de aplicaciones de la IA que sea incompatible con los derechos fundamentales»*.

5. Reflexión final

Analizada la vinculación existente entre la criminalidad organizada y el delito de trata de seres humanos en sus múltiples manifestaciones, puede afirmarse que tanto el legislador europeo como el español (este último sin duda bajo la influencia de aquél) han conformado un estatuto procesal de las víctimas que les resulta plenamente de aplicación. Lo más destacado de su regulación es la visión victimológica que se adopta, dejando atrás el objetivo prioritario de represión y sanción del delincuente para pasar a conformar un sistema en el que, junto con lo anterior, se tenga por objetivo básico y fundamental la atención a las necesidades del sujeto pasivo del delito, lo que se traduce en el reconocimiento de todo un elenco de derechos procesales y extraprocesales que ayuden al correcto desarrollo del proceso penal al tiempo que se garantiza la protección de la víctima y la paliación de los efectos derivados de la trata.

Ello no empero, han sido explicitadas las dificultades derivadas de la identificación de las personas sometidas a este fenómeno delictivo, ya sea por razones de miedo a la represión de la organización criminal, por su situación de desamparo social y económico o por la desconfianza en el sistema judicial. Es por ello que tanto la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, como la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, en absoluto condicionan el reconocimiento de tales garantías a que la víctima adopte una postura de participación activa en el proceso.

En cualquier caso, claro está, la incoación del procedimiento contra la organización criminal presuntamente responsable del delito de trata requerirá de la existencia de elementos probatorios de cargo suficientes, entre los que sin duda se encuentra la identificación de las víctimas. Es en este sentido donde los sistemas de IA que han aflorado en los últimos años cobran especial relevancia, en tanto en cuanto se configuran como un instrumento de gran utilidad para las autoridades judiciales en la investigación de los hechos delictivos.

Ahora bien, la incorporación de elementos probatorios obtenidos por medio de IA al proceso penal no está exenta de problemática, resultante de la afectación a los

88 Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales (2020/2016(INI)). Visto en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_ES.html (última consulta 12/7/2022).

derechos procesales que todo sujeto investigado tiene reconocidos conforme a las normas nacionales y supranacionales. En este sentido, es cada vez más acuciante la necesidad de contar con un marco legal que logre el equilibrio entre los beneficios derivados de las nuevas tecnologías disruptivas en la fase instructora del proceso penal y el obligado respeto a las garantías procesales de las partes en el mismo. De lo contrario, el pretendido uso de la IA cederá ante la posición procesal del acusado.

6. Bibliografía

- ALARCÓN JIMÉNEZ, O.:** «La aportación del Consejo de Europa en la lucha contra el crimen organizado transnacional», en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 95-107.
- ASP, P.,** *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Jure, Estocolmo, 2012.
- BARONA VILAR, S.:** «La incidencia de la inteligencia artificial en la justicia europea penal: ¿límites o expansión?», en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (dir.) y POSADA LÓPEZ, J.A. (coord.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 317-345.
- CASTAÑO REYERO, M.J.:** «Un estatuto de protección internacional para las víctimas de trata desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos», en DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J. (dir.) y MARTÍN RÍOS, P. (coord.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 155-206.
- CORRAL MARAVER, N.:** *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE HOYOS SANCHO, M.:** «Delincuencia organizada e Inteligencia Artificial. Estrategias y propuestas normativas en el contexto de la Unión Europea desde la perspectiva procesal», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.), *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 283-314.
- DE HOYOS SANCHO, M.:** «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, 2005, pp. 807-842.
- FICHERA, M. y JANSSENS, C.:** «Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the role of national Judie», *ERA Forum*, núm. 2, 2007, pp. 177-202.
- FIDOROVA, A.:** «Hacia el acceso directo a las bases de datos en la cooperación policial transfronteriza», en FONTSTAD PORTALÉS, L. (dir.) y JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N. (coord.), *La transformación digital de la cooperación jurídica internacional penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 49-82.
- GARCÍA DEL BLANCO, V.:** «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 67, 2014, pp. 193-237.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.:** «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado: factores explicativos y características», en DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J. (dir.) y MARTÍN RÍOS, P. (coord.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 27-60.

- GONZÁLEZ CANO, I.:** «Algunas reflexiones sobre los nuevos paradigmas de la tutela procesal de la víctima del delito de trata», en DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J. (dir.) y MARTÍN RÍOS, P. (coord.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 207-241.
- IGLESIAS BERLANGA, M.:** «La responsabilidad de proteger en el entorno de la trata de personas como manifestación de la criminalidad organizada», en GARRIDO CARRILLO, F. J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.), *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado. Perspectivas de reforma*, Bosch, Bogotá, 2021, pp. 231-260.
- JIMENO BULNES, M.:** «Perspectiva de la orden europea de detención y entrega: el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación judicial en la Unión Europea», en LADRÓN DE GUEVARA, J.L. (coord.), *La cooperación judicial entre España e Italia. La Orden Europea de Detención y Entrega en la ejecución de sentencias penales*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2017, pp. 5-33.
- MARTÍN DIZ, F.:** «Inteligencia artificial y proceso: garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales», en JIMÉNEZ CONDE, F., BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), LLOPIS NADAL, P. y DE LUIS GARCÍA, E. (coords.), *Justicia: ¿garantías vs. eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 815-827.
- MORILLAS CUEVA, L.:** «Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.), *Respuesta Institucional y Normativa Al Crimen Organizado. Perfiles Estratégicos para una lucha eficaz*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 39-77.
- NIEVA FENOLL, J.:** *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- OROMÍ I VALL-LLOVERA, S.:** «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013, pp. 1-31.
- PÉREZ ESTRADA, M.J.:** «La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español», *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, núm. 2, 2021, p. 1385-1410.
- PLANCHADELL GARGALLO, A.:** «La protección procesal de las víctimas de trata: un panorama europeo», en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (dir.) y POSADA PÉREZ, J.A. (coord.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 117-137.
- QUINTERO OLIVARES, G.:** «La globalización y el Derecho Penal: un cajón de sastre conceptual», en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 19-32.
- RIVERA VÉLEZ, F. y SANSÓ RUBERT-PASCUAL, D.:** *Crimen organizado y seguridad multidimensional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. y BLANCO CORDERO, I.:** «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista penal*, núm. 6, 2000, pp. 3-14.
- SÁNCHEZ LINDE, M.:** «La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos», *Cuadernos de criminología y ciencias forenses*, núm. 16, 2012, pp. 20-27.

- SÁNCHEZ RUBIO, A.:** «La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 42, 2022, pp. 1-30.
- SANZ HERMIDA, A.M.:** «Lucha contra la delincuencia organizada: la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009, pp. 1-6.
- SUÁREZ XAVIER, P.R.:** «Policía predictiva y Eurojust: un análisis de la postura de la Unión Europea», en FONTSTAD PORTALÉS, L. (dir.) y JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N. (coord.), *La transformación digital de la cooperación jurídica internacional penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 289-316.
- VEGA AGREDANO, F.:** «La consolidación de la delincuencia organizada transnacional», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 37, 2022, pp. 1-48.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N.:** «Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 1-48.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N.:** «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 36, 2016, pp. 771-829.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.:** «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 1-34.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.:** «Implicaciones del Tratado de Lisboa en la lucha contra la delincuencia organizada», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, pp. 1-36.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.:** «Trata de seres humanos y criminalidad transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018, pp. 361-408.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.:** «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas», *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 86, 2016, pp. 62-114.

HUMAN TRAFFICKING: A VICTIM-CENTRED APPROACH. THEORY VS. PRACTICE

Ana M. Fuentes Cano
*Profesora del Grado en Criminología
Universidad Isabel I*

SUMMARY: 0. Introduction. 1. A review of the UK anti-trafficking policy: identification and support measures. 2. Research Methods. 3. Results and discussion. 3.1. The impact of distrust on victims of trafficking La Estrategia de Economía Circular Española. 3.2 The UK NRM challenges victims' welfare assurance before reaching a reasonable grounds decisión. 4. Conclusions. 5. Bibliography

0. Introduction

Despite the ongoing efforts to eradicate human trafficking, the estimated number of victims keeps increasing and consequently, addressing the crime and protecting its victims are issues that have moved to the tops of political agendas. This has prompted a development of transnational, national and local anti-trafficking policies which seek to enhance a victim-centred approach in responding to the crime.

Adopting a victim-centred approach to address human trafficking is usually associated to prioritising a human-rights approach and focussing on the needs of victims. Thus, under a victim-centred approach, measures of identification and support must be adjusted to suit the victims' needs, in order to break the cycle of traumatisation resulting from the victims' exploitation during the criminal justice process.

The United Kingdom has, driven by international anti-trafficking policies, has dedicated substantial resources to developing more effective identification and assistance mechanisms. For example, it has adopted the UK National Referral Mechanism as a framework in order to facilitate the identification of victims, and to give them access to tailored support that can help them to recover from their exploitation¹. However, data built upon of how relevant practitioners experience and acknowledge

1 See HM MODERN SLAVERY: Statutory Guidance for England and Wales (under s49 of the Modern Slavery Act 2015) and Non-Statutory Guidance for Scotland and Northern Ireland. Retrived from:https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1104107/Modern_Slavery_Statutory_Guidance__EW__Non-Statutory_Guidance__SNI__v2.11.pdf

current practices of identification and support for adult victims of trafficking in England in terms of policy and practice remains relatively under researched. Aiming to address this gap, a qualitative study that included semi-structured interviews with first responders from governmental and non governmental agencies in England was carried out to ensuring a better understanding of human trafficking and whether the UK adopts a victim-centred approach to respond to it.

Data from this qualitative study conducted in England is intended to provide an overview of both the practices and capacity of those practitioners involved in the use of the UK NRM. Findings highlight some challenges that the UK NRM poses to ensure a adequate and tailored assistance and the risks associated.

1. A review of the UK anti-trafficking policy: identification and support measures

Over the last decade and driven by international trafficking policies that promote the adoption of a victim-centred approach to respond to human trafficking, the United Kingdom has increased attention to those obstacles that impede ensuring victims of human trafficking are successfully identified and supported,

International legislation regarding human trafficking have evolved to shift the classic two-sided criminal and migratory approach to respond to the crime in order to prioritise a special focus on the needs of victims. Accordingly, the United Kingdom has committed to the cause by ratifying international anti-trafficking treaties such as the UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially women and children, which is considered a precedent for policymakers as it provided the first internationally-agreed definition of the crime². The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005 (CoE) which emphasised the need for governments to cooperate in order to establish a mechanism of referral that facilitates the identification of potential victims³; and the EU Directive 2011/36/EU of the European Parliament of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and the protection of its victims (Directive 2011/36/eu), which added value to the previous convention by increasing a particular focus on the identification, assistance and protection of trafficked individuals with a special consideration to their individual needs⁴.

2 See the definition at the UN *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, as it follows:

Article 3; Use of terms «For the purposes of this Protocol: (a) «Trafficking in persons» shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs».

3 See chapter 1 of the COUNCIL OF EUROPE Convention on Action against Trafficking in Human Beings. May 16, 2005. Retrieved from <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=197>

4 EUROPEAN UNION: Council of the European Union, Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking

Analysis of these international legal instruments against human trafficking draws attention to the important provisions that governments and Member States are obliged to comply with. Based on this premise, the CoE establishes that the information regarding the judicial and administrative proceedings should be provided in a language that victims can understand⁵. This means that each government should adopt a minimum of standards in order to guarantee that relevant legal information is accessible to survivors of trafficking.

One of the most relevant measures is included in article 13 which introduces the obligation for member states to entitle a recovery and reflection period of —at least— 30 days, if based on its own system of identification, «there are reasonable grounds to believe that the person concerned is a victim»⁶. This means that during this minimum of 30 days, victims of trafficking will be able to remain in the country while being facilitated the most basic provisions; namely accommodation, medical assistance, counselling, translation if needed, legal assistance, and education for children⁷.

Despite this support should be provided to potential victims of trafficking regardless their willingness to co-operate with law enforcement, this right may still vary across states in their own process of identification and/or recovery and reflection period. In the case of England, a multi-agency National Referral Mechanism was established in 2009. This mechanism is utilised in England and Wales as a referral system for victims of trafficking to be formally identified and access tailored assistance that could facilitate their recovery from exploitation⁸.

Under the UK NRM, an individual can be granted the status of victim of trafficking only if a referral is made by the relevant practitioner indicating that there are «reasonable grounds» to believe in a case of trafficking and one of the two competent authorities conclude that there are conclusive grounds to believe that the person is a victim. The first phase means that relevant practitioners can suspect but cannot prove that there is a case of trafficking and therefore, further investigations are needed. The second phase involves the screening of the case by one of the two competent authorities based on the nationality of the victim. Thus, the SCA (Single Competent Authority) are responsible for the European cases while claims for non-Europeans are decided by the IECA (Immigration Enforcement Competent Authority). Similarly and while this

in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, 15 April 2011, OJ L. 101/1-101/11; 15.4.2011, 2011/36/EU

- 5 See article 12.1 of the COUNCIL OF EUROPE Convention on Action against Trafficking in Human Beings
- 6 According to the COUNCIL OF EUROPE Convention, each State is responsible for establishing an identification system that helps to determine whether there are reasons to believe that a person is a victim of trafficking. Despite a reasonable grounds decision give the potential victim access to assistance, the status of victim will only be granted by one of the competent authorities and through a conclusive grounds decision, see the UK Government Report of 2022 at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1104107/Modern_Slavery_Statutory_Guidance__EW__Non-Statutory_Guidance__SNI__v2.11.pdf
- 7 See article 12 at COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS. May 16, 2005. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=197> (accessed October 27, 2022)
- 8 See HM MODERN SLAVERY: Statutory Guidance for England and Wales (under s49 of the Modern Slavery Act 2015) and Non-Statutory Guidance for Scotland and Northern Ireland. Retrieved from: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1104107/Modern_Slavery_Statutory_Guidance__EW__Non-Statutory_Guidance__SNI__v2.11.pdf

study was conducted, under the UK anti-trafficking system decisions on victimhood for potential victims of trafficking were analysed by the Modern Slavery Human Trafficking Unit (MSHTU) or by the Home Office Visas and Immigration (UKVI). In both cases, no national guidance establishes whether victims must be supported beyond the circumstances of a medical urgency⁹.

These measures to deciding the status of victim of trafficking and accessing support are based on three premises: victims must agree to enter the UK NRM while relevant practitioners such as first responders must be able to identify signs of trafficking in order to refer the case to one of the two competent authorities to provide an evidence of victimhood through a positive «reasonable grounds decision». These premises are clearly driven by the Convention of the Council of Europe (2005), meaning that the prioritisation of safeguarding victim's rights and welfare to the prerequisite of providing victimisation, and therefore rely upon the effectiveness of the investigation¹⁰.

In this regard, it is debatable whether the UK NRM, as well as the CoE (2005), truly promote the prioritisation of a human rights-based approach if the interests of victims are not placed at the core of these anti-trafficking countermeasures.

Member states are expected to subordinate entitlements of support for victims of trafficking to prove their victimisation, as reflected in the UK context, and this limits victims' assurances of welfare. This is also reinforced by the lack of mandatory requirements of support for member states beyond the recovery and reflection period and for those individuals who are not considered the responsibility of the state jurisdiction¹¹. The Convention of the Council of Europe (2005) establishes among states a duty of support provision beyond the recovery and reflection period, but distinguishes those victims who can qualify to access such support as «victims lawfully resident within its territory»¹². The Convention recognises that support cannot be conditional upon victims' collaboration with authorities, but states that distinctions between victims in their access to assistance can be legitimate based on grounds of migration. This is of special relevance for those victims of trafficking who are also illegal migrants as, in contrast to the rest of the victims, who may be at risk of deportation instead of being granted the temporary residency and support they need.

This lack of emphasis on the importance of protecting victims of trafficking prior, during and beyond the identification process indicates that measures of support within the UK NRM are subordinated, to an extent, to the prioritisation of a crime-focused approach to address human trafficking. Thus, these measures risk breaching compliance with the sought after victim-centred approach.

In identifying and supporting victims of trafficking in England, the challenges associated with adopting a victim-centred approach must be identified as there are compelling implications for policy and practice. This can be achieved through analysing the first responders' interpretations of the measures implemented, for example by assessing how actual applications of policy into practice could vary.

9 HM GOVERNMENT (2016) *Victims of modern slavery - frontline staff guidance*. London: Home Office. Retrieved from <https://www.antislaverycommissioner.co.uk/media/1057/victims-of-modern-slavery-frontline-staff-guidance-v3.pdf>

10 STOYANOVA, V.: *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*. Cambridge University Press, 2017.

11 COUNCIL OF EUROPE Convention on Action against Trafficking in Human Beings. May 16, 2005. Retrieved from <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=197>

12 Ibid, at article 12

2. Research Methods

This qualitative research is aimed at gaining an understanding of how those practitioners who are likely to be in contact with victims of trafficking operate, in order to know whether there are problems associated with the use of the UK NRM. Thus, reinforcing the significance of the first responders' role as the «primary component within the fabric of human trafficking measures» is critical¹³, especially since the UK NRM was adopted in England and Wales in 2009.

This resulted in two crucial prerequisites for the selection of participants in order to better understand current procedures of identification and assistance for trafficked individuals in England. Firstly, the sample of participants needed to include first responders. Secondly, they must have undertaken functions of identification and/or assistance for potential and former victims of trafficking in England. As a result, the sampling approach for this study utilised evidence from the testimony of 27 first responders from governmental as well as non-governmental agencies, and limited the geographical area to England.

Once the interviews were transcribed, and with the aid of qualitative analysis software Nvivo, thematic analysis was conducted. This established categories where the information concerning factors that ease identification and support provision (as well as the limitations thereof) could be analysed. The initial classification of key concepts was composed of three main themes that embodied practitioners' anti-trafficking responses of identification and support provision from a victim-centred approach, which are the referral of victims, the support given during the 45-day recovery period, and the release of victims from the support system. Although the thematic structure of the data was originally intended to show how practitioners identify and assist victims of trafficking, the selection of primary codes in the first stage led immediately to the generation of embedded ones and thus resulted in the identification of patterns. For instance, establishing the stage of referral revealed connections between issues which were later identified, such as the difficulties of practitioners in identifying victims.

The analysis showed a few predominant themes related to first responders' perceptions of issues of tension underpinned by the UK NRM, which impact upon their practices. These themes were indicative of some pitfalls of the UK NRM and stressed that victims' needs are not taken into enough consideration, and that this was considered to eventually diminish the victims' welfare, affecting their willingness to collaborate with first responders, and thus undermining the aim of the UK anti-trafficking strategy.

3. Results and Discussion

3.1. The impact of distrust on victims of trafficking

International anti-trafficking protocols have consistently promoted the adoption of national legislation and measures that facilitate the identification of victims and

13 GRUBB, D. y BENNET, K.: «*The readiness of local law enforcement to engage in US antitrafficking efforts: an assessment of human trafficking training and awareness of local, county, and state law enforcement agencies in the State of Georgia*». Police Practice and Research, Vol. 13, num. 6, 2012, pag 487- 500.

their referral to support services. The United Kingdom, in its attempt to satisfy its legal obligation of facilitating the identification of victims of trafficking, adopted the UK National Referral Mechanism (UK NRM) in 2009. This mechanism aims to strengthen the identification of victims by providing all first responders with certain criteria of victimhood. Thus, a list of indicators of human trafficking are used to identify potential victims, such as evidence of the person being forced, intimidated or coerced into providing services, or evidence of excessive working days or hours¹⁴. In addition, this mechanism must be implemented with the informed consent of the potential identified victim. An exception to this is made for minors, who do not need to consent to enter the UK NRM¹⁵. Victims who are referred through the UK NRM are assessed in order to be formally identified as victims. If they are identified as such, they will be granted specialised support during a 45-day recovery and reflection period¹⁶.

Although the UK NRM includes a list of indicators to look for in potential victims of trafficking, it does not offer information on how to approach those potential victims. This may be of extreme importance considering that despite the potential benefits of referring victims of trafficking through the UK NRM, evidence from some studies highlights that victims' decisions on whether or not to collaborate in their process of referral are highly influenced by the ability of the practitioners involved to establish trust and to provide realistic information on the process, such as its repercussions, and the victims' rights and entitlements¹⁷. This reinforces the importance of understanding how the identification of trafficked persons through use of the UK NRM takes place, and whether there are any elements of this process that could impact a victim's actions or decision to collaborate.

Discussions with first responders highlighted the element of distrust as the most common factor which can deter identified potential victims in the stage of referral. Data from these interviews reinforces that setting the aspect of trust at the centre of referral pathways seems to be a logical approach, considering that fear and distrust of those in positions of authority are common responses among victims due to their history of exploitation¹⁸. Victims of trafficking can be exposed to a wide range of abuse during their exploitation¹⁹, while being subjected to different methods of manipulation and control, which creates dependency and limits their ability to exit

14 See HM MODERN SLAVERY: Statutory Guidance for England and Wales (under s49 of the Modern Slavery Act 2015) and Non-Statutory Guidance for Scotland and Northern Ireland. Retrieved from: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1104107/Modern_Slavery_Statutory_Guidance__EW__Non-Statutory_Guidance__SNI__v2.11.pdf

15 HM GOVERNMENT: Victims of modern slavery-competent authority guidance. London, 2019.

16 Ibid

17 See at BRUNOVSKIS, A. y SURTEES, R.: *Leaving the past behind: When victims of trafficking decline assistance*. Fafo, 2007 and at HEMMINGS, S., JAKOBWITZ, S., ABAS, M., BICK, D., HOWARD, L.M., STANLEY, N., ZIMMERMAN, C. y ORAM, S.: *Responding to the health needs of survivors of human trafficking: a systematic review*. BMC Health Services Research, Vol. 16, num. 1, 2016, pag. 320.

18 CLAWSON, H.J. y DUTCH, N.: *Identifying victims of human trafficking: Inherent challenges and promising strategies from the field*. US Department of Health and Human Services (HHS). Washington DC, 2008.

19 SÁNCHEZ, R. y STARK, SW.: *The hard truth about human trafficking*. Nursing Management, Vol. 45, num. 1, 2014, pag. 18-23.

from their exploitation²⁰. Thus, following this type of abuse, victims are likely to become fearful, mistrustful, and to hold feelings of insecurity²¹. Especially for those victims coming from a country where the rates of corruption are high, victims would be reluctant to talk to practitioners if they had assumptions that the authorities were corrupt.

Accordingly, these issues hinder the ability of victims to share information with authorities²², and make them less willing to collaborate with the relevant practitioners, since they might not fully understand the implications of their being referred as victims²³. In this sense, issues of fear, distrust and insecurity play an important role in the victims' decision to refuse to collaborate with practitioners²⁴.

In addition, interpretations of first responders' views indicate, in accordance with some authors²⁵, that victims who come from countries in which corruption amongst government officials is rife are much less likely to trust official practitioners. This distrust in the governmental system and authorities seems to be magnified among victims when they do not hold a legal migratory status, and therefore fear legal reprisals.

These elements that influence the victims' trust of the system and its practitioners while diminishing their willingness to come forward are not new²⁶, but despite this, they still may not be sufficiently considered by the present UK NRM. Current forms of referral (UK NRM) are only written in English. Practitioners did stress that it is always explained to victims what they are signing and that they usually contact translators to facilitate communication between them and potential victims of trafficking.

The fact that the forms of consent to start the formal identification of the victims are not translated into the victims' languages means that victims, who have potentially been rescued from a traumatic experience and may distrust anyone as a consequence of their trafficking experience, are expected to sign a form which they often cannot understand. This may not always fit into a general ethical understanding of informed consent; and has led some practitioners to question its adequacy. This overview of identified issues which impact upon the victims' willingness to collaborate with practitioners shows how not all actions of identification are conducive to the victims' referral.

20 IOANNOU, M. y OOSTINGA, M.S.: *An empirical framework of control methods of victims of human trafficking for sexual exploitation*. Global Crime, Vol. 16, num. 1, 2015, pag. 34-49.

21 MCTAVISH, F.J.: *Devastating consequences of sex trafficking on women's health*. The Linacre quarterly, Vol. 84, num. 4, 2017, pag.367-379.

22 See pag. 12 at BRUVNOSKIS, A. y SURTEES, R.: *Out of sight? Approaches and challenges in the identification of trafficked persons*. Fafo, 2012.

23 BRUNOVSKIS, A. y SURTEES, R.: *Leaving the past behind: When victims of trafficking decline assistance*. Fafo, 2007.

24 SURTEES, R.: *Listening to victims. Experiences of identification, return and assistance in South-Eastern Europe*. ICMPD, Vienna, 2007.

25 LOGAN, T.K., WALKER, R. y HUNT, G.: *Understanding human trafficking in the United States*. Trauma, Violence, & Abuse, Vol. 10, num.1, 2009, pag. 3-30.

26 MCGAJA, J.E. y EVANS, A. (2009) *Where Are the Victims-The Credibility Gap in Human Trafficking Research*. Intercultural Human Rights Law Review, 2009, 4 pag. 239- 266.

3.2 The UK NRM challenges victims' welfare assurance before reaching a reasonable grounds decisión

Under the present UK NRM, approaches of support for victims of trafficking are provided under specific requirements, namely once victims consent to be referred as such and after they receive a positive decision on their victimhood²⁷. UK NRM forms offer three options which can be voluntarily signed by a potential victim. The first signature means that the person suspected of being trafficked gives their consent to enter the system. Once consent to enter the system is given, the victim can also sign in order to consent to assistance from non-governmental agencies. In other words, victims who sign these two options are reporting that they are victims of trafficking and that they wish to be offered support. Finally, the last voluntary option is to agree to collaborate with authorities in the investigation of the crime. Therefore, all potential victims of trafficking are entitled to receive governmental support through the UK NRM without having, in principle, to collaborate with authorities if they request not to.

According to the UK Government, if victims refuse to enter the UK NRM, practitioners still have a duty to notify the UK Home Office of a potential case of trafficking by completing and sending the referral form but choosing the option which indicates the Potential Victim has not consented to referral into the NRM²⁸. In this sense, the extent of information gathered within the referral forms are conditional upon the degree of consent of the victim, which may vary considerably from one to another. However, interpretations from first-responders indicate that the refusal of victims to enter the UK NRM is acknowledged as a termination of their legal responsibilities to support victims of trafficking.

In this sense, first responders consider that the UK NRM's criterion of access to support and the lack of governmental guidance outside this, aside from their duty to notify the government of the potential case of human trafficking, circumscribes the role of first responders; it diminishes both the extent to which and the ways in which they are involved in the official process. However, this does not mean that some first responders would not pursue alternative approaches in order to support victims who do not consent to enter the UK NRM but still want to access support. In fact, some practitioners indicated that under these circumstances, victims could be referred to alternative agencies of support.

In this sense, although the UK NRM criteria delineates the limits of support access for victims who refuse to enter the UK NRM because they want to remain anonymous and do not want specialist support²⁹, the absence of governmental guidance for first responders in such cases seems to foster inconsistencies of support approaches.

Similarly, in cases when victims consent to collaborate with practitioners, lack of governmental guidance has been acknowledged on the ground to be an assumed delegation of responsibility to the agency that makes the referral to the UK NRM. As such, the agency that identifies potential victims of trafficking will decide, according to its own criteria concerning victims and protocols on action, whether support needs to be provided to a potential victim urgently, and if so, how to operate. This legitimises

27 See HM MODERN SLAVERY: Statutory Guidance for England and Wales (under s49 of the Modern Slavery Act 2015) and Non-Statutory Guidance for Scotland and Northern Ireland. Retrived from: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1104107/Modern_Slavery_Statutory_Guidance__EW__Non-Statutory_Guidance__SNI__v2.11.pdf

28 Ibid

29 Ibid

a range of options and decisions made by first responders that may not be necessarily based on the same reasoning. Additionally, first responders group together a wide range of practitioners from different agencies and specialisations³⁰, which may also play an important role in how they decide to respond to victims.

This means that under the UK NRM, uncertainty concerning the provision of support for victims of trafficking arises with regard to the actions to be undertaken by practitioners (if any) in the case of scenarios which fail to meet the established requirements, these being if victims do not consent to enter the UK NRM or, if they consent, whether the correct approach is pursued by practitioners in the period before a reasonable grounds decision is made.

In addition, despite the agency of referral being in principle considered to be the one responsible for protecting and assisting the potential victim, the extent of support will be conditional on the resources of agencies and limited by the length of the required competent authority' identification system. This reinforces not only the uncertainty of the support approach adopted by the agency of referral (if any), but also its quality and adequacy, since resources to support victims may not be sufficient in all cases. As a matter of fact, practitioners mentioned this as a possible source of tension that limits them from ensuring that victims will be provided with support.

In addition, although the UK Government considers that the length of this period should be of approximately five working days, practitioners indicated that this is not always the case. Delays in the process of the identification of victims mean that issues of tension amongst agencies aiming to offer support to victims can be intensified, exposing victims to a longer period of uncertainty regarding their support. Under this premise, the absence of national guidance on supporting victims during this period, while leaving other agencies with the responsibility of deciding whether to safeguard victims' welfare just because their victimhood has not yet been ascertained, poses serious concerns over the extent of compliance of the UK Government with the aims of the UK NRM.

According to the UK National Crime Agency, the present UK NRM is an anti-trafficking scheme with the goal of developing actions of identification and assistance in order to ensure that victims of trafficking are provided with the right support³¹. However, findings indicate that guidance and funding being withheld until a decision on victimhood is proven promotes inconsistent responses in assisting victims, impeding the assurance of victims' wellbeing. Additionally, discussions with first responders highlighted another issue of concern with regard to facilitating the referral of victims of trafficking, this being that assistance and protection cannot be ensured for those potential victims of trafficking who enter the NRM. Although victims of trafficking are entitled to a 45-day recovery and reflection period, this can only be granted when the government decides that there are reasonable grounds to believe in their victimhood. Staff members from governmental and non-governmental agencies consider that this leads to further issues of uncertainty among potential victims, therefore negatively influencing victims' trust and willingness to collaborate with practitioners in order to consent to entering the UK NRM.

As a result, victims may refuse to co-operate with authorities and fail to report the crime if assurance of protection and assistance is not guaranteed. This finding highlights how the adoption of a 45-day recovery and reflection period, in accordance with the international protocols, does not necessarily facilitate victims' willingness to collaborate with practitioners. Influenced by their own experiences, first responders have stressed that making support and protection under the 45-day recovery and

30 Ibid

31 Ibid

reflection period conditional upon victims' evidence of victimhood impairs them from receiving protection and support assurance. This will rarely address victims' common ongoing issues of distrust towards the system. In opposition with its aims, this contributes to discouraging victims from entering the UK NRM.

4. Conclusions

Although analysis has shown that most of the measures in place tend to prioritise victims' welfare in order to satisfy the minimum standards suggested by most international protocols, findings have highlighted how victims' needs have not been sufficiently considered. Victims are not offered information on the UK NRM in their own language, and the provision of support and assistance is uncertain both prior to and after being granted a reasonable grounds decision on their victimhood. This was considered to eventually diminish the victims' welfare, affecting their willingness to collaborate with first responders and thus not fulfilling the aim of the UK anti-trafficking strategy.

Informed by these findings, it can be admitted that these practices undermine the aim of the mechanism, and thus information on the process and rights of victims of trafficking must be provided to them with consideration given to their particular circumstances in order to guarantee a full understanding that does not lead to further issues of confusion or distrust. These elements have been constantly stressed by first responders as crucial in determining the extent (if any) and type of collaboration with victims along stages of identification and support provision. Findings from this study have drawn attention to how issues of distrust among victims endure long after their exit from exploitation, proving that this issue and its serious implications are not easily palliated.

These findings have stressed that conformity with the international anti-trafficking treaties does not necessarily guarantee the practicality or feasibility of victim-centred approaches. Most importantly, evidence from this study highlighted that the UK NRM does not palliate issues of mistrust among victims, since the UK NRM forms are not translated into the victims' languages and therefore assistance cannot be guaranteed. These issues are considered to limit victims' understanding of the implications of the process of referral, thus limiting the ability of first responders to establish trust with them and to obtain their consent to enter the UK NRM.

Data from this study makes it evident that the extent to which the current anti-trafficking system applies a victim-centred approach and complies with the victim's opinions and needs, will largely determine the victims' ability to overcome their vulnerability and prevent further exploitation.

This data reinforces the importance of understanding first responders' experiences and victims' needs in order to address those factors that hinder the adequacy of policing initiatives.

5. Bibliography

BRUNOVSKIS, A. y SURTEES, R.: Leaving the past behind: When victims of trafficking decline assistance. Fafo, 2007

BRUNOVSKIS, A. y SURTEES, R.: *Out of sight? Approaches and challenges in the identification of trafficked persons.* Fafo, 2012.

- COUNCIL OF EUROPE**, *Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings*, 16 May 2005, CETS 197.
- CLAWSON, H.J. y DUTCH, N.:** *Identifying victims of human trafficking: Inherent challenges and promising strategies from the field*. US Department of Health and Human Services (HHS). Washington DC, 2008.
- EUROPEAN UNION:** Council of the European Union, Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, 15 April 2011, OJ L. 101/1-101/11; 15.4.2011, 2011/36/EU
- GRUBB, D. y BENNET, K.:** «*The readiness of local law enforcement to engage in US antitrafficking efforts: an assessment of human trafficking training and awareness of local, county, and state law enforcement agencies in the State of Georgia*». Police Practice and Research, Vol. 13, num. 6, 2012, pag 487- 500.
- HEMMINGS, S., JAKOBOWITZ, S., ABAS, M., BICK, D., HOWARD, L.M, STANLEY, N., ZIMMERMAN, C. y ORAM, S.:** Responding to the health needs of survivors of human trafficking: a systematic review. BMC Health Services Research, Vol. 16, num. 1, 2016, pag. 320.
- HM GOVERNMENT** (2016) *Victims of modern slavery - frontline staff guidance*. London: Home Office. Retrieved from <https://www.antislaverycommissioner.co.uk/media/1057/victims-of-modern-slavery-frontline-staff-guidance-v3.pdf>
- HM GOVERNMENT:** *Victims of modern slavery - competent authority guidance*. London, 2019.
- IOANNOU, M. y OOSTINGA, M.S.:** *An empirical framework of control methods of victims of human trafficking for sexual exploitation*. Global Crime, Vol. 16, num. 1, 2015, pag. 34-49.
- LOGAN, T.K., WALKER, R. y HUNT, G.:** Understanding human trafficking in the United States. Trauma, Violence, & Abuse, Vol. 10, num.1, 2009, pag. 3-30.
- MCGAHA, J.E. y EVANS, A.** (2009) *Where Are the Victims-The Credibility Gap in Human Trafficking Research*. Intercultural Human Rights Law Review, 2009, 4 pag. 239- 266.
- MCTAVISH, F.J.:** *Devastating consequences of sex trafficking on women's health*. The Linacre quarterly, Vol. 84, num. 4, 2017, pag.367-379.
- SANCHEZ, R. y STARK, SW.:** *The hard truth about human trafficking*. Nursing Management, Vol. 45, num. 1, 2014, pag. 18-23.
- STOYANOVA, V.:** *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*. Cambridge University Press, 2017.
- SURTEES, R.:** *Listening to victims. Experiences of identification, return and assistance in South-Eastern Europe*. ICMPD, Vienna, 2007.
- UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000.

USOS Y LIMITACIONES DEL *BIG DATA* EN EL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO: UNA PERSPECTIVA DESDE LA ECONOMÍA Y EL URBANISMO

Demetrio Carmona Derqui
Universidad de Granada

Jonathan Torres Téllez
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 0. Introducción: aplicaciones del *big data* en la criminología. 1. La policía predictiva: un uso criminológico del *big data* desde el urbanismo. 2. Introducción al ciclo de vida del aprendizaje automático. 3. Limitaciones de los datos que alimentan los algoritmos. 4. Qué miden y qué no miden los modelos: resultados. 5. Caducidad de los modelos y sobreajuste. 6. Perpetuación de los sesgos. 7. Dependencia del desarrollo de la ciudad. 8. Conclusiones. 9. Referencias bibliográficas.

0. Introducción: aplicaciones del *big data* en la Criminología

La tecnología relacionada con la inteligencia artificial (IA en adelante) y el *big data* está prácticamente en una fase temprana de su desarrollo, y, por lo tanto, a pesar de su enorme potencial y las infinitas posibilidades que ofrece, aún es necesario esperar para conocer cómo afectará su aplicación a la vida de las personas y en las distintas esferas de la sociedad. No obstante, más allá de las discusiones técnicas y filosóficas que se están produciendo sobre la propia evolución de esta tecnología y su uso, es innegable que ya se trata de una realidad y que se emplea en muchos ámbitos diferentes, entre los que destacan el penal y el criminológico¹.

Y es que esta nueva tecnología ha abierto un sinfín de oportunidades para trabajar sobre varias de las principales cuestiones epistemológicas que investiga la Crimino-

1 MIRÓ-LLINARES, F.: «Predictive policing: utopia or dystopia? On attitudes towards the use of big data algorithms for law enforcement», *SOC ARXIV*, 2020, pp. 1-28.

logía: explicar las causas intrínsecas y extrínsecas de los delitos, pero, sobre todo, identificar los patrones delictivos para prevenir la delincuencia².

Para ello, los datos relacionados con la criminalidad y sus análisis estadísticos son elementos claves que permiten investigar por qué suceden determinados delitos para así, posteriormente, desarrollar las medidas necesarias para ayudar a prevenirlos. En este sentido, se debe tener presente que la delincuencia, como cualquier otro comportamiento, se aprende de manera general a partir de los diferentes *inputs* que reciben las personas a lo largo de sus vidas, por lo que los hechos del pasado pueden ser determinantes para comprender o anticiparse a los eventos criminales del futuro³.

Dichos datos no solo se originan desde el momento en que se registra un incidente por parte de la policía o se identifica a un delincuente, sino que desde las estructuras en las que se establecen los registros administrativos, tanto judiciales como policiales, ya se está generando información potencialmente explotable. Además, a esto se unen todos los datos que se obtendrán a partir del procesamiento de un delincuente, de la asistencia a las víctimas, de los servicios médicos, de las cárceles, etc., que son fuentes de información determinantes para los criminólogos⁴.

No obstante, hasta la aparición de las herramientas informáticas modernas, resultaba inviable la explotación estadística de una masa de datos de tal magnitud. De hecho, en ocasiones, ni siquiera con estos recursos es posible manejar estas bases de datos compuestas por miles de variables y observaciones en constante evolución, por lo que los ingenieros de datos a menudo se ven en la tesitura de tener que usar técnicas para reducir su tamaño, lo que provoca problemas de interpretabilidad que se examinarán más adelante en el capítulo. Como señalan Feng y otros⁵ la concepción que engloba el concepto *big data* va mucho más allá de los análisis estadísticos estandarizados en las ciencias sociales. Hace referencia a un conjunto de datos tan masivo e intrincado que no pueden procesarse con las aplicaciones informáticas tradicionales, sino que precisan de técnicas particulares que se encuadran dentro de la «minería de datos».

De esta forma, las posibilidades de explotación de información que brinda el *big data* a los criminólogos ha hecho que se utilice esta nueva tecnología en diferentes ramas de la criminología o relacionadas con ella directamente⁶:

-
- 2 CAMACHO-COLLADOS, M., LIBERATORE, F. y ANGULO, J.M.: «A multi-criteria Police Districting Problem for the efficient and effective design of patrol sector», *European Journal of Operational Research*, Vol. 246, núm 2, 2015, pp. 674-684.
 - 3 WANG, H., KIFER, D., GRAIF, C. y LI, Z.: «Crime rate inference with big data», *Proceedings of the 22nd ACM SIGKDD international conference on knowledge discovery and data mining*, 2016, pp. 635-644.
 - 4 LYNCH, K.: «Not even our own facts: Criminology in the era of big data», *Criminology*, Vol. 56, núm 3, 2018, pp. 437-454.
 - 5 FENG, M., ZHENG, J., REN, J., HUSSAIN, A., LI, X., XI, Y. *et al.*: «Big data analytics and mining for effective visualization and trends forecasting of crime data», *IEEE Access*, Vol. 7, 2019.
 - 6 Por el contrario, también existen estudios que indican que todavía el uso de esta tecnología en la práctica no es tan ideal como sugiere la teoría, como por ejemplo Sausdal (2018) que señala que los detectives la valoran como frustrante e incluso como un obstáculo para desarrollar correctamente sus labores. CIHAN, E., BOSTANCI, E. y GUZEL, M.: «Big Data, data mining, machine learning, and deep learning concepts in crime data», *Journal of Penal Law and Criminology*, Vol. 8, núm. 2, pp. 293-319.

- Uso en la documentoscopia, en la que se emplea para cotejar los distintos manuscritos y firmas a partir de la base de datos.
- Comparación de las muestras de ADN en la medicina forense y de las sustancias químicas, un aspecto que está facilitando la cooperación internacional ya que muchas de estas bases de datos no estaban interconectadas. Esto imposibilitaba la comparación entre ellas y obstaculizaba las investigaciones transfronterizas⁷.
- Análisis de las actividades financieras, que contemplan infinidad de operaciones y transacciones diarias para evitar, identificar o perseguir delitos económicos.
- Uso en la informática forense para la recopilación, tratamiento y análisis de todos los datos que tienen su origen en Internet, con énfasis en el Internet de las Cosas, para perseguir y prevenir las distintas tipologías delictivas relacionadas con estos elementos.
- Reorganización de las estructuras policiales y de la gestión de sus recursos, ya que el procesamiento del *big data* a través de los distintos algoritmos permite evaluar de forma más rápida y precisa las distintas informaciones organizacionales, lo que posibilita una reasignación de recursos según las necesidades que se tengan⁸ (Miró-Llinares 2020).

Pero, sin duda, el empleo de la IA o del *big data* en el campo de la Criminología que mayor atención está recibiendo por las instituciones y el mundo académico es el relacionado con la prevención delictiva⁹. Es justo en este punto en el que existen dos temas principales sobre los que se está aplicando mayormente el *big data*: la «Policía predictiva» —cuestión en la que se profundiza en el siguiente apartado— y las evaluaciones de riesgo para respaldar las medidas correccionales.

La razón de ello es que, como se señalaba anteriormente, la IA abre nuevas posibilidades que permiten establecer y analizar los patrones delictivos que darán lugar a predicciones sobre las acciones criminales futuras de las personas. Es decir, que a partir de los hechos del pasado y del modelado de los patrones mediante algoritmos de minería de datos, se pretende determinar quiénes son los individuos más proclives a la comisión de un delito, o a la reincidencia, y que de esta manera la policía y la justicia desarrollen estrategias para evitarlo¹⁰.

De esta forma, el uso de los datos masivos que proporciona el mundo digital y todo lo relacionado con ello está generando nuevas formas de conocimiento y experiencia que están transformando de manera considerable los aspectos más tradicionales de operar tanto de la institución policial como de la justicia: se está produciendo un tránsito desde la investigación y detección de las infracciones penales y el castigo, a la identificación de amenazas y prevención, es decir, hacia lo conocido como justicia penal predictiva¹¹.

7 NEIVA, L., GRANJA, R. y MACHADO, H.: «Big Data applied to criminal investigations: expectations of professionals of police cooperation in the European Union», *Policing and Society*, 2022, pp. 1-14.

8 MIRÓ-LLINARES, F.: «Predictive policing: utopia or dystopia? On attitudes...» *op. cit.*, pp. 1-28.

9 NEIVA, L., GRANJA, R. y MACHADO, H.: «Big Data applied to criminal investigations...» *op. cit.*, pp. 1-14.

10 BENNETT MOSES, L. y CHAN, J.: «Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation and accountability», *Policing and Society*, Vol. 28, 2016, pp. 806-822.

11 PRAMANIK, M.I. *et al.*: «Big data analytics for security and criminal investigations», *Wiley interdisciplinary reviews: Data mining and knowledge discovery*, Vol. 7 núm 4, 2017, pp. 1-19.

La justicia penal predictiva consiste en aplicar algoritmos capaces de analizar conjuntos de datos masivos con el objetivo de establecer patrones de comportamientos para evaluar asépticamente, esto es, desde una perspectiva estadística y matemática sin ningún juicio de valor, los riesgos futuros de que una persona cometa un delito y así desarrollar estrategias para prevenirlo, investigarlo y enjuiciarlo¹².

Uno de los efectos de este cambio metodológico es que la tecnologización que se está produciendo del sistema penal está dando lugar a que las evaluaciones judiciales, que tradicionalmente realizaba un humano bajo su discreción a partir de evaluaciones clínicas y enmarcadas en la legislación y el derecho, se estén complementando con algoritmos, análisis de datos masivos e inteligencia artificial para proporcionar predicciones precisas y evaluaciones objetivas que sean consistentes en el tiempo¹³. Es decir, la IA y el *big data* se están aplicando en las evaluaciones de riesgo en los procedimientos de fianza, de sentencia, de libertad condicional, etc., para medir el riesgo, la seguridad de la comunidad, para determinar la probabilidad de que un reo reincida y sus perspectivas de reintegración en la sociedad¹⁴.

Un ejemplo de ello es la investigación que realizaron Kleinberg y otros¹⁵ sobre el riesgo de reincidencia de un delincuente y la aplicación de un algoritmo para determinar sus probabilidades de reinserción. El modelo elaborado por estos investigadores predecía considerablemente mejor que los jueces el riesgo de incidencia, y que su aplicación generaría importantes beneficios para la sociedad puesto que la delincuencia podría llegar a reducirse hasta en un 25% sin que esto conllevara un aumento de la población reclusa. No obstante, ante la magnitud de estos efectos y de la propia complejidad que le corresponde a un fenómeno como la delincuencia, hay que tratar sus resultados con cierta cautela ante el entusiasmo generado por la aplicación de esta nueva tecnología como forma de mejorar la sociedad y, en particular, el sistema judicial¹⁶.

En definitiva, parece que la precaución y la prevención de riesgos se está convirtiendo en el eje sobre el que gira la justicia y le está otorgando un mayor énfasis al cálculo de la peligrosidad, riesgo o posibilidad de que sucedan determinados eventos que a las propias amenazas reales a las que se enfrenta la sociedad¹⁷. No obstante, esto, como se verá más adelante, también genera una serie de problemas al estar «criminalizándose» conductas previas al delito o a determinados grupos poblacionales, o incluso la reducción del estado de derecho y de la presunción de inocencia.

12 MIRÓ-LLINARES, F.: «Predictive policing: utopia or dystopia? On attitudes...» *op. cit.*, pp. 1-28.

13 MCKAY, C.: «Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making», *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 32, núm 1, 2020, pp. 22-39.

14 CARLSON, A.: «The need for transparency in the age of predictive sentencing algorithms», *Iowa Law Review*, Vol. 103, 2017, pp. 303-329

15 KLEINBERG, J., LAKKARAJU, H., LESKOVEC, J. *et al.*: *Human Decisions and Machine Predictions* National Bureau of Economic Research, 2017.

16 KAUFMANN, M., EGBERT, S. y LEESE, M.: «Predictive policing and the politics of patterns», *British Journal of Criminology*, Vol. 59, 2018, pp. 674-692.

17 BROWN, D., FARRIER, D., MCNAMARA, L., STEEL, A., GREWCOCK, M., QUILTER, J. y SCHWARTZ, M.: *Criminal laws*, The Federation Press, 2015.

1. La policía predictiva: un uso criminológico del *big data* desde el urbanismo

El concepto de policía predictiva no tiene una definición unánime establecida en la literatura académica, en parte por su reciente desarrollo y constante evolución, aunque sí existe un cierto consenso generalizado sobre los elementos y fundamentos principales que la componen¹⁸. De esta forma, según Perry y otros¹⁹, la policía predictiva se puede definir como aquel método que emplea técnicas cuantitativas de análisis para examinar la comisión de actividades delictivas y a partir de los resultados obtenidos desarrollar estrategias que anticipen, prevengan y respondan de manera más efectiva a la delincuencia²⁰.

Por lo tanto, de lo anterior se extrae que el objetivo principal de la vigilancia predictiva es realizar predicciones sobre los posibles eventos delictivos futuros que puedan suceder para anticiparse a ellos y así reducir los niveles de delincuencia. Además, con ello se garantizaría una gestión más eficiente de todos los recursos humanos que rodean a un delito, como los de la policía, los judiciales o los correspondientes a las propias personas que no han sido víctimas de un delito gracias a estas intervenciones preventivas²¹.

Este método, aunque es novedoso por el desarrollo de las recientes herramientas informáticas que permiten la explotación de datos masivos que antes no era factible, parte de una base teórica que surge a partir de distintas teorías criminológicas y conceptos que tienen un mayor recorrido en el mundo académico, como son las teorías ambientalistas o de victimización repetida, entre otras²².

La razón de ello es que la criminología ambiental establece los fundamentos teóricos más importantes para explicar la distribución espacial del crimen, un aspecto determinante para que la aplicación de la policía predictiva obtenga los resultados más satisfactorios posibles²³. Dichas teorías, como la del patrón delictivo o la de las actividades rutinarias, afirman que la delincuencia no se distribuye en el territorio de manera aleatoria, sino que sigue unos patrones determinados en el espacio y en el tiempo que son generados a partir de los denominados factores atractores y generadores de delitos que son propios de cada área concreta²⁴.

18 MEIJER, A. y WESSELS, M.: «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, Vol. 42, núm 12, 2019, pp. 1031-1039.

19 PERRY, W.L., MCINNIS, B., PRICE, C.C., SMITH, S.C. y HOLLYWOOD, J.S.: *Predictive policing: The role of crime forecasting in law enforcement operations*, Rand Corporation, 2013.

20 Sobre esta cuestión González-Álvarez *et al.* (2020) indican hay que tener especial cuidado en no considerar que esta metodología tan solo se utiliza para estimaciones relacionadas con el futuro, sino que también tiene un gran potencial para aclarar hechos pasados.

21 BENNETT MOSES, L. y CHAN, J.: «Algorithmic prediction in policing: assumptions...» *op. cit.*, pp. 806-822.

22 UCHIDA, C.: «Predictive policing», In: G. Bruinsma, D. Weisburd (eds.) *Encyclopedia of criminology and criminal justice*, Springer, 2014, pp. 3871-3880.

23 BRUINSMA, G.J.N. y JOHNSON, S.D.: *The oxford handbook of environmental criminology*, Oxford University Press, 2018.

24 KINNEY, J.B., BRANTINGHAM, P.L., WUSCHKE, K., KIRK, M.G. y BRANTINGHAM, P.J.: «Crime attractors, generators and detractors: Land use and urban crime opportunities», *Built Environment*, Vol. 34, núm 1, 2008, pp. 62-74.

En este sentido, las investigaciones en el campo de la Criminología han demostrado que en las actividades delictivas se pueden hallar patrones de comportamiento o de actuaciones que se repiten constantemente o, al menos, de manera análoga y con ciertas semejanzas. Para que el establecimiento de estos patrones sea lo más preciso y exacto posible es necesario analizar la mayor cantidad de datos y variables que permita identificar las características que son más estables y repetitivas en el tiempo para, así, distinguirlas de aquellas que son ocasionales o fortuitas²⁵.

Es decir, si el crimen no es aleatorio en cuanto al territorio se refiere, y además tiene características y particularidades que se reiteran en el tiempo, se pueden establecer patrones a partir del análisis de los datos históricos para predecir potenciales delincuentes, víctimas o las localizaciones de mayor riesgo delictivo que posibiliten la anticipación y/o prevención²⁶.

Para una correcta construcción de patrones y de modelos estadísticos que permitan realizar un completo análisis espaciotemporal de la delincuencia, hay que seleccionar determinadas variables entre las que tradicionalmente se han utilizado las siguientes²⁷:

1. Variables delictivas. Aquí se encuadra cualquier tipo de dato relacionado con los delitos que se han cometido en el pasado, como por ejemplo cuándo ocurrió, número de delitos, localización geográfica, etc.
2. Variables dependientes del tiempo. Aquellas que hacen referencia a la frecuencia, los días, vacaciones, estaciones del año, clima, etc.
3. Variables de oportunidad o de lugar. Las referidas a los datos poblacionales como la densidad, lugares públicos, bares, tiendas, etc.

En este aspecto, lo que el *big data* ha hecho posible es que los investigadores en sus modelos de predicción, más allá de las variables demográficas o socioeconómicas que se emplean comúnmente, puedan incorporar un sinfín de datos que producen las nuevas tecnologías en la vida diaria de las personas y que tienen una relación directa con las características dinámicas del espacio, tiempo y evento que se generan en las zonas urbanas: datos geográficos en tiempo real, movilidad urbana, patrones de tráfico, redes sociales, geolocalizaciones a través de las aplicaciones de transporte como los taxis, etc²⁸.

Por lo tanto, la novedad y el gran potencial que ofrece el *big data* sobre los modelos de análisis de datos existentes anteriormente es el hecho de que los patrones delictivos se puedan establecer en base a conjuntos de datos masivos que antes no eran accesibles ni de manera tan desagregada ni en tiempo real, además de tampoco poder procesarlos adecuadamente. Sin duda, esto ha hecho que los investigadores desarrollen modelos que proporcionan una información más completa y exacta de los procesos espaciotemporales de los delitos²⁹.

25 GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J.L., SANTOS-HERMOSO, J. y CAMACHO-COLLADOS M.: «Policía predictiva en España. Aplicación y retos de futuro», *Behavior & Law Journal*, Vol. 6, núm 1, 2020, pp. 26-41.

26 KOUNADI, O., RISTEA, A., ARAUJO, A. y LEITNER, M.: «A systematic review on spatial crime forecasting». *Crime Science*, Vol. 9, 2020, pp. 1-22.

27 HARDYNS, W. y RUMMENS, A.: «Predictive Policing as a New Tool for Law Enforcement? Recent Developments and Challenges», *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 24, núm 3, 2017, pp. 201-218.

28 KADAR, C. y PLETIKOSA, I.: «Mining large-scale human mobility data for long-term crime prediction», *EPJ Data Science*, 2018.

29 SNAPHAAN, T. y HARDYNS, W.: «Environmental criminology in the big data era», *European Journal of Criminology*, Vol. 18, núm 5, 2019, pp. 1-22.

Gracias a estas posibilidades que permite el *big data*, la vigilancia predictiva tiene hasta tres funciones distintas en base al análisis de los datos mediante los diseños de algoritmos³⁰:

- Realizar predicciones sobre cuándo y dónde se cometerá un delito. Los resultados obtenidos favorecerán una organización más efectiva del despliegue de los operativos policiales.
- Determinar las posibilidades de que una persona concreta cometa un delito y predecir las características que tendrá un delincuente. Esta función permite elaborar perfiles delictivos que faciliten el análisis de las causas de la delincuencia y las acciones a adoptar para reducirla.
- Establecer las probabilidades de que un individuo sea víctima de una actividad delictiva. El objetivo es determinar qué tipo de perfiles de personas tienen un mayor riesgo de ser víctima de un delito a partir de los datos históricos.

No obstante, Ratcliffe³¹ indica que, aunque las posibilidades del empleo de la vigilancia predictiva engloban estas tres posibilidades, su uso cada vez más está orientado a determinar el lugar y el momento en el que se cometerá un delito. Es decir, que la vigilancia predictiva se está desarrollando especialmente sobre cómo el procesamiento de los datos históricos permite la realización de pronósticos en el espacio y tiempo.

Sobre los tipos de delitos que se pueden prevenir y las estrategias profilácticas para ello, hay que tener presente que, aunque en principio pueda aplicarse a cualquier tipología delictiva siempre y cuando se establezcan indicadores de riesgo y se recojan todos los datos necesarios para analizarlos, realmente el mayor potencial de la policía predictiva y su uso más lógico está en aquellos delitos que, por lo general, no tienen un componente impulsivo, ya que son los que mayoritariamente siguen patrones más definidos y posibilitan la realización de predicciones más precisas³². Por esta razón, esta técnica no tiene tanta eficacia en los delitos violentos, ya que suelen tener poca planificación y, en muchos casos, no siguen ningún patrón determinado. Además, es importante recalcar que los diseños de los algoritmos tienen un uso concreto para un tipo de delito, un lugar y unos individuos determinados, y que, por tanto, extrapolar los algoritmos a otros hechos para los que no han sido elaborados produce importantes errores de ajuste.

De esta forma, los posibles beneficios y el gran potencial que se presupone a este método ha hecho que ya se haya utilizado en diferentes países como Estados Unidos, Alemania, Austria o Francia, los cuales están renovando sus metodologías de análisis criminal con el fin de incorporar los cambios y avances que está generando el proceso tecnológico actual para aprovechar la infinidad de posibilidades que ofrece en la reducción del crimen.

En España también se está empleando la policía predictiva en diferentes funciones de los cuerpos de seguridad del Estado, como en la delimitación de las zonas de patrullaje³³. Pero, sin duda, el procedimiento de vigilancia predictiva que más desa-

30 PERRY, W.L., MCINNIS, B., PRICE, C.C., SMITH, S.C. y HOLLYWOOD, J.S.: *Predictive policing: The role of crime forecasting in law enforcement operations*, Rand Corporation, 2013.

31 RATCLIFFE, J.: «What is the future... of predictive policing?», *Translational Criminology*, Vol. 6, 2014, pp. 4-5.

32 GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J.L., SANTOS-HERMOSO, J. y CAMACHO-COLLADOS M.: «Policía predictiva en España. Aplicación...» *op. cit.*, pp. 26-41.

33 CAMACHO-COLLADOS, M., LIBERATORE, F. y ANGULO, J.M.: «A multi-criteria Police Districting Problem...» *op. cit.*, pp. 674-684.

rollado está en este país es el referente a la creación y aplicación de un protocolo de valoración sobre el riesgo de reincidencia en el ámbito de la violencia de género.

No obstante, aunque tanto el desarrollo teórico de la policía predictiva como su aplicación práctica están avanzando considerablemente, no termina de esclarecerse la efectividad real de este método en la reducción de la delincuencia. La literatura afirma que esto sucede porque hay pocas evaluaciones de los procedimientos que se han desarrollado hasta el momento³⁴, algo que reafirman Meijer y Wessels³⁵: «este campo de investigación se está desarrollando a gran velocidad y [...] todavía solo un número limitado de estudios se centraron en la efectividad de los métodos policiales predictivos en la práctica, pero algunos estudios recientes probaron si la aplicación de técnicas policiales predictivas da como resultado mejoras en la reducción del crimen».

A esto se añade que las investigaciones que han comprobado empíricamente la eficacia de los programas de policía predictiva que se han aplicado han obtenido resultados dispares, no consiguiendo alguno de ellos reducir la delincuencia o, en el mejor de los casos, una disminución residual. Esto ha hecho que algunos investigadores concluyan que no todos los modelos que se han elaborado son correctos y que, además, cada uno de ellos debe ser evaluado de manera individual antes de confirmar su efectividad³⁶.

Para ello, existen hasta tres criterios diferentes para evaluar la eficacia de la vigilancia predictiva³⁷, aunque generalmente la mayoría de las evaluaciones se centran en comprobar cuántas predicciones erróneas se han cometido:

- Establecer cuántos delitos no se detectaron a pesar de las predicciones realizadas.
- Comparar la evolución de los niveles de delincuencia antes de implementar la policía predictiva y posteriormente para ver la diferencia que existe.
- Analizar los costes-beneficios que supone la aplicación de la vigilancia predictiva.

Además, tampoco hay que ignorar que la policía predictiva, a pesar del sinfín de posibilidades que ofrece y de los potenciales beneficios que se puedan obtener, también tiene problemas que van más allá de una correcta evaluación de eficacia o de no obtener los mejores resultados posibles, sino que la propia tecnología de la que parte hace que tenga limitaciones y problemas que se detallan en los siguientes epígrafes.

2. Introducción al ciclo de vida del aprendizaje automático

En los siguientes apartados se pretende abordar de forma breve varios problemas específicos de los análisis del *big data* que afectan particularmente a las decisiones en el ámbito de la criminalidad. Para comprender el alcance de estas cuestiones es necesario conocer el proceso que sigue un equipo de analistas desde la recogida de

34 HARDYNS, W. y RUMMENS, A.: «Predictive Policing as a New Tool...» *op. cit.*, pp. 201-218.

35 MEIJER, A. y WESSELS, M.: «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, Vol. 42, núm 12, 2019, pp. 1031-1039.

36 MEIJER, A. y WESSELS, M.: «Predictive Policing: Review of Benefits...» *op. cit.*, pp. 1031-1039.

37 RUMMENS, A., HARDYNS, W. y PAUWELS, P.: «The use of predictive analysis in spatiotemporal crime forecasting: Building and testing a model in an urban context», *Applied Journal of Geography*, 2017.

datos hasta obtener e interpretar los resultados. A continuación, se facilita al lector una lista simplificada que esquematiza el proceso de forma ordenada en fases que se suceden de forma cíclica³⁸:

1. Recogida y organización de los datos. Rara vez este punto depende del propio analista, más bien es un campo propio de los ingenieros de datos. El Internet de las Cosas, las bases de datos institucionales e incluso los datos recopilados de las propias redes sociales pueden resultar útiles para un análisis de esta naturaleza. Para obtener resultados útiles es necesario garantizar la calidad y la integridad de los datos, lo cual no siempre es posible. La privacidad juega aquí un papel decisivo, puesto que la normativa sobre datos de carácter personal cada vez es más sofisticada y puede dificultar el acceso a información relevante.
2. Preprocesamiento de los datos. Al igual que en la fase anterior, esta fase es dominada por los ingenieros de datos. En este momento se realizan tareas preliminares de análisis y se someten los datos a examen para detectar posibles problemas. Se prepara la información para el análisis posterior, lo cual puede suponer la imputación de datos faltantes³⁹, la recodificación de variables⁴⁰ o la transformación de la escala de los datos⁴¹, entre otras operaciones. En definitiva, se preparan los datos para su uso posterior por los analistas.
3. Análisis. En esta fase se trata de determinar qué factores o variables resultan determinantes para explicar la variable objeto de estudio, que en este caso puede ser la probabilidad de reincidencia de los ciudadanos que han cometido un determinado delito. Para ello primero se examinan los datos y se buscan posibles correlaciones entre los datos disponibles y la realidad que se desea analizar. Si bien estas asociaciones son útiles para el analista, no dejan de ser un mero indicio y normalmente es necesario desarrollar un estudio más profundo, por lo que se acude a técnicas propias de la minería de datos para explicar la realidad analizada. En este punto se dan dos fases que se suceden cíclicamente y que a menudo se automatizan:

38 SURESH, H. y GUTTAG, J.: «Understanding Potential Sources of Harm throughout the Machine Learning Life Cycle», *MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing*, Massachusetts Institute of Technology, Summer 2021.

39 Cuando se dispone de suficientes datos se pueden emplear técnicas de imputación de datos para aquellos casos en los que, por cualquier razón, falta información. Se puede dar este caso cuando se ha recogido abundante información sobre un individuo, pero este no ha facilitado datos sobre una cuestión concreta. Para evitar desechar el resto de la información de este individuo se usan técnicas que emplean la información disponible para hacer una estimación razonable del dato faltante. Por ejemplo, una técnica común es imputar la media aritmética a un valor faltante.

40 La información no siempre está codificada de forma inteligible para los algoritmos, que no suelen entender nada que no se encuadre en el campo de las matemáticas. Por ello es necesario dar un formato adecuado a los datos. Como ejemplo se puede pensar en aquellas variables que reflejan cualidades, como el «estado civil». El valor «soltero» no dice nada al algoritmo a menos que se traduzca a un valor numérico. En estos casos se puede imputar el valor 1 a los individuos que estén solteros y el valor 0 al resto, pero en la realidad la casuística de la recodificación es muy amplia y variada.

41 Algunos algoritmos se ven afectados por la escala de las variables. Esto quiere decir que una variable que contenga valores de 0 a 100, como la edad, tendrá un peso distinto que una que contenga valores de 0 a 10, como puede ser la salud autopercebida. Otra razón por la que los ingenieros realizan esta clase de operaciones es para tratar de capturar mejor la relación matemática entre la variable explicativa y la variable objeto de estudio.

- Se selecciona la técnica o el algoritmo más adecuado y se calculan los resultados del modelo teniendo en cuenta una serie de parámetros que varían en función del algoritmo.
 - Se evalúa la validez del modelo utilizando una métrica adecuada. Se dice que se ha ajustado el modelo cuando se ha optimizado dicha métrica, que normalmente se basa en los errores cometidos por el modelo⁴². Para evaluar el modelo es muy frecuente emplear la técnica de la validación cruzada⁴³. La interpretación de qué es un error razonablemente aceptable o de qué tipo de errores —falso negativo, falso positivo, etc.— resultan relevantes para el modelo en cuestión se atribuye al analista.
4. Interpretación de los resultados y toma de decisiones. Los algoritmos proporcionan una base informada para la toma de decisiones. No obstante, hay que traducir estos números al lenguaje humano. Los coeficientes que arrojan los algoritmos no tienen sentido sin un contexto, que en este caso es el contexto social y económico en el que se insertan los individuos. Por esta razón es necesario acompañar el análisis de datos de conocimiento experto en la materia para poder valorar hasta qué punto tienen sentido los coeficientes, qué significan y si constituyen una base para realizar una intervención.

Como puede advertir el lector, el proceso no se ha descrito de forma exhaustiva, ya que no resulta de interés para lograr el objetivo de este capítulo. Se han omitido cuestiones que pueden ser relevantes para quien desee una visión completa del trabajo de un analista, como la creación de tuberías o *pipelines* que simplifiquen el proceso, pero que no aportarían nada a la hora de valorar los problemas que se examinan en las páginas siguientes. También resulta pertinente advertir de que las fases descritas no son compartimentos estancos. Las tareas preliminares de preprocesamiento pueden servir para hallar errores en la recogida de datos que podrían corregirse a partir de ese momento. El análisis de los datos producto de una decisión tomada anteriormente pueden revelar errores de interpretación o de modelado de la realidad objeto de estudio.

3. Limitaciones de los datos que alimentan los algoritmos

En este apartado se examinan las cuestiones más frecuentes que afectan a los datos que se emplean para entrenar algoritmos de análisis de *big data*. Las problemáticas que se presentan no son casos aislados o infrecuentes, representan retos a los que se tiene que enfrentar prácticamente cada proyecto basado en aprendizaje automático y han sido estudiadas en profundidad por la literatura especializada.

En primer lugar, es necesario destacar que la elaboración de un modelo matemático implica la reducción de la compleja realidad social a indicadores que sean

42 Por ejemplo, en los problemas de clasificación se intenta determinar si un individuo pertenece a una categoría -p. ej., individuos reincidentes-. Una métrica útil en este caso sería el porcentaje de falsos positivos con respecto al total de positivos, ya que tomar medidas sobre ciudadanos que realmente no tienen riesgo de reincidir sería un resultado catastrófico. El objetivo del ajuste en este caso sería minimizar dicho porcentaje en la predicción.

43 Se dividen los datos disponibles en dos partes. La primera contiene la mayoría de los datos y se utiliza para alimentar el algoritmo y calcular los resultados del modelo matemático. La segunda contiene una parte pequeña de los datos y sirve para contrastar la validez de los resultados. Si el modelo que se ha ajustado con la mayor parte de los datos comete un número razonablemente pequeño de errores al tratar de predecir los datos de la parte pequeña que se ha reservado para este propósito, el analista asumirá que el modelo que ha especificado es adecuado.

compatibles con los algoritmos que se desea emplear. En la medida en que estos indicadores recogen adecuadamente el fenómeno que se estudia, los modelos harán predicciones más útiles, pero esto no siempre resulta sencillo. Hay fenómenos cuya complejidad imposibilita una medición precisa o incluso la propia medición. Esto es bien conocido por los analistas, que han desarrollado diversas estrategias para abordar estos obstáculos. Por ejemplo, un fenómeno puede medirse desde distintas perspectivas y cada una de ellas puede representarse mediante indicadores independientes. Este uso de las variables puede derivar en un análisis más completo, pero también aumenta enormemente la dificultad a la hora de interpretar los resultados. ¿Qué ocurre si no es posible realizar una medición directa del fenómeno? En ocasiones esto se soluciona utilizando una variable *proxy*. Estas variables son mediciones de un fenómeno que está altamente correlacionado con aquel que se analiza, pero que es distinto a este. De esta forma se posibilita un análisis indirecto de la realidad objeto de estudio, por lo que es necesario interpretar los resultados con precaución al no estar basados en una observación directa del fenómeno.

En segundo lugar, siempre existe un límite en la capacidad de procesamiento de los algoritmos de análisis. En ocasiones este límite viene determinado por los recursos informáticos que se tienen disponibles, pero también puede deberse a que el rendimiento de ciertos algoritmos empeora a medida que utiliza más variables (p.ej., la Regresión Lineal). Para reducir el número de variables se pueden identificar aquellas que realmente no están asociadas con el fenómeno analizado mediante un análisis preliminar, aunque esto excluye ciertas variables que podrían ser de interés en el futuro. Otra vía puede ser emplear técnicas de reducción de la dimensionalidad —p.ej., Análisis de Componentes Principales o PCA por sus siglas en inglés⁴⁴—. En el PCA se extrae la «parte útil» de los datos disponibles y se utiliza para construir nuevas variables. Esta técnica constituye un recurso potente para que los analistas realicen mejores predicciones, pero al «mezclar» los datos también genera una gruesa barrera que a menudo imposibilita la interpretación de los resultados y, por ende, la explicación del fenómeno analizado⁴⁵. Este hecho hace que sea necesario prescindir de la reducción de la dimensionalidad cuando se tiene por objetivo analizar los determinantes de cualquier fenómeno social y ello deja al analista vulnerable ante el tamaño masivo de los conjuntos de datos propios del *big data*.

Por último, no queda claro que sea viable emplear análisis de *big data* al tiempo que se respeta por completo la privacidad de los usuarios. Si los usuarios no dan su consentimiento para emplear datos como la geolocalización, entre otros, los algoritmos no recibirán información suficiente en calidad y cantidad como para realizar predicciones adecuadas. Este problema se agrava cuando se tiene en cuenta que a menudo los datos se mueven entre países y continentes, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, al contratar los servicios de un equipo de analistas para el estudio de la criminalidad de una ciudad. Cuando los datos se almacenan y procesan en un país distinto a aquel en el que se recogen pueden surgir importantes conflictos jurídicos. Dos casos conocidos son los de *Facebook* y *Google Analytics*, que a pesar de la insistencia de la Unión Europea siguen enviando datos de ciudadanos europeos a EEUU⁴⁶.

44 MAATEN, L. VAN DER, POSTMA, E. y HERIK, J. VAN DEN: «Dimensionality Reduction: A Comparative Review», *Journal of Machine Learning Research*, Vol. 10, núm 66-71, 2009.

45 ENKI, D.G., TRENDAFILOV, N.T. y JOLLIFFE, I.T.: «A Clustering Approach to Interpretable Principal Components», *Journal of Applied Statistics*, Vol. 40, núm 3, 2013.

46 PASCUAL, M.G.: *Facebook sigue mandando datos de usuarios europeos a EE UU, según documentos internos*, El País, 20 de diciembre de 2021. Disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2021-12-20/facebook-sigue-mandando-datos-de-usuarios-europeos-a-ee-uu-segun-documentos-internos.html>

4. Qué miden y qué no miden los modelos: los resultados

Los datos no son lo único que puede presentar problemas en el análisis de *big data*. La forma en la que se interpretan los resultados puede ocasionar que se tomen determinadas decisiones sin que los datos realmente las apoyen. Esta situación se da con más facilidad si cabe en aquellos algoritmos que presentan mayor complejidad o cuyo funcionamiento interno no se conoce íntegramente por los analistas. De esta forma, a continuación se exponen cuatro errores de interpretación que tienen gran incidencia en el análisis de *big data* en general y en el estudio de la criminalidad en particular.

En primer lugar, es de sobra conocido en esta disciplina que existe una importante diferencia entre la causalidad y la correlación⁴⁷. Mientras que la correlación es meramente una correspondencia numérica entre dos variables, la causalidad implica un nexo entre los dos fenómenos que estas representan, de forma que el comportamiento de la primera incide en el de la segunda. Buena parte de los algoritmos de análisis emplean correlaciones o medidas similares en sus cálculos. No deben confundirse ambos conceptos a la hora de interpretar los resultados, por lo que antes de asumir cierta causalidad entre dos variables siempre es necesario dar contexto teórico al análisis y comprobar si existen otros factores que puedan ser relevantes.

En segundo lugar, los resultados de la mayoría de las técnicas de aprendizaje automático son probabilísticos, capturan tendencias generales y pueden dejar fuera casos de comunidades particulares. Cuando las métricas para validar el modelo matemático arrojan un buen resultado el analista da por buena la gama de variables que se han empleado para analizar estos patrones. En bases de datos amplias esto puede dar lugar fácilmente a que no se tengan en cuenta factores que afectan a comunidades particulares, ya que la incapacidad del modelo para predecir dichos casos se confunde con el nivel de error aceptable en este tipo de análisis.

En tercer lugar, las tendencias que se observan con claridad en los resultados de los modelos de aprendizaje automático al analizar la generalidad de la población pueden desvanecerse cuando se realiza el mismo análisis en subconjuntos de dicha población. Este fenómeno se conoce como la paradoja de Simpson⁴⁸ y puede llevar a que se realicen intervenciones innecesarias en comunidades en las que no rigen los patrones observados en la población general. En ámbitos en los que las decisiones tienen menor repercusión sobre la vida de los individuos esta paradoja no resulta especialmente trascendente, pero en la predicción de la criminalidad puede derivar en decisiones que limitan derechos de los ciudadanos, por lo que los analistas deben poner énfasis en descartar que este problema esté presente en su análisis.

Finalmente, es necesario remarcar que para realizar un análisis sobre la criminalidad empleando aprendizaje automático no basta con la aplicación de algoritmos a cantidades masivas de datos, aunque se haya conseguido realizar una medición adecuada del fenómeno que se estudia. La posibilidad de que los modelos establezcan relaciones espurias o de que los resultados no sean más que artefactos estadísticos que los algoritmos no son capaces de distinguir de relaciones auténticas

47 STIGLER, S.: «Correlation and Causation: A Comment», *Perspectives in Biology and Medicine*, Vol. 48, núm 1, suplemento, invierno de 2005, pp. 88-94.

48 WILSON, R.: «Changing Geographic Units and the Analytical Consequences: An Example of Simpson's Paradox», *A Journal of Policy Development and Research*, Vol. 15, núm 2, 2013.

entre las variables de análisis marcan la necesidad de incluir expertos en materia de criminología⁴⁹. Su función es aportar conocimiento para valorar si las relaciones establecidas por los modelos tienen sentido en el contexto al que se pretenden aplicar sus resultados.

5. Caducidad de los modelos y sobreajuste

Los patrones que se identifican mediante los datos son caducos en la medida en la que la realidad social cambia. Esta cuestión cuenta con un extenso soporte bibliográfico en la literatura sobre aprendizaje automático⁵⁰. En el caso que nos ocupa se tratará esta cuestión en dos ejes: el temporal y el geográfico. ¿Tiene sentido tratar de predecir la criminalidad de una ciudad actual con datos de hace 40 años o de una zona geográfica diferente? Los modelos que se elaboran pueden servir para realizar predicciones muy precisas a corto plazo, pero estas irán perdiendo calidad con el tiempo y llegará un punto en el que las tendencias que se observaron habrán cambiado lo suficiente como para dejar obsoletos los resultados del análisis.

Estas cuestiones llevan a poner en duda la fiabilidad de las predicciones en el ámbito de la criminalidad, ya que los analistas se encuentran con el importante reto de generar bases de datos con suficiente información como para alimentar los algoritmos de predicción con datos que reflejen la realidad de una zona determinada en el momento preciso⁵¹.

No obstante, aunque la fidelidad absoluta del análisis a la realidad puede presentarse como una obviedad y una necesidad, es una lógica que no encaja con la praxis actual del análisis estadístico. Los modelos de base probabilística, que ocupan buena parte de la gama de herramientas de los analistas, tratan de capturar tendencias a través de los patrones que se observan en los datos y para ello ajustan determinados parámetros de los modelos a los datos de los que disponen. Cuando este ajuste es demasiado pobre, los modelos no son capaces de realizar predicciones de calidad.

Esta situación se ilustra en el Panel A de la Figura 1. Cuando se ajusta perfectamente a los datos se habla de sobreajuste y es un problema bien conocido por los analistas que implica que el modelo tendrá dificultades para predecir casos más allá de los datos que lo han alimentado⁵². Se ha entrenado el modelo hasta el punto de ceñirse demasiado a los casos y no es capaz de realizar generalizaciones. Esta situación se representa en el Panel B de la Figura 1. Para que el modelo sea capaz de predecir casos futuros, distintos a aquellos con los que se ha entrenado, es necesario mantener un cierto margen de error. Este nivel de ajuste se refleja en el Panel C de la Figura 1.

49 HANSEN, J.U. y QUINON, P.: «The role of expert knowledge in Big Data and Machine Learning», *6th International Conference on the History and Philosophy of Computing*, ETH Zürich, octubre de 2021.

50 HASHMANI, M.A., JAMEEL, S.M., REHMAN, M. e INONUE, A.: «Concept Drift Evolution in Machine Learning Approaches: A Systematic Literature Review», *International Journal on Smart Sensing and Intelligent Systems*, Vol. 13, 2021.

51 ZAVRŠNIK, A.: «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, Vol. 18, núm 5, 2021.

52 YING, X.: «An Overview of Overfitting and its Solutions», *Journal of Physics: Conference Series*, Vol. 1168, núm 2, 2019.

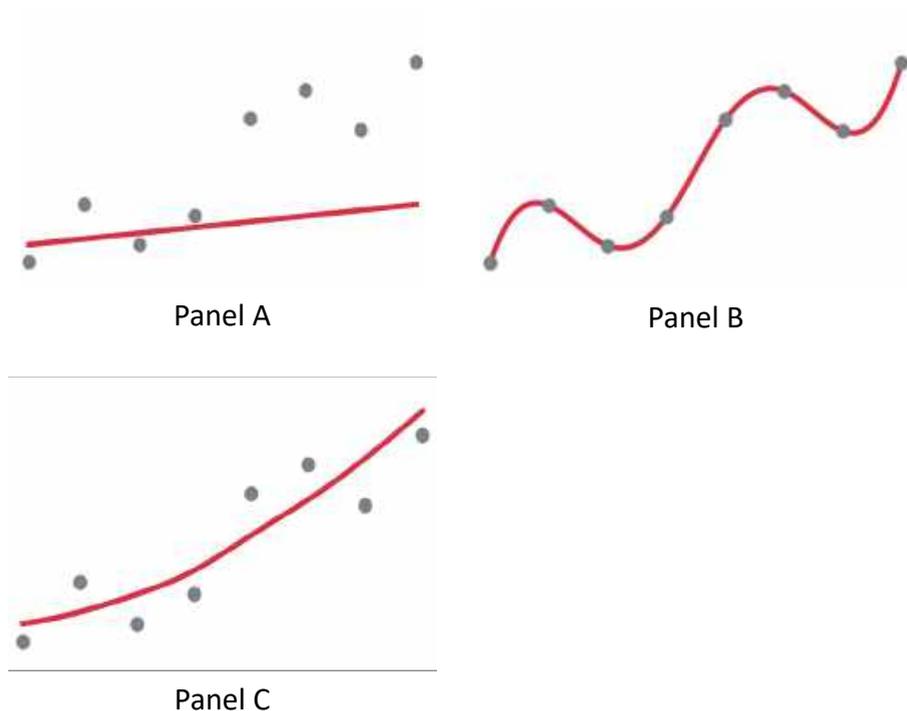


Figura 1. Representación de casos de subajuste, sobreajuste y ajuste correcto de un modelo predictivo. Nota: los puntos representan datos y las líneas el ajuste del modelo.

6. Perpetuación de los sesgos

Una de las justificaciones más recurrentes para el empleo de sistemas automatizados para predecir el crimen es la ausencia de sesgos atribuibles a las personas⁵³. Esta expectativa queda lejos de la realidad según la expectativa de la que se dispone hasta el momento, ya que estos sistemas no solo trasladan los sesgos presentes en la sociedad, sino que además pueden reforzarlos o agravarlos⁵⁴ y a menudo dan como resultado un escenario discriminatorio para los sectores más frágiles de la sociedad⁵⁵.

El empleo de estos algoritmos entraña un riesgo particular cuando se aplica al ámbito de la criminalidad. Estos sistemas ocultan los sesgos tras un velo de automatización y tecnicidad que proyecta unos resultados aparentemente neutrales que

53 ZAVRŠNIK, A.: «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, Vol. 18, núm 5, 2021.

54 EUBANKS, V.: *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, police, and Push the Poor*, St. Martin's Press, Nueva York, 2018.

55 NOBLE, S.U.: *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, Nueva York, 2018. O'NEIL, C.: *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown, Nueva York, 2016.

deriva sin dificultad hacia una falsa sensación de seguridad⁵⁶. Se pueden identificar al menos tres puntos que resultan críticos con relación a la inclusión de sesgos en el proceso de análisis entendido en sentido amplio:

- La elaboración de la base de datos. En este caso nos encontramos los mismos problemas que atañen a cualquier técnica de recogida de datos. Si no se realiza un muestreo adecuado de la población, es conveniente examinar los datos para contrastar si la representación de cada grupo social relevante en la base de datos se asemeja a la que existe en el entorno social analizado.
- La elección de los hiperparámetros del modelo. Se optimizan para hallar el modelo con mejor desempeño a nivel general y esto puede ocasionar que se prioricen variables que sirven para predecir tendencias generales en detrimento de otras variables que son relevantes para grupos con una menor representación en el conjunto de datos.
- El ajuste del modelo. El analista toma una decisión clave cuando emplea una métrica determinada para ajustar su modelo de análisis. Si al estudiar la reincidencia de una serie de individuos trata de minimizar el porcentaje de falsos negativos, entonces está priorizando que el modelo detecte mejor a aquellos individuos que reincidirán. No obstante, en el contexto de la criminalidad también puede ser interesante que el modelo se centre en reducir el número de falsos positivos, ya que puede considerarse que es más grave asumir que un reo va a reincidir cuando no lo va a hacer. De nuevo la presencia de expertos en la materia se presenta como un recurso imprescindible en la toma de decisiones basadas en datos.

Para cerrar este epígrafe, merece atención un problema particularmente gravoso para la predicción de la criminalidad que se da al emplear datos recopilados tras una intervención que aumenta el nivel de vigilancia. En este caso los datos podrían verse afectados por el llamado «sesgo del superviviente», que tiene lugar cuando los individuos que pasan a formar parte del conjunto de datos han sido seleccionados mediante un proceso que determina su perfil en alguna medida. La figura 2 ilustra la problemática organizando el proceso de toma de decisiones en cuatro fases.

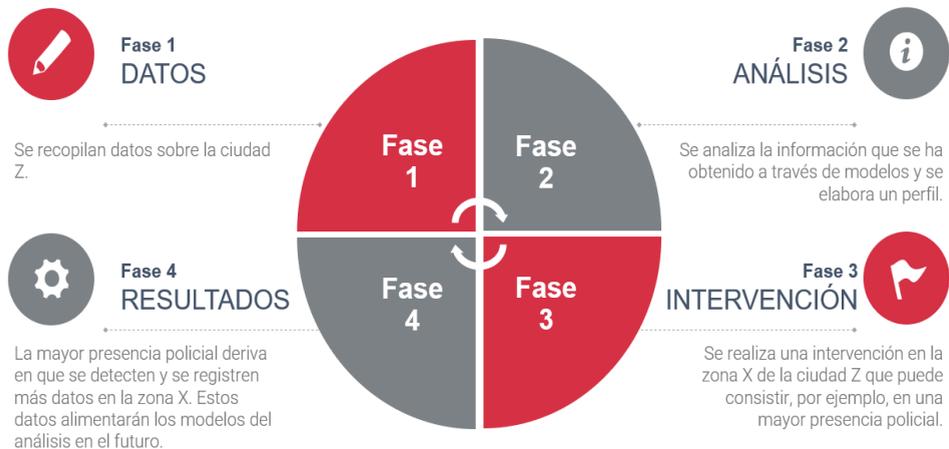


Figura 2. Ejemplo del sesgo del superviviente en la toma de decisiones basada en datos

56 HANNAH-MOFFAT, K.: «Algorithmic risk governance: Big data analytics, race and information activism in criminal justice debates», *Theoretical Criminology*, Vol. 23, núm 4, 2019.

En la primera fase se recopilan los datos de una hipotética ciudad Z. La segunda fase engloba tanto el preprocesamiento de los datos como el análisis y la interpretación de los resultados. Se asume que se ha realizado un análisis adecuado al contexto y que el modelo resultante es capaz de explicar el fenómeno analizado con precisión. Este análisis lleva a que se intensifique la presencia policial dentro de la zona X dentro de la hipotética ciudad como intervención propia de la tercera fase. La cuarta fase se salda con los resultados de la intervención: al incrementar la vigilancia se detecta un mayor número de delitos en la zona en la que se ha intervenido.

El lector se habrá percatado de que una presunción crítica de este planteamiento es que en la ciudad existe un nivel de criminalidad que no resulta visible para los analistas, al menos hasta que se incrementa la presencia policial. Cuando comience de nuevo el ciclo se incluirán los nuevos registros en el análisis y los resultados sugerirán que en la zona X hay un problema de criminalidad. En realidad, la criminalidad de esta zona no ha cambiado, únicamente lo ha hecho su visibilidad. Aunque se ha ilustrado el ejemplo con una zona delimitada geográficamente, este fenómeno también puede darse con cualquier factor socioeconómico. En lugar de intensificar la presencia policial en una zona, podría llamarse la atención de las autoridades sobre individuos de una determinada nacionalidad o raza, lo que derivaría en el mismo efecto pernicioso que, además, se vería aparentemente avalado por los resultados del análisis de *big data*.

7. Dependencia del desarrollo de la ciudad

Para finalizar este capítulo se emplea el caso español para analizar hasta qué punto el desarrollo urbano puede generar desigualdades en la puesta en marcha de proyectos de análisis de *big data* para la toma de decisiones públicas. A estas alturas el lector tendrá claro que los algoritmos de análisis requieren grandes cantidades de información. Un primer foco de desigualdades en implementación se debe a que la disponibilidad de los datos aumenta considerablemente cuando pasamos de poblaciones pequeñas a grandes ciudades.

Por otro lado, la capacidad para financiar sistemas de recogida, procesamiento y análisis de la información también es considerablemente mayor en las segundas. Esta misma lógica puede aplicarse con las regiones que cuentan con más recursos dentro de un país. Un tercer factor relevante radica en la configuración geográfica de los propios territorios. Por ejemplo, resulta más sencillo recopilar datos cuando la población se concentra en unas pocas poblaciones que cuando se dispersa en cientos de ellas. Todo esto afecta a la viabilidad de los proyectos basados en análisis de *big data* y provoca que las diferencias en el grado de urbanismo se canalicen hasta generar desigualdades territoriales o agravar las ya existentes⁵⁷.

La Figura 3 muestra la distribución de población en España a 1 de enero de 2021. En la figura se aprecia que los grandes focos de población se sitúan en ciudades como Madrid, Sevilla o Barcelona, generalmente coincidiendo con capitales de provincia o con zonas próximas a estas. Predominan las poblaciones de pequeño tamaño en Aragón, Navarra, Castilla y León, la zona norte de Castilla-La Mancha y la zona interior de Cataluña, mientras que en el resto del país se aprecia una mayor presencia de poblaciones medianas.

57 EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: «# Big Data: Discrimination in data-supported decision making», *FRA FOCUS*, 2018.

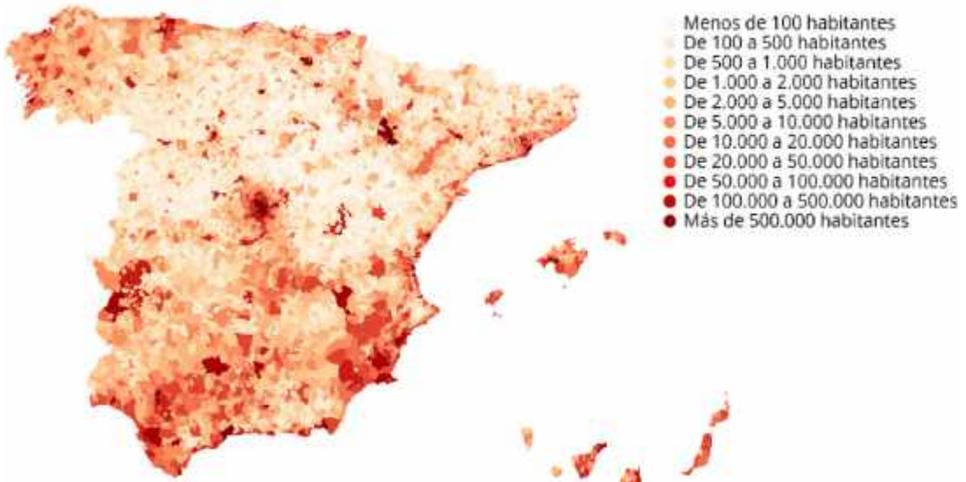


Figura 3. Población de los municipios de España a 1 de enero de 2021. Fuente: INE.

Por otro lado, la Figura 4 muestra el porcentaje de población que reside en una zona calificada como rural o intermedia frente a aquella que reside en zonas urbanas. Al interpretar la información de este mapa en conjunción con el anterior se puede vislumbrar la problemática situación en la que se encuentra el país si desea abordar las potenciales desigualdades de implementación de *big data* en la toma de decisiones. A pesar de contar con la Comunidad de Madrid, el centro de España tiene un abultado porcentaje de población rural, que viene irremediablemente acompañado de una mayor dispersión poblacional. Este problema también se extiende algunas zonas periféricas de la península como Huesca, Gerona, Tarragona, Almería, Córdoba, Navarra, Lugo, Pontevedra y Ourense.

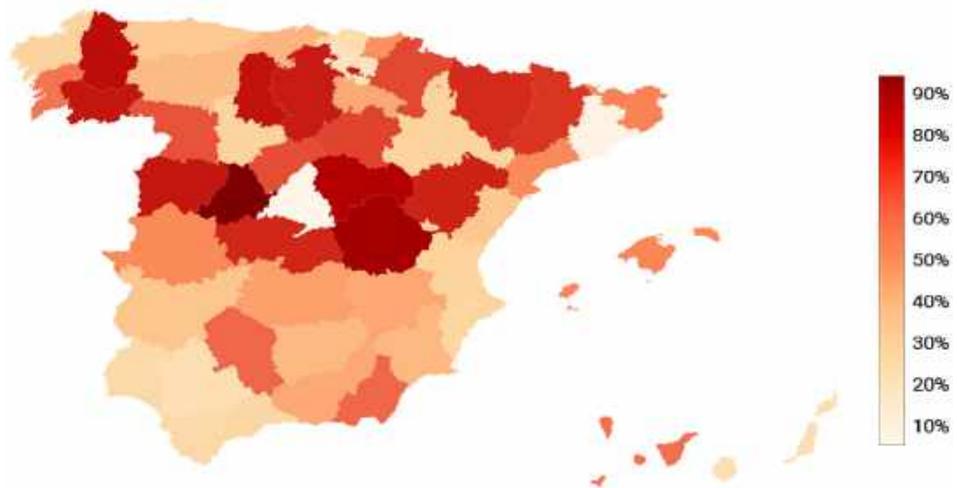


Figura 4. Población a 1 de enero de 2021 que reside en zonas rurales o intermedias sobre el total, en porcentaje, por provincias. Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

Por último, en la Figura 5 se representa el PIB per cápita medio por provincias para el año 2019. En este caso pueden apreciarse diferencias muy acusadas que parecen formar un eje norte-sur, con la excepción de algunas regiones como Galicia, Asturias y parte de Castilla y León.

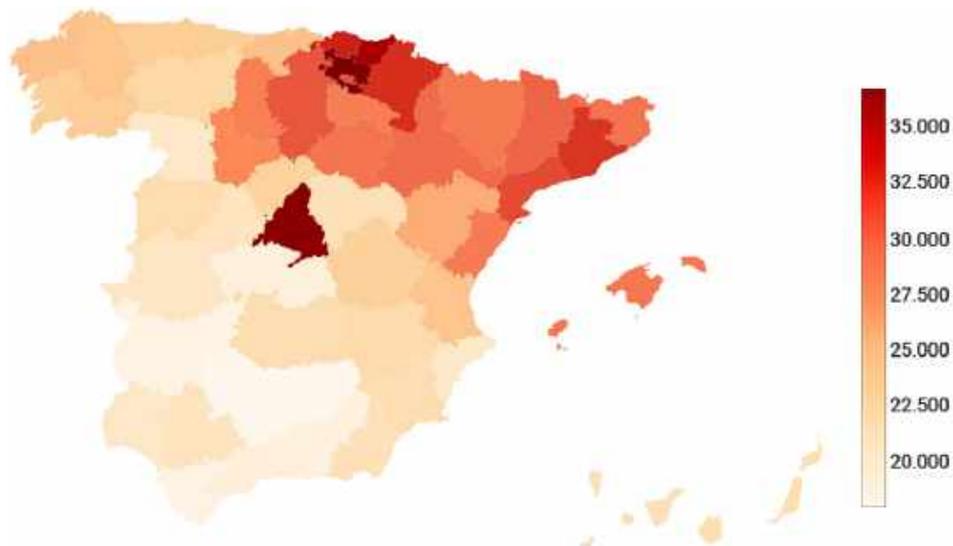


Figura 5. Producto Interior Bruto medio provincial, 2019.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

Hasta este punto se han empleado tres indicadores para ilustrar cómo pueden afectar a España las potenciales desigualdades en la implementación de proyectos de *big data* derivadas de diferencias territoriales en el grado de urbanismo. Los resultados del análisis sugieren que las zonas al sur del país y aquellas que rodean la Comunidad de Madrid, junto con Galicia y Asturias, son más vulnerables ante este problema. En el caso de las Islas Canarias y las Islas Baleares se observa que las primeras cuentan con menos recursos, aunque ambas regiones pueden presentar dificultades particulares debido a la insularidad.

8. Conclusiones

En la actualidad abundan las aplicaciones del análisis de datos masivos y la criminalidad también parece ser un campo en el que el aprendizaje automático quiere demostrar su utilidad. En el estado actual del conocimiento no hay consenso sobre si es una herramienta adecuada para la predicción del crimen o de la reincidencia. La literatura especializada ha explorado sus potenciales problemas éticos y técnicos en profundidad, pero a día de hoy no hay una respuesta definitiva a esta pregunta. La policía predictiva se presenta como el área más prometedora para el análisis de datos en este ámbito. Se trata del empleo de técnicas de análisis de datos sobre actividades delictivas con la finalidad de desarrollar estrategias que anticipen, prevengan y respondan a estas en el futuro. El procesamiento de la ingente cantidad de información necesaria para realizar estos análisis es posible gracias a las considerables mejoras de potencia que han sufrido los equipos informáticos en las últimas décadas. Por otro lado, los avances tecnológicos y la cultura de consumo actual

—cada vez es más difícil encontrar a una persona que no disponga de un teléfono inteligente y lo use intensivamente— permiten extraer más información sobre los usuarios a tiempo real.

Pese a que algunos autores señalan una alta efectividad en la capacidad predictiva de los modelos que se elaboran, existen multitud de potenciales problemas a la hora de desarrollar un análisis de este tipo. En primer lugar, las necesidades de datos de los algoritmos de análisis de *big data* chocan con la motivación que se encuentra detrás de dicho análisis. El uso de variables *proxy* y la reducción de la dimensionalidad dificultan comprender mejor el fenómeno estudiado y el respeto de la privacidad de los usuarios puede representar un escollo para disponer de información relevante. En segundo lugar, la correcta interpretación de los resultados es fundamental para que las decisiones en las que se apoyan los datos no resulten erradas. La paradoja de Simpson o la confusión entre correlación y causalidad son casos emblemáticos de errores interpretativos, pero no son los únicos. En términos generales, se puede afirmar que para interpretar un modelo elaborado mediante aprendizaje automático son tan necesarios los conocimientos sobre análisis de datos como los relativos al ámbito en el que se aplique este. Por último, los modelos que se elaboran mediante aprendizaje automático son caducos. Se vuelven obsoletos cuando la realidad social cambia. Determinar el momento en el que esto ocurre es una de las labores más importantes de los analistas una vez han terminado el análisis. En este punto se debe volver a realizar todo el proceso desde la recogida de datos.

Una parte considerable de los trabajos relativos al tema que nos concierne señalan la posibilidad de que la aplicación del análisis de *big data* a la criminalidad genere sesgos en la sociedad o perpetúe los ya existentes. Un caso de especial incidencia en este ámbito es el conocido como sesgo del superviviente. Se trata de error de interpretación cuyas implicaciones pueden invalidar directamente los resultados de cualquier análisis. A lo largo del presente capítulo se ilustra cómo puede afectar este sesgo a las decisiones basadas en datos de un ente público y de qué manera se perpetúan los sesgos en esta situación. Otra posibilidad que se ha analizado es la de los sesgos debido a desigualdades territoriales en la implementación de esta clase de análisis. El nivel de urbanismo parece ser determinante para explicar esta clase de sesgos que pueden agravar brechas sociales previas. El escaso nivel de urbanismo en la gran mayoría del territorio, la enorme dispersión poblacional, la insularidad y las desigualdades económicas existentes entre las regiones empujan a pensar que España presenta un alto riesgo de verse afectada por este problema en el caso de se generalizase el uso de *big data* para la predicción de la criminalidad.

9. Referencias bibliográficas

- ATES, E.C., BOSTANCI, E. y GUZEL, M.S.:** «Big Data, Data Mining, Machine Learning, and Deep Learning Concepts in Crime Data», *Journal of Penal Law and Criminology*, Vol. 8, núm 2, 2020, pp. 293-319.
- BENNETT MOSES, L. y CHAN, J.:** «Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation and accountability», *Policing and Society*, Vol. 28, 2016, pp. 806-822.
- BRANTINGHAM, P.J. y BRANTINGHAM, P. L.:** *Patterns in crime*. Macmillan, 1984.
- BROWN, D., FARRIER, D., McNAMARA, L., STEEL, A., GREWCOCK, M., QUILTER, J. y SCHWARTZ, M.:** *Criminal laws*, The Federation Press, 2015.
- BRUINSMA, G.J.N. y JOHNSON, S.D.:** *The oxford handbook of environmental criminology*, Oxford University Press, 2018.

- CAMACHO-COLLADOS, M., LIBERATORE, F. y ANGULO, J.M.:** «A multi-criteria Police Districting Problem for the efficient and effective design of patrol sector», *European Journal of Operational Research*, Vol. 246, núm 2, 2015, pp. 674-684.
- CARLSON, A.:** «The need for transparency in the age of predictive sentencing algorithms», *Iowa Law Review*, Vol. 103, 2017, pp. 303-329.
- CIHAN, E., BOSTANCI, E. y GUZEL, M.:** «Big Data, data mining, machine learning, and deep learning concepts in crime data», *Journal of Penal Law and Criminology*, Vol. 8, núm. 2, pp. 293-319.
- COHEN, L.E. y FELSON, M.:** «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», *American Sociological Review*, Vol. 44, núm 4, 1979, pp. 588-608.
- ENKI, D.G., TREDAFILOV, N.T. y JOLLIFFE, I.T.:** »A Clustering Approach to Interpretable Principal Components», *Journal of Applied Statistics*, Vol. 40, núm 3, 2013.
- EUBANKS, V.:** *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, police, and Push the Poor*, St. Martin's Press, Nueva York, 2018.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS:** «# Big Data: Discrimination in data-supported decision making», *FRA FOCUS*, 2018.
- FENG, M., ZHENG, J., REN, J., HUSSAIN, A., LI, X., XI, Y. et al.:** «Big data analytics and mining for effective visualization and trends forecasting of crime data», *IEEE Access*, Vol. 7, 2019.
- FORBES:** *Google Analytics viola leyes europeas de privacidad: autoridad de datos de Austria*, Forbes, 13 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/mundo-google-analytics-viola-leyes-europeas-de-privacidad-dice-autoridad-de-datos-de-austria/>
- FROST, P.A.:** «Proxy Variables and Specification Bias», *The Review of Economics and Statistics*, The MIT Press, Vol. 61, núm. 2, 1979, pp. 323-325.
- GONZÁLEZ-Álvarez, J.L., SANTOS-HERMOSO, J. y CAMACHO-COLLADOS M.:** «Policía predictiva en España. Aplicación y retos de futuro», *Behavior & Law Journal*, Vol. 6, núm 1, 2020, pp. 26-41.
- HANNAH-MOFFAT, K.:** «Algorithmic risk governance: Big data analytics, race and information activism in criminal justice debates», *Theoretical Criminology*, Vol. 23, núm 4, 2019.
- HANSEN, J.U. y QUINON, P.:** «The role of expert knowledge in Big Data and Machine Learning», *6th International Conference on the History and Philosophy of Computing*, ETH Zürich, octubre de 2021.
- HARCOURT, B.E.:** «Risk as a proxy for race», *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 27, núm 4, 2015.
- HASHMANI, M.A., JAMEEL, S. M., REHMAN, M. e INONUE, A.:** «Concept Drift Evolution in Machine Learning Approaches: A Systematic Literature Review», *International Journal on Smart Sensing and Intelligent Systems*, Vol. 13, 2021.
- HARDYNS, W. y RUMMENS, A.:** «Predictive Policing as a New Tool for Law Enforcement? Recent Developments and Challenges», *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 24, núm 3, 2017, pp. 201-218.

- KADAR, C. y PLETIKOSA, I.:** «Mining large-scale human mobility data for long-term crime prediction», *EPJ Data Science*, 2018.
- KAUFMANN, M., EGBERT, S. y LEESE, M.:** «Predictive policing and the politics of patterns», *British Journal of Criminology*, Vol. 59, 2018, pp. 674-692.
- KINNEY, J.B., BRANTINGHAM, P.L., WUSCHKE, K., KIRK, M.G. y BRANTINGHAM, P.J.:** «Crime attractors, generators and detractors: Land use and urban crime opportunities», *Built Environment*, Vol. 34, núm 1, 2008, pp. 62-74.
- KLEINBERG, J., LAKKARAJU, H., LESKOVEC, J. et al.:** *Human Decisions and Machine Predictions* National Bureau of Economic Research, 2017.
- KOUNADI, O., RISTEA, A., ARAUJO, A. y LEITNER, M.:** «A systematic review on spatial crime forecasting». *Crime Science*, Vol. 9, 2020, pp. 1-22.
- LYNCH, K.:** «Not even our own facts: Criminology in the era of big data», *Criminology*, Vol. 56, núm 3, 2018, pp. 437-454.
- MAATEN, L. VAN DER, POSTMA, E. y HERIK, J. VAN DEN:** «Dimensionality Reduction: A Comparative Review», *Journal of Machine Learning Research*, Vol. 10, núm 66-71, 2009.
- MCKAY, C.:** «Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making», *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 32, núm 1, 2020, pp. 22-39.
- MEIJER, A. y WESSELS, M.:** «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, Vol. 42, núm 12, 2019, pp. 1031-1039.
- MIRÓ-LLINARES, F.:** «Predictive policing: utopia or dystopia? On attitudes towards the use of big data algorithms for law enforcement», *SOC arXiv*, 2020, pp. 1-28.
- NEIVA, L., GRANJA, R. y MACHADO, H.:** «Big Data applied to criminal investigations: expectations of professionals of police cooperation in the European Union», *Policing and Society*, 2022, pp. 1-14.
- NOBLE, S.U.:** *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, Nueva York, 2018.
- O'NEIL, C.:** *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown, Nueva York, 2016.
- PASCUAL, M.G.:** *Facebook sigue mandando datos de usuarios europeos a EE UU, según documentos internos*, El País, 20 de diciembre de 2021. Disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2021-12-20/facebook-sigue-mandando-datos-de-usuarios-europeos-a-ee-uu-segun-documentos-internos.html>
- PERRY, W.L., MCINNIS, B., PRICE, C.C., SMITH, S.C. y HOLLYWOOD, J.S.:** *Predictive policing: The role of crime forecasting in law enforcement operations*, Rand Corporation, 2013.
- PRAMANIK, M.I. et al.:** «Big data analytics for security and criminal investigations», *Wiley interdisciplinary reviews: Data mining and knowledge discovery*, Vol. 7 núm 4, 2017, pp. 1-19.

- RATCLIFFE, J.:** «What is the future... of predictive policing?», *Translational Criminology*, Vol. 6, 2014, pp. 4-5.
- RUMMENS, A., HARDYNS, W. y PAUWELS, P.:** «The use of predictive analysis in spatio-temporal crime forecasting: Building and testing a model in an urban context», *Applied Journal of Geography*, 2017.
- SANTOS, R.B.:** «The effectiveness of crime analysis for crime reduction: Cure or diagnosis?», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 30, núm 2, 2014, pp. 147-168.
- SAUSDAL, D.:** «Everyday deficiencies of police surveillance: a quotidian approach to surveillance studies», *Policing and Society*, Vol. 31, núm 7, 2018.
- SMITH, G., BENNETT MOSES, L. y CHAN, J.:** «The challenges of doing criminology in the big data era: towards a digital and data-driven approach», *British Journal Criminology*, Vol. 57, 2017, pp. 259-274.
- SNAPHAAN, T. y HARDYNS, W.:** «Environmental criminology in the big data era», *European Journal of Criminology*, Vol. 18, núm 5, 2019, pp. 1-22.
- STIGLER, S.:** «Correlation and Causation: A Comment», *Perspectives in Biology and Medicine*, Vol. 48, núm 1, suplemento, invierno de 2005, pp. 88-94.
- SURESH, H. y GUTTAG, J.:** «Understanding Potential Sources of Harm throughout the Machine Learning Life Cycle», *MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing*, Massachusetts Institute of Technology, Summer 2021.
- UCHIDA, C.:** «Predictive policing», In: G. Bruinsma, D. Weisburd (eds.) *Encyclopedia of criminology and criminal justice*, Springer, 2014, pp. 3871-3880.
- WANG, H., KIFER, D., GRAIF, C. y LI, Z.:** «Crime rate inference with big data», *Proceedings of the 22nd ACM SIGKDD international conference on knowledge discovery and data mining*, 2016, pp. 635-644.
- WILSON, R.:** «Changing Geographic Units and the Analytical Consequences: An Example of Simpson's Paradox», *A Journal of Policy Development and Research*, Vol. 15, núm 2, 2013.
- YING, X.:** «An Overview of Overfitting and its Solutions», *Journal of Physics: Conference Series*, Vol. 1168, núm 2, 2019.
- ZAVRŠNIK, A.:** «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, Vol. 18, núm 5, 2021.

TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

THE LEGAL-ADMINISTRATIVE CONTROL OF NEW FORMS OF SHARED TOURISM¹

Juan Francisco Rodríguez Ayuso
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

SUMMARY: 0. Introduction. Brief state of affairs. 1. New forms of collaboration arising from the current situation. 2. Subjects and applicable legal regime. 3. Collaboration in tourism activity. 3.1. Interference of collaborationism in the Spanish tourism sector. 3.2. The role of public bodies in the legal-administrative control of the new forms of collaborative tourism. 4. Bibliographical references.

0. Introduction. Brief state of affairs

1. New forms of collaboration arising from the current situation

Throughout the early history of its development, many expressions have been used to define the socio-economic phenomenon whereby the following are shared, on a temporary basis², human and material resources by individuals and organisations in an open market place³. Thus, terms such as «sharing economy»: «sharing economy»

1 This work is part of the Research Project “Nuevos retos en materia de protección de datos y de derechos digitales y efectos ante la crisis global propiciada por el COVID-19: análisis multidisciplinar” (DERPRODAT) of the Universidad Internacional de La Rioja, where I am the Principal Investigator. It is also the result of the work carried out within the Research Group “Derecho Público y Nuevas Tecnologías” (PUBLITECH) of the Universidad Internacional de La Rioja, where I am the Director.

2 From this, we can conclude that, in this scenario, possession takes precedence over ownership of the things that are the object of exchange (GARCÍA SAURA, P.J.: *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España: aproximación al régimen jurídico. Estudio comparado desde la perspectiva de la sostenibilidad*, Dykinson, Madrid 2019, pp. 17-18). Part of the doctrine tends to locate historically the birth of this idea of collaborating in the following work: BOTSMAN, R. y ROGERS, R.: *What’s mine it’s yours: the rise of collaborative consumption*, Harper Collins Publishers, HarperCollins, Nueva York 2010.

3 DÍAZ ARMAS, R.J., GUTIÉRREZ TAÑO, D. y GARCÍA RODRÍGUEZ, F.J.: «¿Por qué Airbnb es un modelo de alojamiento colaborativo con tanto éxito?», MONDÉJAR JIMÉNEZ, J.A. (Dir.): *La actividad turística española en 2014*, Síntesis, Madrid 2016, p. 111; GARCÍA SAURA, P.J.:

or “sharing economy” are often used to refer to activities that, contrary to what we might think, are not so much characterised by the absence of cost, but rather by their channelling through digital platforms, which emerged at the dawn of the New Information and Communication Technologies⁴.

In this way, we can glimpse, right from the start, one of the elements that determines, if not its birth (the collaborative economy already existed in the past)⁵, they did enhance or consolidate it: the digital reality or, in other words, the definitive establishment of the information society as the backbone of the economic, legal, social and cultural relations that, now, currently exist⁶.

In this way, the Internet supports and, more importantly, speeds up a set of operations that are carried across the globe⁷ immediately, increasing the visibility,

Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España: aproximación al régimen jurídico. Estudio comparado desde la perspectiva de la sostenibilidad, op. cit., pp. 38-39.

- 4 Rightly so, they reflect this, ALFONSO SÁNCHEZ, R. y BURILLO SÁNCHEZ, F.J.: «La economía llamada “colaborativa”», ALFONSO SÁNCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J. (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2017, pp. 49-50, when they refer to the multiple definitions which, depending on the element they refer to, highlight one aspect or another or, even more so, highlight the weakness of the concept used:

“The term originally used to describe the phenomenon was “collaborative consumption”, but this proved to be insufficient as the collaborative economy is more than consumption. The term “peer-to-peer economy” is also frequently used to describe organisations that have emerged around the peer-to-peer business model, in which platforms are used to rent, sell, lend or share goods outside shops, banks or agencies; but this reality does not encompass the entire collaborative economy either, as it leaves out other formulas between entrepreneurs and consumers, entrepreneurs and entrepreneurs, or even between consumers and entrepreneurs. [The expression “gig economy” refers to “crowdwork” and “work-on-demand via apps”, formulas in which the supply and demand for work is made online or through mobile applications, providing work opportunities and flexible working hours to the subjects [...], but which is still only an important part of the collaborative economy. The so-called “access economy” focuses on the basic quality of collaborative economy business models, which is that access to goods is preferable to ownership of them.

The most popular term is the “sharing economy”, based on the idea of a socio-economic ecosystem in which the creation, production, distribution, trade and consumption of goods and services are shared between different people and organisations; but the term “sharing” can be misleading, as the collaborative economy often implies payment rather than simple exchange. There are authors who prefer to speak of “crowd-based capitalism” as a new way of organising economic activity capable of supplanting the traditional corporate-centred model; and those who focus on the instrument that enables the new reality and consequently use the term “platform economy”.

If we look at the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A European Agenda for the Collaborative Economy” [Brussels, 2.6.2016 COM(2016) 356 final], p. 3, it defines the collaborative economy as those “[...] business models where activities are facilitated through collaborative platforms that create an open market for the temporary use of goods or services often offered by individuals”.

- 5 BLÁZQUEZ SALOM, M., MIR GUAL, M., MURRAY MAS, I. y PONS BUADES, G.X.: *Turismo y crisis, turismo colaborativo y ecoturismo*, Societat d’Història Natural de les Balears, Palma de Mallorca 2016.
- 6 RODRÍGUEZ AYUSO, J.F.: *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Bosch, Barcelona 2018, pp. 41-44.
- 7 DOMÉNECH PASCUAL, G.: «La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núms. 175-176 (2015), p. 67.

dissemination and publicity of the goods and/or services concerned, as well as filtering the (subjectively) most interesting ones; connecting people and places from anywhere on the planet (extending the scope and action of digital platforms and, with them, the collaborative economy activities that take place under their shelter); perfecting operations in a certainly reduced space of time (capable of responding to the demands of immediacy and consumerism of the times); making them possible through any device, whether static or portable⁸ (and, needless to say, optimally adapted to the constant mobility needs of human beings in the 21st century)⁹, doing so usually at a lower cost (not only because of the uniqueness of this collaboration itself, but also because of the economies of scale that the network of networks brings with it)¹⁰, and ultimately offering hitherto unknown and unimaginable possibilities for tracking or tracing for location purposes, both for people and products¹¹ (something which, in addition to allowing transactions or services, facilitates the specification of the set of circumstances or characteristics – many of them of a legal nature— which condition the agreement), or even of payment¹².

This important advance will be accompanied by other factors that will also justify the rise or boost of such interpersonal and commercial activities, namely:

Firstly, globalisation, understood, following the terminology of the Spanish Royal Academy (fourth meaning), as the «process by which economies and markets, with the development of communication technologies, acquire a worldwide dimension, so that they depend increasingly more on external markets and less on the regulatory action of governments»¹³. Certainly related to the virtual age (it is but one manifestation of it), globalisation connects people and thereby enhances relationships of all kinds, including, as in this case, economic, social and cultural ones¹⁴.

8 Computers, mobile phones and tablets are good examples of these technological advances.

9 COSTA REYES, A. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: «Empleo y trabajo en las plataformas de turismo colaborativo», GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 201-244.

10 JARNE MUÑOZ, P.: «El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro», *Revista CESCO de Derecho de Consumo (Ejemplar dedicado a: TRATADO DE LIBRE COMERCIO EEUU-UE; DIRECTIVA DE VENTA EN LÍNEA; CONSUMO COLABORATIVO; JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD; OTROS)*, núm. 17 (2016), p. 67.

11 ALFONSO SÁNCHEZ, R./BURILLO SÁNCHEZ, F.J.: «La economía llamada “colaborativa”», *op. cit.*, p. 50. Es lo que sucede con la invención del GPS, *Global Positioning System* o *Sistema de Posicionamiento Global*, which provides users with positioning, navigation and timing information, enabling the precise location of those involved in the exchange or transaction.

12 Through telematic payment platforms.

13 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: «Globalización», March 2022. This definition precisely encompasses one of the key problems that, from an eminently legal perspective, arises from the emergence of the Internet and the phenomena that arise from it, which is the capacity of States to legislate, at a domestic level and with a certain and necessarily restricted vocation, on phenomena that are, by nature, global or potentially expansive.

14 For a more in-depth study of this phenomenon and its legal consequences, *vid.* GALERA TODRIGO, S.: «Una aproximación positiva a la globalización jurídica», GALERA RODRIGO, S. y ALDA FERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Construyendo el futuro: conversaciones jurídicas sobre la globalización*, Atelier, Barcelona 2017, pp. 21-50.

Secondly, environmental protection, whose progressive and collective awareness is encouraging the use of collaborative economy modalities in order to reduce the environmental impact of human activity. Although it is true that not all manifestations of this new trend contribute equally to promoting the sustainability of natural resources, there are certain modalities, especially those linked to shared transport or collective tourism, which, if widespread, would represent a substantial improvement along the aforementioned lines.

This, in turn, leads us to a new factor which contributes to the consolidation of this corporativism, namely the feeling of belonging. This feeling enables the consolidation of social relations and an ethical reinforcement of the sense of community for the common good¹⁵.

Thirdly, structural economic crises (such as the one that started in 2007), global pandemic situations (such as the one resulting from the still ongoing COVID-19 health problem¹⁶) or armed conflicts (such as the incipient one generated by the Russian invasion of Ukraine, with consequences and effects that are not yet entirely predictable), which make it necessary to look for less onerous alternatives with which to continue to be part of the capitalist system progressively established after the industrial revolution¹⁷. In this way, hyper-consumption is still made possible, but through alternative or complementary means or instruments of growth that are more sustainable and, at the same time, affordable¹⁸.

We are witnessing, based on the foundations and the concurrence of the above circumstances, the origin of digital spaces in which goods or services are often and frequently shared reciprocally or exchanged on a temporary basis. As a result of the above, and reiterating something that has already been said, the mere enjoyment of the thing or service tends to prevail over its acquisition or purchase in this type of cooperative movement.

In addition, the breadth, integration or, why not say it, absorption, inherent in all digitalisations, makes it possible for non-professional persons, whether natural or legal, to participate. Consequently, both on the side of the provider and on the side of the consumer, what are known as «information society services» may be provided (in their capacity as provider of information society services) or enjoyed (in their capacity as recipient of the information society service), respectively, by subjects who are not pursuing an economic purpose, who participate outside their professional activity or,

15 DE LA CALLE CALLE, P.: «Contra la crisis: consumo colaborativo», ROSADO CEBRIÁN, B./DE LA CALLE VAQUERO, A. (Coords.), *Cambios económicos y jurídicos: en un contexto de crisis*, Publicia, Madrid 2014, pp. 171-184; MARTÍNEZ QUINTANA, M.V.: «Planificación colaborativa del Turismo Local y de naturaleza en épocas de crisis», RONDÓN GARCÍA, L.M., TROITIÑO TORRALBA, L., MULET FORTEZA, C., BAUZÁ MARTORELL, F.J. y MELGOSA ARCOS, F.J. (Dirs.), *Turismo post COVID-19: el turismo después de la pandemia global, análisis, perspectivas y vías de recuperación*, Universidad de Salamanca, Salamanca 2020, p. 210.

16 For a more detailed explanation of the privacy implications of the Coronavirus, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, J.F.: *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*, Dykinson, Madrid 2020.

17 TORRENT I SELLENS, J.: «La economía colaborativa como palanca de progreso y sostenibilidad en tiempo de pandemia», *Oikonomics: Revista de economía, empresa y sociedad*, núm. 14 (2020).

18 However, this socialisation of spending and its expansion to wider and wider strata of society could lead, who knows, to an even wider consolidation of this (admittedly already widespread) consumerist trend. Thus, we could witness a perverse effect caused by the collaborative or collective economy, which is to make it more affordable for everyone to consume more, as opposed to the previous phenomenon, where only those with greater economic capacity could contribute to the sustainability of capitalism.

in short, who, in intervening, do not make the onerous nature of the provision prevail as part of their core or main economic activity¹⁹.

19 In accordance with the provisions of CANALES GUTIÉRREZ, S.: «Ventajas y desventajas del turismo colaborativo en la UE», *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 11 (2019), pp. 33-25, the author complements several of these advantages, and does so in the following terms:

“The so-called collaborative economy (CE) is an eclectic phenomenon that combines a traditional business model with the actual provision of the service by individuals. In the European Union (EU), the CE generates gross revenues of more than €28 billion, and its success is due to the current need to share goods and services for a fraction of the purchase price in order to enjoy them only temporarily. The area of tourism in the EU context is particularly relevant because, according to the World Tourism Organisation, Europe is the most touristic continent in the world and receives 51% of international tourists, therefore, it is the scenario most affected by the advantages and disadvantages of collaborative tourism.

However, before presenting the arguments against and in favour of collaborative tourism, we should point out that this phenomenon is made up of the interaction of three participants;

(i) The platform, which is the company that, through its website, manages the contact between two people with reciprocal interests, in this case referring to accommodation,

(ii) The host, who is the owner or holder of the property to be rented and,

(iii) The guest, who in this context is the tourist who wishes to enjoy temporary accommodation and who pays an economic compensation.

Although there are three participants that interact in collaborative tourism, there is a fundamental element that can be affected by the legal relationships that are created between them, the object of the rental contract: the dwelling. Whether partial or total, the rental of the property in the context of collaborative tourism can have a significant impact on two fronts: the price of housing in tourist areas and the neighbourhood dynamics of European cities.

Firstly, it should be noted that the original idea of CE was based on the use of under-utilised assets to earn additional income, but this idea has mutated into a stand-alone business concept that encourages investors to purchase homes en masse in the most touristic areas to make them available for CE, which increases the price of real estate in these areas and blocks access for people with average incomes to purchase homes for their own use.

Secondly, cities such as Paris, Rome and Barcelona, where supply and demand for CE is continuously growing, have undergone an urban redistribution away from tourist areas, as the latter have expanded or occupied sites that were once considered purely residential, even altering neighbourhood dynamics. This is a direct consequence of the floating population of tourists who use CE platforms to access temporary accommodation, as well as property owners who prefer to rent out their properties through the platform and earn higher incomes than a regular lease.

While these negative consequences are considerable, it should be noted that they mainly affect the residents of tourist cities, but do not directly affect the collaborative tourist. The latter, in his or her position as a consumer vis-à-vis the platform, may be affected by other particularities of the CE, as there is no specific regulation on the subject, and it is common to establish the mandatory acceptance of terms and conditions of service, which do not allow for any negotiation and may contain abusive clauses.

Thus, in order to make the decision to participate in CB, the collaborative tourist must weigh the risk that this legal uncertainty entails against the main advantages of this phenomenon: access to property on a temporary basis and the reduction in accommodation rates compared to traditional service providers.

Access to property is attractive to tourists, because for a short period of time they can stay in properties to which they would not have access under regular circumstances. The Airbnb platform, for example, allows accommodation in places such as igloos, castles, private islands and in central locations in Europe’s most touristic cities. In terms of price, accommodation services are generally cheaper than traditional hotels, and while the latter offer personalised attention and special services, the platforms sell the idea of ‘adventure in private homes’ to live an experience as a local rather than a tourist would.

2. Subjects and applicable legal regime

The concept of «Information Society Service Provider» (also represented by the acronym ISSP) is defined in Article 2(b) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (hereinafter referred to as the Electronic Commerce Directive or ECD)²⁰ as «any natural or legal person providing an information society service», whether (we add) of a public or private nature and whether in the framework of a professional (professional service providers) or merely occasional (peers) activity²¹.

In turn, letter c) of the Annex to Law 34/2002, of 11 July, on information society and electronic commerce services (hereinafter, LSSICE or LSSI)²², which transposes the postulates of the aforementioned ECD into our domestic legal system, reproduces, in practically identical form, the previous definition, identifying it as the «natural or legal person who provides an information society service».

Other positive aspects of CE are; with respect to the hosts, obtaining a return on an asset or available space, without the taxes and restrictions of the hotel sector. In addition, as the goods are used and/or shared by several people, and not only by the owner, the available resources are optimised, reducing the need to build more goods or infrastructures, which allows the collective reduction of the environmental footprint in cities.

Finally, it is necessary to say that the disadvantages of collaborative tourism have not prevented its expansion in the EU, taking into account that more and more owners are joining the phenomenon, due to the economic advantages of making their properties available to the CB. Only a comprehensive regulation by the EU would allow us to know whether these advantages and disadvantages would continue to exist in the terms we know now, once a special regulation for CB has been created.

In the meantime, the most important Tourism Forums are constantly highlighting the fact that demanding co-responsibility from the platforms is, for the time being, an important way to ensure compliance with the regulation on tourist accommodation. The generalised impunity with which the platforms prescribe, distribute and commercialise properties in the tourist accommodation market in many destinations, despite the efforts in regulation and public inspection, makes it necessary to modify the regulations governing information society services to ensure that the platforms are subsidiarily responsible for not uploading to their websites any property that does not comply with current regional and/or local legislation, by requesting and displaying in each advertisement for tourist rental properties their corresponding registration number».

20 Official Journal of the European Communities (hereinafter referred to as OJEC) L 178/1 of 17 July 2000.

21 Although the rule does not allude to the possibility that the ISSP may act for non-professional reasons, the fact is that, from an analysis of the definition of information society services, there is nothing to prevent it from doing so (this is corroborated by the principle *permissum videtur id omne quod non prohibetur* - anything that is not prohibited is considered permitted). In the field of administrative law, which is the one that concerns us here, this is translated into the so-called "principle of negative binding" or the power to do lawfully, without the need for express authorisation, everything that is not prohibited (Judgment of the Supreme Court - hereinafter STS - of 9 June 1987 - RJ 1588,1985).

For its part, and with regard to the differences between the two providers, the following is also noted (ALFONSO SÁNCHEZ, R./BURILLO SÁNCHEZ, F.J.: «La economía llamada "colaborativa"», *op. cit.*, p. 52.) that the former usually seek to maximise their profits, while the latter are often motivated simply to compensate for the costs they have incurred in providing the service.

22 Official State Gazette (hereinafter, BOE) no. 166, of 12 July 2002.

In the context of the activities of the collaborative economy, this figure will be personified in those providers who share (for profit or not for profit²³) assets (which may be tangible or intangible, but are usually under-utilised)²⁴, and resources, time and/or skills²⁵. They will ultimately be those who are subject to compliance with the administrative requirements and other sectoral regulatory requirements that underlie, as we shall see below²⁶, to the nature of the transaction or exchange, irrespective of whether it is carried out by electronic means or in the traditional physical and/or face-to-face format²⁷.

The «recipient of the information society service» (hereinafter ISSD) may, like the ISSP, be a natural or legal person, public or private, acting for professional or other reasons²⁸. The difference between the two is that while the PSSI provides the service, the ISSD enjoys or uses it²⁹.

Therefore, in operations that fall within the collaborative economy, the DSSI will be identified with the one who, with or without professional purposes, uses the assets, resources, time and/or skills that are provided by the counterparty (PSSI) through the intermediation of a third party (whose influence on the conditions of the service will be capital, as we will see, to define its legal nature)³⁰.

In view of the above, in order to understand the essence of this concept (subjective definition), it is essential to understand what we mean by «information society services» (objective definition) or, in other words, ISS. In this respect, and in order to avoid further unnecessary repetition [article 2.a) DCE, which, in turn, refers to another Community Directive, follows the same line³¹], we can simply refer to letter a) of the Annex to the LSSICE, which defines it as «any service normally provided for consideration, at a distance, by electronic means and at the individual request of the recipient».

-
- 23 Only when they pursue this profit-making purpose, as we will see with the definition of information society services, will they be considered as ISSPs.
- 24 ALFONSO SÁNCHEZ, R./BURILLO SÁNCHEZ, F.J.: «La economía llamada “colaborativa”», *op. cit.*, p. 52.
- 25 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A European Agenda for the Collaborative Economy”, *op. cit.*, p. 3.
- 26 GARCÍA CALVENTE, Y.: «Régimen tributario del turismo colaborativo», GOSÁLBZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 245-266.
- 27 VALERO TORRIJOS, J.: «La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información», ALFONSO SÁNCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J. (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2017, p. 202.
- 28 Article 2(d) DCE, which was subsequently incorporated in letter (d) of the Annex to the LSSICE.
- 29 JARNE MUÑOZ, P.: «El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro», *op. cit.*, p. 67.
- 30 PÉREZ CARRILLO, E.F.: «Aprovechamiento temporal de bienes muebles en la economía colaborativa, durabilidad de los productos y tutela del consumidor en la Unión Europea: retos y propuestas», *Revista de estudios europeos* núm. 70 (2017), p. 325.
- 31 The same applies, more recently, to Article 1(b) of Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 [Official Journal of the European Union (hereinafter OJEU) L 241/1 of 17 September 2015], which contains virtually the same definition of ISS, establishing a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and rules on information society services.

This being the case, rather than a definition, a list of elements is given which, in a necessarily cumulative manner, must concur for us to be able to affirm that we are in the presence of an SSI. Among them, onerousness will not always be essential (although it will be frequent in most cases), although the activity in which the SSI is embodied must constitute or represent, without any margin of doubt, an economic activity for the provider³², resulting, for example, from the insertion of advertising or the exploitation of personal data of the recipients concerned³³.

Within the framework of the sharing economy, these services will be those that are temporarily exchanged between the intervening parties, i.e. those that the provider and the recipient exchange through the use of New Technologies and under the requirements mentioned in previous pages.

Within this type of services, there will be a subspecies which, in certain cases, has certain singularities, especially with regard to its liability regime. We are talking about what are known as «intermediary information society services» (also known by the acronym SSli and provided by intermediary information society service providers or PSSli), which are characterised by not having an end in themselves, but rather serving to facilitate the provision or use of other information society services, i.e. to serve as a bridge or channel for the SSI shared by PSSi and DSSI.

Within the scope of this study, ISSPs will be the digital collaborative economy platforms that mediate between parties to enable the provision or exchange of a range of goods and/or services that form part of this open market. In this sense, one of the fundamental questions to be clarified (case by case, platform by platform and operation by operation) will be the role of these intermediaries, since, depending on the conclusions drawn regarding their degree of intervention or involvement, we will be able to delimit the responsibility they assume in relation to the activity in question.

Indeed, as long as they limit themselves to mere intermediation, they will enjoy the principle of freedom to provide services without prior authorisation by the public authorities³⁴, because their activity will have «[...] the specific and exclusive purpose of providing the corresponding services by electronic means», i.e. ISS (Article 6.2 LSSICE, *sensu contrario*). This will allow them, in turn, not to assume any liability arising from the possible unlawfulness of the contents of third parties (PSSi) that they store and/or transmit (to DSSI)³⁵, neither to acquire a general obligation to monitor the data they transmit or store nor a general obligation to conduct active searches for facts or circumstances revealing unlawful activities³⁶.

32 This is corroborated by recital 18 DCE.

33 ADSUARA VARELA, B.: «Algunas consideraciones previas sobre el comercio electrónico», *Información comercial española*, núm. 813 (2004), p. 16; CAMACHO CLAVIJO, S.: *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 134; LÓPEZ RICHART, J.: «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *Derecho privado y Constitución*, núm. 26 (2012), p. 160; PEGUERA POCH, M. y TARRÉS VIVES, M.: «Marco jurídico de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico», PEGUERA POCH, M. (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp. 320-321

34 Provided for in the DCE and also in the LSSICE, as well as in Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market (hereinafter, DSMI) —OJEU L 376/50, of 27 December 2006—, which is transposed in Spain by Law 17/2009, of 23 November, on free access to and exercise of service activities (hereinafter, LLAASE) —BOE no. 283, of 24 November 2009—.

35 Provided, of course, that they proceed as indicated in the articles dedicated to this liability of ISSPs (Articles 13 to 17 LSSICE, which transpose, in turn, Articles 12 to 14 DCE).

36 Article 15 DCE.

On the other hand, if they intervene by conditioning or determining the service to be provided, they will be considered as ISSPs (under the same conditions – possibly in the form of co-responsible – as the underlying provider of the mediated services) and, therefore, will be subject to compliance with the sectoral regulations applicable to the sector of activity in question, including, here, the corresponding administrative authorisations and business licences³⁷.

3. Collaboration in tourism

3.1. Interference of collaborationism in the Spanish tourism sector

Until 2013, tourist dwellings³⁸ (usually conceived as buildings – houses or flats-furnished, equipped for immediate use and intended for tourist accommodation, which are temporarily rented in exchange for a financial consideration and which are marketed through intermediaries, known as «tourist supply channels»^{39 40}) were

37 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019.

38 They may be called by different names (tourist dwellings, dwellings for tourist purposes, tourist homes or holiday homes, to mention a few), depending on the Autonomous Communities and the regulations applicable to the case. As regards the differences between tourist dwellings and tourist flats, *vid.* GUILLÉN NAVARRO, N.A.: «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46 (2015), pp. 101-144. Also, in the case law, the STSJ Catalán of 8 May 2013 (JUR,2013,343144).

39 What tourist supply channels are is not defined in the national legislation on urban leases (although it is this legislation that mentions them in order to exclude tourist dwellings from its scope of application). For this reason, we have to turn to regional legislation or doctrinal sources to approach this figure; among the contributions made, we can highlight, in the first place, that contemplated in article 3 of (Asturian) Decree 48/2016, of 10 August, on holiday homes and homes for tourist use, which defines tourist supply channels as “tourism intermediation companies, such as travel agencies and reservation centres, including virtual intermediation channels; promotional websites, rental websites, marketplaces; any channel that allows the possibility of booking accommodation or advertising by any means or support for the supply of accommodation with tourist connotations”. Along the same lines, MONTERO PASCUAL, J.J.: *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 295; more concise and, in my opinion, excluding other possibilities that could also fall under this definition, is, on the other hand, the one provided by García Saura (GARCÍA SAURA, P.J.: *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España: aproximación al régimen jurídico. Estudio comparado desde la perspectiva de la sostenibilidad*, *op. cit.*, p. 55), which defines them as equivalent to “intermediary agents acting through digital networks such as travel agencies, real estate agencies and the Internet”, since tourism supply channels could also operate off-line without losing their clear intermediary nature.

40 There are several arguments that, from the doctrine (among others, DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M.: «El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma: Nueva Época*, núm. 5 (2016), p. 41), are put forward in favour of requiring tourist accommodation to have these supply channels. These include the desirability of strengthening consumer protection, so that consumers can enjoy quality services, in the form of being able to hold these intermediaries accountable, as opposed to the difficulty and onerousness of doing

classified as civil leases, and the provisions of Law 29/1994, of 24 November 1994, on Urban Leases (better known as LAU) were applicable to them⁴¹, which conceived (Article 2) a residential tenancy as «a tenancy of a habitable building whose primary purpose is to satisfy the tenant's permanent need for housing.

This note of permanence was incompatible with tourist dwellings, which, by their essence and according to the above definition, are intended to be used for substantially shorter periods of time⁴². To this, although completely connected, is added another incongruity, derived from the minimum period of duration of these leases, which cannot be less than five years (Article 9 LAU), impossible to comply with when the purpose of the property is to house people for very short periods of time.

However, together with residential leases, Article 3 LAU regulates those intended for uses other than housing (i.e., without this permanence)⁴³, which defined them as follows:

«A tenancy for use other than as a dwelling is considered to be that tenancy which, being for a building, has as its primary purpose one other than that established in the previous article.

2. In particular, this consideration shall apply to leases of urban properties entered into on a seasonal basis, whether for the summer or any other season, and to those entered into for the purpose of carrying out an industrial, commercial, craft, professional, recreational, welfare, cultural or educational activity on the property, whoever the persons who enter into them may be»⁴⁴.

In this way, we could consider tourist dwellings, following the terminology used by the LAU, as leases for use other than as dwellings, as long as we were in the presence of complete dwellings, since, as DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL⁴⁵, this Law does not contemplate the possibility of seasonally renting out rooms within the same dwelling, but rather the dwelling as a whole and in its entirety.

This situation changed substantially in 2013, thanks to article 1.2 of Law 4/2013, of 4 June, on measures to make the housing rental market more flexible and promote

so directly from the accommodation provider. This requirement appears to derive from Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel services, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC.

41 BOE no. 282, 25 November 1994.

42 ÍÑIGUEZ BERROZPE, T. y GUILLÉN NAVARRO, N.: «Turismo colaborativo», FRAIZ BREA, J.A. (Dir.): *Tendencias actuales del turismo en el mundo*, Síntesis, Madrid 2017, pp. 155-162.

43 In the same vein, STS 790/2011, of 4 April 2011 (RJ 2011,3142).

44 Regarding the differences between the housing lease contract and the seasonal lease, vid. SAP Cáceres of 20 November 2015, SAP Granada of 1 March 2016 or SAP Pontevedra of 1 December 2016.

45 DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M.: «El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 5 (2016), *op. cit.*, p. 36; en la misma línea, MARTOS CALABRÚS, M.A.: «El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1 (2014), pp. 91-102. In the same vein, PÉREZ GUERRA, R.: «La intervención administrativa en el sector turístico español: la política turística», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 43-44 (2014), p. 398.

it⁴⁶, moment from which dwellings for tourist use are excluded from the regime sponsored by the LAU. In this Law, more specifically in its Explanatory Memorandum, the reasons for this separation were clearly stated, centred, in essence, on the dynamisation and flexibility of the rental market:

«In recent years, there has been an increasingly significant increase in the use of private accommodation for tourism, which could be covering situations of intrusion and unfair competition, which go against the quality of tourist destinations; hence the proposed reform of the Law specifically excludes them so that they are regulated by the specific sectoral regulations or, failing that, the regime of seasonal leases, which remains unchanged, is applied to them».

As a consequence of this, letter e) of Article 5 LAU (dedicated to disciplining the leases that are excluded from the scope of application of the regulation) is born, which now includes, in this list:

«The temporary transfer of use of the entirety of a furnished and equipped dwelling in conditions of immediate use, marketed or promoted in tourist offer channels and carried out with a lucrative purpose, when it is subject to a specific regime, derived from its sectorial regulations»⁴⁷.

The result of this modification is by no means negligible:

On the one hand, it means stating that, as of Law 4/2013, the regulation of tourist dwellings is now the responsibility of the Autonomous Communities. And this by virtue of Article 148.1.18 of the Spanish Constitution⁴⁸, which establishes that these territorial entities may assume competences in matters of tourism promotion and management, provided that they are limited to their territorial scope⁴⁹.

On the other hand, it means definitively separating leases for tourist purposes from leases for uses other than housing, the regulation of which remains subject to the provisions of articles 3 and 4.3, both of the LAU.

46 BOE no. 134, of 5 June 2013.

47 This wording has undergone various modifications: a) firstly, that produced by Article 1.2 of the now repealed Royal Decree-Law 21/2018, of 14 December, on urgent housing and rental measures (BOE no. 304, of 18 December 2018). 304, of 18 December 2018), becoming the following wording (in italics that which changes): “[t]he temporary transfer of use of the entirety of a furnished and equipped dwelling in conditions of immediate use, marketed or promoted in tourist supply channels or by any other means of marketing or promotion, and carried out for profit, when it is subject to a specific regime, derived from its sectoral tourism regulations”; b) secondly, that which takes place by virtue of the Resolution of 22 January 2019, of the Congress of Deputies, ordering the publication of the Agreement to repeal Royal Decree-Law 21/2018, of 14 December, on urgent measures regarding housing and renting (BOE no. 21, of 24 January 2019), by which, as its title indicates, the amendment previously made by Royal Decree-Law 21/2018 is rendered null and void, maintaining the initial wording, and c) thirdly and lastly, that which occurs after the appearance of article 1. 2 of Royal Decree-Law 7/2019, of 1 March, on urgent housing and rental measures (BOE no. 55, of 5 March 2019), which contains the wording that is currently in force and which is once again identical to that included (and subsequently deleted) by Royal Decree-Law 21/2018.

48 BOE no. 311, 29 December 1978.

49 AGUIRRE I FONT, J.M.: «La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 15 (2021), pp. 27-28.

It seems, therefore, that tourist dwellings and tourist supply channels will inevitably go hand in hand. Thus, and transferring it to the specific field of shared-use tourism, by this we would be referring to those business models in which, through collaborative platforms that act as information society service providers (which, depending on the case and the impact they have on the SSI, will act as PSSI or as PSSIi), activities are facilitated (SSI) that create an open market for the temporary use of furnished buildings, equipped for immediate use and intended for tourist accommodation that are ceded in exchange for a financial consideration.

The novelty of this tourism (in line with what was stated at the beginning of this study when analysing the collaborative economy of which it forms part) will therefore be the use of Information and Communication Technologies and the consequent intervention of these information society service providers, which will take the form of digital platforms⁵⁰defined, in turn, as:

«[...] all persons or entities providing the intermediary service between transferor and transferee of the use referred to in the preceding paragraph shall be considered as intermediaries⁵¹, either for consideration or free of charge.

In particular, those persons or entities that, constituted as collaborative platforms, intermediate in the transfer of use referred to in the previous section and are considered to be information society service providers under the terms referred to in Law 34/2002, of 11 July, on information society services and electronic commerce, whether or not they provide the underlying service that is the object of intermediation or impose conditions on the transferors or transferees such as price, insurance, deadlines or other contractual conditions, shall be considered to be such persons or entities»⁵².

3.2. The role of public bodies in the legal-administrative control of the new forms of collaborative tourism

Particularly illustrative, in the light of the following, is the study of administrative law by VALERO TORRIJOS⁵³. In it, and although it may be extensive, it is worth reflecting the plural argumentation that this author puts forward on the reasons that justify the necessary adaptation of the instruments of administrative control to the singularities offered by the network of networks, which is particularly illustrative in view of the purpose of this study:

50 For a complete and comprehensive study of digital platforms, *vid.* MONTERO PASCUAL, J.J. y FINGER, M.: *La regulación de las nuevas industrias en red: plataformas digitales en las comunicaciones, transportes y energía*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

51 It refers to the use of dwellings for tourism purposes.

52 This definition has been extracted from regulatory sources (tax, in this case), specifically from article 54 ter.3 of Royal Decree 1065/2007, of 27 July, which approves the General Regulations on tax management and inspection actions and procedures and on the development of the common rules for tax application procedures (BOE no. 213, of 5 September 2007), which regulates the obligation to report on the transfer of use of dwellings for tourism purposes.

53 VALERO TORRIJOS, J.: «La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información», *op. cit.*, p. 2021. Also related to this issue, *vid.* PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M.M.: «La configuración del Derecho del turismo autonómico español en el ordenamiento jurídico administrativo-constitucional», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35 (2009), pp. 457-458.

«As an elementary requirement for the effectiveness of the control, the mechanisms implemented must be adapted to the particularities of the object to which they apply, in this case the activities carried out via the Internet or, according to the legal denomination, the services of the information society: those provided at a distance, by electronic means, normally for consideration. To this end, firstly, as LESSIG has rightly pointed out in GENERAL, the regulatory discipline governing them must be aimed not only at regulating the activity being controlled but also, and in a very special way, at the technology on which their operation is based, since otherwise there is a risk that the legal assets that really need to be protected will be unprotected despite the apparent existence of sufficient legal protection.

In terms of preventive measures, secondly, the question arises as to the appropriateness of requiring administrative authorisation prior to the exercise of the service provision activity, so that only once this has been granted can the activity be commenced. However, given the flexibility with which the publication of content and information via the Internet normally takes place, it does not seem that, in general, the requirement of a formalised administrative act is a particularly appropriate mechanism for information society services, unless it consists of a commercial activity, in which case some supervision would be justified in order to protect the legal position of consumers. Therefore, rather than an authorisation in the strict sense, it would be sufficient for this purpose to register the entity carrying out the commercial activity in an administrative register, so that, in the event of any problem in the provision of the service, the identity of its promoters and how to contact them would be recorded with a certain degree of reliability; communication which, in order to be fully in tune with the technological environment in which the activity is carried out and, above all, with the dynamism of the sector, should be possible by telematic means, using electronic signature systems for this purpose.

Thirdly, although this is an administrative activity which is largely complementary to the exercise of the power to impose penalties, the potential preventive effectiveness of the inspection function should not be underestimated in order to avoid infringements of regulatory provisions, especially in an area such as the Internet where it is all too often impossible or difficult to remedy any harm to protected legal interests. In any event, compliance with legal rules —i.e. the so-called general preventive effect of sanctioning rules— does not depend so much on the severity of the sanctions foreseen for non-compliance as on «the perception by the addressees of the sanctions of the existence of a reasonably effective administrative apparatus to support their enforcement», so that inspection activity «is in itself an important deterrent factor». Given the technical complexity that characterises the operation of the Internet and taking into account the very high number of users who habitually use it, this important purpose of inspection can only be fulfilled in practice when the public administration has the appropriate personnel and material resources, both quantitatively and qualitatively; and it can be affirmed that, in the current situation, this idyllic situation is far from being fulfilled. It is not enough, therefore, to establish a generic duty to cooperate with the inspection activity —Article 36 LSSI— and to classify as a specific infringement —Article 38.3.g) LSSI— the «resistance, excuse or refusal» of the inspection activity.

Finally, as far as repressive controls are concerned, the power to impose penalties is the instrument par excellence for punishing conduct contrary to regulatory provisions, although it is also necessary to note its indirect preventive purpose, especially when the penalties envisaged are high. Apart from the measures of this nature that may be envisaged in codes of conduct, the exercise of this function must be the responsibility of public bodies, given its restrictive impact on the legal sphere of offenders. But to which type of authorities: judicial or administrative? The choice of the latter, except in cases where judicial intervention is necessary due to constitutional requirements,

is more in line with the tradition of our state model as far as public intervention is concerned, although there are additional material reasons that justify this preference: the breadth of the matters covered by information society services, the large number of providers of such services, the ineffectiveness of judicial mechanisms in cases of damage of low economic value, the existence of legal assets that go beyond the merely individual sphere or, among others, the greater speed of the administrative procedure as opposed to the judicial process and its free nature.

However, the mere establishment of an exhaustive catalogue of severely punishable offences does not in itself ensure the functionality of the sanctioning value, even producing an effect contrary to that intended when the requirements of the principle of proportionality are disregarded (as in the case of the regime established in Articles 38 and 39 LSSI). As NIETO rightly warns, there is an insurmountable limit for repressive policy to be effective: infringements “cannot go beyond the reach of the forces of the State’s inspection and repressive apparatus”, so that “regulating and imposing sanctions on activities that can be complied with but not controlled is arbitrary” and means turning the law into a lottery».

From what has been explained so far, we can conclude that those who rent collaborative tourist accommodation will have to comply with a series of requirements of an administrative nature that, established in the respective autonomous legislation of application, do not affect or are the result of the (digital) environment in which this market operates⁵⁴, but rather the underlying nature of this type of property⁵⁵.

In this sense, and in view of the reasons given for the exclusion of tourist accommodation from the scope of application of the LAU, there have been many voices calling for effective measures to guarantee the effective equality of the different types of accommodation for tourist purposes. In this respect, one of the means of control of legality common to all businesses in this sector is that derived from the responsible declaration⁵⁶ which, within the framework of the conditioning techniques⁵⁷, have to be made before the competent tourism administration. The responsible declaration is included in article 69 of Law 39/2015, of 1 October, on the

54 It should be recalled that, although the first paragraph of Article 6 LSSICE enshrines the principle of not being subject to prior (administrative) authorisation as a general rule, the second paragraph, precisely providing for this circumstance and therefore warning of the possibility of there being an underlying regulation that does provide for these controls, establishes that “[t]his rule shall not affect the authorisation regimes provided for in the legal system that do not have as their specific and exclusive purpose the provision of the corresponding services by electronic means”.

55 MELLADO RUIZ, L.: «Turismo colaborativo y transporte», GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 525-559.

56 On the differences and similarities (the latter justify their joint regulation in the same precept) of the prior notification and the responsible declaration, *vid.* Ezquerro Huerva, A.: «La actividad administrativa de limitación», MENÉNDEZ, P./EZQUERRA HUERVA, A. (Dir.), *Lecciones de Derecho administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2019, pp. 630-633.

57 Through the techniques of conditioning, a legal rule makes the lawful exercise of an activity conditional upon the prior examination by the administration of compliance with a series of legal requirements or the conformity of the terms of the planned activity with the requirements of the general interest that public administrations must always pursue. Consequently, with these techniques, the subject’s freedom of action is limited, *a priori*, by an obstacle consisting of the necessary prior pronouncement by the administration of an act of conformity, which would be the one that would authorise such action.

Common Administrative Procedure of Public Administrations⁵⁸ (hereinafter referred to as LPACAP), the first paragraph of which reads as follows:

«1. For the purposes of this Law, a responsible declaration shall be understood to be the document signed by an interested party in which he/she declares, under his/her responsibility, that he/she complies with the requirements established in the regulations in force to obtain recognition of a right or power or to exercise it, that he/she has the documentation accrediting this, that he/she will place it at the disposal of the Administration when required, and that he/she undertakes to maintain compliance with the above obligations during the period of time inherent to said recognition or exercise.

The requirements referred to in the previous paragraph must be expressly, clearly and precisely stated in the corresponding responsible declaration. The Administrations may require at any time that the documentation accrediting compliance with the aforementioned requirements be provided and the interested party must provide it».

This declaration, as confirmed by the third paragraph of the same article, implies an immediate recognition of the right to exercise the tourist activity from the same day of its presentation and for an indefinite period of time⁵⁹. And this, it is obvious, regardless of the administrative powers of verification, control and inspection that may be exercised⁶⁰.

In addition, this declaration of responsibility will normally include a series of subjective data (referring to a person, whether natural or legal) and objective data (referring to an object), which have a threefold nature: a) identifying data, of the person who owns the tourist service, b) accrediting data, of the sufficient title for the operation of the tourist activity or establishment, and c) basic data, of the tourist establishment⁶¹.

A question that can be controversial when it comes to collaborative tourism activities is the question of who is responsible for making the responsible declaration in cases where the platform promoting the establishment has a decisive influence on the tourist service provided or on the conditions of the same⁶². We must bear in mind that one of the basic purposes of the responsible declaration is to provide sufficient information to facilitate, a posteriori, the control activity, by the Public Administrations in tourism matters, of those who provide services of this nature within the scope of the corresponding competent Autonomous Community⁶³.

58 BOE no. 236, of 2 October 2015.

59 PIZARRO NEVADO, R.: «Regulación y controles administrativos en el turismo colaborativo», GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 193-231.

60 MORENO LISO, L.: «El turismo colaborativo y las personas mayores», GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 233-259.

61 TENA PIAZUELO, V.M.: «Fundamentos del Derecho Administrativo del turismo (introducción al régimen jurídico español)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9 (2010), p. 325.

62 MARTÍN FABA, J.M.: «Impulso judicial al turismo colaborativo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (Ejemplar dedicado a: Volkswagen; beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho; prescripción de deudas de telecomunicaciones; mercado único digital; agenda europea para la economía colaborativa; otros), núm. 18 (2016), p. 120.

63 This is established, for example, in Article 2(b) of Decree 143/2014, of 21 October, which regulates the organisation and operation of the Andalusian Tourism Register (Official

For this reason, and although nothing is usually indicated in the regulation, it would seem appropriate to establish mechanisms or conditions which, in addition to specifying when these platforms are not limited to mere intermediation, would require, for these cases, the need to make a joint responsible declaration, including, therefore, the identification data, not only of the person providing the tourist service, but also of the digital platform (which would also assume the role of PSSI –and not merely PSSI– together with the owner of the accommodation) which intercedes by conditioning such provision to the user. This is the only way to lay the foundations for subsequent control⁶⁴, for effective inspection, by the Administration⁶⁵.

Particularly illustrative is the aforementioned European Agenda for the Collaborative Economy⁶⁶, which, in addition to describing this duality perfectly, alludes to certain criteria which, if present, would give clear indications of the significant influence exerted by the collaborative digital platform:

«Whether and to what extent collaborative platforms may be subject to market access requirements depends on the nature of their activities. To the extent that collaborative platforms provide a “service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a service provider”, they offer an information society service. Therefore, they cannot be subject to prior authorisations or any equivalent requirements aimed specifically and exclusively at such services.

[However, there may be cases where collaborative platforms may be considered to offer other services in addition to information society services, acting as intermediaries between the providers of the underlying services and their users. In particular, in certain circumstances, a platform may also be a provider of the underlying service (e.g. transport or short-term rental service). In such a case, collaborative platforms could be subject to sector-specific regulation, including business licensing and authorisation requirements generally applied to service providers [...].

It will normally have to be established on a case-by-case basis whether a collaborative platform also offers the underlying service. Several factual and legal elements play a role in this respect. The level of control or influence that the collaborative platform exercises over the provider of such services will generally be of significant importance. In particular, it can be established in the light of the following key criteria:

– Price: does the collaborative platform set the final price to be paid by the user as the beneficiary of the underlying service? The fact that the collaborative platform only recommends a price or that the provider of the underlying services is free to adapt the price set by a collaborative platform indicates that this criterion may not be met.

– Other key contractual terms: does the collaborative platform set terms and conditions other than price that determine the contractual relationship between the

Gazette of the Andalusian Regional Government - hereinafter BOJA - no. 220, of 11 November 2014).

64 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P.: «La intervención administrativa en el turismo colaborativo», GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 167-200.

65 PANIZA FULLANA, A.: «Concepto de consumidor y de empresario en el turismo colaborativo», GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 133-158.

66 Pages 6 and 7.

provider of the underlying services and the user (e.g. mandatory instructions on the provision of the underlying service, including any obligation to provide the service)?

— Ownership of key assets: does the platform own key assets to provide the underlying service?»⁶⁷.

67 This is closely related to the detailed, but essential, explanation of the entirety of GARCÍA SAURA, P.J.: *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España: aproximación al régimen jurídico. Estudio comparado desde la perspectiva de la sostenibilidad, op. cit.*, pp. 120-121, in the following terms:

«[...] Although, according to the above, the ISSPs cannot be required to have a general obligation of supervision or a general obligation to carry out active searches for facts or circumstances that indicate illegal activities with respect to the services they provide and manage, it is true that this does not exclude the possibility of these ISSPs voluntarily developing a technical system of automatic filtering that allows them to detect infringing content.

However, it is worth asking whether the service provided by these collaborative economy platforms always falls under the concept of intermediary service provider (ISP), whether the service provided by the platforms to their recipients consists of hosting data provided by the latter, simply serving as a “meeting point”, or whether they offer something more (the exemption of Art. 16 of Law 34/2002, on Information Society Services, would not apply to them).

The decisive point for excluding platforms from complying with a specific sectoral regulation (tourist accommodation) and therefore being exempt from liability is that they adopt a neutral position with regard to the activity of their users and do not have a decisive influence on the service. These criteria were established by the CJEU ruling of 20 December 2017 in the Uber Pop case, which set an important jurisprudential precedent and could, due to the relevance of the ruling body, have important legal consequences. This judgment is decisive for assessing whether the platforms really carry out a mere intermediation task and, therefore, whether the exemption from liability provided for in the legal system for information society service providers can be applied to them.

The criteria for assessing whether or not the platform exercises decisive influence over the underlying service are mainly the following:

1. Whether the platform sets the price for the provision of the service by the user;
2. Whether the platform determines the essential terms and conditions for the provision of the service; 3;
3. The platform has ownership of the assets used by the user for the provision of the service; and 4.
4. That the platform assumes all the risks of the transaction, the costs or that the service provider meets the requirements for the user to be considered an employee of the platform, i.e. that an employment relationship exists. We refer to the content of section (IV.2. To be or not to be only) an intermediary (That is the question). Side effects of the Uber ruling). In the end, the debate will focus on whether this type of platform fits fully within the category of accommodation service providers.

In Spain, only two case law cases have dealt with the issue - in the first instance - with disparate results for the interests of platforms operating in the field of collaborative accommodation and seeking the application of the exclusion of liability for information society service providers. The first in the framework of a lawsuit between the Generalitat de Catalunya and Airbnb, where the ruling concluded that the activity of said platform consisted solely of offering an open digital communication space for which it charges a commission, being an activity proper to an information society in the terms of Law 34/2002, and therefore its special liability regime was applicable to it. The second judgment, in the opposite sense, condemned Homeaway, classifying it as an “intermediary” of a sectoral economic activity (that of tourist accommodation) and, therefore, as another agent in the tourist service that should be covered by the Tourism Law of the Valencian Community and its prerogatives regarding the control of illegal offers, and not as a mere intermediary of information society services.

It is to be hoped that case law will continue to evolve, and that specific cases will bring more clarity to the criteria upheld by the CJEU ruling in the Uber case. In the meantime, no

From that moment, that is to say, once the complete presentation of this declaration of responsibility has been validly carried out and the corresponding administrative authorisation has been obtained, the registration may be carried out⁶⁸ in the Autonomous Register of tourism companies⁶⁹. This Register is a sort of census which, in addition to publicising and giving visibility to all the registered establishments (i.e. the tourist offer), makes it possible, through control activities by the Inspectorate, to combat fraud, unfair competition, clandestinity or the underground economy in the tourism sector, making it possible, to a greater or lesser extent, to protect the rights of the users of these services (in our case, collaborative services)⁷⁰.

In particular, the most immediate effect of this registration will be the assignment of a registration code or symbol, which must be used by those involved in the promotion of the accommodation for the purposes of publicity and legality vis-à-vis third parties⁷¹. As a consequence of the above, and as in the case of the declaration of responsibility⁷², it will be decisive to determine, in the case of collaborative tourism activities and before completing these administrative procedures, the role of the companies that manage and promote these properties through electronic channels: if it is decisive, they should not only be included in the Register and participate in this code, but also prevent (thanks to the greater responsibility they assume) the promotion of anonymous or illegal hosts because they have not been declared administratively; on the other hand, if it is not, they could limit themselves to this intermediation, with the non-existence of the aforementioned general obligation of supervision that, in terms of responsibility, is established by the DCE being fully effective⁷³.

absolute conclusion can be reached on a general basis regarding the liability of platforms for content and activity. It would have to be assessed on a case-by-case basis whether or not the activity carried out could fall within the notion of “intermediary provider”.

In the meantime, the most important Tourism Forums are constantly highlighting the fact that demanding co-responsibility from the platforms is, for the time being, an important way to ensure compliance with the regulation on tourist accommodation. The widespread impunity with which the platforms prescribe, distribute and commercialise properties in the tourist accommodation market in many destinations, despite the efforts in regulation and public inspection, makes it necessary to modify the legislation that regulates information society services to ensure that the platforms are subsidiarily responsible for not uploading to their websites any property that does not comply with current regional and/or local legislation, by requesting and displaying the corresponding registration number on each advertisement for tourist rental properties».

- 68 As you rightly point out GARCÍA SAURA, P.J.: *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España: aproximación al régimen jurídico. Estudio comparado desde la perspectiva de la sostenibilidad*, op. cit., pp. 84-85, the autonomous community regulations do not usually state the deadlines available to the Public Administrations to carry out the registration from the moment the responsible declaration is validly presented.
- 69 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid 2016, p. 103.
- 70 ROIG MUNAR, F.X.: «Turismo y crisis, turismo colaborativo y ecoturismo», Investigaciones Geográficas (España), Madrid 2017, pp. 231-232.
- 71 BAUZÁ MARTORELL, F.J.: «Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 108 (2017), p. 23.
- 72 RODRÍGUEZ ZULAICA, A. y FERNÁNDEZ VILLARÁN, M.A.: «Por qué el turismo colaborativo no es intermediación turística», *Papers de Turisme*, núm. 60 (2017), pp. 83-90.
- 73 Jarne Muñoz, P.: «El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro», op. cit., p. 68.

4. Bibliographical references

- ADSUARA VARELA, B.:** «Algunas consideraciones previas sobre el comercio electrónico», *Información comercial española*, núm. 813 (2004), pp. 15-26.
- AGUIRRE I FONT, J.M.:** «La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 15 (2021), pp. 24-41.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R. y BURILLO SÁNCHEZ, F.J.:** «La economía llamada “colaborativa”», Alfonso Sánchez, R./Valero torrijos, J. (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2017, pp. 49-72.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J.:** «Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 108 (2017), pp. 19-41.
- BLÁZQUEZ SALOM, M., MIR GUAL, M., MURRAY MAS, I. y PONS BUADES, G.X.:** Turismo y crisis, turismo colaborativo y ecoturismo, Societat d’Història Natural de les Balears, Palma de Mallorca 2016.
- BOTSMAN, R. y ROGERS, R.:** *What’s mine it’s yours: the rise of collaborative consumption*, Harper Collins Publishers, HarperCollins, Nueva York 2010.
- CANALES GUTIÉRREZ, S.:** «Ventajas y desventajas del turismo colaborativo en la UE», *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, núm. 11 (2019), pp. 33-25.
- CAMACHO CLAVIJO, S.:** *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- COSTA REYES, A. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.:** «Empleo y trabajo en las plataformas de turismo colaborativo», Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 201-244.
- DE LA CALLE, P.:** «Contra la crisis: consumo colaborativo», rosado cebrián, B./de la calle vaquero, A. (Coords.), *Cambios económicos y jurídicos: en un contexto de crisis*, Publicia, Madrid 2014, pp. 171-184.
- DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M.:** «El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 5 (2016), pp. 30-55.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.:** *Derecho privado de Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022.
- DÍAZ ARMAS, R.J., GUTIÉRREZ TAÑO, D. y GARCÍA RODRÍGUEZ, F.J.:** «¿Por qué Airbnb es un modelo de alojamiento colaborativo con tanto éxito?», Mondéjar Jiménez, J.A. (Dir.), *La actividad turística española en 2014*, Síntesis, Madrid 2016, pp. 111-118.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.:** «La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núms. 175-176 (2015), pp. 61-104.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.:** *Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid 2016.

- GALERA TODRIGO, S.:** «Una aproximación positiva a la globalización jurídica», Galera Rodrigo, s./Alda Fernández, M. (Dir.), *Construyendo el futuro: conversaciones jurídicas sobre la globalización*, Atelier, Barcelona 2017, pp. 21-50.
- GARCÍA CALVENTE, Y.:** «Régimen tributario del turismo colaborativo», Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 245-266.
- GARCÍA SAURA, P.J.:** *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España: aproximación al régimen jurídico. Estudio comparado desde la perspectiva de la sostenibilidad*, Dykinson, Madrid 2019.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.:** *El régimen jurídico del turismo colaborativo*, Wolters Kluwer, Madrid 2019.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A.:** «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46 (2015), pp. 101-144.
- ÍÑIGUEZ BERROZPE, T. y GUILLÉN NAVARRO, N.:** «Turismo colaborativo», Fraiz Brea, J. A. (Dir.), *Tendencias actuales del turismo en el mundo*, Síntesis, Madrid 2017, pp. 155-162.
- JARNE MUÑOZ, P.:** «El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro», *Revista CESCO de Derecho de Consumo (Ejemplar dedicado a: Tratado de Libre Comercio EEUU-UE; directiva de venta en línea; consumo colaborativo; jurisprudencia sobre la ley de segunda oportunidad; otros)*, núm. 17 (2016), p. 67.
- LÓPEZ RICHART, J.:** «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *Derecho privado y Constitución*, núm. 26 (2012), pp. 143-201.
- MARTÍN FABA, J.M.:** «Impulso judicial al turismo colaborativo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo (Ejemplar dedicado a: Volkswagen; beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho; prescripción de deudas de telecomunicaciones; mercado único digital; agenda europea para la economía colaborativa; otros)*, núm. 18 (2016), pp. 113-127.
- MARTÍNEZ QUINTANA, M.V.:** «Planificación colaborativa del Turismo Local y de naturaleza en épocas de crisis», Rondón García, I.m./Troitiño Torralba, I./Mulet Forteza, c./Bauzá Martorell, f.j./Melgosa Arcos, F.J. (Dir.), *Turismo post COVID-19: el turismo después de la pandemia global, análisis, perspectivas y vías de recuperación*, Universidad de Salamanca, Salamanca 2020, pp. 209-230.
- MARTOS CALABRÚS, M.A.:** «El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1 (2014), pp. 91-102.
- MELLADO RUIZ, L.:** «Turismo colaborativo y transporte», Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 525-559.
- MONTERO PASCUAL, J.J.:** *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBla-Car, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- MONTERO PASCUAL, J.J. y FINGER, M.:** *La regulación de las nuevas industrias en red: plataformas digitales en las comunicaciones, transportes y energía*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

- MORENO LISO, L.:** «El turismo colaborativo y las personas mayores», gosálbez pequeño, H. (Dir.), Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 233-259.
- PANIZA FULLANA, A.:** «Concepto de consumidor y de empresario en el turismo colaborativo», gosálbez pequeño, H. (Dir.), Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 133-158.
- PEGUERA POCH, M. y TARRÉS VIVES, M.:** «Marco jurídico de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico», Peguera Poch, M. (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp. 318-386.
- PÉREZ CARRILLO, E.F.:** «Aprovechamiento temporal de bienes muebles en la economía colaborativa, durabilidad de los productos y tutela del consumidor en la Unión Europea: retos y propuestas», *Revista de estudios europeos* núm. 70 (2017), p. 325.
- PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M.M.:** «La configuración del Derecho del turismo autonómico español en el ordenamiento jurídico administrativo-constitucional», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35 (2009), pp. 455-518.
- PÉREZ GUERRA, R.:** «La intervención administrativa en el sector turístico español: la política turística», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 43-44 (2014), pp. 396-413.
- PIZARRO NEVADO, R.:** «Regulación y controles administrativos en el turismo colaborativo», gosálbez pequeño, H. (Dir.), Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2021, pp. 193-231.
- ROIG MUNAR, F.X.:** «Turismo y crisis, turismo colaborativo y ecoturismo», Investigaciones Geográficas (España), Madrid 2017, pp. 231-232.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F.:** *Ámbito contractual de la firma electrónica*, Bosch, Barcelona 2018.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J.F.:** *Privacidad y Coronavirus: aspectos esenciales*, Dykinson, Madrid 2020.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P.:** «La intervención administrativa en el turismo colaborativo», gosálbez pequeño, H. (Dir.), El régimen jurídico del turismo colaborativo, Wolters Kluwer, Madrid 2019, pp. 167-200.
- RODRÍGUEZ ZULAICA, A. y FERNÁNDEZ VILLARÁN, M.A.:** «Por qué el turismo colaborativo no es intermediación turística», *Papers de Turisme*, núm. 60 (2017), pp. 83-90.
- TENA PIAZUELO, V.M.:** «Fundamentos del Derecho Administrativo del turismo (introducción al régimen jurídico español)», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9 (2010), pp. 319-341.
- TORRENT I SELLENS, J.:** «La economía colaborativa como palanca de progreso y sostenibilidad en tiempo de pandemia», *Oikonomics: Revista de economía, empresa y sociedad*, núm. 14 (2020).

VALERO TORRIJOS, J.: «La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la sociedad de la información», Alfonso Sánchez, R.Valero torrijos, J. (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2017, pp. 199-219.

LA CREACIÓN DE LAS CIUDADES SOSTENIBLES: LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS DERIVADOS DE SU GENERACIÓN

Ester Renedo Santamaría
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad Isabel I
Investigadora predoctoral
Universidad de Burgos

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La ciudad sostenible: concepto y caracteres que la componen. 1.1. Concepto. 1.2. Caracteres que componen la ciudad sostenible. 1.3. El planeamiento urbanístico: los planes de urbanismo de las ciudades. 2. Problemática de los residuos de la construcción y de la demolición en suelo urbano. 2.1. Concepto de residuo. 2.2. Características de los Residuos para la demolición y la construcción. 2.3. El ciclo de gestión de los residuos y su posterior tratamiento. 2.4. La solución que se da a los RCD: las aplicaciones que tienen los materiales reciclados. 3. La gestión de Residuos de Construcción y Demolición (RCD): la importancia de la recogida para la optimizar su posterior valorización, a través de la economía circular. 3.1. Los medios establecidos para la gestión de los Residuos de la Construcción y la Demolición. 3.2. Planes de prevención de residuos. 3.2.1. Prevención de Residuos. 3.2.2. Objetivos de Prevención. 3.3. Planes de gestión de residuos. 3.3.1. La dificultad en la segregación de los RCD. 3.4. La transcendencia de los planes y programas de prevención y gestión de residuos y la necesidad de su efectiva y real aplicación. 4. La responsabilidad ¿sobre quién recae? 4.1. Responsabilidad del productor del producto. 4.2. Responsabilidad ampliada del productor en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. 4.3. Ampliación de la definición de productor del producto. 4.4. Cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad ampliada del productor. 4.5. Responsabilidad, vigilancia, inspección, control y régimen sancionador. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

0. Introducción

La creación de las ciudades sostenibles es uno de los puntos contemplados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030. La Agenda 2030 subraya la importancia del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 11 bajo el nombre: «Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles», este objetivo versa sobre todos los acuerdos necesarios para alcanzar los

propósitos establecidos y es uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) instituidos por las Naciones Unidas en 2015. El ODS 11 es un objetivo ambicioso, sobre todo para hacerlo efectivo en el año 2030. La problemática de la gestión de los residuos de la construcción y la demolición en las ciudades es la piedra angular para llegar al residuo cero y a la descarbonización de los núcleos urbanos. Para ello, analizaremos los planes de prevención de residuos y los planes de gestión de residuos como herramienta para el control de los mismos. Todo ello lo según el marco de la Estrategia Española de Economía Circular y de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular. Su impacto puede dar lugar a procedimientos tanto penales como administrativos en materia de derecho medioambiental, que están creando una nueva vertiente dentro de la responsabilidad y del derecho.

La creación de ciudades sostenibles para el año 2030, de acuerdo con el ODS 11, es un objetivo difícil de conseguir para un plazo de ocho años.

En el año 1950 se creó lo que podríamos considerar la primera ciudad sostenible. Le Corbusier, un arquitecto y teórico suizo, considerado el padre de la arquitectura moderna, estableció en la India los cimientos de una ciudad adelantada a su tiempo. Una utopía urbana llamada *Chandigarh*, que respondía a la necesidad de una nueva capital para la región tras la independencia de la India en 1947. La ciudad de *Chandigarh* se concibió como un lugar en el que la sociedad india pudiera acomodarse a todos los niveles, disgregándose de su pasado colonial y articulando una sólida visión de su futuro¹.

La creación de este modelo de ciudad puede servir de precedente a la hora de diseñar y construir ciudades sostenibles en la actualidad. La base de este proyecto no es la ciudad en sí, sino un ecosistema menor; el edificio sostenible. La creación de un edificio sostenible permitirá la creación de ecosistemas mayores, como barrios y ciudades pequeñas para llegar posteriormente a las grandes urbes².

El principal problema por contrarrestar serán los residuos. La gestión de los residuos no solo es necesaria en la construcción de nuevos edificios, también lo es en los edificios ya construidos. Una óptima gestión de los residuos permitirá la reutilización de estos materiales sin la necesidad de emplear materiales nuevos. Todo ello se implementará desde la propia clasificación de los residuos de obra en el mismo edificio, para que estos no acaben en un vertedero sin utilidad alguna. Por otro lado, los residuos no solo serán los desperdicios del edificio; el suelo, el agua, y la contaminación de la atmósfera también se deben tener en cuenta. Por ello, para su reducción es muy importante tener en cuenta los Planes y Programas de Separación y de Gestión de Residuos, como herramientas indispensables para poder hacer una clasificación adecuada de todos los materiales que derivan de la construcción o demolición de edificaciones³.

Para finalizar, la economía circular interviene igualmente en este proyecto con la valorización de los residuos; cambiando su denominación de residuos a materias primas secundarias, para que de esta forma entren de nuevo en el círculo y se pueda ampliar su vida útil, esta es una de las principales premisas y novedades de la Ley 7/2022 de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular⁴.

1 MANZANO MORENO, E., *et al.*: «Recensiones y notas», *Hispania*, 1999, vol. 59, n.º 202, p. 731-814.

2 COLADO, S., *et al.*: *Smart city: Hacia la gestión inteligente*. Marcombo, 2014.

3 CHÁVEZ VARGAS, G.P.: *Estudio de la gestión ambiental para la prevención de impactos y monitoreo de las obras de construcción de Lima Metropolitana*. Pontificia Universidad Católica del Perú-CENTRUM católica (Perú), 2014.

4 MASSECK, T.: «Economía circular en el sector de la construcción», [Congreso Nacional del Medio Ambiente 2018], Palacio Municipal de los Congresos de Madrid.2018.

1. La ciudad sostenible: concepto y caracteres que la componen

1.1. Concepto

No se puede emplear solo un término o concepto para definir una ciudad sostenible es, cuanto menos, complejo. Los profesores Sachs y Vernis llegan a una definición más o menos adecuada en la que entienden como ciudad sostenible «una ciudad resiliente a los impactos adversos consecuencia del cambio climático, la cual va a identificar y reducir, las vulnerabilidades de la población de dicha urbe, y va a incrementar su capacidad adaptativa a los riesgos. Esta definición se presenta un tanto ambigua, de carácter político-social»⁵.

Si acudimos a una definición más técnica, podemos entender la ciudad sostenible como «un centro urbano diseñado para mejorar su impacto ambiental mediante la planificación y la gestión de residuos urbana. La ciudad sostenible debe garantizar a sus habitantes un transporte público adecuado y accesible, una buena recogida de basuras para la gestión de los residuos y buena calidad del aire y del agua entre otros aspectos»⁶.

Parece que las ciudades sostenibles son algo novedoso, pero esta idea ya surgió en el año 1994, cuando en la ciudad danesa de Aalborg, surgió un movimiento con una especial sensibilidad hacia el medio ambiente. Este movimiento se encontraba refrendado en la Carta Europea de las Ciudades Sostenibles. La ciudad Aalborg fue testigo de un movimiento refrendado en la Carta Europea de las Ciudades Sostenibles, un texto al que en la actualidad se han sumado más de 400 centros urbanos del mundo entero. En este caso cabe mencionar el apartado 1.6 de la Carta Europea de las Ciudades Sostenibles relativo a la economía urbana hacia la sostenibilidad, que expone lo siguiente:

«Nosotras, las ciudades, comprendemos que el factor restrictivo de nuestro desarrollo económico ha sido nuestro capital natural, como la atmósfera, el suelo, el agua y los bosques. Necesitamos, pues, invertir en este capital, respetando el orden prioritario siguiente:

Invertir en la conservación del capital natural existente (reservas de aguas subterráneas, suelo, hábitats de especies raras).

Fomentar el crecimiento del capital natural y reducir el nivel de explotación actual (por ejemplo, de las energías no renovables).

Invertir para aligerar la presión sobre las reservas de capital natural, mediante la expansión del capital natural cultivado, como parques de recreo urbano que mitiguen la presión en los bosques naturales.

Incrementar la eficiencia en el uso final de los productos, con edificios de elevada eficiencia energética o transportes urbanos respetuosos con el medio ambiente».

Siguiendo estos cinco requisitos podemos imaginar que el objetivo perseguido por la Carta de Aalborg de 1994 no era otro que reforzar el compromiso de estas ciudades por el cuidado del medio ambiente y el bienestar de quienes las habitan.

5 SACHS, J.D., VILÁ VERNIS, R.: *La era del desarrollo sostenible*, Barcelona: Deusto, 2015.

6 OCHOA MIRANDA, M.: *Gestión integral de residuos: análisis normativo y herramientas para su implementación*, editorial Universidad del Rosario, 2018.

1.2. Caracteres que componen la ciudad sostenible

Haciendo referencia al apartado 1.6 de la Carta del Aalborg de 1994, parece que esos cinco requisitos son los únicos para tener en cuenta en la creación de ciudades sostenibles, pero la ciudad sostenible está en permanente construcción. No existe un único modelo, no podemos hablar de una única ciudad sostenible, si no que cada una aporta sus propias soluciones y lo implementa en su modelo de sostenibilidad. Eso sí, en las medidas hay que tener en cuenta que serán el punto de encuentro entre el desarrollo y el bienestar. Por ello, una ciudad sostenible debe contener los siguientes elementos:

- El bienestar de las personas: acceso a recursos básicos de carácter público.
- La creación de las ciudades y edificios sostenibles a través de la renovación urbana.
- La reducción de emisiones de dióxido de carbono.
- Favorecer el comercio local y el comercio justo.
- Triple fórmula o fórmula de las 3R: reducir, reutilizar y reciclar.

1.3. El planeamiento urbanístico: los planes de urbanismo de las ciudades

La Ordenación del Territorio no es, sin embargo, una política concreta y específica, sino más bien el marco de integración del conjunto de actuaciones e intervenciones sobre el espacio. Se ha cuestionado, por ello, si se trata de una auténtica función pública de resultado, o más bien el presupuesto para una eficaz racionalización de la distribución, ocupación y uso del suelo. En cualquier caso, persigue la conjugación de los elementos esenciales de la ordenación supramunicipal y la sostenibilidad⁷.

Como dice la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983:

«Es la expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad».

Por ello, podemos definir los planes de urbanismo de las ciudades, como «todos aquellos sistemas, medios, procedimientos o recursos que permiten llevar a cabo lo establecido en el Plan General de Ordenación Urbana», en adelante PGOU. Como punto de partida tenemos el Plan General de Ordenación Urbana, del año 1946, de Madrid, en este texto legal va a aparecer por primera vez una configuración de las ciudades que, diez años más tarde, quedará definida en la Ley de Suelo del año 1956, las características tanto de los planes generales de urbanismo como de los planes parciales de urbanismo. Esta norma, actualmente derogada, estableció la siguiente clasificación del suelo:

- Suelo urbano: se define como aquel que se encuentra situado en zonas consolidadas para la edificación y la construcción o que cuenta con servicios urbanísticos y su futuro planeamiento, como pueden ser: alcantarillado, suministros eléctricos, abastecimiento de aguas o canalizaciones.
- Suelo de reserva urbana: es aquel que se encuentra sujeto a una futura urbanización a través de los Planes Parciales.
- Suelo rústico: se define como el resto del territorio municipal.

7 GARCÍA RUBIO, F.: «El papel de las ciudades en la transición ecológica», en *Campus universitarios inteligentes: desafíos jurídicos y propuestas en el entorno urbano*. Atelier, 2019. p. 119-168.

Esta clasificación de la Ley de Suelo de 1956 queda reformulada por la Ley de Suelo Estatal⁸.

La Ley de Suelo de 2015 también reguló un apartado muy relevante que es el de las valoraciones que recoge: el suelo, las instalaciones, las construcciones, las edificaciones y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos. Siempre que estas sean por operaciones de reparto de beneficios y cargas y otras determinaciones de la legislación territorial y urbanística, por la fijación del justiprecio en las expropiaciones y la fijación del precio a pagar al propietario en la venta o en la sustitución forzosa. Caben tres tipos de valoraciones a nivel general, en cuanto a sus criterios, de los inmuebles, que así suponen:

- El valor del suelo.
- Las edificaciones, construcciones e instalaciones.
- Las concesiones y derechos reales sobre inmuebles.

Por lo que se refiere a la valoración del suelo, cabe una valoración del suelo rural y una valoración en el suelo urbanizado, puesto que tiene el carácter de suelo rural todo aquel que no esté expresamente urbanizado, esto es, ya transformado, variándose con carácter copernicano los criterios de valoración existentes hasta el momento y especialmente los previstos por la derogada Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones⁹.

Ya no solo desde las dirigencias establecidas por la Administración competente en su diseño, sino también su operación y seguimiento por los técnicos urbanísticos implicados. En el caso de la planificación nacional, es responsabilidad y competencia del Gobierno Central, y se ejerce a través del PGOU. En este plan, se utilizarán unos instrumentos de carácter normativo denominados Instrumentos de Planificación Territorial. Establecerán el límite de las áreas urbanas, si son urbanizables o no lo son, las condiciones de ocupación del territorio a través de la normativa de urbanismo establecida, las vías estructurales y las diferentes zonas o inmuebles que tengan el carácter de conservación histórica.

En este supuesto hay una triple competencia; como indica la Constitución Española de 1978, España tiene un triple nivel competencial: el estatal, el autonómico y el local. En el nivel legislativo, lo dividiremos solo en competencia estatal y autonómica, pero las competencias ejecutivas sí las encontramos en los tres niveles citados. Esto, en ocasiones, crea un problema de solapamiento normativo o de excesiva burocratización a la hora de crear un Plan General de Ordenación Urbana. El planeamiento urbanístico se basa en el Plan General, que desarrolla planes específicos organizados de manera jerárquica.

En el caso de la materia ambiental y no urbanística, la competencia estatal es nimia, por lo que son las diecisiete comunidades autónomas las que aplican su normativa propia, con las directrices generales establecidas por el Gobierno Central, como sucede con la legislación por el impacto ambiental. En este caso tiene cierto sentido, ya que cada comunidad autónoma se tiene que adaptar a sus peculiaridades climáticas, culturales y territoriales¹⁰.

8 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

9 GARCÍA RUBIO, F.: «El papel de las ciudades en la transición ecológica», en *Campus universitarios inteligentes: desafíos jurídicos y propuestas en el entorno urbano*. Atelier, 2019. p. 119-168.

10 MARTÍN PORTUGUÉS, I.: «Mértola Vila Museu. Modelo rural de difusión del Patrimonio Cultural», *Cuadernos de investigación urbanística*, 2018, n.º 117, p. 6-75.

Este enfoque tiene una particularidad muy importante debido a la imposibilidad de abordar el problema a partir del propio campo del urbanismo y de la ordenación del territorio, en este caso la Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas, ya introduce los principios básicos ligados a la sostenibilidad del planeamiento.

Una vez establecidas las diferentes pautas legislativas y ejecutivas sobre el planeamiento urbanístico de las ciudades, si queremos crear ciudades sostenibles, volvemos a acudir a la Carta de las Ciudades Sostenibles o Carta de Aalborg de 1994, en su apartado 1.8, bajo la rúbrica, «pautas sostenibles del uso del suelo», establece que las ciudades deben aplicar políticas efectivas a los usos del suelo y a la ordenación del territorio a través de una evaluación ambiental y estratégica sobre todos los planos. Se les anima también a emprender programas de renovación del casco histórico y la planificación de las zonas suburbanas para reducir la movilidad. También se fomenta la creación de una red de interdependencia regional equitativa para permitir equilibrar los flujos entre el campo y la ciudad, luchando así con la despoblación de las zonas rurales tan inminente en nuestro país.

Siguiendo con la Carta de Aalborg de 1994, otro de los puntos a destacar dentro del planeamiento urbanístico, es el punto 1.9 sobre «pautas de movilidad urbana sostenible», fundamentales para el desarrollo de la ciudad sostenible. En este aspecto, mejorar la accesibilidad y mantener el bienestar de los estilos de vida juegan un papel muy importante en la descarbonización de las ciudades. Por tanto, simplemente, el tener una parada de transporte público a una distancia inferior a quince minutos, como veíamos en las ciudades de los quince minutos, el fomento del uso del transporte sostenible, como la bicicleta o el patinete eléctrico, incentivando también el deporte, con los desplazamientos a pie¹¹.

Si nos situamos en el año 2019, el 22 de febrero, el Consejo de ministros marcó en la Agenda Urbana Española todas las acciones que se iban a llevar a cabo, muy en la línea de la Agenda 2030 y del Tratado de París del año 2015.

También en este apartado debemos mencionar el Libro verde de sostenibilidad urbana y local en la era de la información del año 2012. En este se menciona que las ciudades españolas constituyen el patrimonio más importante que tenemos. Son sistemas urbanos que se han adaptado a los retos que se han ido sucediendo a lo largo de la historia¹².

El Libro Verde, introduce los problemas que recaen en una ciudad, y sobre su zona de influencia, contribuyendo de este modo en las políticas que se implementan para satisfacer los intereses locales y la mejora del medio ambiente local. Otro de los puntos sobre los que trata el Libro Verde es la reducción de la presión sobre los sistemas de soporte y el aumento de la complejidad urbana, que son elementos clave para alcanzar la sostenibilidad¹³.

11 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La necesaria densificación de las ciudades guiada por la regeneración y la renovación urbana para lograr su resurgir efectivo y sostenible», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2019, vol. 53, n.º 327, p. 19-81.

12 RUEDA-PALENZUELA, S.: «El urbanismo ecosistémico. *Estudios Territoriales*», 2019, vol. 51, n.º 202.

13 MARTÍNEZ ALIER, J.: *El ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y lenguajes de valoración*, Icaria, 2021.

2. Problemática de los residuos de la construcción y de la demolición en suelo urbano

Antes de definir los residuos de la construcción y la demolición, tenemos que hacer referencia a la definición de residuo. La nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para la economía circular, nos va a dar la definición tanto de residuo, como de residuo para la construcción y demolición entre otros.

2.1. Concepto de residuo

Comenzando por la definición de residuo regulada en el art.2.a) de la Ley 7/2022, lo define como:

«[...] cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseche o tenga la intención o la obligación de desechar».

Por otro lado, el mismo art.2.as) de la Ley 7/2022, define el término residuos de construcción y demolición como:

«Residuos generados por las actividades de construcción y de demolición».

Los RCD se encuentran regulados en el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, en su artículo 2. C), en el que se regula la protección y gestión de los residuos de construcción y demolición. Por RCD entendemos;

«Son todas aquellas sustancias y objetos, que, cumpliendo con la definición de residuo, se generen en:

La construcción, rehabilitación, reparación, reforma o demolición de un bien inmueble, tal como un edificio, carretera, puerto, aeropuerto, ferrocarril, canal, presa, instalación deportiva o de ocio, así como cualquier otro análogo de ingeniería civil».

La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, tales como excavaciones, inyecciones, urbanizaciones u otros análogos, con exclusión de aquellas actividades a las que sea de aplicación la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas.

«En esta misma regulación, se considera parte integrante de la obra toda instalación que dé servicio exclusivo a la misma, y en la medida en que su montaje y desmontaje tenga lugar durante la ejecución de la obra o al final de la misma, tales como:

- Plantas de machaqueo.
- Plantas de fabricación de hormigón, grava —cemento o suelo— cemento.
- Plantas de prefabricados de hormigón.
- Plantas de fabricación de mezclas bituminosas.
- Talleres de fabricación de encofrados.
- Talleres de elaboración de ferralla.
- Almacenes de materiales y almacenes de residuos de la propia obra y plantas de tratamiento de los residuos de construcción y demolición de la obra»¹⁴.

14 MINISTERIO DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y RETO DEMOGRÁFICO, (s.f.) *Flujos de residuos: tierras y escombros*. [Página web]. <https://www.miteco.gob.es/en/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/flujos/tierras-y-escombros/Que-caracteristicas-tienen.aspx>

Todos aquellos residuos que se generen en las obras para los que exista una regulación específica, como es el caso de los envases, aceites industriales o neumáticos fuera de uso, tienen que ser gestionados de acuerdo con lo que dicha regulación específica establezca. Pero lo que sí que es importante es que deben mantenerse separados de otros RCD de la obra¹⁵.

2.2. Características de los Residuos para la demolición y la construcción

En función de los datos del Ministerio de la Transición Ecológica y Reto Demográfico, en adelante Miteco, con carácter general, entre el 60% y el 70% de la composición de los RCD son materiales minerales, como es el caso de las tierras, hormigón, ladrillos, entre otros¹⁶. El restante de los residuos quedaría formado por residuos de madera, yesos, metal o plásticos entre otros que se pueden encontrar tras una demolición. La mayor parte de estos residuos son residuos no peligrosos, incluso residuos inertes, el aprovechamiento de estos recursos no debe presentar problemas, sino que puede contribuir a una reducción del consumo de los recursos minerales naturales.

El aprovechamiento de estos por otras fracciones va a depender casi en su totalidad de que conformen un flujo con la pureza suficiente, y de que no se encuentre contaminado por sustancias peligrosas, de manera que el reciclado y sus operaciones posteriores (en línea general la operación de valorización), sean económicamente viables y seguros ambientalmente.

En una obra se pueden generar diferentes residuos peligrosos. Tal y como los define el art. 2. Añ),

«[...] residuo que presenta una o varias de las características de peligrosidad enumeradas en el anexo I y aquél que sea calificado como residuo peligroso por el Gobierno de conformidad con lo establecido en la normativa de la Unión Europea o en los convenios internacionales de los que España sea parte. También se comprenden en esta definición los recipientes y envases que contengan restos de sustancias o preparados peligrosos o estén contaminados por ellos, a no ser que se demuestre que no presentan ninguna de las características de peligrosidad enumeradas en el anexo I».

Este tipo de residuos deben recogerse y tratarse por separado, es decir, van a ser los gestores autorizados los que se encarguen de la recogida y tratamiento de estos residuos. Entre los RCD, podemos encontrar algún que otro material de carácter peligroso, como pueden ser los aditivos del hormigón que son inflamables, cierto tipo de adhesivos que son tóxicos o irritantes, o emulsiones alquitranadas que pueden ser cancerígenas, entre otras muchas sustancias¹⁷.

15 MINISTERIO DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y RETO DEMOGRÁFICO, (s.f.): *Flujos de residuos: tierras y escombros*. [Página web]. <https://www.miteco.gob.es/en/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/flujos/tierras-y-escombros/Que-caracteristicas-tienen.aspx>.

16 MINISTERIO DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y RETO DEMOGRÁFICO, (s.f.): *Flujos de residuos: tierras y escombros*. [Página web]. <https://www.miteco.gob.es/en/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/flujos/tierras-y-escombros/Que-caracteristicas-tienen.aspx>

17 FERNÁNDEZ HIDALGO, D., et al.: *Guía práctica para la gestión de residuos de construcción y demolición en Castilla y León*. 2016.

2.3. El ciclo de gestión de los residuos y su posterior tratamiento

En la figura 1, podemos observar un esquema de ciclo de gestión de los RCD. El objetivo final de estos es conseguir su valorización. Pero ¿qué entendemos por valorización? En este caso acudimos de nuevo a la Ley 7/2022, concretamente a su artículo 2, que nos ofrece dos definiciones de valorización; una de carácter general y otra sobre la valorización de los materiales.

Art.2.bb) «Valorización»:

«Cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales, que de otro modo se habrían utilizado para cumplir una función particular o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía en general. En el anexo II, se recoge una lista no exhaustiva de operaciones de valorización».

Art.2.bc) «Valorización de materiales»:

«Toda operación de valorización distinta de la valorización energética y de la transformación en materiales que se vayan a usar como combustibles u otros medios de generar energía. Incluye, entre otras operaciones, la preparación para la reutilización, el reciclado y el relleno».

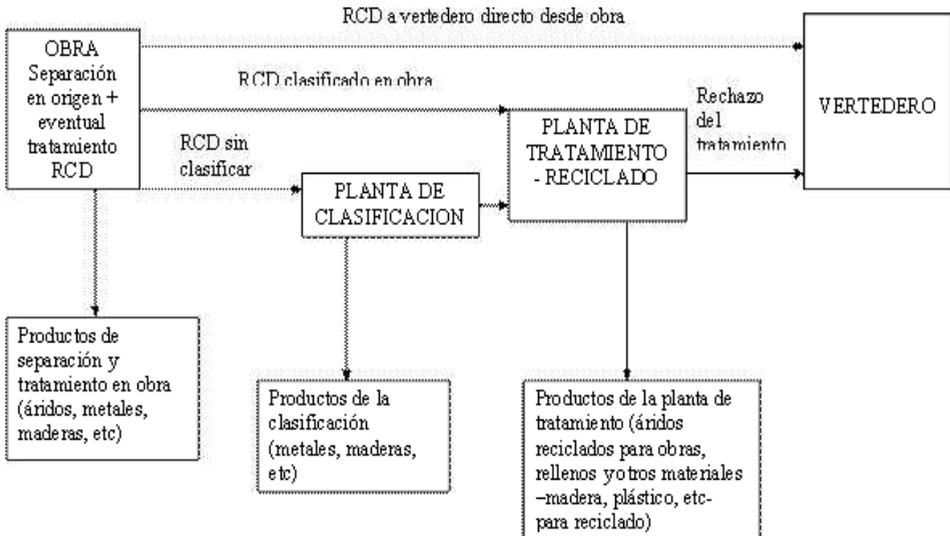


Figura 1. Esquema de ciclo de gestión de los RCD.
Fuente: Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico.

Uno de los aspectos cruciales para establecer la viabilidad de las iniciativas de recogida y reciclado de los RCD es que el precio de admisión de estos residuos, cuando se encuentran en un vertedero, refleje todos los costes de su depósito en el mismo.

2.4. La solución que se da a los RCD: las aplicaciones que tienen los materiales reciclados

En los apartados anteriores hemos visto cuál es la problemática provocada por los residuos, por ello si continuamos por esta línea vamos a ver cuál es la solución propuesta para la gestión de los residuos de la construcción y de la demolición. Gracias a las mejoras expuestas en la gestión de estos residuos, cada vez son más las aplicaciones que se les dan a los productos derivados del reciclaje de los RCD, y a la posibilidad de que el sector de la construcción consuma materiales reciclados de otros sectores. Pero ¿cómo sabemos que materiales vienen del reciclado de RCD y cuáles no? En este caso, se ha elaborado un Catálogo de Residuos Utilizables en Construcción¹⁸. Este catálogo es actualizado de manera continua, y uno de sus apartados está dedicado en exclusividad a los Residuos de la Construcción y de la Demolición, tal y como asegura el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

La Asociación Española de Gestores de Residuos de Construcción y Demolición (GERD) está desarrollando, desde el año 2008, un proyecto de tres años de duración (proyecto GEAR), financiado por el Ministerio de Agricultura Alimentación y Medio Ambiente (dentro del Plan Nacional de I+D+i), cuyo objetivo es la elaboración de una guía de áridos reciclados procedentes de RCD, basada en un exhaustivo trabajo de campo de caracterización y comprobación de calidades de los áridos reciclados producidos en veintitrés plantas de reciclaje asociadas al GERD, con la participación de tres centros de investigación y de cuatro universidades¹⁹.

3. La gestión de Residuos de Construcción y Demolición (RCD): la importancia de la recogida para la optimizar su posterior valorización, a través de la economía circular

3.1. Los medios establecidos para la gestión de los Residuos de la Construcción y la Demolición

Una vez expuesta la planificación de una ciudad sostenible y sus componentes, el edificio sostenible, sus certificaciones y, por último, los residuos de la demolición y de la construcción que encontramos en las diferentes edificaciones, vamos a proponer con base en lo dispuesto en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular y en la Estrategia Española de Economía circular del año 2020, cuáles son las soluciones que aportan ambas para la gestión de estos residuos. El problema ambiental que plantean los RCD se deriva no solo del creciente volumen de su generación, sino también de su tratamiento, que aun hoy es insatisfactorio en la mayor parte de los casos. La insuficiente prevención de la producción de los residuos en su origen va a unirse al escaso reciclado de los que se están gene-

18 ALAEJOS, M.P., *et al.*: «Catálogo de Residuos Utilizables en Construcción», *CEDEX para el Ministerio de Medio Ambiente*, 2008.

19 MINISTERIO DE TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y RETO DEMOGRÁFICO, (s.f.): *Flujos de residuos: tierras y escombros*. [Página web]. <https://www.miteco.gob.es/en/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/flujos/tierras-y-escombros/Que-caracteristicas-tienen.aspx>

rando. En este contexto se está intentado conseguir un desarrollo más sostenible de la actividad de la edificación y la construcción. La nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una nueva economía circular, recoge de la ley del año 2011 las definiciones de residuos y además añade nuevos conceptos como: el concepto de economía circular y el concepto de valorización²⁰.

El concepto de valorización se convierte en la piedra angular de la ley como un procedimiento novedoso que consiste en ampliar la vida útil de los residuos e incluirlos de manera continua en el círculo para su mejor aprovechamiento y rendimiento²¹.

Las soluciones y procedimientos los vamos a encontrar en los planes de prevención de residuos y en los planes de gestión de residuos.

3.2. Planes de prevención de residuos

La nueva Ley de Residuos implica una especial sensibilidad con el medio ambiente, sobre todo con el nuevo enfoque hacia una economía circular, asentando así un precedente legal, que pueda dar paso a la ansiada Ley de Economía Circular Española, que renueve la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Enfocar en el marco de la economía circular toda política pública o plan de gestión que permita circularizar los materiales, su reciclaje y su valorización es el horizonte al que tenemos que llegar y por el que tenemos que trabajar. La Ley 7 /2022, en su artículo 12, establece quién va a ser el órgano encargado de la gestión de los residuos, es decir, quién va a ejercer la competencia administrativa. En este caso, el artículo hace referencia a la competencia del Estado por parte del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y al Consejo de ministros que, a través de Acuerdos, podrán aprobar las estrategias, los planes y los programas estatales en materia de prevención de gestión de residuos y de economía circular, que tendrán carácter programático²².

De hecho, si citamos el artículo 12 en su numeral tercero:

«3. Corresponde a la persona titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico:

a) Elaborar estrategias y planes en materia de economía circular, el Programa estatal de prevención de residuos y el Plan estatal marco de gestión de residuos, así como elaborar estrategias en materia de suelos contaminados.

b) Proponer al Gobierno los objetivos mínimos obligatorios de prevención y reducción en la generación de residuos, así como de recogida separada, preparación para la reutilización, reciclado y otras formas de valorización de determinados tipos de residuos.

20 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «El indiscutible protagonismo de la Unión Europea en la concepción, impulso y consolidación de los planes y programas de gestión de residuos: especial referencia a su regulación e implementación en España», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2016, vol. 5, n.º 13, p. 119-166.

21 PÉREZ CORNEJO, C., *et al.*: «Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles:[4]», en *Los objetivos de desarrollo sostenible en la ciudad de Burgos*. Universidad de Burgos, 2021. p. 636-641.

22 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La reutilización, reciclado, tratamiento y reducción contempladas por los planes y programas de gestión y prevención de residuos: meros fuegos de artificio sin el respaldo efectivo y persistente de medidas de fomento económico posibilitadoras de tales retos», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2017, vol. 6, n.º 16, p. 97-136.

Todo ello debemos trasladarlo a las comunidades autónomas como entidades competentes, también en materia tanto legislativa como ejecutiva, para el desarrollo y aplicación de estas materias en sus territorios».

3.2.1. Prevención de Residuos

La prevención de residuos con base en lo dispuesto en la Ley 7/2022 la podemos definir como:

«[...] el conjunto de medidas adoptadas en la fase de concepción y diseño, de producción, de distribución y de consumo de una sustancia, material o producto, para reducir:

- La cantidad de residuo, incluso mediante la reutilización de los productos o el alargamiento de la vida útil de los productos.
- Los impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana de los residuos generados, incluyendo el ahorro en el uso de materiales o energía.
- El contenido de sustancias nocivas en materiales y productos».

Con base en lo estipulado por el Miteco van a existir dos tipos de prevención de residuos, una prevención de carácter cuantitativo y otra de carácter cualitativo.

La prevención de residuos de carácter cuantitativo está enfocada en la reducción de la cantidad de los residuos generados, mientras que la prevención de residuos de carácter cualitativo se basa en la reducción de la cantidad de sustancias peligrosas o contaminantes contenidas en los productos o en los propios residuos²³.

3.2.2. Objetivos de Prevención

La Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos Contaminados para una Economía Circular incorpora como prioridad la etapa de prevención, que incluye como objetivo una reducción recogida en el art.17 de la Ley de la siguiente manera:

«1. Con la finalidad de romper el vínculo entre el crecimiento económico y los impactos sobre la salud humana y el medio ambiente asociados a la generación de residuos, las políticas de prevención de residuos se encaminarán a lograr un objetivo de reducción en peso de los residuos generados, conforme al siguiente calendario:

- a) En 2025, un 13 % respecto a los generados en 2010.
- b) En 2030, un 15 % respecto a los generados en 2010».

Por otro lado, las medidas de prevención recogidas en el art.18 de la Ley establecen que, para prevenir la generación de residuos, se deberá realizar lo siguiente:

«Promover los modelos de producción y de consumo sostenibles y circulares, desde el fomento del diseño, la fabricación y el uso de productos que sean eficientes en el uso de recursos, lo que se traduce en fomentar la vida útil del producto para poder combatir la obsolescencia programada y que todos se compongan del

23 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La necesaria densificación de las ciudades guiada por la regeneración y la renovación urbana para lograr su resurgir efectivo y sostenible», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2019, vol. 53, n.º 327, p. 19-81.

término 3R como vimos en el apartado 2.2 que enumeraba los elementos de la ciudad sostenible»²⁴.

La Comisión Europea define cuáles van a ser las materias primas fundamentales, en el caso de los RCD, tratan de establecer a través de la prevención que estas materias primas no se conviertan en residuos y se les pueda dar otro uso.

De hecho, siguiendo con el art. 18.1.f) de la Ley de 2022, hace una referencia concreta a los RCD determinando:

«Reducir la generación de residuos en la producción industrial, en la fabricación, en la extracción de minerales y en la construcción y demolición, tomando en consideración las mejores técnicas disponibles y las buenas prácticas ambientales».

3.3. Planes de gestión de residuos

La dificultad en la segregación de los RCD

La dificultad de la separación de este tipo de residuos es el inconveniente para su posterior valorización o reciclaje. Desde el punto de vista medio ambiental, los objetivos que se deben perseguir son muy variados, pero todos se encuentran bajo un mismo espectro. Realizar un estudio de todos aquellos residuos que puedan ser revalorizados y susceptibles de reciclaje, así como la reducción del volumen de residuos destinados a acabar en un vertedero²⁵.

Pero la perspectiva medioambiental no es la única para tener en cuenta. La teoría parece sencilla, pero hay que contemplar otros muchos aspectos. Uno de estos aspectos es el económico, que se encuentra, además, asociado a los aspectos ambientales. Ambos juntos podrían conseguir los siguientes objetivos; el primero será un aumento del porcentaje de la reutilización de materiales en la propia obra; el segundo consistirá en generar un menor impacto ambiental en la zona contigua a la obra y en los depósitos de la zona; el tercero hace referencia a la cultura medioambiental dentro de la empresa y así proyectar al exterior una imagen de sostenibilidad que debe impregnarse en la empresa a todos los niveles; y por último, aunque parezca muy obvio, evitar el despilfarro de recursos naturales. Esto se produce al desechar material reciclable y generar una mayor cantidad de residuos, al mezclarse los desechos con los recursos naturales.

Todas estas iniciativas tanto medioambientales como económicas, se enmarcan dentro de la necesidad imperante de incorporar nuevas tendencias en la gestión de los residuos bajo el marco de la economía circular obteniendo así un mayor respeto al medio ambiente, una optimización de los recursos y de los materiales y una mejora de carácter económico en el resultado de las obras y edificaciones, así como el requerimiento para establecer todos los mecanismos adecuados para una adaptación rápida y sencilla de todos los procesos normativos actuales y existentes dentro de esta materia.

24 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «Las claves imperturbables del que debiera ser el futuro y deseable derecho urbanístico español a la luz de su brillante pasado y convulso presente», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2019, vol. 53, n.º 330, p. 101-150.

25 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «El indiscutible protagonismo de la Unión Europea en la concepción, impulso y consolidación de los planes y programas de gestión de residuos: especial referencia a su regulación e implementación en España», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2016, vol. 5, n.º 13, p. 119-166.

3.4. La trascendencia de los planes y programas de prevención y gestión de residuos y la necesidad de su efectiva y real aplicación

Los planes de prevención y de gestión de residuos se convierten en la piedra angular para lograr el reciclaje, la reutilización y el tratamiento y reducción de los mismos. Una vez analizados en detalle, tanto a nivel legal como técnico, tenemos la oportunidad de darnos cuenta de que los Planes y Programas de gestión y de prevención de residuos no son a los que competen materializar la reutilización, el reciclado, el tratamiento y la reducción de los residuos que tanto predicen, pero sí que tienen una trascendencia para hacer posible el cumplimiento de tales objetivos. La trascendencia e importancia de los Planes de prevención y de gestión de residuos es tal, que parece que hayan existido siempre, pero realmente esta suposición dista mucho de la realidad. Las leyes precedentes a la consolidación de estos Planes y Programas son la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos y la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo, que por primera vez dentro de nuestro ordenamiento jurídico llevaron a cabo de manera efectiva y generalizada la regulación de la planificación de los residuos. Estas dos normas marcan un antes y un después en la planificación y en la gestión de residuos hasta que llega, en el año 2011, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, la cual ha sido modificada actualmente por la entrada en vigor el 10 de abril de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular. Efectivamente, los Planes y Programas de Prevención y Gestión de Residuos resultan imprescindibles si queremos alcanzar la reutilización, reciclado, tratamiento y reducción de los residuos, y todo ello se basa en dos motivos²⁶:

- El primer motivo; estos son los que intermedian entre el mandato del legislador, que establece sobre el particular y el cumplimiento de los mismos por los administrados. Sin esta posición intermedia que servirá de canal entre el mandato del legislador y los administrados, resulta obvio que el cumplimiento de las labores de reutilización o reciclaje, entre otras, podría resultar difícil e incluso imposible.
- El segundo motivo; los Planes y Programas de Prevención y de Gestión de Residuos no se conforman solo con llevar un exhaustivo análisis de la situación de los residuos, sino que además incluyen una serie de medidas que van a posibilitar la reutilización, el reciclado, el tratamiento y la reducción de residuos.

La presente Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular, sigue desarrollando los Planes y Programas de Prevención y de Gestión de Residuos como ya hizo su antecesora la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados. Por ello, en los Planes y Programas de Gestión y Residuos, el legislador español establece una triple división respecto a estos. Contempla un primer tipo o clase de plan de ámbito nacional, que denomina Plan Estatal marco de gestión de residuos²⁷. Por otro lugar, el legislador hará alusión a los Planes Autonómicos de gestión de residuos y, por último, posibilita la existencia de los deno-

26 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La reutilización, reciclado, tratamiento y reducción contempladas por los planes y programas de gestión y prevención de residuos: meros fuegos de artificio sin el respaldo efectivo y persistente de medidas de fomento económico posibilitadoras de tales retos», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2017, vol. 6, n.º 16, p. 97-136.

27 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La reutilización, reciclado, tratamiento y reducción contempladas por los planes y programas de gestión y prevención de residuos: meros fuegos de artificio sin el respaldo efectivo y persistente de medidas de fomento económico posibilitadoras de tales retos», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2017, vol. 6, n.º 16, p. 97-136.

minados Programas de Gestión de Residuos. El primero de estos planes de gestión de residuos es el denominado Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos actualmente se encuentra regulado en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos contaminados para la Economía Circular. Son, por tanto, en estos planes autonómicos de gestión de residuos donde recaerá la responsabilidad principal de clasificación de los residuos y que finalmente sean una realidad generalizada la reutilización, el reciclado, la valorización y la eliminación de los residuos generados por la sociedad²⁸.

La tercera clase o tipo de Planes de Gestión de Residuos son los que se denominan Programas de Gestión de Residuos, estos van a poder ser elaborados por las Entidades Locales, no se les quiere quitar importancia o protagonismo, pero sí que son menos relevantes que los de carácter autonómico. Los Programas de Gestión de Residuos de carácter local se tendrán que elaborar en conformidad y coordinación con el Plan Nacional Marco y con los Planes Nacionales Autonómicos de Gestión de Residuos. Como nota interesante respecto a los programas de gestión de residuos de las entidades locales, podemos decir que los podrán realizar individualmente o de manera agrupada y esto está permitido y pensado para posibilitar su misma existencia o para facilitar esta. Todo esto indica que es más que evidente que la no imposible pero sí extremadamente difícil reducción, ya sea tanto cuantitativa como cualitativa de los residuos, recaerá en los programas de prevención de residuos. Estos serán los encargados de impedir o evitar la mayor generación de residuos y de procurar, en la mayor medida posible, su disminución o aminoración²⁹.

El inestimable e irremplazable papel de los programas de prevención de residuos en la reducción de la cantidad de residuos generados y de sustancias peligrosas o contaminantes, es más que evidente que, la no imposible, pero sí sumamente difícil reducción cuantitativa y cualitativa de residuos recae en los Programas de Prevención de residuos para procurar la mayor medida posible su disminución o aminoración. Si acudimos al artículo 18 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular, su apartado f) menciona la reducción de los residuos:

«1. Para prevenir la generación de residuos, las autoridades competentes adoptarán medidas cuyos fines serán, al menos, los siguientes:

f) Reducir la generación de residuos en la producción industrial, en la fabricación, en la extracción de minerales y en la construcción y demolición, tomando en consideración las mejores técnicas disponibles y las buenas prácticas ambientales».

Otra de las medidas que tener en cuenta, para la reducción de los RCD, son las medidas de fomento económico. Como ya hemos visto, las medidas no son solo medioambientales, sino también económicas. Las medidas de fomento económico para prevenir la generación de residuos y mejorar la gestión de estos se deriva de los planes y programas de gestión y prevención de residuos. En el caso de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, ya en su artículo 16 se hacía referencia a las medidas e instrumentos económicos³⁰.

28 BERNARDO, J.O.: «Los planes de residuos autonómicos ante nuevos requerimientos del derecho comunitario», *Revista española de derecho administrativo*, 2010, n.º 145, p. 133-159.

29 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «Las claves imperturbables del que debiera ser el futuro y deseable derecho urbanístico español a la luz de su brillante pasado y convulso presente», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2019, vol. 53, n.º 330, p. 101-150.

30 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La reutilización, reciclado, tratamiento y reducción contempladas por los planes y programas de gestión y prevención de residuos: meros fuegos de artificio sin el respaldo efectivo y persistente de medidas de fomento económico posibilitadoras de tales retos», *Revista internacional de direito ambiental*, 2017, vol. 6, n.º 16, p. 97-136.

Actualmente, en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular, se establecen medidas e instrumentos económicos en el artículo 16 de esta ley:

«Las autoridades competentes deberán establecer medidas económicas, financieras y fiscales para fomentar la prevención de la generación de residuos, la reutilización y reparaciones, implantar la recogida separada, mejorar la gestión de los residuos, impulsar y fortalecer los mercados de productos procedentes de la preparación para la reutilización y el reciclado, así como para que el sector de los residuos contribuya a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Con estas finalidades se establece un impuesto aplicable al depósito de residuos en vertedero, la incineración y la co-incineración de residuos en el Título VII de esta ley».

Por último, otra de las medidas reseñables es la función esencial de las medidas económicas financieras y fiscales para así lograr la verdadera implementación de los Planes y Programas de residuos. En este caso, la Ley 7/2022 hace una especial referencia al establecimiento de dos tipos de impuestos para alcanzar las finalidades que estos persiguen. La anterior Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados contemplaba en su artículo 7.2 que:

«Las medidas que se adopten en materia de residuos deberán ser coherentes con las estrategias de lucha contra el cambio climático».

Once años después se sigue haciendo hincapié en este punto y por ello, el cumplimiento de las finalidades de reutilización, reciclado, tratamiento y reducción de residuos establece un nexo causa-efecto indisoluble entre la legislación de residuos y la legislación sobre el cambio climático, estableciendo así una regulación jurídica que queda supeditada a los fines y estrategias de regulación de residuos³¹.

Las medidas fiscales para incentivar la economía circular, tal y cómo se refiere la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular, establecen dos tipos de impuestos:

«- El impuesto especial sobre los envases de plásticos no reutilizables (art.67).
- El impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos la incineración y la co-incineración, diciendo este último (art.84):

1. El Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos es un tributo de carácter indirecto que recae sobre la entrega de residuos en vertederos, instalaciones de incineración o de co-incineración para su eliminación o valorización energética».

La Unión Europea está en proceso de consolidar el impulso a la economía circular como uno de los ejes de su política económica y ambiental. De este modo, en diciembre de 2015, vio la luz el primer Plan de Acción para una economía circular en Europa: «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular». Este Plan incluía un total de cincuenta y cuatro medidas, sobre las que la Comisión Europea estimaba necesario actuar en los siguientes cinco años para avanzar en la transición hacia la economía circular en la UE. Las medidas que en la finalización del Plan se habían llevado a cabo en su totalidad, afectaban por una parte, a las diferen-

31 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «La reutilización, reciclado, tratamiento y reducción contempladas por los planes y programas de gestión y prevención de residuos: meros fuegos de artificio sin el respaldo efectivo y persistente de medidas de fomento económico posibilitadoras de tales retos», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2017, vol. 6, n.º 16, p. 97-136.

tes etapas del ciclo de vida de los productos (diseño y producción, consumo, gestión de residuos y aprovechamiento de los recursos contenidos en los residuos mediante su reintroducción en la economía) y, por otra, a cinco áreas que la Comisión consideró prioritarias (los plásticos, el desperdicio alimentario, las materias primas críticas, la construcción y la demolición y la biomasa y productos con base biológica)³².

La EEEC identifica seis sectores prioritarios de actividad para lograr una España Circular. Dentro de estos seis sectores encontramos el sector de la construcción. A pesar de la crisis del año 2008, el sector de la construcción en España sigue representando un 6,5 % del PIB y genera un 40% de los residuos, que sitúa a España varios puntos por encima de la media de la Unión Europea³³.

Por ello, es necesario dedicar todos los esfuerzos posibles a minimizar el impacto de estos residuos en materia de sostenibilidad y garantizar así, la progresiva introducción de tecnologías y prácticas que contribuyan a la economía circular.

Los RCD constituyen una de las áreas prioritarias a nivel europeo ya que, según la Comisión Europea, estos generan un volumen de entre el 25% y el 30% de los residuos de la UE, con un potencial muy amplio para mejorar a través del reciclado que, según cual sea el país de la UE, puede alcanzar un 10% o un 90%, lo que supone un problema a nivel europeo ya que los materiales más valiosos muchas veces son imposibles de identificar o se recogen por separado.

Por ello, la EEEC se hace eco de que una correcta separación y manipulación de los residuos considerados peligrosos por su naturaleza supone un gran beneficio que se traduce en sostenibilidad y calidad de vida. Y no solo eso, es un avance en la industria de la construcción y a la vez en la del reciclaje ya que puede suponer un incremento en la oferta de materiales reciclados de los RCD. De esta manera se conseguiría un gran avance en las posibilidades de su uso y de la demanda, cerrando así el ciclo de vida de los productos mediante las técnicas de reciclaje, reutilización y valorización que conlleva beneficios tanto para el medio ambiente como para la economía.

No debemos olvidar a las Administraciones Públicas ya que lo mencionado anteriormente no es solo aplicable a las empresas privadas. En este caso es la Administración General del Estado la que ha iniciado la incorporación de este criterio de separación y reciclaje en el Plan de Contratación Pública Ecológica que ya queda incorporado en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular. Antes del año 2025 la Comisión Europea evaluará la pertinencia de establecer un objetivo específico para la preparación de los residuos para el reciclado y la reutilización de los RCD y sus fracciones de materiales específicos. Todas estas iniciativas tienen un fin y son que en la actualidad se desperdicia entre un 10% y un 40% de los recursos empleados durante la fase de construcción, muchas veces derivados de la desconfianza sobre los posibles riesgos sanitarios a los que se enfrentan los trabajadores que utilizan materiales reciclados de construcción y demolición³⁴.

El sector de la construcción hace frente a los retos derivados del modelo de aglomeración y desarrollo urbano y a los problemas de eficiencia energética e infrauti-

32 GARCÍA NOVOA, C., et al.: *Digitalización, inteligencia artificial y economía circular*. ARANZADI/CIVITAS, 2021.

33 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2016.

34 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.: «El indiscutible protagonismo de la Unión Europea en la concepción, impulso y consolidación de los planes y programas de gestión de residuos: especial referencia a su regulación e implementación en España», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2016, vol. 5, n.º 13, p. 119-166.

lización del parque de edificios existente, tanto para usos residenciales como para usos económicos. Por ello, resulta indispensable y necesario una regeneración en los entornos urbanos consolidados y una rehabilitación profunda e integral del parque español edificado para que se puedan mejorar todas sus prestaciones, tanto en lo relativo a la seguridad como a la habitabilidad y a la accesibilidad. En cualquier caso, también es necesaria la evaluación de los impactos ambientales que se realizan mediante el Análisis del Ciclo de Vida de las edificaciones para poder así obtener una visión adecuada de la situación en la que nos encontramos. Para que todo ello se produzca, se debe implementar y fomentar el uso de la metodología BIM (*Building Information Modeling*) en el ACV de las edificaciones y calcular así la sostenibilidad de las mismas, incluyendo su rehabilitación y contribuyendo, de esta manera, a la mejora del cambio climático y de la sostenibilidad de las construcciones. Con relación a las Administraciones Públicas a las que nos hemos referido anteriormente, también es necesario que se implementen los requisitos BIM en la contratación pública dentro de las licitaciones públicas como establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público³⁵

4. La responsabilidad ¿sobre quién recae?

4.1. Responsabilidad del productor del producto

En primer lugar, antes de desarrollar la nueva la nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, se tiene que analizar su antecesora la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en esta se dedica un título a la «Responsabilidad ampliada del productor del producto». Si bien no puede afirmarse que esta regulación se introduzca *ex novo*, pues ya apuntaba a ello la Ley 10/1998 y las normas derivadas, pero sí que cabe destacar que se establece por primera vez un marco legal sistematizado y coherente, en virtud del cual los productores de productos que con su uso se convierten en residuos y en aplicación del principio de «quien contamina paga», quedan involucrados en la prevención y en la organización de la gestión de los mismos, promoviéndose una gestión acorde con los principios inspiradores de la nueva legislación.

La Ley del año 2011 delimitaba el ámbito de esta responsabilidad a la que pueden quedar sujetos los productores, tanto en la fase de diseño y producción de sus productos como durante la gestión de los residuos que deriven de su uso e incluía la forma de hacer frente a estas obligaciones, bien de manera individual o mediante sistemas colectivos ya fueren solidarios o mancomunados.

Hasta este momento, la normativa específica de cada flujo de residuos incluía las obligaciones a las que quedaban sometidos los productores de productos en relación con los residuos que generan (normalmente la financiación de su gestión y el cumplimiento de objetivos), así como la modalidad de cumplimiento de estas obligaciones. Entre éstas se contemplaba la creación de sistemas integrados de gestión (SIG), opción que finalmente ha sido la práctica más habitual para casi todos los flujos de residuos regulados. Dichos sistemas están gestionados por entidades sin ánimo de lucro que pueden adoptar diferentes formas jurídicas como la de asociación, sociedad anónima, etc., y las empresas que deciden cumplir sus obligaciones a través de ellos deben colaborar en la financiación del funcionamiento del sistema.

35 MACARTHUR, E., ZUMWINKEL, K., STUCHTEY, M.: «Growth within: a circular economy vision for a competitive Europe», *Ellen MacArthur Foundation*, 2015.

Dado que la nueva Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular establece un nuevo modelo y marco jurídico para los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada, tras la revisión de las normas específicas de cada flujo de residuos para hacerlas coherentes con la nueva ley, los sistemas vigentes en la actualidad tendrán que adaptarse y cumplir con los nuevos requisitos establecidos en el art. 37 de la misma que dice lo siguiente:

«Artículo 37. Obligaciones del productor del producto.

1. Con la finalidad de promover la prevención y de mejorar la reutilización, el reciclado y la valorización de residuos, los productores de productos podrán ver ampliada su responsabilidad y ser obligados a:

a) Diseñar productos y componentes de productos de manera que a lo largo de todo su ciclo de vida se reduzca su impacto ambiental y la generación de residuos, tanto en su fabricación como en su uso posterior, y de manera que se asegure que la valorización y eliminación de los productos que se han convertido en residuos se desarrolle de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 8.

Para ello, podrán ser obligados a desarrollar, producir, etiquetar, comercializar y distribuir productos y componentes de productos aptos para usos múltiples, que contengan materiales reciclados, que sean técnicamente duraderos, actualizables y fácilmente reparables y que, tras haberse convertido en residuos, sean aptos para ser preparados para reutilización y para ser reciclados, a fin de facilitar la aplicación correcta de la jerarquía de residuos, teniendo en cuenta el impacto de los productos en todo su ciclo de vida, la jerarquía de residuos y, en su caso, el potencial de reciclado múltiple, siempre y cuando se garantice la funcionalidad del producto. En sentido contrario, se podrá restringir la introducción en el mercado de productos y su distribución cuando se demuestre que los residuos generados por dichos productos tienen un impacto negativo muy significativo en la salud humana o el medio ambiente.

b) Aceptar la devolución de productos reutilizables, la entrega de los residuos generados tras el uso del producto; asumir la subsiguiente gestión de los residuos, incluidos aquellos abandonados en el medio ambiente, en los términos previstos en los artículos 43 y 60 de esta ley, y la responsabilidad financiera de estas actividades. Dicha responsabilidad financiera podrá ser sufragada parcial o totalmente por el productor del producto y, en su caso, los distribuidores podrán compartir dichos costes, y podrá modularse de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 43.1.b).

c) Ofrecer información a las instalaciones de preparación para la reutilización sobre reparación y desguace y al resto de instalaciones de tratamiento para la correcta gestión de los residuos, así como información fácilmente accesible al público sobre las características del producto relativas a la durabilidad, capacidad de reutilización, reparabilidad, reciclabilidad y contenido en materiales reciclados.

d) Establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento.

e) Responsabilizarse total o parcialmente de la organización de la gestión de los residuos, pudiendo establecerse que los distribuidores de dicho producto compartan esta responsabilidad.

f) Utilizar materiales procedentes de residuos en la fabricación de productos.

g) Proporcionar información sobre la introducción en el mercado de productos que con el uso se convierten en residuos y sobre la gestión de estos, así como realizar análisis económicos o auditorías. Estos estudios económicos deberán ser independientes y contrastados, y estar al alcance de las autoridades competentes. Tales obligaciones de información podrán ser aplicables también a los distribuidores.

h) Informar sobre la repercusión económica en el producto del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada.

i) Aumentar los periodos de garantía de los productos, tanto los nuevos como los reparados.

j) Cumplir las condiciones necesarias para garantizar el derecho a reparar del consumidor.

k) Proporcionar información sobre las características del producto que permitan evaluar las posibles prácticas de obsolescencia prematura.

2. Estas obligaciones se establecerán mediante real decreto aprobado por el Consejo de ministros, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Cuando estas obligaciones incluyan un régimen de responsabilidad ampliada del productor, este deberá cumplir los requisitos mínimos generales establecidos en el capítulo II»³⁶.

Los sistemas actualmente vigentes creados en virtud de las legislaciones específicas para cada flujo de residuos son los que se indican a continuación y que se conocen como Sistemas Integrados de Gestión (SIG).

4.2. Responsabilidad ampliada del productor en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular

La nueva ley de residuos ha reforzado el régimen de responsabilidad ampliada del productor. Los productores deberán adaptar sus modelos de negocio a las nuevas obligaciones en materia de gestión de residuos. La nueva ley incluye novedades respecto a la normativa anterior que resultan de especial interés, como puede ser la imposición de obligaciones para las plataformas de comercio electrónico.

La legislación en materia de residuos ha diseñado un marco de responsabilidad por medio del cual pretende dar cumplimiento al principio europeo «quien contamina paga», trasladando la responsabilidad ambiental y las obligaciones financieras, organizativas y de otra índole a los productores de ciertos productos que generan residuos durante su ciclo de vida útil.

Hasta ahora la responsabilidad ampliada del productor estaba regulada en la ya derogada Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Sin embargo, el pasado 10 de abril entró en vigor la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para la economía circular (en adelante, **LRSC**) que revisa y actualiza la normativa existente sobre dicha materia incorporando las modificaciones que la Directiva (UE) 2018/851 introdujo en la Directiva Marco de Residuos.

Como comentario preliminar, es importante destacar que, aunque la LRSC prevé un listado amplio de obligaciones para los distintos productores implicados, la ley no impone de forma directa esas mismas obligaciones a los productores. Por el contrario, esas obligaciones deberán ser delimitadas por los correspondientes reglamentos de desarrollo de la LRSC atendiendo a cada sector específico. Un ejemplo de estos reglamentos de desarrollo es el Real Decreto 110/2015 sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, que impone obligaciones específicas a los productores de este tipo de aparatos. En este sentido, debemos ser prudentes y ver cómo la aprobación de la LRSC influye la potencial modificación del Real Decreto 110/2015, entre otras cosas.

36 Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular.

4.3. Ampliación de la definición de productor del producto

Una de las novedades que incluye la LRSC es la ampliación de la definición de «productor del producto». Anteriormente, cualquier persona que en su actividad produjera residuos era considerado productor y, por ende, estaba sujeto al régimen de responsabilidad ampliada. Sin embargo, la LRSC amplía la definición de productor del producto para incluir a las plataformas de comercio electrónico. De este modo, la LRSC determina que las plataformas de comercio electrónico asumirán una responsabilidad subsidiaria por el incumplimiento de las obligaciones que correspondan a los productores que estén establecidos fuera de España y no estén inscritos en los registros existentes sobre responsabilidad ampliada del productor. En este sentido, es posible que las plataformas de comercio electrónico deban asumir el papel de productor en determinados supuestos y, consecuentemente, dar cumplimiento a sus obligaciones financieras, de información y —cuando proceda— organizativas.

En cuanto a lo anterior, y sin perjuicio de lo que se pueda determinar en futuros reglamentos de desarrollo o por las autoridades, hemos interpretado de forma muy preliminar que por «plataformas de comercio electrónico» la LRSC podría estar refiriéndose a aquellos operadores de servicios de intermediación en línea (de conformidad con lo que se dispone en el Reglamento (UE) 2019/1150) que, a través de los cuales, los productores ofrezcan sus productos a consumidores finales. En este sentido, entendemos que sería necesario concretar el concepto de «plataforma de comercio electrónico» a efectos de la LRSC y así objetivar todo lo posible el alcance de la norma.

Adicionalmente, destacamos que dicha responsabilidad subsidiaria de las plataformas de comercio electrónico quedaría regulada por la misma definición de «productor del producto» que establece la LRSC, pero no se desarrollaría en las disposiciones de la misma LRSC. En consecuencia, nos preguntamos cómo va a llegar a exigirse dicha responsabilidad por parte de las autoridades y si los futuros reglamentos de desarrollo aportarán más detalle al respecto.

Por el momento, la definición de «productor del producto» simplemente dispone que la plataforma de comercio electrónico podrá llevar a cabo una inscripción única respecto de todos los productos afectados para los que asuman la condición de productor del producto, debiendo conservar un registro de dichos productos.

«Artículo 41. Contenido mínimo de las normas que regulen regímenes de responsabilidad ampliada del productor.

Además de las obligaciones que se establezcan conforme al artículo 37, cuando se establezca un régimen de responsabilidad ampliada del productor, el real decreto mencionado en el artículo 37.2 deberá:

- a) Definir con claridad las funciones y responsabilidades de todos los actores pertinentes que intervengan, incluidos los productores de productos que comercializan productos, los distribuidores, los sistemas de responsabilidad ampliada, los consumidores y usuarios finales, los gestores públicos o privados de residuos, las autoridades autonómicas y locales, y cuando proceda, los operadores de reutilización y preparación para la reutilización y las entidades de economía social.
- b) Fijar, en consonancia con la jerarquía de los residuos, objetivos de gestión de residuos destinados a lograr, como mínimo, los objetivos cuantitativos aplicables al régimen de responsabilidad ampliada del productor establecidos en la ley y en la normativa específica de los diferentes flujos de residuos; y fijar otros objetivos cuantitativos o cualitativos que se consideren pertinentes para el régimen de responsabilidad ampliada del productor. El cumplimiento de esos objetivos míni-

mos, antes de la finalización del periodo a que se refieren, no podrá ser obstáculo para que los residuos que se continúen generando, sean recogidos, gestionados y financiados adecuadamente según lo previsto en las normativas de desarrollo de cada flujo de residuos.

c) Implantar un sistema de información para recopilar datos de introducción en el mercado, sobre la recogida y el tratamiento de residuos resultantes de los productos, especificando, cuando proceda, los flujos de los materiales de residuos, así como otros datos pertinentes a efectos de la letra b). En todo caso, los sistemas de información se establecerán en formato electrónico³⁷.

d) Garantizar la igualdad de trato de los productores de productos independientemente de su origen o de su tamaño, sin regular obligaciones desproporcionadas a los productores de pequeñas cantidades de productos, incluidas las pequeñas y medianas empresas.

e) Asegurar que los poseedores de residuos procedentes de esos productos sean informados acerca de las medidas de prevención de residuos y del abandono de basura dispersa, los centros de reutilización y preparación para la reutilización y los sistemas de devolución y recogida.

f) Incluir medidas, económicas o de otro tipo, cuando sea conveniente para incentivar que los poseedores de residuos asuman su responsabilidad de entregarlos en los sistemas de recogida separada existentes, por ejemplo, mediante campañas de concienciación e información en materia de prevención, correcta recogida y gestión de los residuos.

g) Establecer cualquier otra medida que se considere necesaria para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad».

4.4. Cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad ampliada del productor

Tal y como ocurría con la anterior normativa en materia de residuos y suelos contaminados, los productores pueden dar cumplimiento a las obligaciones financieras y organizativas que deriven de su responsabilidad por los productos mediante sistemas colectivos. Las obligaciones financieras y organizativas pueden incluir las siguientes: el responsabilizarse por la organización de la gestión de los residuos o el facilitar información sobre la introducción en el mercado de productos que con el uso se convierten en residuos y sobre la gestión de estos. Por el contrario, los productores deberán dar cumplimiento en principio al resto de obligaciones de forma individual. Estas obligaciones pueden incluir el diseñar productos de manera que a lo largo de todo su ciclo de vida se reduzca su impacto ambiental y la generación de residuos.

Así mismo, en comparación con el régimen que establecía la normativa anterior de residuos y suelos contaminados sobre la responsabilidad ampliada del productor, la LRSC prevé tres nuevas obligaciones que entendemos que van a tener un gran impacto en materia de consumidores. Estas son las siguientes:

- Aumentar los periodos de garantía de los productos, tanto los nuevos como los reparados.
- Garantizar el derecho a reparar del consumidor.
- Proporcionar información sobre las posibles prácticas de obsolescencia prematura.

37 Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular.

La imposición de estas obligaciones es coherente con la reciente iniciativa europea en materia de consumidores sobre compraventa de bienes, cuya trasposición al derecho español regula la garantía de los productos, entre otras cosas. En este sentido, la normativa de consumidores española ha ampliado el plazo de garantía de bienes, durante el cual el empresario asumiría la responsabilidad por la falta de conformidad de los bienes, de dos a tres años desde la entrega de los mismos. Será interesante ver si el desarrollo de las obligaciones que impone la LRSC mediante los reglamentos correspondientes fomentará la ampliación de dichos plazos de garantía a través de garantías comerciales o simplemente reforzará el plazo de garantía establecido por la normativa de consumidores y usuarios.

«Artículo 42. Obligaciones relativas a la organización y a la financiación de la gestión de los residuos.

1. Los sistemas individuales y colectivos que se constituyan para cumplir con el régimen de responsabilidad ampliada del productor deberán:

a) Definir claramente la cobertura geográfica donde se comercialicen sus productos y la cobertura geográfica donde se generen los residuos que deriven de estos productos, sin limitarla a aquella en la que la recogida y la gestión de los residuos sean más rentables, y sin limitar la continuidad temporal de la gestión de los residuos, aun cuando se hubiesen cumplido las metas y objetivos que les son aplicables.

b) Proporcionar una disponibilidad adecuada de sistemas de recogida de residuos eficientes en términos de calidad y cantidad de residuos capturados, con dotaciones y accesibilidad adecuada para los usuarios, dentro de la cobertura definida en el apartado anterior.

c) Disponer de los recursos financieros o financieros y organizativos necesarios para cumplir sus obligaciones en materia de responsabilidad ampliada del productor, que estarán destinados exclusivamente al cumplimiento de esas obligaciones sin perjuicio de los recursos financieros que, en el caso de los sistemas colectivos, de forma voluntaria y mediante el consentimiento expreso de los productores que lo costeen, se destinen a la realización de actividades que complementen el objeto del sistema colectivo. La financiación de estas actuaciones voluntarias no podrá entrar en colisión con las actividades de los gestores de residuos y les será de aplicación la normativa sobre competencia. El consentimiento nunca figurará como cláusula obligatoria en el contrato de incorporación de los productores al sistema colectivo, ni será exigible para su permanencia en el mismo.

d) En el caso de los sistemas colectivos, disponer de mecanismos de compensación a los productores conforme a lo que se establezca reglamentariamente, para los casos en los que los ingresos percibidos por el sistema fueran significativamente superiores a las cantidades realmente sufragadas para el cumplimiento de sus obligaciones.

2. Los sistemas individuales y colectivos que se constituyan para cumplir con el régimen de responsabilidad ampliada del productor, cuando organicen la gestión de los residuos, actuarán como poseedores a los efectos de su consideración como operador de traslado mencionado en el artículo 31 de esta ley»³⁸.

4.5. Responsabilidad, vigilancia, inspección, control y régimen sancionador

De otro lado, se refuerza el principio de «responsabilidad ampliada del productor». El primer objetivo de cualquier política en materia de residuos debe ser reducir al mínimo los efectos negativos de la generación y gestión de los residuos en la salud

38 Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular.

humana y el medio ambiente. Los impactos de los residuos sobre el medio ambiente, el cambio climático y las basuras marinas son los principales focos de preocupación actual, toda vez que la incidencia de los residuos en el cambio climático, estos suponen una fuente difusa de emisión de gases de efecto invernadero. Con el ánimo de preservar el medio ambiente, transformar la Unión Europea en una nueva sociedad del reciclado y contribuir a la lucha contra el cambio climático, se aprobó en 2008 la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (en adelante, Directiva Marco de residuos). Como ya hemos expuesto, esta nueva directiva estableció dos principios esenciales y vertebradores en la política de residuos de todos los Estados miembros:

- El «principio de jerarquía de residuos» que explicita el orden de prioridad en las actuaciones en materia de residuos: prevención de residuos, preparación para la reutilización, reciclado, otros tipos de valorización incluida la energética y, por último, la eliminación de los residuos.
- La «responsabilidad ampliada del productor» que no deja de ser la manifestación del «principio quién contamina paga» aplicado a las empresas generadoras de productos que terminada su vida útil se convierten en residuos susceptibles de contaminar, por lo que toda empresa productora debe asumir la responsabilidad asociada a la gestión de su producto «desde la cuna a la tumba» y, por tanto, los costes de gestión como residuo una vez terminado su vida útil.

La responsabilidad ampliada del productor se regula en el Título IV del Anteproyecto de Ley, que se divide en dos capítulos, el Capítulo primero dedicado a las «obligaciones del productor y disposiciones generales», y el Capítulo segundo relativo a los «requisitos mínimos generales aplicables al régimen de responsabilidad ampliada del productor». La dicción literal de este último capítulo nos señala que el legislador estatal pretende regular solamente las «normas mínimas generales» en materia de responsabilidad ampliada del productor. Lo que conecta directamente con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición final primera del Anteproyecto de Ley, relativa a los «Títulos competenciales», y que señala literalmente que *«los títulos IV y V de esta Ley tienen carácter de legislación básica sobre planificación general de la actividad económica y sobre protección del medio ambiente»*.

La responsabilidad ampliada del productor recae sobre el «productor del producto», siéndolo cualquier persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, llene, venda o importe productos de forma profesional, con independencia de la técnica de venta utilizada en su introducción en el mercado nacional. Se incluye en este concepto tanto a los que estén establecidos en el territorio nacional e introduzcan productos en el mercado nacional, como a los que estén en otro Estado miembro o tercer país y vendan directamente a hogares u otros usuarios distintos de los hogares privados mediante contratos a distancia, entendidos como los contratos en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia.

En lo referente al comercio electrónico, se señala que las plataformas de comercio electrónico asumirán las obligaciones financieras y de información, estas últimas en colaboración con los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada en el supuesto de que algún productor comprendido en la definición anterior y que esté establecido en otro Estado miembro o tercer país, actúe a través de estas y no esté inscrito en los registros existentes sobre responsabilidad ampliada del productor ni dé cumplimiento a las restantes obligaciones derivadas de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor.

La norma legal prevé que se establezcan medidas de obligado cumplimiento para los productores relativas al diseño de los productos, de forma que se reduzca su

impacto ambiental, al establecimiento de sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento, a responsabilizarse total o parcialmente de la gestión de los residuos y a asumir la responsabilidad financiera de estas actividades. Estas medidas podrán incluir responsabilidades financieras o financieras y organizativas. Conforme al artículo 38:

«Artículo 38. Cumplimiento de las obligaciones del productor del producto.

1. El productor del producto cumplirá con las obligaciones que se establezcan en los regímenes de responsabilidad ampliada del productor de forma individual o de forma colectiva, a través de la constitución de los correspondientes sistemas de responsabilidad ampliada. Al resto de obligaciones de los productores de producto que no sean obligaciones financieras o financieras y organizativas se dará cumplimiento de forma individual.

Los sistemas individuales o colectivos que se constituyan cumplirán con lo establecido en este título, así como con lo dispuesto en su legislación específica y el resto de las normas que les resulten aplicables.

2. En la regulación específica de cada flujo, se creará la sección correspondiente a ese flujo de productos en el Registro de Productores de Productos y conllevará la obligación de inscripción y de remisión periódica de información de los productores de productos en dicha sección, con el objeto de recoger información relativa a los productos introducidos en el mercado nacional por los productores de productos sujetos a la responsabilidad ampliada del productor. La información contenida en tales secciones estará a disposición de las autoridades competentes de las comunidades autónomas a efectos de inspección y control.

3. La responsabilidad ampliada del productor se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad de la gestión de residuos establecida en el artículo 20 y en la normativa en vigor sobre flujos de residuos y productos específicos.

4. Al objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos que se regulen en aplicación del artículo 37, se promoverán las certificaciones de procesos y productos».

El artículo 40 establece para el caso de productores de productos que estén establecidos en otro Estado miembro o en terceros países y que comercialicen productos en España, la obligación de cumplir igualmente con las obligaciones del productor del producto previstas en esta Ley.

«Artículo 40. Representante autorizado del productor del producto.

Los productores de productos que estén establecidos en otro Estado miembro o en terceros países y que comercialicen productos en España deberán cumplir con las obligaciones del productor del producto previstas en esta ley. A estos efectos, podrán designar a una persona física o jurídica en territorio español como representante autorizado.

Los productores de productos establecidos en España que vendan productos de plástico de un solo uso enumerados en la parte F del anexo IV y los artes de pesca que contengan plástico en otro Estado miembro en el que no estén establecidos, deberán designar un representante autorizado en dicho Estado miembro conforme a lo que disponga la normativa de dicho Estado, que será el responsable del cumplimiento de las obligaciones de dicho productor.

A efectos del seguimiento y la comprobación del cumplimiento de las obligaciones del productor del producto en relación con la responsabilidad ampliada del productor, en la regulación específica de cada flujo de residuos se podrán establecer los requisitos que debe cumplir una persona física o jurídica para poder ser designado como representante autorizado».

El artículo 45³⁹ prevé que los sistemas individuales y colectivos celebren acuerdos con los gestores de residuos o, en su caso, con otros agentes económicos y con otros sistemas de responsabilidad ampliada para coordinar la organización de la gestión de los residuos generados por sus productos y la financiación de la misma, evitando prácticas anticompetitivas.

Conforme al artículo 46⁴⁰ deberán implantar mecanismos de autocontrol adecuados para evaluar su gestión financiera apoyados por auditorías independientes periódicas, así como la calidad de los datos recogidos y comunicados de conformidad con la norma legal, apoyados por auditorías independientes realizadas por empresas acreditadas para la verificación de datos.

Conforme al artículo 53⁴¹ de la ley, los productores los sistemas individuales y colectivos estarán obligados anualmente a suministrar a todas las comunidades autó-

-
- 39 Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular. Artículo 45. Acuerdos con otros operadores para la organización y financiación de la gestión de los residuos. Los sistemas individuales y colectivos deberán celebrar acuerdos con los gestores de residuos o, en su caso, con otros agentes económicos y con otros sistemas de responsabilidad ampliada para coordinar la organización de la gestión de los residuos generados por sus productos y la financiación de la misma, evitando prácticas anticompetitivas.
- 40 Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular.. Artículo 46. Autocontrol. Los sistemas individuales y colectivos deberán implantar un mecanismo de autocontrol adecuado para evaluar:
- a) Su gestión financiera, incluido el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 43.1.a) y b), apoyado por auditorías independientes periódicas, que incluyan estudios de costes e indicadores económicos y de resultado del sistema.
 - b) La calidad de los datos recogidos y comunicados de conformidad con el artículo 41.c), con el artículo 38.2 y con los requisitos del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006; apoyado por auditorías independientes realizadas por empresas acreditadas para la verificación de datos.
- 41 Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular. Artículo 53. Obligaciones de información para el control y seguimiento de los sistemas de responsabilidad ampliada.
1. Con vistas a asegurar que se cumplan las obligaciones en materia de responsabilidad ampliada del productor, también en el caso de las ventas a distancia; que los medios financieros se utilicen correctamente y que todos los actores que intervengan comuniquen datos fiables, los productores de productos y los sistemas individuales y colectivos de responsabilidad ampliada del productor estarán sujetos a los siguientes requisitos de control y seguimiento:
 - a) Los productores de productos de conformidad con el artículo 38.2, estarán obligados a suministrar, como mínimo, anualmente la información sobre los productos que comercialicen y la modalidad de cumplimiento de las obligaciones del régimen de responsabilidad ampliada del productor, indicando en su caso, el sistema colectivo.
 - b) Los sistemas individuales y colectivos estarán obligados anualmente a suministrar a todas las comunidades autónomas en las que operen y a la Comisión de Coordinación la información relativa a:
 - 1.º Los productos comercializados,
 - 2.º los residuos gestionados,
 - 3.º el cumplimiento de los objetivos de conformidad con la metodología de cálculo aprobada a nivel de la Unión Europea, o en su defecto, a nivel nacional,
 - 4.º la relación de entidades, empresas o, en su caso, de las entidades locales que realicen la gestión de los residuos, así como un informe de los pagos o, en su caso, ingresos, efectuados a estas entidades o empresas en relación con estas actividades,
 - 5.º los ingresos y gastos relacionados con el funcionamiento del sistema desglosados en la forma que se determine,

nomas en las que operen y a informar a la Comisión de Coordinación de lo dispuesto en el presente artículo.

Tal vez la novedad más relevante de la nueva Ley es que configura por primera vez un marco regulatorio de los residuos desde un punto de vista integral, incluyendo los aspectos de carácter económico-tributario. Así, se crean dos nuevas figuras impositivas de ámbito estatal, el impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables y el impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos, exigibles a partir del 1 de enero de 2023.

En lo que se refiere al Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83), grava la fabricación, importación o adquisición en la UE de envases no reutilizables que contengan plástico, productos plásticos semielaborados y productos plásticos que permitan el cierre, comercialización o presentación de envases. Consecuentemente, serán sujetos pasivos del impuesto (en concepto de contribuyentes) los responsables de la fabricación (en España) de envases de plástico vacíos, para su venta en nuestro país, así como los de la importación o adquisición en la UE, de envases de plástico vacíos o de productos envasados en envases de plástico, también para su comercialización en España.

El tipo impositivo es de 0,45€/k de plástico no reciclado del que esté compuesto el envase y se establecen unas normas generales de gestión y documentación, como que en la primera venta los fabricantes deberán repercutir el importe del impuesto al adquirente y reflejar en la factura información sobre el impuesto.

En cuanto al Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos la incineración y la coincineración de residuos (arts. 84 a 97) cabe destacar su carácter armonizador, sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio aplicables en País Vasco y Navarra. Introduce medidas como la exención del depósito en vertedero o la incineración o coincineración de los rechazos generados en las instalaciones de valorización de residuos, siempre que sean distintos de los procedentes de operaciones de tratamiento intermedio o de residuos municipales.

Desde el punto de vista de la fiscalidad local, se establece un plazo de tres años para que los municipios establezcan una tasa específica, diferenciada y no deficitaria,

6.º los resultados de los mecanismos de autocontrol previstos en el artículo 46 y
7.º las previsiones presupuestarias para el año siguiente.

En el informe que se remita a la Comisión de Coordinación se incluirá la información desagregada por comunidad autónoma.

c) Los sistemas individuales deberán presentar cada año a la Comisión de Coordinación en materia de residuos su cuenta anual, en la que se reflejarán los recursos financieros destinados al cumplimiento de las obligaciones de la responsabilidad ampliada del productor, en particular, proporcionarán la información necesaria para la verificación del artículo 43.1.c) y, en su caso, la repercusión en el coste del producto.

d) Los sistemas colectivos deberán presentar cada año a la Comisión de Coordinación en materia de residuos sus cuentas anuales auditadas externamente y aprobadas. En las mismas se reflejarán las contribuciones financieras de los productores al sistema colectivo y la justificación de su destino al cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de responsabilidad ampliada del productor, en particular, proporcionarán la información necesaria para la verificación del artículo 43.1.c), y su presupuesto para el año siguiente. Asimismo, se incluirá información sobre la incorporación de los productores de productos, los procesos de toma de decisiones, y los mecanismos de suministro de información a todos los productores que conforman el sistema.

2. Estas obligaciones de información se podrán desarrollar reglamentariamente en los reales decretos previstos en el artículo 37.2. No obstante, las administraciones públicas podrán solicitar la información complementaria que estimen necesaria para llevar a cabo sus actividades de control y seguimiento.

que permita implantar sistemas de pago por generación y que refleje el coste real, directo o indirecto, de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de los residuos.

En segundo lugar, y entrando en el contenido concreto del marco jurídico general de los residuos, destacan las medidas sobre el nuevo régimen legal sobre los plásticos de un solo uso, incluidas en el Título V que en algunos casos son incluso más exigentes que las previstas en la Directiva que se incorpora. En concreto, se prohíbe la comercialización de determinados productos plásticos⁴², se fija el contenido obligatorio de plástico reciclado en la fabricación de determinados envases, se contemplan exigencias de responsabilidad ampliada del productor y requisitos de marcado para determinados productos y se establecen objetivos de recogida separada de botellas de plástico, con hitos intermedios (en 2023 y 2027) sobre los fijados en la Directiva.

En tercer lugar, la Ley acomete una regulación muy pormenorizada de la responsabilidad ampliada del productor (RAP). En este nuevo marco jurídico destaca que, manteniendo el criterio de la anterior Ley de residuos, se atribuye competencia exclusiva al Estado en esta materia, tal como por otra parte viene reflejado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en la que se declara que las medidas de RAP, precisamente por afectar a la libre circulación de los productos, deben ser aplicadas de forma uniforme en todo el Estado, sin perjuicio de las competencias de desarrollo de las Comunidades Autónomas⁴³.

Y, como novedad sobre lo estrictamente exigido en las Directivas que se incorporan, se contempla expresamente la aplicación de regímenes de RAP a nuevos flujos como el textil, muebles y enseres y plásticos de uso agrario.

En cuarto lugar, y en lo que se refiere al marco jurídico general de las actividades de producción y gestión de residuos, destacan medidas como la indicación expresa de que la responsabilidad del productor inicial de los residuos no termina hasta que no quede documentado su tratamiento completo por un gestor final y la consideración de que los negociantes solo podrán actuar en el caso de residuos que tengan valor positivo, lo que deberán acreditar documentalmente en la comunicación que presenten para el ejercicio de su actividad.

Por otro lado, el régimen de los traslados de residuos y el de las garantías financieras exigibles para el ejercicio de estas actividades se ajustará a lo ya establecido en los reglamentos aprobados con anterioridad a la nueva Ley. Y en cuanto al régimen de autorizaciones y comunicaciones, se contemplan los casos específicos de la valorización o eliminación de residuos sin instalación, las instalaciones móviles de tratamiento de residuos o el almacenamiento en plataformas logísticas de la distribución.

En quinto lugar, establece procedimientos más ágiles y sencillos para la declaración de dos instrumentos esenciales de la economía circular como son los subproductos o los productos resultantes de los procesos de valorización de residuos, para lo que se contempla una participación activa de las Comunidades Autónomas cuando no se hayan establecido criterios o medidas a nivel europeo o estatal, lo que facilitará que estos materiales puedan utilizarse directamente en otro proceso productivo, sin necesidad de que se les tenga que aplicar la normativa sobre residuos.

42 Entre ellos las microesferas de plástico de menos de 5 milímetros añadidas intencionadamente, no contempladas en la Directiva ASUP si bien se hace una remisión general a lo previsto en el Reglamento REACH.

43 Debido a ello, estas medidas «se establecerán mediante real decreto aprobado por el Consejo de ministros» y el Título competencial en el que se basan es el art. 149.1. 13.º de la Constitución, según el apartado 2 de la disposición final undécima.

Por último, la Ley establece, como normativa propia del Estado español no exigida por Directivas europeas, el marco jurídico regulador de los suelos contaminados. En este sentido, se mantiene, en esencia, la regulación de la anterior Ley 22/2011, con ligeras novedades como la mención expresa de que la declaración de un suelo como contaminado puede implicar la suspensión de la ejecutividad de los derechos de edificación o de otros usos del suelo y el establecimiento de un plazo máximo de 3 años para ejecutar las operaciones de descontaminación. Aunque la actualización del régimen sancionador no haya sido exclusivamente en materia de responsabilidad ampliada del productor, es destacable que la cuantía de la sanción máxima que se pueda llegar a imponer por infracciones de las disposiciones de la LRSC podrá alcanzar los 3,5 millones EUR. Recordamos que la sanción máxima en virtud de la Ley 22/2011 podía alcanzar los 1,75 millones EUR.

En definitiva, la nueva Ley apuesta decididamente por herramientas claves para la economía circular como la prevención y la recogida separada, con medidas como las referidas a los biorresiduos, a la reducción del desperdicio alimentario o a la obligación de los entes locales de realizar la recogida separada de nuevas fracciones de residuos como los textiles, aceites de cocina usados, residuos domésticos peligrosos y voluminosos.

La nueva Ley de abril de 2022 es la primera legislación sobre economía circular aprobada a nivel nacional en España, toda vez que es plenamente coherente con la política ambiental de la Unión Europea tendente a mitigar y corregir los impactos ambientales de los residuos sobre el medio ambiente y el cambio climático.

5. Conclusiones

PRIMERA. La ciudad sostenible es un objetivo claro dentro de la economía circular y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. No solo tiene ya un recorrido como se ve en el ejemplo de Chandigar con Le Corbusier, sino que, en la actualidad, la ciudad de los quince minutos se está poniendo en práctica. La Planeación urbanística a través de los Planes Generales de Ordenación Urbana van a suponer un punto de inflexión en la creación de las ciudades para que estas sean más sostenibles y eficientes energéticamente.

SEGUNDA. La creación de edificios sostenibles hace que, poco a poco, los núcleos urbanos vayan creciendo en la cultura de la sostenibilidad y del cuidado hacia el medio ambiente gracias a los estándares de eficiencia energética que promueven la sostenibilidad. Todo ello hasta conseguir las soñadas ciudades sostenibles. Estos objetivos irán de la mano de los objetivos y estrategias de certificación y de los procesos de certificación energética, culminando en edificios sostenibles, como, por ejemplo, las *Passivhaus*.

TERCERA. Uno de los principales problemas para la creación de las ciudades sostenibles es la gestión de los residuos, en este caso, de los Residuos de la Construcción y de la Demolición. La gestión y la separación de los residuos se convierten en la piedra angular para la creación de ciudades sostenibles. No solo debemos tener en cuenta los niveles técnicos, sino también los legales. La nueva Ley de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular establece un precedente legislativo que solo puede ir en concordancia con la sostenibilidad y el medio ambiente en la gestión de los residuos. De esta forma, establecerá una hoja de ruta en el ciclo de la gestión de los residuos y de su posterior tratamiento, y contemplará las soluciones propuestas para los RCD. Existen empresas tanto en el panorama nacional como en el internacional que ya se encargan de gestionar y separar estos residuos y de incluirlos en nuevas construcciones como materiales reciclados.

CUARTA. La importancia de los RCD reside en su optimización para su posterior valorización a través de la economía circular. Por ello, los medios establecidos para la gestión de los RCD serán los Planes y Programas de Prevención de Residuos y de Gestión de Residuos. A través ellos se podrá llegar a la reducción de la contaminación derivada del sector de la construcción. Tal y como afirma la Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para la Economía Circular, conseguir el reciclaje y la reutilización de estos materiales permitirá construir ciudades sostenibles.

QUINTA. Para finalizar, reseñamos la importancia de los Planes y Programas de Gestión y de Separación de Residuos, que se van a consolidar como el medio principal en el establecimiento de los objetivos de reciclaje, reutilización y tratamiento de los residuos como las herramientas indispensables para la reducción de los RCD en los núcleos urbanos. Los Planes de Ordenación Urbana de Gestión de Residuos deben integrar previsiones relativas a la gestión de los residuos, permitir un acceso adecuado a una gestión eficiente de los residuos para así generar un bienestar general para la población local y una efectiva normativa que lo respalde para el funcionamiento óptimo de los mismos. Todo ello, desde la perspectiva de la economía circular como nuevo modelo y estrategia de negocio, sostenible y resiliente con el medio ambiente y con la sociedad. La LRSC recoge las normas básicas sobre responsabilidad ampliada del productor y prevé expresamente su desarrollo reglamentario por el Consejo de ministros para cada flujo de residuos. Así mismo, se reconoce la potestad de las comunidades autónomas para establecer normas adicionales de protección. Cualquier regulación que desarrolle la legislación básica prevista por la LRSC deberá respetar los requisitos mínimos contenidos en la misma.

6. Bibliografía

- ALAEJOS, M.P., et al.:** «Catálogo de Residuos Utilizables en Construcción», *CEDEX para el Ministerio de Medio Ambiente*, 2008.
- BERNARDO, J.O.:** «Los planes de residuos autonómicos ante nuevos requerimientos del derecho comunitario», *Revista española de derecho administrativo*, 2010, no 145, p. 133-159.
- CHÁVEZ VARGAS, G.P.:** *Estudio de la gestión ambiental para la prevención de impactos y monitoreo de las obras de construcción de Lima Metropolitana*, Pontificia Universidad Católica del Perú-CENTRUM católica (Perú), 2014.
- COLADO, S., et al.:** *Smart city: Hacia la gestión inteligente*, Marcombo, 2014.
- FERNÁNDEZ HIDALGO, D., et al.:** *Guía práctica para la gestión de residuos de construcción y demolición en Castilla y León*. 2016.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.:** «El indiscutible protagonismo de la Unión Europea en la concepción, impulso y consolidación de los planes y programas de gestión de residuos: especial referencia a su regulación e implementación en España», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2016, vol. 5, no 13, p. 119-166.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.:** «La reutilización, reciclado, tratamiento y reducción contempladas por los planes y programas de gestión y prevención de residuos: meros fuegos de artificio sin el respaldo efectivo y persistente de medidas de fomento económico posibilitadoras de tales retos», *Revista internacional de derecho ambiental*, 2017, vol. 6, no 16, p. 97-136.

- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.:** «La necesaria densificación de las ciudades guiada por la regeneración y la renovación urbana para lograr su resurgir efectivo y sostenible», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2019, vol. 53, no 327, p. 19-81.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F.:** «Las claves imperturbables del que debiera ser el futuro y deseable derecho urbanístico español a la luz de su brillante pasado y convulso presente», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2019, vol. 53, no 330, p. 101-150.
- GARCÍA NOVOA, C., et al.:** *Digitalización, inteligencia artificial y economía circular*. ARANZADI/CIVITAS, 2021.
- MACARTHUR, E., ZUMWINKEL, K., STUCHTEY, M.:** «Growth within: a circular economy vision for a competitive Europe», *Ellen MacArthur Foundation*, 2015.
- MANZANO MORENO, E., et al.:** «Recensiones y notas», *Hispania*, 1999, vol. 59, no 202, p. 731-814.
- MASSECK, T.:** *Economía circular en el sector de la construcción*. [Congreso Nacional del Medio Ambiente 2018]. Palacio Municipal de los Congresos de Madrid.2018.
- OCHOA MIRANDA, M.:** *Gestión integral de residuos: análisis normativo y herramientas para su implementación*. Editorial Universidad del Rosario, 2018.
- PÉREZ CORNEJO, C., et al.:** «Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles:[4]», en *Los objetivos de desarrollo sostenible en la ciudad de Burgos*. Universidad de Burgos, 2021. p. 636-641.
- SACHS, J.D., VILÁ VERNIS, R.:** *La era del desarrollo sostenible*. Barcelona: Deusto, 2015.

DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Antonio José Vélez Toro
*Profesor Sustituto Interino
Universidad de Granada*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La protección del medio ambiente en el proceso civil. 2. Desafíos para la protección jurisdiccional del medio ambiente en el proceso contencioso-administrativo. 3. La tutela medio-ambiental ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

0. Introducción

Las actividades contrarias al medio ambiente representan una continua conculcación de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna (Art. 15 CE: Integridad física y moral, y prohibición de tratos inhumanos o degradantes; Art. 18 CE: Intimidad personal y familiar, así como inviolabilidad de domicilio), así como del derecho a la salud, incluida la preventiva (art. 43 CE), y del propio derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (consagrado en el art. 45 CE)¹.

Dichos derechos y todas las infracciones de las disposiciones de desarrollo pueden ser reclamados tanto ante la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa.

Sin embargo, hemos de indicar que, desde el punto de vista del derecho sustantivo, en el Estado español no se reconoce el derecho a la protección del paisaje, tanto urbano como rural, lo que dificulta toda la tutela jurisdiccional en materia medioambiental al tener que buscar normas sectoriales extremadamente variadas en las que apoyar las pretensiones.

1 Para una visión panorámica, véanse, PÉREZ LUÑO, A.E.: «Artículo 45: Medio ambiente», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. IV (Artículos 39 a 55), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, pp. 235-276; MARÍN CASTÁN, F.: «Problemas generales y aspectos constitucionales de la tutela judicial frente al ruido», *La tutela judicial frente al ruido*, Cuadernos de Derecho Judicial, N.º X-2002, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 93-139.

1. La protección del medio ambiente en el proceso civil

Lo primero constatable es la casi inexistente protección medioambiental en el código civil, que se contrae a las relaciones de vecindad —arts. 590 y 1908.2 CC—², así como al abuso de derecho del art. 7.2 CC, que no deja de constituir un concepto jurídico indeterminado y, por ello, de difícil aplicación en la práctica³.

En el ámbito de la propiedad urbana, el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH) dispone la prohibición de desarrollar actividades a) que estén prohibidas por los estatutos de la comunidad de Propietarios; b) que resulten dañosas para la finca; o c) que infrinjan lo dispuesto en la legislación sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas⁴.

Dicho precepto articula un complejo proceso civil ordinario resultando preceptivo que el Presidente de la comunidad de Propietarios requiera fehacientemente el cese inmediato al propietario o arrendatario que realice la actividad molesta o que contravenga las actividades prohibidas por los estatutos. Y si el infractor persiste, el Presidente, previa autorización de la Junta de Propietarios debidamente convocada al efecto, podrá entablar una específica acción de cesación, que se sustanciará a través del juicio ordinario, que habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local. Tanto el requerimiento fehaciente al infractor como el acuerdo de la Junta de Propietarios son presupuestos procesales insubsanables para el ejercicio de la acción⁵. En dicho proceso ordinario se podrá solicitar, y el juez acordar, como medida cautelar el cese inmediato de la actividad molesta⁶.

La sentencia podrá disponer a) la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda; b) la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad; y c) en caso de que

2 Véanse, ROCA JUAN, J.: «Artículo 590», en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, Vol. 2.º (Artículos 530 a 608 del Código Civil), 2.ª ed, EDERSA, Madrid, 1990, pp. 242 y 243; SANTOS BRIZ, J.: «Responsabilidad por los daños producidos por inmisiones o instalaciones industriales. El artículo 1.908 y la legislación administrativa sobre esta materia», en ALBALADEJO, M.; (Dir): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIV (Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil), EDERSA, Madrid, 1984, pp. 635-657.

3 LUQUIN BERGARECHE, R.: *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 178-229.

4 FUENTES LOJO, J.V.: «Artículo 7, apartado 2.º Actividades prohibidas, dañosas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, T.I, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pp. 143-233; ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Apartado 7.2», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.ª ed., Aranzadi, 2002, pp. 173-213; MARTÍN RÍOS, M.P.: «El desarrollo en el inmueble de actividades indebidas: La acción de cesación», *Los procesos en materia de propiedad horizontal (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 65-108.

5 En este sentido, MAGRO SERVET, V.: «Requisitos para el ejercicio de la acción del art. 7.2 LPH», *Aspectos procesales y sustantivos de las acciones de cesación del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal en las comunidades de Propietarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, p. 123.

6 MARTÍN RÍOS, M.P.: «El desarrollo en el inmueble de actividades indebidas: La acción de cesación», *op. cit.*, pp. 95-100.

el infractor no sea propietario, podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento⁷.

Sin embargo, dicho proceso no resulta aplicable cuando no existe relación de propiedad horizontal cual es el caso de que las molestias provengan del edificio o nave colindante o que el mismo realice la actividad molesta en su conjunto.

Así mismo, puede darse el caso, no pocas veces infrecuente, de que los afectados se encuentren en minoría dentro de la Comunidad de Propietarios y no consigan la mayoría necesaria, e, incluso, que la Junta de Propietarios ampare la actividad molesta o que el Presidente se niegue a efectuar el preceptivo y previo requerimiento fehaciente o no convoque la Junta al efecto o que no se acuerde claramente el ejercicio de la acción del art. 7.2 LPH.

Igualmente, en relación a la adopción de medidas cautelares, el art. 7.2 LPH no permite la posibilidad de eximir de la obligación de afianzar a las comunidades de Propietarios, tal y como sí lo hace el art. 728.3 LEC en la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios⁸. Dicha exención de fianza facilitaría el cese de actividades claramente molestas, poniendo fin a las mismas en sede cautelar, sin necesidad de soportar dichas lesiones hasta la finalización del proceso mediante sentencia.

No obstante lo anterior, frente a las lesiones medio-ambientales en el ámbito de las Comunidades de Propietarios, ha dado mayor juego el art. 7.1 LPH, por cuanto las actividades molestas suelen comportar en muchos casos una modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios que puede menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudicar los derechos de otro propietario⁹.

En este punto, el no contar con autorización de la Comunidad de Propietarios (conforme al art. 7.1 la Ley de Propiedad Horizontal o al art. 396 CC) para reformas que afectan a elementos comunes del edificio puede permitir desplegar no ya el proceso ordinario para restablecer los elementos alterados, sino también a la Comunidad de Propietarios afectada —y sin necesidad de requerimientos previos— los procesos sumarios posesorio y de protección del titular registral (ex-art. 250.1.4.º y 7.º LEC), que suelen ser muy efectivos. A estas modalidades procesales también pueden acudir cualesquiera colindantes que se vean afectados en sus derechos por las actividades molestas —sin necesidad de estar unidos por propiedad horizontal—.

Por lo que se refiere a la protección sumaria de la posesión, la misma debe iniciarse en el plazo de un año desde que tiene lugar el menoscabo o afectación de elementos comunes, tal y como indica el art. 439.1 LEC¹⁰. En el proceso sumario para la protec-

7 MAGRO SERVET, V.: «Requisitos para el ejercicio de la acción del art. 7.2 LPH», *op. cit.*, pp.152-164; MARTÍN RÍOS, M.P.: «El desarrollo en el inmueble de actividades indebidas: La acción de cesación», *op. cit.*, pp. 102-103.

8 BELLIDO PENADÉS, R., «La protección de los consumidores en el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 23, 2011, pp.52-53.

9 MARTÍN RÍOS, M.P.: «La realización de obras indebidas», *op. cit.*, pp. 43-62.

10 LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M.: «Interdictos de retener y recobrar», *Los interdictos*, Colex, Madrid, 2001, pp. 63-177; VÁZQUEZ BARROS, S., «El interdicto de retener o recobrar», *Los interdictos. Acciones posesorias*, 2.ª ed, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 133-210; BUSTO LAGO, J.M.; PEÑA LÓPEZ, F.: «Procesos dirigidos a la recuperación de la posesión en los casos de despojo y de mera perturbación», *Acciones de Protección de la Posesión (Régimen Jurídico, Sustantivo y Procesal, de las Acciones de Tutela de la Posesión)*, 1.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 93- 195; CERRATO GURI, E.: «Retención y recuperación de la posesión («Interdictos

ción del titular registral se puede instar la adopción de medidas cautelares, incluida la paralización de maquinaria que invada u ocupe espacios sobre los que se tengan derechos reales de propiedad o de uso, que se vean menoscabados por la actividad molesta¹¹. De este modo, no es tanto que exista una protección directa del medio ambiente urbano, cuanto el que con motivo del menoscabo ambiental se lesionen derechos patrimoniales que sí resultan protegidos por la legislación sustantiva y que, además, cuentan con cauces propios para su defensa, como pueden ser los derechos reales y los procesos sumarios.

En cuanto a la prueba de la lesión y daños medioambientales, resulta relativamente fácil cuando existe un menoscabo en materia de derechos reales (*v. gr.*, una ocupación o afectación de elementos comunes), pero no así cuando se trata de atentados no visibles, como puede ser la inmisión de ruidos y, sobre todo, de malos olores. En estos casos, hay que acreditar las infracciones y las lesiones mediante informes periciales de parte, salvo que la actividad carezca de cualquier tipo de licencia, en cuyo caso solo habrá que acreditar los daños. Con todo, la realidad suele ser más compleja dado que muchas veces se cuenta con licencias —aunque mal otorgadas o insuficientes para la actividad desarrollada— lo que en el proceso civil hace más arduas las labores probatorias para el actor, que debe acreditar que la actividad con licencia no cumple con la legalidad. Así, se le somete a una prueba agravada al tener que advenir que la actividad es lesiva desde el punto de vista ambiental, debiendo desvirtuar la presunción de las licencias, lo que implica la necesidad de hacer valer los derechos tanto en la vía civil como en el plano administrativo y, a la postre, contencioso-administrativo.

Sin embargo, diversas normas específicas modifican la carga de la prueba para determinadas materias, caso del art. 217.4 y 5 LEC que invierte la carga de la prueba en materia de competencia desleal y sobre competencia ilícita, así como en los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, correspondiendo en tales casos al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad¹². En el mismo sentido, el art. 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social consagra la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo¹³, algo que sería necesario para la prueba en materia

de retener y recobrar»), *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 77-303; LÓPEZ PÁSARO, E.: «Pretensiones en defensa de la posesión», *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 39-218.

- 11 Véanse, CABALLERO GEA, J.A.: «Legitimación pasiva, litisconsorcio pasivo necesario: «contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio», arts. 41 HP, 250.1.7.º LEC», *Desahucios, el titular registral frente al ocupante sin título inscrito (Artículo 41 Ley Hipotecaria, Juicio verbal)*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 107-112; BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, J.M.: «Iniciación del procedimiento», *La protección judicial de los derechos inmobiliarios inscritos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 53-87; Navarro Hernán, M.: El juicio verbal sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, Madrid, 2003, pp. 11-52; CALDERÓN CUADRADO, P.: «Los derechos reales inscritos y su protección procesal», *Tutela de los derechos reales inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 25-158.
- 12 Véanse, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: «La inversión de la carga de la prueba», *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, 1.ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 115-177; URIARTE CODÓN, A.: «La inversión de la carga de la prueba», en ABEL LLUCH, X.; PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), *Objeto y carga de la Prueba Civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 101-129.
- 13 En este sentido, véase, FOLGUERA CRESPO, J.A.: «Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo», *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 3.ª ed., Lex Nova-Thomson Reuters, 2012, pp. 446-449.

medio-ambiental. Finalmente, y como cuestión de *lege ferenda*, consideramos que habría que crear un proceso sumario para proteger el medio ambiente. Recordemos que el proceso sumario fue concebido para proteger los derechos reales y posteriormente fue ampliado para la tutela privilegiada del crédito sobre bienes muebles (ex-art. 250.1.10.^a y 11.^a LEC)¹⁴. Si la defensa de dichos bienes jurídicos requirió de dicho instrumento, a día de hoy —dada la emergencia climática—, podría perfectamente ampliarse para la defensa del medio ambiente.

Por lo que se refiere a la legitimación de esta nueva modalidad verbal sumaria, la podría ostentar cualquier persona física o jurídica —legitimación genérica— o restringirse a los directamente afectados, al igual que ocurre con el llamado proceso sumario de ruina en el que puede actuar cualquiera que se sienta amenazado por la caída de un edificio, construcción, árbol u objeto análogo en estado de ruina.

2. Desafíos para la protección jurisdiccional del medio ambiente en el proceso contencioso-administrativo

A día de hoy, contamos con una prolija jurisprudencia en materia de protección ambiental por ruido que tiene su origen en la importantísima Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 dictada en el Asunto López Ostra contra España (41/1993/436/515) por la que se condenó a España por violar el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al entender que «los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio».

Así mismo, también marcó un hito la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), en la que se otorga amparo a la ciudadana Sra. Moreno Gómez contra la desidia de las Administraciones Públicas responsables de la tutela ambiental, consagrando en su razonamiento jurídico que siendo la prueba de violación clara —como es el caso que nos ocupa, no solo por el ruido directo de la discoteca sobre las viviendas del propio edificio, sino también por el ruido ambiental originado en la propia calle por el ruido de los clientes que salen, entran, dan voces, etc.—, no se necesita de mayor prueba.

Por su parte, la STC 119/2001, de 24 de mayo de 2001, acoge en su Fundamento Jurídico Sexto toda la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos poniendo en relación los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y los derechos del art. 18 CE relativos a la intimidad personal y familiar, para concluir señalando lo siguiente:

«Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

14 FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La sumariedad en actuales procesos civiles especiales», *Lo «sumario y lo «plenario» en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 721-783.

Aquí hay dos elementos capitales para el otorgamiento de tutela: la concurrencia de ruido más y que se trate de una vivienda. Sin embargo, más allá de las inmisiones por ruido existen otras muchas lesiones medio-ambientales en entornos urbanos y naturales que trascienden a dichos elementos (vertidos, contaminación bajo las tipologías más variadas, destrucción del entorno natural, sobre-explotación de cualesquiera recursos, etc.).

En cuanto a la legitimación, la misma está abierta a cualquier persona física y jurídica, de conformidad con el art. 19 LJCA¹⁵. Así mismo, cabe el ejercicio de la acción subrogatoria por parte de los vecinos para la defensa de bienes y derechos municipales, a tenor del artículo 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, previo requerimiento para que la entidad local actúe; y si esta no actúa transcurrido el plazo de treinta días, los vecinos podrán asumir la defensa de los bienes y derechos susceptibles de contener un alto valor medio-ambiental¹⁶.

Igualmente, la legislación urbanística ha venido otorgando la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística (ex-art. 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

En relación a la actividad administrativa impugnabile (Artículos 25 a 30 LJCA), hay que precisar que desde el punto de vista medioambiental pueden resultar impugnabile toda la actuación de las Administraciones públicas, abarcando tanto las disposiciones generales como a los actos administrativos particulares, sean expresos o presuntos (generados mediante la ficción del silencio administrativo, como garantía para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa).

Igualmente, resultan impugnables, además de los contratos administrativos, esa categoría difusa y problemática denominada «acuerdos y convenios». En materia de contratación se prevé la posibilidad de acudir directamente a la vía contencioso-administrativa contra cualesquiera actos preparatorios y/o de adjudicación.

En cuanto a la impugnación de las disposiciones generales, se permite tanto el recurso directo, como el indirecto al recurrir actos administrativos realizados al amparo de las mismas (art. 26 LJCA).

De singular importancia para la tutela jurisdiccional del medio ambiente resultan lo que podemos denominar «actos administrativos complejos» (en los que puede darse una pluralidad de actos administrativos «de trámite» a tenor de la intervención concurrente de terceras administraciones públicas —tales como las Comisiones Provinciales Medio Ambiente, de Cultura o de Ordenación del Territorio—, pasando por múltiples órganos de participación ciudadana y/o de representación sectorial). En este caso hay que recurrir no sólo el acto final, sino también todos los actos de trámite para evitar indefensión (ex-art. 25.1 LJCA).

En la jurisdicción ordinaria se podrá reclamar la anulación de los actos y disposiciones reglamentarias, así como reconocer y restablecer situaciones jurídicas indivi-

15 PÉREZ CONEJO, L.: «El contencioso ambiental y la legitimación «grupal» de naturaleza «difusa», *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación «difusa» en el proceso contencioso-administrativo)*, 1.ª ed, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 262 y 263.

16 Véase, CATALÁN SENDER, J.: «La legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 283, mayo-agosto 2000, pp. 461-505.

dualizadas, incluida la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, conforme determina el art. 31 LJCA¹⁷.

Otra cuestión singularmente preocupante viene dada por el plazo para recurrir: las Administraciones con competencia en las materias medio-ambientales tienen solo dos meses de plazo desde que se remiten los acuerdos de las entidades locales a tenor de los cuales se otorgan permisos y licencias que pueden comportar serias alteraciones del medio ambiente urbano o rural. Este plazo provoca situaciones de caducidad de las impugnaciones de actos administrativos de las Entidades Locales realizadas por las Administraciones Autonómica y Estatal.

Por último, existen serias dificultades para la ejecución de las sentencias toda vez que el daño realizado resulta tan cuantioso que las propias empresas entran en situación de concurso no asumiendo su responsabilidad y no restableciendo los espacios alterados. En igual sentido, operan los plazos máximos para ejercer la reposición de las edificaciones y construcciones ilegales, y su consecuente validación en las subsiguientes revisiones del planeamiento urbanístico.

3. La tutela medio-ambiental ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La tutela del medio ambiente puede llegar al Tribunal Constitucional a través del Recurso de amparo por infracción de los derechos fundamentales por incidir en la vulneración los recogidos como derechos fundamentales a la integridad física y moral, así como a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, de intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio por los artículos 15 y 18 de la Constitución.

Igualmente, las sentencias desestimatorias pueden ser objeto de recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al amparo de las posibles infracciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus protocolos adicionales, pudiendo en este caso actuar mediante demandas de particulares, como mediante demandas interestatales.

Tanto para recurrir al Tribunal Constitucional como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos es requisito de admisibilidad el haber agotado todas las vías judiciales previas.

4. Conclusiones

A fin de garantizar una mayor y más eficaz tutela jurisdiccional del medio ambiente consideramos necesarias las siguientes modificaciones legislativas:

17 Véanse, GONZÁLEZ RIVAS, J.J.; ARANGUREN PÉREZ, I.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 307-310; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario*, 1.ª ed., Iustel-Gómez-Acebo&Pombo, Madrid, 2010, pp. 343-358; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 435-470; RUIZ RISUEÑO, R.: *El Proceso Contencioso-administrativo*, 10.ª ed., Colex, Madrid, 2014, pp. 214-216; MOZO SEOANE, A.: *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativo*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 2017, p. 41-45; GONZÁLEZ GARCÍA, S.: *Proceso Contencioso-administrativo*, Ed. Técnica Avicam, Granda, 2021, pp. 64-70.

1. Frente al principio del deber de probar para el actor en pretensiones que afecten al medio ambiente —conforme al art. 217 LEC—, sería conveniente establecer una inversión general de la carga de la prueba en materia medio-ambiental, de modo que sea la parte demandada la que deba de probar que no ha lesionado al medio con sus actividades.
2. Dadas las dificultades para la protección jurisdiccional del medio ambiente en el proceso civil sería muy necesario —como cuestión de *lege ferenda*— extender la acción de cesación, actualmente restringida al ámbito de consumidores (art. 250.1.12.ª LEC), a la protección del medio ambiente, reconociendo la legitimación para tal acción a cualquier persona física o jurídica, y eximiendo de la necesidad de afianzamiento para la adopción de medidas cautelares.

No obstante, también se podría crear un juicio verbal sumario cuyo objeto fuese la tutela de los bienes ambientales, más allá de la posible utilización del proceso posesorio del art. 250.1.4 LEC frente a las inmisiones por ruidos, tal y como se ha hecho para afrontar el problema de la ocupación ilegal de viviendas mediante la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

5. Bibliografía

- ÁLVAREZ OLALLA, P.:** «Apartado 7.2», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.ª ed., Aranzadi, 2002, pp. 173-213.
- BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, J.M.:** «Iniciación del procedimiento», *La protección judicial de los derechos inmobiliarios inscritos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 53-87.
- BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F.:** «Procesos dirigidos a la recuperación de la posesión en los casos de despojo y de mera perturbación», *Acciones de Protección de la Posesión (Régimen Jurídico, Sustantivo y Procesal, de las Acciones de Tutela de la Posesión)*, 1.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 93- 195.
- CABALLERO GEA, J.A.:** «Legitimación pasiva, litisconsorcio pasivo necesario: «contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio», arts. 41 HP, 250.1.7.º LEC», *Desahucios, el titular registral frente al ocupante sin título inscrito (Artículo 41 Ley Hipotecaria, Juicio verbal)*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 107-112.
- CATALÁN SENDER, J.:** «La legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 283, mayo-agosto 2000, pp. 461-505.
- CERRATO GURI, E.:** «Retención y recuperación de la posesión («Interdictos de retener y recobrar»)», *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 77-303.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.:** «La sumariedad en actuales procesos civiles especiales», *Lo «sumario y lo «plenario» en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 721-783.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.:** «La inversión de la carga de la prueba», *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, 1.ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 115-177.

- FOLGUERA CRESPO, J.A.:** «Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo», *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 3.ª ed., Lex Nova-Thomson Reuters, 2012, pp. 446-449.
- FUENTES LOJO, J.V.:** «Artículo 7, apartado 2.º Actividades prohibidas, dañosas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, T. I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pp. 143-233.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.:** *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 435-470.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S.,** *Proceso Contencioso-administrativo*, Ed. Técnica Avicam, Granda, 2021, pp. 64-70.
- GONZÁLEZ RIVAS, J.J. y ARANGUREN PÉREZ, I.:** *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 307-310.
- LÓPEZ PÁ SARO, E.:** «Pretensiones en defensa de la posesión», *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 39-218.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.:** «Interdictos de retener y recobrar», *Los interdictos*, Colex, Madrid, 2001, pp. 63-177.
- LUQUIN BERGARECHE, R.:** *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 178-229.
- MAGRO SERVET, V.:** «Requisitos para el ejercicio de la acción del art. 7.2 LPH», *Aspectos procesales y sustantivos de las acciones de cesación del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal en las comunidades de Propietarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 97-164.
- MARÍN CASTÁN, F.:** «Problemas generales y aspectos constitucionales de la tutela judicial frente al ruido», *La tutela judicial frente al ruido*, Cuadernos de Derecho Judicial, N.º X-2002, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 93-139.
- MARTÍN RÍOS, M.P.:** «El desarrollo en el inmueble de actividades indebidas: La acción de cesación», *Los procesos en materia de propiedad horizontal (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 65-108.
- MOZO SEOANE, A.,** *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativo*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 2017, p. 41-45.
- NAVARRO HERNÁN, M.:** El juicio verbal sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, Madrid, 2003, pp. 11-52; Calderón Cuadrado, P.: «Los derechos reales inscritos y su protección procesal», *Tutela de los derechos reales inscritos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 25-158.
- PÉREZ CONEJO, L.:** «El contencioso ambiental y la legitimación "grupal"» de naturaleza «difusa», *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación «difusa» en el proceso contencioso-administrativo)*, 1.ª ed, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 253-295.
- PÉREZ LUÑO, A.E.:** «Artículo 45: Medio ambiente», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. IV (Artículos 39 a 55), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, pp. 235-276.

- ROCA JUAN, J.:** «Artículo 590», en Albaladejo, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, Vol. 2.º (Artículos 530 a 608 del Código Civil), 2.ª ed, EDERSA, Madrid, 1990, pp. 242 y 243.
- RUIZ RISUEÑO, R.:** *El Proceso Contencioso-administrativo*, 10.ª ed., Colex, Madrid, 2014, pp. 214-216.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.:** *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario*, 1.ª ed., Iustel-Gómez-Acebo&Pombo, Madrid, 2010, pp. 343-358.
- SANTOS BRIZ, J.:** «Responsabilidad por los daños producidos por inmisiones o instalaciones industriales. El artículo 1.908 y la legislación administrativa sobre esta materia», en Albaladejo, M.; (Dir): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIV (Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil), EDERSA, Madrid, 1984, pp. 635-657.
- URIARTE CODÓN, A.:** «La inversión de la carga de la prueba», en Abel Lluch, X.; Picó i Junoy, J. (Dir.), *Objeto y carga de la Prueba Civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 101-129.
- VÁZQUEZ BARROS, S.:** «El interdicto de retener o recobrar», *Los interdictos. Acciones posesorias*, 2.ª ed, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 133-210.

ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL ALERTADOR EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA AMBIENTAL A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY QUE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937

Nerea Yugueros Prieto

*Profesora Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de León*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Punto de partida: Anteproyecto de Ley reguladora de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y lucha contra la corrupción. 1.1. Nociones preliminares. 1.2. Ámbito de aplicación material. En especial en materia ambiental. 1.3. ¿Qué sujetos son los que adquieren la condición de alertadores? 2. Análisis prospectivo de la figura del alertador en materia de Justicia Ambiental. 2.1. Elementos esenciales de la transposición. 2.2. No puede pasar por alto el carácter transversal de la materia ambiental. 2.3. Posibles aspectos controvertidos. 3. A modo de conclusión. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Entre los temas que más preocupan a la ciudadanía europea en la actualidad encontramos el medio ambiente, y no es de extrañar, dado que, según el estado de nuestros conocimientos actuales, la propia pervivencia del ser humano y por supuesto el disfrute de los bienes colectivos por parte de las generaciones venideras están seriamente amenazados.

No es un secreto que en el contexto internacional es posible hablar, desde aproximadamente mediados del pasado siglo XX, de un sector del ordenamiento jurídico —el Derecho Ambiental— que parte de la conciencia sobre la grave situación ecológica global, si bien su conformación no es fácil de referir, principalmente por la multiplicidad de fuentes que lo conforman, entre las que podemos incluir a Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, cuya transposición deviene obligada para todos los Estados miembros.

En los últimos años la participación ciudadana¹ ha ido adquiriendo mayor firmeza persiguiendo y consolidando no sólo el sistema democrático en el que nos encontramos inmersos, sino también con la intención de poder actuar como muro de contención contra aquellas injerencias sobre el medio ambiente que se traduce en la consecución de una adecuada calidad de vida. Y es gracias a ello que las autoridades han apostado por el Desarrollo Sostenible promoviendo la colaboración con ONGs de carácter ambiental, con el sector privado, así como con la sociedad en general. Si bien es cierto que esta traslación no ha sido nunca un camino fácil.

El tema que aquí nos ocupa se plantea como una reflexión inicial acerca de si será posible contar con distintos y novedosos medios que faciliten a los ciudadanos un fehaciente acceso a la Justicia Ambiental. Y es ahí donde adquiere relevancia la figura del alertador (según terminología utilizada en el reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que emplearemos a lo largo del siguiente trabajo²), reconocida y protegida en la UE de la mano de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

En abril del año 2018 la Comisión Europea llevó a cabo la presentación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; resultando ser aprobada en octubre del año 2019, bajo la nomenclatura de Directiva 2019/1937³. Que resulta de gran importancia, debido a que viene a establecer nuevas directrices destinadas a proteger de manera efectiva y eficaz a las personas que informan de actos ilícitos que pongan en jaque los Derechos de la Unión, en el entorno laboral, cometidos dentro de una organización pública o privada por sus propios empleados.

Las personas informadoras que se amparan bajo esta Directiva reciben el nombre de *alertadores*, conocidos comúnmente por su nomenclatura en habla inglesa como *whistleblowers*. Resulta interesante su aparición no sólo en el marco europeo, sino también en nuestro sistema jurídico, ya que abre una nueva vía de denuncia —tanto

-
- 1 Cabe destacar que, parte de la doctrina considera que delimitar el término de participación se traduce en una ardua tarea, debido a que no se configura como un elemento unívoco. Vid. VELÁSQUES MUÑOZ, C.J., «Participación ambiental. Mecanismos establecidos por los Estados español y colombiano para la defensa del medio ambiente y los recursos naturales», *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 20, p. 137. Pero en resumidas cuentas un sector doctrinal asume que la participación activa de los ciudadanos resulta imprescindible para garantizar la protección del medio ambiente. Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., «Derechos fundamentales subjetivos y colectivos al medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 95, 1997, p. 347. Así como también se considera que la participación ciudadana se configura como refuerzo del Estado democrático. Vid. MACÍAS GÓMEZ, L.F., *Introducción al Derecho Ambiental*, Legis, Málaga, 1998, pp. 154-156.
 - 2 Por considerar que se ajusta más a la realidad emplearemos la terminología de *alertador*; aun a sabiendas de que el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, denomina a estos sujetos como informantes.
 - 3 Como exigencia, la Directiva 2019/1937, en su artículo 26.1 establece que «Los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de diciembre de 2021».

interna como externa, así como revelación pública⁴— que se llevará a cabo fuera de los órganos que hasta el momento venían conociendo de las mismas, es decir, en los Juzgados, cuarteles, comisarías (...).

La Directiva refuerza —aparte de mostrar la situación precaria que promovida seguramente por la disparidad legislativa de los Estados miembros que componen la UE— que resulta necesaria la instauración y reconocimiento de la figura del *alertador* para que de ese modo se pueda desarrollar de manera globalizada una fehaciente protección de los posibles denunciadores ante las represalias que puedan recibir por parte de las personas jurídicas implicadas en la comisión de las infracciones objeto de denuncia. De modo que, la finalidad pretendida por parte de la Directiva es proteger a los denunciadores para que los sujetos se animen a informar sobre las infracciones cometidas en el Derecho de la Unión, a fin de conseguir un adecuado funcionamiento del Mercado Interior.

En este sentido, resulta relevante recordar que el ordenamiento jurídico europeo recogía en su seno, con carácter previo a la aprobación de esta Directiva, disposiciones normativas de protección en determinados ámbitos que a modo ejemplificativo cabe destacar, debido al gran número de cuerpos normativos en la materia la protección de los servicios financieros⁵.

Siguiendo los postulados de la Directiva 2019/1937, y centrándonos en la materia que nos ocupa —la protección del medio ambiente—, a día de hoy continúa siendo un gran desafío recabar debidamente las pruebas, instaurar adecuadamente los modelos de prevención, así como la detección, lo cual nos lleva a afrontar la comisión de los delitos ecológicos de una manera compleja; cuestión que la Comisión Europea en enero de 2018 puso de manifiesto en su Comunicación titulada «Acciones de la UE para mejorar el cumplimiento y la gobernanza medioambiental»⁶.

4 El Considerando 33 de la Directiva (UE) 2019/1937 señala que: «es necesario proteger la revelación pública de información, teniendo en cuenta principios democráticos tales como la transparencia y la rendición de cuentas, y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación».

La Directiva señala que para poder acudir a la revelación pública y seguir manteniendo esa protección conferida por las disposiciones europeas, el denunciante debe, previamente acudir a los canales internos y externos, o por canales externos sin que se hubieran tomado medidas apropiadas en los plazos estipulados en la propia Directiva (artículos 9.1 f) y 11.2 d) de la Directiva 2019/1937). Véase El Consultor de los Ayuntamientos «La nueva Directiva *whistleblowing* abre canales seguros de denuncia frente a infracciones del Derecho de la Unión», *La Ley*, 1, Sección Información/Reseñas Legislativas, 2020, p. 157.

5 Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado; Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, entre muchas otras.

6 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Acciones de la UE para mejorar el

No se puede perder de vista que a dicho desafío ha de responderse con las dos armas que constituyen las notas esenciales de la Directiva: la obligatoriedad de los canales de denuncia y la protección del alertador.

Todos los Estados miembros tienen que cumplir con la transposición de la Directiva, que no podrá en ningún caso reducir el nivel de protección ya ofrecido a las personas que reporten información en virtud de la legislación nacional en las áreas a las que se aplica.

Sin duda alguna la coincidencia en el tiempo de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2019/1937 por un lado, con la proyectada regulación de la figura del alertador en el art. 528.6 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal., suscita reflexiones diversas. Baste decir aquí que esta última disposición mencionada supone la adaptación sectorial de la denuncia a las disposiciones de la Directiva, sin esperar a las directrices que habrán de ser sentadas en la regulación integral en la materia que se está preparando, lo que supone una regulación paralela, que no parece la mejor vía, máxime si tenemos en cuenta que se asienta sin haber sido resueltas con carácter previo toda una serie de cuestiones que debieran clarificarse con carácter previo.

1. Punto de partida: Anteproyecto de Ley reguladora de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

1.1. Nociones preliminares

El medio ambiente no ha sido siempre considerado como un bien jurídico objeto de protección, seguramente por entenderse que no peligraba la disminución de los recursos naturales hasta el punto de llegar a su extinción. Solo con el paso del tiempo la protección del medio ambiente se ha conformado socialmente como un valor positivo.

Y esta concienciación ha sido tenida en cuenta en nuestra Constitución a través del artículo 45.1 donde se indica que «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», añadiendo que pueden hacerse uso de sanciones penales para garantizar que se empleen de manera racional los recursos naturales. Y, haciendo alarde de ese deber protector, la Constitución reconoce en su artículo 23.1 el derecho de la ciudadanía a participar en asuntos públicos⁷, justificando con más razón la necesaria colaboración ciudadana en la persecución de delitos ecológicos en sede corporativa.

cumplimiento y la gobernanza medioambiental. COM (2018) 10 final. Comunicación que dejaba de manifiesto que recabar pruebas, prevenir, detectar y atacar los delitos ambientales suponían un verdadero reto, teniendo como obligación las autoridades europeas el reforzar acciones que sirvieran como muro de contención y resolución de los mismos.

7 Siguiendo los postulados de García Macho consideramos que la participación ciudadana amparada en el artículo 23.1 de la CE va más allá de meras connotaciones políticas, es decir, no se limita exclusivamente a ser entendida como participación ciudadana dentro del sistema de democracia plebiscitaria. Es más, la participación directa de la ciudadanía en asuntos públicos se encuentra respaldada por el principio democrático recogido en el artículo 1.1 de la CE, así como por el artículo 9.2 del mismo cuerpo normativo, donde se establece la obligación a los poderes públicos de garantizar la participación ciudadana en

Pero no cuenta nuestro Estado con un Código Ambiental que aglutine las disposiciones normativas con contenido ambiental, sino que se encuentran éstas dispersas a lo largo de todo el entramado normativo nacional, dificultando por tanto el conocimiento de conductas prohibidas.

Con la aprobación de la Directiva 2019/1937 en el seno de la UE se han fijado unos mínimos patrones de protección de los denunciadores que adquieren la posición de alertadores⁸, y es por ello que, estos indicadores han de ser tenidos en cuenta y transpuestos en todos los Estados miembros de la Unión; indicadores que afectarán no sólo a las infracciones cometidas sobre el Derecho europeo, sino también serán aplicativos a las infracciones cometidas sobre el Derecho interno de cada Estado integrante.

En este sentido —como hemos mencionado supra—, la Directiva incide en varios aspectos que los Estados no pueden dejar pasar: la obligatoriedad de instaurar canales de denuncia interna dentro de las sociedades —ya existía ese deber para aquellas personas jurídicas que penalmente eran reconocidas como responsables—; el fomento del empleo previo de canales internos; los requisitos de admisibilidad de las denuncias anónimas —la Directiva deja en manos de los Estados su regulación—; así como la exención de responsabilidad para aquellos sujetos que revelaren la infracción cometida, eso sí, siempre y cuando no medie vulneración de derechos fundamentales.

1.2. Ámbito de aplicación material en especial en materia ambiental

El ámbito de aplicación material viene regulado en el artículo 2 del Anteproyecto, al disponer que tendrá por objeto la protección de las personas que informen sobre acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión que perjudiquen los intereses financieros de la Unión⁹, relativas al mercado inte-

asuntos que afecten a la vida política, económica, cultural y social. Vid. GARCÍA MACHO, R.J., «La participación ciudadana en la ordenación urbanística y la admisión de proyectos en el contexto del derecho a una buena administración», en op. col. SÁNCHEZ BLANCO, A.; DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M.A. y RIVERO YSERN (coords.), *El nuevo Derecho Administrativo: Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis. Librería Jurídica, Salamanca, 2011, pp.180-181.

8 BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A., «El régimen jurídico-procesal del *whistle-blower*. La influencia del Derecho europeo», en op. col. GÓMEZ COLOMER, J.L. (dir.): *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.543-549.

9 Ha de tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 325 del TFUE al efecto:
 «1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.
 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.
 3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

rior¹⁰; así como sobre acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico, siempre y cuando menoscaben el interés general.

En cambio, no afectará —tal y como dispone el artículo 2.3— a la protección de información clasificada, a la protección del secreto profesional de los médicos, abogados y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el secreto de las deliberaciones establecido en leyes y reglamentos y del carácter reservado la información con trascendencia tributaria, así como demás información cuando la ley específicamente así lo establezca.

La Directiva (UE) 2019/1937 pauta una relación de ámbitos que han de ser objeto de protección a través de la figura en cuestión por todos los Estados miembros: cuando se cometan infracciones sobre la contratación pública; sobre los servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; sobre la seguridad de los productos y conformidad: sobre la seguridad del transporte; sobre la protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear; sobre la seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales, sobre la salud pública; sobre la protección de los consumidores; sobre la protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información; y sobre la materia que nos preocupa en el presente artículo, la protección del medio ambiente. Si bien no se trata de cualquier tipo de infracción, sino que ha de encontrarse dentro del ámbito de aplicación de determinados actos de la Unión que se encuentren catalogados en la Parte I del Anexo de la propia Directiva (UE) 2019/1937.

Por lo que se refiere al ámbito que nos ocupa, la protección del medio ambiente, la Directiva (UE) 2019/1937 —y por consiguiente el Anteproyecto— será aplicativa cuando se cometa cualquier delito contra la protección del medio ambiente regulada en la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal o cualquier conducta ilícita que infrinja la legislación establecida en los anexos de la Directiva 2008/99/CE, así como normas relativas al medio ambiente y clima; al desarrollo sostenible y gestión de residuos; a la contaminación marina, atmosférica y sonora; a la protección y gestión de aguas y suelos; a la protección de la naturaleza y biodiversidad; a las sustancias y mezclas químicas establecidas en el 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 mezclas químicas y; a los productos ecológicos establecidos en el

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo».

10 Quedan incluidas aquellas infracciones que se cometan sobre normas de la UE relativas a competencia, así como ayudas concedidas a los Estados e infracciones que ataquen las normas del impuesto de sociedades. GONZÁLEZ GRANDA, P., «La figura del *Alertador* en la regulación proyectada en el Anteproyecto de la LECRIM y su trazabilidad constitucional», en op. col. GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (dirs.), *Justicia, Constitución y Proceso: un discurso contemporáneo de revisión procesal bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, p.369.

Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos.

Resulta indudable el acierto en la inclusión de este ámbito material, pues es innegable que, si existe un ejemplo claro de la necesidad de proteger las informaciones proporcionadas por los alertadores, éste es sin duda la protección del medio ambiente.

Es sabido que reunir pruebas, prevenir, detectar y hacer frente a los delitos ecológicos es una ardua tarea, máxime cuando interfiere el componente transnacional, que dificulta la plena aplicabilidad de la normativa europea. Y lo cierto es que cuando el daño o la lesión afecta a un bien jurídico como es el medio ambiente, lo común es que se produzca no sólo dentro de un territorio, sino que afecte a una pluralidad de Estados miembros; tal y como ocurre con el vertido al mar de sustancias tóxicas o inmisiones producidas en un Estado, pero que afecten en mayor medida a la calidad del aire de un Estado colindante.

En estos supuestos, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales¹¹, señala en sus bases la obligatoriedad de cooperar y colaborar entre los Estados afectados, facilitando información para poder accionar las medidas preventivas oportunas o, en su caso las medidas reparadoras, con objeto de solventar la lesión ambiental de esta índole de la manera más ágil y efectiva posible.

Al efecto ha de tenerse muy en cuenta el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, «responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, así como de ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio (...)» (art.4 de dicho texto). Para cuya transposición se ha dictado en España la muy reciente Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía¹². Cabe advertir que, esta institución puede tener una gran cabida y decisión en la protección del medio ambiente, gracias a la cooperación reforzada existente entre los Estados miembros que posibilita una detección y persecución de delitos ambientales de manera efectiva.

11 Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. «DOUE», L 143, (30 de abr. de 2004).

12 La Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio integra en el ordenamiento jurídico español, las disposiciones que recoge el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. El deber unificador legislativo que se pretende, personificado en la creación de la Fiscalía Europea, no es otro que solventar las diferencias de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para poder aplicar con tesón y plenitud el Derecho de la Unión para poder actuar contra la criminalidad organizada transnacional de manera efectiva y eficaz. Véase el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. «DOUE», L 288, (31 de oct. 2017). Vid. al efecto ARIZA COLMENAREJO, M.J., «La realidad del Fiscal como director de la investigación con ocasión de la Fiscalía Europea», en op. col. GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (dirs.): *Justicia y Proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 211 y ss.

1.3. ¿Qué sujetos son los que adquieren la condición de alertador?

Resulta curioso que, si hacemos un análisis de su nomenclatura inglesa —*whistle-blower*— apreciamos que se trata de una palabra compuesta por: *whistler* (silbador/a) y *blow* (soplar). Ello nos conduce, por tanto, a aquel sujeto que nos hace saber a través de un silbido, que estamos realizando una conducta ilícita, como es el caso de los árbitros en el deporte.

Hasta el momento, la definición de *alertador* que suma más adeptos es la realizada por MICELI y NEAR, al establecer que esta figura supone la «divulgación, llevada a cabo por miembros antiguos o actuales de una organización, sobre prácticas ilegales, inmorales o ilegítimas, a personas con capacidad para actuar»¹³.

Delimitar qué sujetos pueden ostentar la cualidad de *alertador* permite distintas posturas¹⁴, ya que hay cierta discusión entre si se ha de considerar como requisito para ser reconocido como *alertador*; por un lado, el formar parte o haber formado parte de la organización; en segundo lugar, haber mantenido relación directa con la misma; o, que pueda; o, que simplemente pueda informar cualquier sujeto, aun no teniendo ningún tipo de vinculación con la organización.

En cualquier caso, habrá de depender de la definición y los límites legales en cada caso. En este sentido, cabe señalar que la normativa europea es tendente a reconocer esa cualidad a cualquier sujeto que presencie la comisión de algún hecho delictivo. A modo ejemplificativo, la Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 relativa al Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes¹⁵, reconoce la cualidad de denunciante, en su artículo 2.1 a toda persona que denuncie posibles infracciones o infracciones reales de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 596/2014 a la autoridad competente.

Aun así, parte de la doctrina considera la necesidad de contar con vinculación con la organización, para poder gozar de legitimidad para accionar la denuncia. Como fiel defensor de esta postura encontramos a RAGUÉS I VALLÈS, determinando que «la relación entre el sujeto denunciante y una determinada empresa o administración pública es un rango de esta figura que le atribuye un carácter específico dentro del concepto más amplio de denunciante»¹⁶.

Ha de enfatizarse que la figura del *alertador* resulta extremadamente valiosa para poder poner de manifiesto aquellas infracciones —en nuestro caso, acaecidas en el seno del medio ambiente—, que de normal hubieran pasado inadvertidas, sin dar oportunidad a los órganos o autoridades competentes a conocer las mismas e impo-

13 Vid. NEAR, J.P. y MICELI, M.P., «Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing», *Journal of Business Ethics*, vol.4, núm. 1, 1985, p. 4.

14 Al efecto vid. GARCÍA-MORENO, B., «El concepto de alertador (o (whistleblower). Consideraciones a la luz de la Directiva (UE) 2019/1937, en op. col. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), «Compliance» y responsabilidad de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 441-460.

15 Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, relativa al Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes. «DOUE» L 332/123, (18 de dic. 2015).

16 RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 20.

ner aquellas sanciones que considerasen pertinentes para el asunto concreto, quedando, por tanto, los responsables impunes.

2. Análisis prospectivo de la figura del alertador en materia de Justicia Ambiental

2.1. Elementos esenciales de la transposición

La transposición en nuestro ordenamiento jurídico se proyecta a través de dos vías paralelas: por un lado, un Anteproyecto de Ley de adaptación de la Directiva —que aún no sabemos cuándo podrá verse plasmada en Ley — conviene recordar que nos encontramos fuera de plazo (17 de diciembre de 2021) para proceder a la aprobación de una Ley de protección de los alertadores; a pesar de que en el Plan Anual Normativo de 2021¹⁷ se preveía como iniciativa legislativa la aprobación, durante el año 2021, de la Ley reguladora de la protección de los alertadores. Y, por otro lado, existe una disposición específica en el Anteproyecto de LECrim, que en realidad aporta más dificultades que soluciones, con el siguiente texto:

«Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo».

En el mes de marzo del presente año 2022, el Ministerio de Justicia procedió a la publicación del Anteproyecto de la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937, arriba mencionada.

El Anteproyecto sigue a pies juntillas el texto emitido por parte de la Comisión General de Codificación. Texto que se compone por 68 artículos que se agrupan en 9 Títulos en atención a los objetivos que regulan: finalidad de la Ley y ámbito de aplicación, sistemas internos de información, canal externo de informaciones, disposiciones comunes a los canales internos y externos, revelación pública, tratamiento de datos de carácter personal, medidas de protección, Autoridad Independiente de Protección del Informante y régimen sancionador.

Actualmente el Anteproyecto se encuentra en fase prelegislativa, tras pasar por las fases de consulta e información pública, dando de ese modo cumplimiento al mandato comunitario relativo a garantizar la debida participación y transparencia en la creación de la misma. En relación con ello, resulta vital la consulta de la Memoria

17 El Plan Anual Normativo del año 2021 en su página 24 recoge que será objeto de aprobación la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Justificando que la Ley tendrá por objeto el establecimiento de medios efectivos y eficaces para proteger a los alertadores que informen sobre hechos amparados dentro de su ámbito de aplicación y que afecten al interés general. https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2021/310821-PLAN_ANUAL_NORMATIVO_2021.pdf

del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, promovida por el Ministerio de Justicia, donde analizan entre otros aspectos el impacto esperado con la aprobación y aplicación de ésta en materia ambiental, destacando que:

«Se considera que el impacto en materia de medio ambiente de este anteproyecto es positivo», debido a que «[...] permitirá aplicar las previsiones del considerando (10) para prevenir, detectar y afrontar los delitos contra el medio ambiente y las conductas ilícitas, así como adoptar medidas urgentes para proteger el medio ambiente [...]»¹⁸.

En todo caso, tal y como podremos observar a lo largo del presente artículo, la participación ciudadana resulta ser uno de los eslabones más importantes, dado que los sujetos que pueden resultar ser víctimas de represalias pueden tener en su poder información verdaderamente relevante y que sin su valentía sería imposible poder acceder a la misma.

Finalidad de la Ley y ámbito de aplicación

A fin de poder combatir las infracciones cometidas en el Derecho de la Unión y en el Derecho de los Estados miembro se han de activar todos los mecanismos jurídicos que sean posibles. Entre éstos encontramos la debida protección frente a aquellas represalias que puedan sufrir los sujetos que den el paso de denunciar sobre infracciones de las que sean concedores.

En este sentido manifiesta la Exposición de Motivos del Anteproyecto que en ocasiones los alertadores han padecido consecuencias calamitosas: «presiones por parte de los denunciados, aislamiento entre sus compañeros en la organización donde desempeñan su actividad laboral, despidos improcedentes, escraches continuos que se extendían a los familiares u otras sonrojantes actuaciones». Es por ello que resulta vital que el ordenamiento jurídico interno ampare y proteja a la sociedad civil cuando tome el testigo y decida poner de manifiesto una actividad o acción que resulta lesiva. A lo que se ha de añadir que, de igual modo, resulta relevante afianzar en la conciencia de la ciudadanía la importancia de perseguir a los sujetos que quebrantan la Ley, demostrando que no se tolerarán los amedrentamientos de infractores, ni se silenciarán los incumplimientos.

El Anteproyecto sigue fielmente la estructura y el contenido de la Directiva (UE) 2019/1937, pero con alguna salvedad, dado que no podemos olvidar que las Directivas se configuran como normativas de mínimos que han de cumplir los Estados. En este punto el Anteproyecto va más allá, señalando que no sólo tienen por finalidad transponer en su integridad la Directiva, sino que en su artículo 1 añade que:

«La presente ley tiene por objeto otorgar protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen, a través de los procedimientos previstos en la misma, alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2».

18 Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937. Consultada en la siguiente página web:
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN%20Y%20Tabla%20transposicion%20APL%20INFOMRANTES_0803.pdf (Vista el 22 de junio de 2022).

En lo que respecta al ámbito de aplicación material referido en su artículo 2, no sólo centra sus esfuerzos en aplicar la protección de la ley en las infracciones del Derecho de la Unión, sino también en toda acción u omisión que puedan resultar ser constitutivas de infracción penal o administrativa —grave o muy grave— o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico, siempre y cuando perjudiquen de forma directa el interés general¹⁹.

El Anteproyecto asume que su protección debe ser dirigida para aquellos sujetos que hayan obtenido información sobre infracciones cometidas dentro del contexto laboral o profesional, ya sea en el sector público o privado. Con ello el legislador no sólo pretende abarcar a los sujetos que estén prestando sus servicios en el momento de la comisión del hecho infractor, sino también extiende el aura protectora a compañeros, familiares, así como personas físicas o jurídicas que tengan relación con el sujeto. Como se puede observar la intención del legislador es dotar de esta potestad a un mayor número de sujetos.

Por lo que se refiere por tanto al ámbito de la Justicia Ambiental, el objetivo primordial no sólo de la Directiva, sino también del Anteproyecto, es pretender conseguir no sólo la obligación de instaurar canales de denuncia que posibiliten la información de aquellas infracciones ambientales cometidas en el seno de la empresa, sino la imponer la obligación de prestar eficaz protección a los denunciantes de posibles represalias de la empresa implicada²⁰.

Si ponemos nuestra atención en el primero de los objetivos perseguidos con la Directiva, es decir, el relativo a la instauración de los debidos canales de denuncia, dispone ésta en su artículo 8 que los Estados han de controlar que las empresas, tanto públicas como privadas, cuenten con canales y procedimientos de denuncia interna de manera imperativa, siempre y cuando cumplan con las características exigidas en el mismo cuerpo normativo²¹. Fácil es comprobar la gran complejidad que supone la transposición de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

Sistemas internos de información

Siguiendo las bases establecidas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, los sistemas internos se catalogan como el cauce preferente para informar sobre las infracciones cometidas sobre el Derecho, en su vertiente más general.

19 El Anteproyecto considera –en su artículo 2- que se entenderá que el interés general está afectado cuando la acción u omisión supongan quebranto económico para la Hacienda Pública.

20 Vid. VILLORÍA MENDIETA, M., «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 12, 2021, pp. 18-20.

21 Características recogidas en el artículo 8 de la Directiva 2019/1937, de las cuales se ha de destacar que estarán obligadas a contar con canales de denuncia las siguientes personas jurídicas:

- 1.- Entidades jurídicas del sector privado que tengan 50 o más trabajadores (apartado 3).
- 2.- Entidades jurídicas del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores podrán compartir recursos para la recepción de denuncias y toda investigación que deba llevarse a cabo (apartado 6).

Asimismo, la Directiva determina que se deberá aplicarla exigencia a todas las entidades jurídicas del sector público, eso sí, exceptiona a los Estados de cumplir con la obligación de velar por el fehaciente cumplimiento de instaurar canales de denuncia interna cuando la entidad jurídica pública se encuentre sita en municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores (apartado 9).

Para que éstos sean efectivos, el Anteproyecto obliga —en su artículo 5²²— a que cumplan con una serie de requisitos, posibilitando incluso que sean gestionados por terceros —en base a lo dispuesto en el artículo 6—, garantizando en todo momento la debida independencia, confidencialidad, protección de datos y el deber de secreto.

Señala además que los sistemas internos han de establecerse tanto en el sector público, como privado. En el primero, se obliga a contar con canales internos a todas las Administraciones públicas —territoriales o institucionales—, incluyendo autoridades independientes u otros organismos que gestionen servicios de la Seguridad Sociales, las universidades, así como las Corporaciones, sociedades y fundaciones de las que sea titular el sector público. Y, en el segundo, estarán obligadas a contar con sistemas internos de información todas las personas físicas o jurídicas que tengan contratados a más de 50 trabajadores²³.

Canal externo de informaciones

El Título III del presente Anteproyecto se encarga de regular el canal externo al que cualquier informante podrá acudir tras previo informar a través del canal interno, o en de manera directa.

Lo más relevante que conviene destacar es que el procedimiento a seguir desde que se accede al canal externo de informaciones no puede prolongarse excesivamente en el tiempo, imponiendo como plazo máximo de tramitación y resolución el período de 3 meses. Tramitación que quedará en manos de la Autoridad Independiente —que a continuación tendrá la oportunidad de analizar—, y que ésta deberá o bien, archivar el expediente, remitir al Ministerio Fiscal, trasladar a la autoridad sectorial competente, o es su caso, iniciar el procedimiento sancionador.

Revelación pública

La revelación pública se entiende por la exposición al público de todas las informaciones que se conozcan sobre las infracciones cometidas sobre el Derecho. Si bien es cierto, para que ésta pueda desplegar sus efectos, en principio, sólo podrán acogerse a su protección aquellos sujetos que hayan empleado previamente los canales internos y externos de información, o directamente haya hecho uso de los canales de información externos, sin que se hayan llevado a cabo medidas adecuadas en el plazo establecido.

Empero, la salvedad de no cumplir con dicho requerimiento para poder gozar de una plena protección bajo el aura de la revelación pública, se extiende dicha posibilidad a aquellos particulares, que por motivos de riesgo o peligro inminente o situación de emergencia, denuncien una infracción que puede tener como consecuencia la comisión de daños irreversibles —supuesto plenamente aplicable al ámbito medioambiental—.

22 Permitir comunicar información sobre las infracciones previstas en el artículo 2 a todas las personas referidas en el artículo 3; estar diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura; permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos; integrar los distintos canales internos de comunicación que pudieran establecerse dentro de la entidad; y un largo etc.

23 Se posibilita a aquellas personas jurídicas que cuenten con más de 50 y menos de 249 a compartir entre sí el sistema interno de información.

Tratamiento de datos de carácter personal

No cabe duda alguna en que los sistemas de comunicación y revelación de información han de cumplir escrupulosamente con la protección de datos²⁴. Configurándose como elemento primordial la debida protección de la identidad de alertador.

En este sentido el Anteproyecto asume en su Exposición de Motivos que la identidad del alertador nunca podrá ser revelada, limitándose únicamente a que se informe de la misma a la autoridad judicial, Ministerio Fiscal o autoridad administrativa competente, bajo la exigencia de que ésta no sea transferida, ni se permita el acceso a ella, a terceros.

Medidas de protección

Las medidas de protección —siguiendo los criterios mencionados en la Exposición de Motivos del presente Anteproyecto— se configuran como la columna vertebral de la Ley. El objetivo primordial perseguido, ya desde la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937 es la prohibición de todo tipo de represalias dirigidas contra los alertadores. De ahí que se advierta a lo largo de los preceptos la continua declaración de prohibición y declaración de nulidad de todo acto que pueda ser considerado represalia²⁵, incluyendo amenaza o tentativas de represalia.

Ha de destacarse que las medidas de protección no han sido creadas para favorecer únicamente a los alertadores. Sino que la otra parte —los que adoptan la postura de los mal llamados «denunciados»— también ha de contar con especial protección ante la eventualidad de que exista una información catalogada como falsa, manipulada, o que simplemente no se enmarque dentro del ámbito de aplicación del presente Anteproyecto.

Desde el ámbito riguroso del Derecho Procesal a estos sujetos se les debe garantizar una fehaciente tutela judicial de sus derechos, entre los que destacan la presunción de inocencia, defensa, transparencia, confidencialidad y reserva de identidad; en suma, los mismos derechos que le son propios y reconocidos a los alertadores.

Autoridad Independiente de Protección del Informante

Uno de los aspectos que destacan dentro de las disposiciones articuladas en el presente Anteproyecto es el Título VIII relativo al régimen jurídico y procedimiento a seguir por parte de la Autoridad Independiente de Protección de Informante.

24 Vid. PUYOL MONTERO, F.J., «La Protección de Datos en el ámbito del Canal de Denuncia. Especial consideración al Anteproyecto Ley de transposición de la Directiva de Alertadores», *La Ley Privacidad*, núm. 12, 2022, pp. 1 y ss. VILLORÍA MENDIETA, M., «La protección al whistleblower. Retos para la implementación en España», *Barataria: Revista Castellano-manchega de Ciencias Sociales*, núm. 31, 2021, pp. 20-39.

25 Para determinar que entiende el legislador por represalia debemos acudir al artículo 36.3 del Anteproyecto de Ley de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, donde señala que se consideran represalias «suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria; daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso y ostracismo; evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional; inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o contratación de obras o servicios; así como anulación de una licencia o permiso».

Este nuevo organismo se configura en el seno del Derecho Público con personalidad jurídica propia, a la que se ha dotado de autonomía e independencia —tanto orgánica, como funcional—, adscrita al Ministerio de Justicia. Aquí es donde encontramos uno de los primeros aspectos más críticos, dado que se trata de una autoridad administrativa, y en base a ello no podemos olvidar que nuestra Administración Pública precisamente se catalogue como entidad libre de corrupción. Por tanto, el hecho de que se encuentre estrechamente vinculada al sector público puede resultar ser una nota discordante.

Régimen sancionador

Resulta mecanismo imprescindible, para poder garantizar los requerimientos impuestos en la Directiva comunitaria mencionada, el establecimiento de un régimen sancionador.

En este sentido, el presente Anteproyecto alude al modelo de infracciones y sanciones en su Título IX, partiendo de que el control del régimen sancionador es otorgado a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, así como a los demás órganos competentes sitos en las Comunidades Autónomas. En este punto me veo en la obligación de matizar que dicho régimen sancionador es completamente compatible con las facultades disciplinarias que les son propias —internamente— a cada persona jurídica.

Las infracciones se encuentran catalogadas como muy graves, graves y leves. En atención a la gravedad de las mismas corresponderá una u otra sanción, distinguiendo a su vez si nos encontramos ante personas infractoras físicas o jurídicas.

	Personas físicas	Personas jurídicas
Muy graves	30.001€ - 300.000€	600.001€ - 1.000.000€
Graves	5.001€ - 30.000€	100.001€ - 600.000€
Leves	10.000€	100.000€

2.2. No puede pasar por alto el carácter transversal de la materia ambiental

La regulación de la protección de los alertadores no podemos delimitarla a un único orden jurisdiccional, ya que puede llegar a afectar a todas las ramas del Derecho —sobre todo cuando intercede una materia tan transversal como es el medio ambiente—: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral. Siguiendo las palabras de AMÉRIGO ALONSO será «necesaria una regulación de nuevo cuño que tenga implicaciones en todas estas ramas del Derecho, con un impacto muy relevante tanto en el sector público como en el sector privado, dada la dilatada esfera de los sujetos obligados»²⁶. Por tanto, la figura del alertador ambiental ha de ser analizada desde la órbita de cada una de las ramas que constituyen los distintos órdenes jurisdiccionales.

26 AMÉRIGO ALONSO, J., «Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing», *Diario La Ley*, núm. 9699, Sección Tribuna, 2020, p.4.

Por lo que se refiere en primer lugar al orden jurisdiccional penal²⁷, teniendo siempre presente que la Directiva únicamente establece unos mínimos que todos los Estados miembros han de incorporar en su ordenamiento jurídico, cabe advertir que, en lo que respecta al ámbito material —concretamente en la materia que nos ocupa, el medio ambiente— la extensa enumeración de materias que recoge el Anteproyecto en su artículo 2, posibilita la alteración del número de delitos que se recogen en nuestro Código Penal, debido a que pueden verse incrementados —delitos ambientales o con indecencia medioambiental— a iniciativa del legislador español, es decir, podrían tener cabida igualmente los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Título XVI), así como los delitos contra la seguridad colectiva, dado que la Directiva incorpora la seguridad del transporte, la seguridad de los productos, las radiaciones y seguridad nuclear, así como la seguridad alimenticia y animal; en definitiva la salud pública en sentido amplio (Título XVII).

Lo mismo ocurre en conexión con lo dispuesto en el artículo 3 del Anteproyecto, en cuya virtud será objeto de aplicación cuando el denunciante guarde relación laboral con la sociedad o institución —ya sea en el ámbito privado o público— y, además que la información verse sobre infracciones ambientales cometidas en el entorno laboral, incluyendo como mínimo a los sujetos que tengan la condición de trabajadores o empleados públicos; autónomos; accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión, teniendo en cuenta a su vez a miembros no ejecutivos; voluntarios y trabajadores en prácticas, con o sin remuneración. Es obvio que el Anteproyecto a pies juntillas el mandado comunitario concediendo un aura de protección muy ampliada a las relaciones laborales, ya que incluso será de aplicación la Ley cuando los denunciantes informen de la infracción sin que el comienzo de la relación laboral haya sido plenamente efectiva, es decir, que dicha información haya sido obtenida en el momento de selección o de negociación precontractual (apartado 2)²⁸.

En el ámbito penal resulta necesaria la colaboración de los alertadores, debido a las dificultades que se asocian a la detección de los delitos ambientales que surjan en el seno de una corporación manifestados en tres vertientes, es decir, la propia detección del delito, la detección del responsable individual que cometió el hecho ilícito en la corporación y, la recopilación de pruebas que demuestren la comisión del delito. Es por ello que, adquiere relevancia la instauración de una cultura empresarial basada en la ética, justicia y civismo que dan lugar a la aparición y justificación de los debidos canales de denuncia interna. Pero ojo, debemos tener claro que la denuncia penal propiamente dicha, nada tiene que ver con la denuncia o alerta que propicie el alertador, es más, la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores

27 Para ahondar en los aspectos penales vid. DELGADO MARTÍN, J., «Reflexiones sobre el papel de los alertadores (whistleblowers) en el proceso penal», *Diario la Ley*, núm. 9992, 2022, pp. 1 y ss.

28 El legislador comunitario a la hora de redactar la Directiva —que impone mínimos que los Estados han de tener en cuenta en sus transposiciones— consideró apropiado la inclusión de otros sujetos bajo la misma aura de protección del denunciante, por considerar que podían igualmente verse perjudicados o represaliados por la sociedad o institución. Es por ello que, el apartado 4.º incluye a facilitadores; terceros relacionados con el denunciante —compañeros de trabajo o familiares—; así como entidades jurídicas que guarden relación-propiedad, relación laboral o, cualquier otro tipo de relación— con el denunciante. Resulta conveniente resaltar que, aun cumpliendo con el objetivo material, así como personal, la Directiva protegerá a aquellos denunciadores que cuenten con motivos razonables de que la información que tienen en su poder sobre las infracciones denunciadas es veraz y que además hayan empleado los canales de denuncia internos o externos o hayan realizado una revelación pública.

del 20 de diciembre de 2019 señala en su Disposición adicional cuarta que se ha de proceder a añadir un segundo apartado en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que clarifique que no podrá ser considerada como denuncia la información promovida por el alertador.

Resulta evidente el interés que suscita la protección penal del denunciante, debido a que éste se enfrenta a que su conducta sea amparada dentro de algún ilícito penal tipificado en el CP. En primer lugar, la conducta informadora puede ser objeto de responsabilidad penal por encajar dentro del delito de violación de secreto empresarial contenido en el artículo 279 del CP²⁹. Dando respuesta a posibles incongruencias, el Anteproyecto se adelanta manifestando en su artículo 28.1 que:

«No se considerará que las personas que comuniquen información sobre infracciones o que hagan una revelación pública de conformidad con la presente Directiva hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y estas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación pública».

La ausencia de responsabilidad esgrimida en el Anteproyecto —que deriva del mandato comunitario— concuerda totalmente con lo preceptuado en el artículo 2.3 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales³⁰. En ella se exige de responsabilidad cuando la información revelada: en primer lugar, sea amparada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; en segundo lugar, tenga por finalidad la protección de un interés general; en tercer lugar, cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes; y, por último, con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho europeo o español.

Otro de los delitos en los que puede incurrir el alertador sería el tipificado en el artículo 278 del CP, relativo al delito de espionaje empresarial³¹ y más aún si para poder apoderarse de la información media amenaza alguna. En este sentido, el artículo 21.3 de la Directiva impone que:

29 Sobre el artículo 279 del CP los Juzgados y Tribunales han entrado a valorar que conductas son las que pueden ser enmarcadas dentro del tipo básico delictivo. Sobre ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 2016, dispone que *sólo está al alcance de quienes reúnen determinadas características*. ECLI:ES:APB:2016:5558A. En el mismo sentido, siguiendo los mismos postulados, la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de julio de 2018, señala que *la conducta del investigado se ajusta a un modelo ya estudiado por nuestra jurisprudencia: el del sujeto, directivo o trabajador, que vinculado por un acuerdo de confidencialidad y tras terminar su relación con el sujeto pasivo, copia y conserva, bien para sí o para un tercero, información constitutiva de secreto profesional (...)*. ECLI:ES:APM:2018:3540A.

30 Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. «BOE» núm. 45, (21 de feb. 2019).

31 El tipo básico del delito 278 pena aquella conducta que para poder descubrir un secreto de empresa se apodera -a través del empleo de cualquier medio, incluyendo dispositivos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o imagen- de datos, documentos, soportes informáticos u otros objetos. Sobre el tema se ha pronunciado el Tribunal Supremo informando que «basta la acción de apoderamiento dirigida a alcanzar ese descubrimiento. Conseguir el conocimiento del secreto pertenece a la fase posterior de agotamiento de la infracción. Incluso se comete, aunque no pueda después alcanzarse ese descubrimiento del secreto porque, por ejemplo, el autor del delito no puede llegar a descubrir las claves utilizadas por la empresa en defensa tal secreto». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1 de 16 de diciembre de 2008. ECLI:ES:TS:2008:7442.

«[...] en caso de que la adquisición o el acceso constituya de por sí un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable».

Y clara manifestación de ello lo encontramos a los apartados recogidos en el artículo 38 del Anteproyecto, añadiendo coletillas como «siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito».

Por tanto, la Directiva 2019/1937 pone el foco —y así quiere que lo haga cada Estado miembro— en no asumir tajantemente la apropiación indebida de información para poder denunciar la infracción. Es más, si para poder obtener la información el alertador estuviera vulnerando algún derecho fundamental, procesalmente estaríamos hablando de exclusiones probatorias donde median los tan complejos juicios de ponderación³².

No pudiendo ahondar en el tema, pero sí queriendo dejar constancia de una de las debilidades de la disposición contenida en el art. 528.6 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal —debilidad que se encuentra desarrollada en diversos artículos realizados por GONZÁLEZ GRANDA³³— es que se presta menor atención a otros aspectos y en particular a los derechos de la persona sobre la que recae la acusación contenida en la denuncia, es decir, el derecho de defensa de las personas investi-

32 Sobre la posible vulneración de derechos fundamentales a la hora de llevar a cabo la recopilación de información para su posterior denuncia, González Granda sobre ello acuña que «La obtención de prueba digital puede afectar a una diversidad de derechos fundamentales: derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), derecho a la autodeterminación informativa en el ámbito de la protección de datos personales (art. 18.4 CE), derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), e incluso el derecho a la propia imagen en supuestos de captación y/o grabación de vídeos o fotografías». GONZÁLEZ GRANDA, P., «Las exclusiones probatorias en el entorno de la prueba digital en el orden jurisdiccional civil», en op. col. GONZÁLEZ GRANDA, P. (dir.): *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 248-249.

Sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, el autor PÉREZ DEL VALLE, señala que nuestra Carta Magna no hace alusión alguna a que las personas jurídicas sean poseedoras de derechos fundamentales, pero ello a su vez, no quiere decir que la CE o demás disposiciones normativas impidan que la persona jurídica sea titular de derechos fundamentales. En este sentido el autor incide en que «La persona jurídica puede ser objeto de sanción penal por comisión de delitos al igual que la persona física, por lo que resulta claro que se tiene que dar un equiparación de derechos en el supuesto de que la persona jurídica sea objeto de una investigación en la que tenga lugar una prueba ilícitamente obtenida, estando consecuentemente legitimado para denunciarla, puesto que cualquier pronunciamiento condenatorio habrá de estar basado en los principios que informan el Derecho penal (STS 3544/2017, de 11 de octubre de 2017)». PÉREZ DEL VALLE, F., «Exclusiones probatorias a instancia de la persona jurídica», en op. col. GONZÁLEZ GRANDA, P. (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 181 y 185.

33 La autora destaca que se ha de tener presente que la denuncia interna lleva aparejado el inicio de un procedimiento que posiblemente adquiera el carácter sancionador, por lo que resulta vital garantizar al investigado que el procedimiento se dirima bajo la atenta mirada de los derechos que le son inherentes no sólo al alertado anónimo, sino también al sujeto investigado, es decir, a la persona jurídica». Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., «Breve apunte sobre el derecho de defensa en su relación con la proyectada figura del *alertador* en la ALECRIM», en op. col. *El Derecho Procesal: entre la academia y el foro: VII Memorial Manuel Serra Domínguez* (en prensa). En el mismo sentido, consúltese op. cit. GONZÁLEZ GRANDA, P., «La figura del *Alertador* en la regulación proyectada en el Anteproyecto de la LECRIM y su trazabilidad constitucional», pp. 375-381.

gadas³⁴. Si bien es cierto que el Anteproyecto dedica su art. 39 a las medidas de protección de las personas investigadas, disponiendo que, durante la tramitación del expediente, las personas investigadas tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y de acceso al expediente, obteniendo de ese modo la misma protección reconocida para los informantes. Pero al igual que ocurría con la Directiva (UE) 2019/1937 no va más allá.

Por lo que se refiere al orden jurisdiccional civil, la gran problemática que se suscita gira en torno a la institución de la legitimación. Si acudimos a la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores del año 2019³⁵ dispone que:

«[...] se ha querido extender la protección no solo las personas alertadoras conocedoras de informaciones sobre fraudes o actuaciones corruptas de las corporaciones públicas y privadas incluidas en el ámbito de esta norma, sino también a facilitadores de las alertas; personas físicas o jurídicas tales como ONGs, plataformas ciudadanas, víctimas o medios de comunicación, entre otros, que permiten que aflore la alerta dada por un alertador».

Reconociendo de manera directa el papel relevante que poseen los alertadores —ya sea un ciudadano o una entidad como las ONG— en la protección y defensa del medio ambiente³⁶. Cuestión que ha dado verdaderos quebraderos de cabeza desde aprobación de la *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)*; debido a que la acción pública reconocida en la Ley 27/2006, no se configura como una verdadera acción pública, sino que contamos con una acción pública condicionada a determinadas personas, que también han de cumplir una serie de requisitos³⁷.

34 Para que la persona jurídica vea garantizada su derecho de defensa en su plenitud, parte de la doctrina sostiene que como posible solución cabría el establecimiento interno de un código de investigación que permitiera la obtención de pruebas, posibilitando de ese modo que la persona jurídica apreciara sus límites, así como sus derechos. Vid. NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas», en op. col. NIETO MARTÍN, A. (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 7. Además, ese establecimiento de un código de investigación ayudaría a poder filtrar la labor indagatoria que debería llevar a cabo organismos estatales, asumiendo la propia persona jurídica, gracias a la autorregulación, el sistema de prevención de ilícitos penales por medio de Programas de Cumplimiento corporativos. Vid. TORRENT I SANTAMARIA, J.M. y PÉREZ GIL DE GÓMEZ, L., «Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 85, 2020, pp. 107-108.

35 Conviene también recordar que distintas formaciones políticas con representación parlamentaria han procedido a la presentación de distintas Proposiciones de Ley desde el año 2016 hasta la actualidad. Entre ellas mención especial merece la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, del 20 de diciembre de 2019, propuesta por Baldoví Roda (Grupo Parlamentario Plural) y 15 Diputados; por considerar que puede ser ajustada a las exigencias emanadas en la Directiva (UE) 2019/1937.

36 La Disposición adicional tercera de la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, relativa a la Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil; añade un artículo 11 ter sobre legitimación para la defensa de los derechos de alertadores y facilitadores donde señala que «para la defensa de los derechos de los alertadores y facilitadores, además de ellos mismos y siempre con su autorización, estará también legitimada la Autoridad independiente de Protección de los Alertadores y Facilitadores de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Protección Integral de los Alertadores».

37 Vid. PEÑALVER I CABRÉ, A., «El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, p. 2349.

En cuanto a la Administración Pública y al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, apoyamos que la figura del alertador resulta de vital importancia su inclusión dentro de las Administraciones Públicas, debido a que nuestro Estado se encuentra en el puesto número 34 dentro del ranking del Índice de la Percepción de la Corrupción realizado entre 180 países³⁸.

El desasosiego que produce la corrupción de la Administración Pública en la ciudadanía ha traído consigo que el legislador nacional haya activado los mecanismos legislativos obteniendo como resultado un gran número de normativa sobre transparencia, buen gobierno y participación ciudadana³⁹. El objetivo primordial que se pretende conseguir con la instauración de estos textos legales no es otro que lograr que la ciudadanía ayude a que el Derecho se aplique en su plenitud. Como hemos podido observar, en materia ambiental resulta primordial que la sociedad participe en el desarrollo de la función pública, para poder proteger el medio ambiente de todas esas injerencias que se cometen a la hora de conceder autorizaciones, licencias, concesiones, permisos, (...) que pueden ser contrarias a la normativa ambiental vigente.

Y, por último, en relación con el orden jurisdiccional laboral, el sistema productivo de las grandes industrias ha propiciado a lo largo de los años, la comisión de numerosas prácticas ilícitas que, no sólo ponían en riesgo la salud y vida de sus trabajadores, sino que afectaban a la calidad de vida de los demás ciudadanos y medio ambiente.

No queda lugar a dudas que el alertador en el entorno empresarial se configura como el eslabón principal para poder proceder a la detección de delitos que puedan resultar ser perjudiciales para la colectividad, como es el caso de las lesiones o destrucción del medio ambiente⁴⁰. Como se ha mencionado en numerosas ocasiones, los propios empleados podrán obtener información o pruebas —dentro de la fase de fabricación o distribución de productos o servicios— de actuaciones ilícitas que se estén llevando a cabo de manera furtiva en el seno de la organización, de ahí que resulte necesaria esa cooperación privada para poder prevenir, disipar y penar esas conductas.

A modo de conclusión, consideramos que es el momento apropiado para mostrar —modestamente— al legislador los inconvenientes o limitaciones de los que puede apropiarse la Ley integral⁴¹ y, que deberían ser tenidos en cuenta en particular en su proyección al medio ambiente.

2.3. Posibles aspectos controvertidos

Uno de los aspectos de máximo interés se relaciona con el ámbito de aplicación material de la Directiva, por cuanto ésta establece como límite competencial la pro-

38 Índice de Percepción de la Corrupción del año 2020. Consultado en la siguiente página web: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/esp>.

39 Advierte Garrido Juncal que esa necesidad de demostrar por parte de la Administración Pública un comportamiento honrado, ha propiciado el nacimiento de un nuevo campo de las ciencias sociales, es decir, la ética pública, política y administrativa. Vid. GARRIDO JUNCAL, A., «La protección del denunciante: regulación autónoma actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm.12, 2019, p.127.

40 En este sentido vid. MERCADER UGUINA, J.R., «La protección de alertadores, informantes o denunciantes. Una lectura laboral de la Directiva 2019/1937 de 23 de octubre», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones laborales*, núm. 64, 2020, pp. 30-31.

41 Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, de 20 de diciembre de 2019. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-27-1.PDF

tección de los alertadores que informen sobre infracciones cometidas sobre determinadas materias —entre las que encontramos la protección del medio ambiente— del Derecho de la Unión, sin preocupar a la Directiva si el Derecho interno de cada Estado las cataloga como administrativas, penales o relativas a otro orden jurisdiccional⁴². Ahora bien, esa demarcación no imposibilita a que los Estados miembros amplíen las medidas de protección de los denunciantes a otros sectores que integren el ordenamiento interno. En este sentido, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva (UE) 2019/1937, donde señala que:

«La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1».

Por tanto, a la hora de transponer el ámbito de aplicación material en el Derecho interno será la primera cuestión controvertida con la que se encontrará el legislador nacional, debido a que ha de tomar la decisión de si se incluyen otros posibles sectores o infracciones bajo el aura protectora de las disposiciones que integran la Directiva objeto de transponer. Por suerte o por desgracia, nuestro ordenamiento jurídico carece de regulación relativa a la protección de los alertadores⁴³, resultando ser, por

42 Circunstancia advertida y puesta de relieve en GONZÁLEZ GRANDA, P. y YUGUEROS PRIETO, N., «Dos destacables iniciativas de mejora en la órbita europea con incidencia en el acceso a la Justicia Ambiental», *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 81, 2022, pp. 9-67.

43 Si bien es cierto, esta afirmación ha de ser objeto de matización, debido a que contamos con regulación autonómica relativa a la protección de los alertadores en supuestos en los que interceda la corrupción. En nuestro Estado las Comunidades Autónomas han sido las precursoras a la hora de aprobar normativa específica relativa a la protección de sujetos que informaban sobre aspectos corruptos ocasionados en el seno de la Administración Pública. La primera Comunidad Autónoma en coger el testigo fue la de Castilla y León a través de la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes. «BOCYL» núm. 224, (21 de nov. 2016). Ésta Ley fue objeto de numerosas críticas, entre las que cabe destacar como punto débil, es que no se prevé la instauración de un órgano independiente ante al que acudir a la hora de interponer la denuncia correspondiente.

En el mismo año, siguiendo los pasos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, diversas Comunidades Autónomas se animaron a tramitar y aprobar normativa relativa a la protección de los informantes, destacando la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. «BOE» núm. 306, (20 de dic. 2016); que se encarga de instaurar el Estatuto del denunciante y, la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Illes Balears. «BOE» núm. 8, (10 de ene. 2017).

Al año siguiente en bloque distintas Comunidades Autónomas continuaron con la vorágine legislativa que rodeaba la protección de los informantes con la aparición de nuevas leyes: la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas «BOA» núm. 114, (16 de jun. 2017), donde se incorpora el Estatuto del denunciante; la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra. «BOE» núm. 139, (8 de jun. de 2018).; la Ley del Principado de Asturias 8/, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés. «BOE» núm. 253, (19 de oct. 2018). y; un largo etcétera.

A fin de cuentas, todas estas normativas guardan una estructura normativa similar: delimitación del concepto de denunciante; reconocimiento de garantías e instauración de medidas de protección a los informantes; establecimiento (o no) de una autoridad independiente que será la encargada de llevar a cabo la tramitación de las denuncias internas y; establecimiento del régimen infractor y sancionador. Sobre ello inciden BLANES SOLIVA, M.F. y MECO TÉBAR, F., «La protección de datos de las personas denunciantes en casos de corrupción en el sistema español», *Cuadernos de política criminal*, núm. 129, 2019, pp. 157-160.

tanto, el momento adecuado para actuar de manera incisiva y uniforme en la incorporación de otras infracciones no incluidas en el Derecho de la Unión.

Pues bien, adentrándonos en el contenido del presente Anteproyecto adelantamos que el legislador nacional no se ha esforzado en ampliar la protección de los alertadores en otros sectores. Únicamente hace mención a la protección de los trabajadores que informen sobre infracciones del Derecho Laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido tampoco nada específico dice sobre la protección del medio ambiente.

Si bien es cierto que la ampliación de infracciones bajo el aura protectora del denunciante descrito en la Directiva, y transpuesto en el Anteproyecto, puede traer consigo adversidades relativas a que no se podrá canalizar del mismo modo cuando medie un ilícito penal catalogado como grave o muy grave, o cuando se trate de una infracción en la normativa municipal. Como posible mecanismo de evitación del problema sería proporcionar medios tanto a las instituciones públicas como privadas para que puedan admitir y tramitar de manera autónoma las denuncias recibidas. Claro está que el Estado debería soportar un sobrecoste importante para poder canalizar debidamente todos los supuestos que encajen en los mínimos establecidos en la Directiva (UE) 2019/1937.

Otro de los aspectos reflejados en la Directiva (UE) 2019/1937 que no pueden pasar por alto es el relativo a la regulación de los canales de denuncia, ya que ello supone determinar: por un lado, aclarar que personas jurídicas han de facilitar los canales de denuncia internos; por otro lado, establecer la autoridad competente que ha de crear los canales de denuncia externos y; por último, delimitar medidas que se preocupen de fomentar el empleo de canales de denuncia tanto internos como externos antes de acudir a otras vías.

Adentrándonos en que personas jurídicas han de cumplir con la obligación de establecer canales de denuncia internos —tal y como hemos visto *supra*— el artículo 10 y 13 del Anteproyecto disponen —seguramente en aras de conseguir uniformidad— que deberán contar con canales de denuncia interna en todo caso, todas las entidades del sector público y aquellas personas jurídicas del sector privado que cumplan con los requisitos relativos al número de trabajadores⁴⁴ que integren la sociedad.

Por tanto, la complejidad a la hora de llevar a cabo la transposición no deviene en la determinación de las personas jurídicas que han de cumplir con la obligatoriedad impuesta en la Directiva (UE) 2019/1937. Para entendernos resulta necesario hacer dos apreciaciones. En el sector privado encontramos programas de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, los programas del *Compliance* Penal; en este ámbito resulta evidente la gran relevancia que adquieren los canales internos. Si bien es cierto, a día de hoy, encontramos sociedades privadas que aún no han cumplido con la exigencia de contar con canales internos para dar cumplimiento con el *Compliance* Penal. Ahora bien, otras sociedades cuentan con

44 La Directiva en el artículo 8 relativo a la obligación de establecimiento de canales de denuncia interna señala que serán requeridas a contar con canales de denuncia interna toda empresa privada que tenga más de 50 trabajadores, así como la empresa pública en todo caso, es decir, sin tener en cuenta los empleados que presten sus servicios en la misma —salvo que el Estado miembro exima a las que cuenten con menos de 50 trabajadores o la empresa se encuentre sita en un lugar que cuente con menos de 10.000 habitantes—. Empero, en el apartado séptimo del mismo artículo dispone que si media riesgo alguno, tras realizar la evaluación de riesgo correspondiente, sobre todo cuando haya posibilidad de incidencia negativa sobre el medio ambiente, así como salud pública, los Estados miembros han de exigir a aquellas empresas privadas que cuenten con menos de 50 trabajadores que cuenten con canales de denuncia interna.

canales internos que se verán afectados y alterados para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva 2019/1937.

En cambio, en el sector público es donde realmente encontramos la divergencia, ya que el propio artículo 31.1 *quinquies* del CP exonera de responsabilidad penal «al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las Organizaciones Internacionales de Derecho Público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas». En este sentido, no podemos olvidar que el Anteproyecto —siguiendo fielmente los postulados de la Directiva (UE) 2019/1937— exige expresamente que el sector público también ha de contar con canales de denuncia interna, y es ahí donde el legislador nacional ha de invertir todos sus esfuerzos en adaptar sistemas que posibiliten el fehaciente cumplimiento, con el consiguiente elevado gasto presupuestario que supondrá la correcta instauración de los mismos en el sector público.

Otro de los puntos que reviste complejidad a la hora de transponer la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico es la determinación de la autoridades o autoridades competentes que han de crear los canales de denuncia externa. Sobre ello hace alusión el artículo 11.1 del cuerpo normativo objeto de estudio, donde señala que:

«Los Estados miembros designarán a las autoridades competentes para recibir las denuncias, darles respuesta y seguirlas, y dotarán de recursos adecuados».

La finalidad de instaurar canales de denuncia externa no es otra que funcionar como cauce determinante en aquellos supuestos en los que el denunciante informa de la infracción cometida en el seno de la organización, pero no se comunica en la persona jurídica donde supuestamente se ha cometido ese ilícito. Nuestro ordenamiento jurídico bien conoce esta modalidad en el ámbito público. Es común que los denunciantes acudan a la Administración pública informando de una posible infracción y es la Administración la que incoa de oficio los procedimientos administrativos correspondientes⁴⁵.

45 La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala en su artículo 58 que «Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Desarrollado por el artículo 62 de la misma Ley relativo al inicio del procedimiento por denuncia, donde se manifiesta que:

1. Se entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.

2. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

3. Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento.

4. Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

El contar con ardua experiencia en el sector público no exime de complejidad a la hora de transponer las exigencias de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico. Dando una posible orientación al legislador nacional, parte de la doctrina entre los que se encuentra BENÍTEZ PALMA, proponen dos posibles patrones a seguir: por un lado, un patrón descentralizado, es decir, todas las autoridades serán las encargadas de recibir y seguir las denuncias dependiendo de las materias sobre las que recaigan las infracciones y; por otro lado, un patrón centralizado, en el que todas las denuncias —sin atender a criterios materiales— son conocidas por la misma autoridad, así como tramitadas, sin que tenga que ser obligatoriamente el órgano decisor⁴⁶.

Intentando aportar una visión crítica de los posibles problemas que suscitan la elección de un patrón u otro, resulta evidente que el modelo descentralizado conllevaría un plus de dificultad para la ciudadanía, debido a que, al otorgar la potestad de admisibilidad y control a numerosos órganos, la sociedad civil no sabría a qué autoridad acudir para denunciar la posible infracción. Por tanto, sería adecuada la instauración de un patrón centralizado, donde quedaría en manos de una única autoridad la recepción y gestión de las mismas. Cabe advertir, que el patrón centralizado cuenta con apoyo normativo; concretamente el artículo 11 de la Directiva 2019/1937 en su segundo apartado f) dispone que:

«Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes transmitan en tiempo oportuno la información contenida en la denuncia a las instituciones, órganos u organismos competentes de la Unión, según corresponda, para que se siga investigando, cuando así esté previsto por el Derecho de la Unión o nacional».

En este orden, el legislador nacional ha optado por crear la Autoridad Independiente de Protección del Informante —analizada *supra*— otorgándole potestades como: la gestión del canal externo de comunicaciones; la adopción de las medidas de protección; la participación en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencia; la tramitación de los procedimientos sancionadores, así como imposición de sanciones y la elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y pautas de correcta interpretación y aplicación de la Ley sobre protección de los informantes.

A la complejidad que supone la transposición de la Directiva cuando el legislador se adentre a analizar un aspecto tan primordial como la debida regulación de los

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.

En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia. 5. La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 236 (2 de oct. 2015).

46 Concluye el autor de referencia que «*A priori* se podría afirmar que la creación de un órgano independiente puede sin duda facilitar la presentación y la gestión de las denuncias, seleccionando las más relevantes y estableciendo unas prioridades objetivas en la investigación posterior de las mismas, sin bien sería deseable un diseño correcto de sus competencias y una definición certera de la misión». BENÍTEZ PALMA, E.: «El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)», *Revista Española de Control Externo*, núm. 59, 2018, p.37. Véase a su vez, *op. cit.* AMÉRIGO ALONSO, J.: «Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing», p. 6.

canales de denuncia, se ha de añadir que si es cierto que la Directiva dispone la obligatoriedad de que los Estados miembros exijan por medio de Ley que tanto las personas jurídicas privadas como públicas cuenten con mecanismos de denuncia anónima, pero nada dice sobre si los Estados miembros han de obligar (o no) a éstas, así como a las autoridades competentes a aceptar y a realizar un seguimiento veraz de las informaciones recibidas por parte de los *alertadores*. Conviene señalar que, de nada serviría que los ciudadanos haciendo uso de nuevos mecanismos de acceso a la Justicia Ambiental vean rechazadas o incluso, aprecien como su denuncia quede en el olvido sin que se activen los instrumentos que actúen en aras de proteger el medio ambiente, ya sea de manera preventiva y/o coercitiva a través de la imposición de sanciones que puede llevar aparejada inclusive responsabilidad penal en su máximo grado.

En este sentido, el legislador nacional ha considerado oportuno el reconocimiento y delimitación de un plazo (3 meses) para que dentro del mismo se realicen las investigaciones y se dé respuesta a los sujetos que han puesto de manifiesto las infracciones percibidas.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es la necesaria configuración de medidas que se preocupen de fomentar el empleo de canales de denuncia tanto internos como externos antes de acudir a otras vías. Sobre ello hace alusión el artículo 7.2 de la Directiva 2019/1937 donde recoge que:

«Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias».

Este organigrama de vías o canales deseable establecido en la Directiva no ha de ser impuesto por parte de ninguna autoridad y organismo competente, sino que los Estados han de velar por fomentar que la sociedad civil emplee este tipo de canales. Cabe advertir que la directriz emitida por parte de la Directiva no resulta ser caprichosa, sino que persigue que las denuncias sean tenidas en cuenta de manera ordenada sin que la resolución sea dilatada en el tiempo y se asegure la fehaciente protección de los alertadores sin que deban asumir represalia alguna. Es por ello que, queda en manos de los legisladores nacionales el determinar aquellos aspectos determinantes de cada uno de los canales de denuncia, es por ello que el Anteproyecto se ocupa en regular ambos canales —interno y externo— de manera diferenciada en el Título II.

Otro de los puntos que puede resultar ser controvertido por dejar la Directiva 2019/1937 la regulación en manos de los Estados miembros es hasta donde han de llegar esas medidas de protección. Cabe señalar que el artículo 25.1 de la Directiva dispone que:

«Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la presente Directiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 y en el artículo 23, apartado 2».

Atendiendo a la potestad que confiere la Directiva a los Estados miembros resulta interesante y necesaria que éstos tomen el testigo y doten de una adecuada y extensa regulación a las medidas de protección —mínimas— recogidas en el cuerpo normativo europeo.

En este sentido, el legislador nacional ha seguido literalmente las medidas de apoyo reconocidas en la normativa comunitaria en su artículo 20, que resultan ser muy útiles y aplicables en su totalidad a infracciones cometidas sobre el medio ambiente.

Las medidas de apoyo reconocidas en el artículo 37.1 del presente Anteproyecto se limitan a:

- «a) Información y asesoramiento integral, accesible y gratuito, sobre los procedimientos y recursos disponibles, para la protección frente a represalias y sobre los derechos del informante;
- b) Asistencia efectiva en su protección frente a represalias;
- c) Apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si procede tras la valoración por la Autoridad Independiente de Protección del Informante de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación».

En el mismo sentido, pero haciendo referencia a las medidas de protección frente a represalias, el artículo 38 del Anteproyecto aglutina cuando incurrirán o no en responsabilidad los alertadores de las infracciones advertidas, pero sin mayor abundamiento en ello. Únicamente el Anteproyecto se limita a seguir las directrices establecidas en la Directiva (UE) 2019/1937, donde se reconoce que los alertadores gozarán de acceso a medidas correctoras frente a represalias, así como también de medidas que garanticen vías de recurso e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los afectados.

Por tanto, teniendo en cuenta la potestad que otorga la Directiva a los Estados miembros, así como los mínimos de protección que aporta la misma en su seno, hubiera sido más propio que el Anteproyecto que transpone la Directiva (UE) 2019/1937 hubiera ahondado en aspectos concretos de protección —ya sea a través de medidas de apoyo o protección— que facilite la labor a los alertadores.

3. A modo de conclusión

El surgimiento de la figura alertador —del mismo modo representada y reconocida en la Directiva (UE) 2019/1937— deviene de la mano de alteraciones en factores sociales y políticos, en la década de los 70⁴⁷ que propiciaron un cambio en la mentalidad de la sociedad civil con respecto al respeto y mantenimiento del medio ambiente; cambio que trajo consigo que los denunciantes dejarán apartado su interés propio y actuaran impulsados por la concienciación social, es decir, en aras de conseguir un bien o interés común. Incluso llegando a asumir los propios alertadores que, las informaciones sobre infracciones cometidas sobre la protección del medio ambiente, no les reportará beneficio alguno, sino más bien todo lo contrario⁴⁸.

Las materializaciones de las movilizaciones sociales dejaron de manifiesto que, en numerosas ocasiones, las prácticas que las empresas llevaban a cabo en el seno de su organización no cumplían con los mínimos estándares de seguridad y medio

47 En la década de los 70 comenzaron a surgir movimientos sociales en busca de instaurar y asentar las bases de la Justicia Ambiental. Como apunte reseñable y plenamente afectante a los canales de denuncia interna de la Administración Pública, cabe hacer mención sobre las *Civil Service Reform Act* del año 1978. Se trata de una Ley donde los funcionarios, así como el personal laboral que desempeñaba su labor en sede pública, gozaban de protección en aquellos supuestos en los que informaban de actos indebidos en la propia Administración en la Oficina del Asesor Jurídico Especial creada para esa finalidad.

48 Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C., «El whistleblower en España. Un análisis criminológico en la eficacia de proteger o premiar al alertador, en op. col. CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (coord.), *Compliance urbanístico: fundamentos teóricos, estudio de casos y desarrollo de herramientas anticorrupción*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 163-183.

ambiente, pero en vez de aceptar y responsabilizarse de los errores y lesiones que produjeron, muchas de ellas consideraron oportuno mantener esas prácticas no ajustadas a Derecho de manera furtiva⁴⁹.

En este contexto, los alertadores han sido, son y serán los ejes centrales de los movimientos sociales de concienciación en la protección del medio ambiente, debido a que el medio ambiente por sí sólo no puede actuar. Por tanto, en materia ambiental resulta de vital importancia contar con denunciante —sobre todo dentro del ámbito laboral— que puedan dar voz sobre aquellas injerencias y actividades ilícitas que las empresas estén llevando a cabo entre sus cuatro paredes.

Inicialmente la figura del alertador estaba vinculada a ilícitos penales como el fraude y la corrupción, pero con el paso del tiempo y la evolución generacional relacionadas a la protección de bienes que afectan a la colectividad, el alertador fue acaparando sectores muy dispares como el financiero, el laboral y, como no, protección del medio ambiente. Sobre ello, la propia Directiva 2019/1937, en su Considerando 10, justifica la necesidad de proteger y vincular la figura del alertador a la materia ambiental, debido a que:

«En lo que atañe al ámbito de protección del medio ambiente, reunir pruebas, prevenir, detectar y afrontar los delitos contra el medio ambiente y las conductas ilícitas sigue siendo un reto y las acciones al respecto deben reforzarse [...]».

Es sabido que, hasta la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1937, el ordenamiento jurídico comunitario únicamente contaba con una norma relativa a la protección de los denunciante en materia ambiental, la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE⁵⁰. Si bien es cierto, las autoridades comunitarias consideran que, para poder cumplir con el acervo europeo de protección ambiental, es preciso instaurar mecanismos que garanticen el fehaciente cumplimiento de las directrices comunita-

49 Vid. GARCÍA-MORENO, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 41.

50 La Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE, en su Considerando 41 dispone que: «A fin de garantizar que ningún problema de seguridad sea ignorado o pasado por alto, conviene promover el establecimiento de medios adecuado para la notificación confidencial de estos problemas y la protección de las personas que los señalen (...). Es por ello, que en el mismo cuerpo normativo se reserva un artículo alusivo a la notificación confidencial de problemas de seguridad, donde señala que:

1. Los Estados miembros velarán por que la autoridad competente establezca mecanismos: a) para la notificación confidencial de problemas que afecten a la seguridad y al medio ambiente en relación con operaciones de petróleo o de gas mar adentro, cualquiera que sea su origen, y b) para investigar estas notificaciones conservando el anonimato de las personas en cuestión.

2. Los Estados miembros exigirán a los operadores y a los propietarios que comuniquen a sus empleados y contratistas relacionados con la operación, y a los empleados de estos, la información detallada relativa a las disposiciones nacionales para los mecanismos a que se hace referencia en el apartado 1, y que velen por que la notificación confidencial se mencione en las formaciones y comunicaciones que les estén dirigidas».

La Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE. «DOUE» L 78, 2(8 de jun. 2013).

rias, debido a que, de no ser así la violación de los principios y fuentes protectoras supondría un serio problema y daño en el medio ambiente que se verá repercutida en la salud de la población en general.

Las personas que decidan informar sobre actos que posiblemente estén infringiendo normas relativas a la protección del medio ambiente deben contar con canales de denuncia interna y externa que sean de fácil acceso y, que aseguren que se actuará en la tramitación de la misma con total confidencialidad.

En este sentido, cabe recordar que, los canales de denuncia interna que recoge no sólo la Directiva (UE) 2019/1937, sino también el Anteproyecto presente, facultan a las sociedades a promover canales que den voz a los sujetos para informar sobre aquellas infracciones cometidas en el seno de la organización, es decir, sobre infracción del propio código ético de la empresa, así como también sobre aquellos actos u omisiones que pudieran provocar un riesgo que derive en la comisión de un hecho ilícito, como por ejemplo el vertido de sustancias tóxicas a el subsuelo alledaño o la inmisión de gases tóxicos a la atmósfera. Es por ello que, resulta vital otorgar protección efectiva a las personas que prestan sus servicios para una organización pública o privada.

En definitiva, el papel que puede jugar la figura del alertador en la mejora del acceso a la Justicia Ambiental resulta una mejora indiscutible. La inclusión de éste en el ámbito ambiental se considera elemento indispensable para poder proteger el medio ambiente de manera directa. De ahí que consideramos que para poder dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la Directiva (UE) 2019/1937 no debe limitarse su proyección a un único orden jurisdiccional —contencioso-administrativo—, sino que corresponde su regulación a los cuatro órdenes jurisdiccionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando la materia medioambiental se reviste de plena transversalidad.

Al encontrarnos en un mundo globalizado y en Europa dentro del mercado interior⁵¹ —un espacio sin fronteras— ha de tenderse a la garantía y dotación de una mejor calidad y seguridad de los bienes y servicios ofertados, asegurando la efectiva protección del medio ambiente que se verá repercutida, como no, en la salud pública.

4. Bibliografía

AMÉRIGO ALONSO, J., «Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing», *Diario La Ley*, núm. 9699, Sección Tribuna, 2020, pp.1 y ss.

ARIZA COLMENAREJO, M.J., (2021) «La realidad del Fiscal como director de la investigación con ocasión de la Fiscalía Europea», en *op.col.* GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (dirs.): *Justicia y Proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 205-2016.

51 Resulta tal la importancia para las autoridades comunitarias el respeto al mercado interior que, en el artículo 114.6 del TFUE, relativo a aproximación de las legislaciones, dispone que: «La comisión aprobará o rechazará, en un plazo de seis meses a partir de las notificaciones a que se refieren los apartados 4 y 5, las disposiciones nacionales mencionadas, después de haber comprobado si se trata o no de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior».

- BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A.**, «El régimen jurídico-procesal del *whistleblower*. La influencia del Derecho europeo», en *op.col.* Gómez Colomer, J. L. (dir.): *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 503-550.
- BENÍTEZ PALMA, E.**, «El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)», *Revista Española de Control Externo*, núm. 59, 2018, pp.11-42.
- BLANES SOLIVA, M.F. y MECO TÉBAR, F.**, «La protección de datos de las personas denunciantes en casos de corrupción en el sistema español», *Cuadernos de política criminal*, núm. 129, 2019, pp.153-186.
- DELGADO MARTÍN, J.**, «Reflexiones sobre el papel de los alertadores (*whistleblowers*) en el proceso penal», *Diario la Ley*, núm. 9992, 2022, pp. 1 y ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C.**, «El *whistleblower* en España. Un análisis criminológico en la eficacia de proteger o premiar al alertador», en *op.col.* CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (coord.), *Compliance urbanístico: fundamentos teóricos, estudio de casos y desarrollo de herramientas anticorrupción*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 163-183.
- GARCÍA-MORENO, B.**, *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 315-317.
- GARCÍA-MORENO, B.**, «El concepto de alertador (o (*whistleblower*)). Consideraciones a la luz de la Directiva (UE) 2019/1937», en *op.col.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), «*Compliance*» y *responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 441-460.
- GARCÍA MACHO, R.J.**, (2011) «La participación ciudadana en la ordenación urbanística y la admisión de proyectos en el contexto del derecho a una buena administración», en *op.col.* SÁNCHEZ BLANCO, A.; DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. A. y Rivero Ysern (coords.), *El nuevo Derecho Administrativo: Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis. Librería Jurídica, Salamanca, 2011, pp.179-185.
- GARRIDO JUNCAL, A.**, «La protección del denunciante: regulación autónoma actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm.12, 2019, pp. 126-151.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.**, «Las exclusiones probatorias en el entorno de la prueba digital en el orden jurisdiccional civil», en *op.col.* GONZÁLEZ GRANDA, P. (dir.): *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 241-283.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.**, «La figura del *Alertador* en la regulación proyectada en el Anteproyecto de la LECRIM y su trazabilidad constitucional», en *op.col.* GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (dirs.), *Justicia, Constitución y Proceso: un discurso contemporáneo de revisión procesal bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 367-385.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.**, «Breve apunte sobre el derecho de defensa en su relación con la proyectada figura del *alertador* en la ALECRIM», en *op.col.* *El Derecho Procesal: entre la academia y el foro: VII Memorial Manuel Serra Domínguez* (en prensa).

- GONZÁLEZ GRANDA, P. y YUGUEROS PRIETO, N.**, «Dos destacables iniciativas de mejora en la órbita europea con incidencia en el acceso a la Justicia Ambiental», *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 81, 2022, pp. 9-67.
- LÓPEZ RAMÓN, F.**, «Derechos fundamentales subjetivos y colectivos al medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 95, 1997, pp. 347-364.
- MACÍAS GÓMEZ, L.F.**, *Introducción al Derecho Ambiental*, Legis, Málaga, 1998.
- MERCADER UGUINA, J.R.**, «La protección de alertadores, informantes o denunciantes. Una lectura laboral de la Directiva 2019/1937 de 23 de octubre», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones laborales*, núm. 64, 2020, pp. 30-31.
- NEAR, J.P. y MICELI, M.P.**, (1985) «Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing», *Journal of Business Ethics*, vol.4, núm. 1, 1985, pp. 1 y ss.
- NIETO MARTÍN, A.**, (2015) «Investigaciones internas», en *op.col.* NIETO MARTÍN, A. (dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 231-270.
- PEÑALVER I CABRÉ, A.**, «El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 2333-2357.
- PÉREZ DEL VALLE, F.**, «Exclusiones probatorias a instancia de la persona jurídica», en *op.col.* González Granda, P. (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 175-194.
- PUYOL MONTERO, F.J.**, «La Protección de Datos en el ámbito del Canal de Denuncia. Especial consideración al Anteproyecto Ley de transposición de la Directiva de Alertadores», *La Ley Privacidad*, núm. 12, 2022, pp. 1 y ss.
- RAGUÉS I VALLÈS, R.**, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- TORRENT I SANTAMARIA, J.M. y PÉREZ GIL DE GÓMEZ, L.**, «Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 85, 2020, pp. 79-114.
- VELÁSQUEZ MUÑOZ, C.J.**, «Participación ambiental. Mecanismos establecidos por los Estados español y colombiano para la defensa del medio ambiente y los recursos naturales», *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 20, pp.135-197.
- VILLORÍA MENDIETA, M.**, «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 12, 2021, pp. 1 y ss.
- VILLORÍA MENDIETA, M.**, «La protección al whistleblower. Retos para la implementación en España», *Barataria: Revista Castellano-manchega de Ciencias Sociales*, núm. 31, 2021, pp. 20-39.

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN EN LAS ÚLTIMAS RESOLUCIONES JUDICIALES

María Luisa Domínguez Barragán
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. EL procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la LJCA. 1.1. Palabras previas. 1.2. Principales obstáculos procesales. 1.2.1. La supresión del requisito «agotamiento de la vía administrativa previa». 1.2.2. La necesidad de separar las pretensiones y diferenciar el contenido en el íter procedimental a escoger. 1.2.3. La importancia del escrito de interposición del recurso de protección de tutela de derechos fundamentales. 2. El derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. 3. Algunas consideraciones sobre el ejercicio del artículo 23.2 CE a través de los cauces del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

0. Introducción

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) siguiendo el mandato constitucional del artículo 53.2¹ recoge, a partir de su artículo 114, el procedimiento específico de tutela de derechos fundamentales en ese orden jurisdiccional, al igual que hacen las restantes normas

1 Art. 53.2 CE: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

rituarias². Si bien a primera vista parece un procedimiento con múltiples ventajas frente al procedimiento ordinario (o abreviado), la realidad es que la regulación que introdujo la LJCA no se ha revelado como un camino preferente ni óptimo para los operadores jurídicos, sobre todo, por cuestiones procesales. Por tanto, puede afirmarse que no se han cumplido los anhelos de la Exposición de Motivos de la LJCA cuando pretendía que, con la nueva regulación, aun manteniendo el carácter preferente y urgente que ya poseían estos cauces, se mejorara el deterioro procesal que sufrían estos procedimientos³. Esta circunstancia se produce en gran medida porque, como recoge BUENO ARMIJO, en estos artículos no se contiene toda la regulación necesaria para la correcta tramitación de este procedimiento sino, más bien, las especialidades que este procedimiento presenta frente al procedimiento contencioso-administrativo ordinario⁴. Así, este trabajo tiene como objetivo mostrar cuáles son las principales dificultades procesales a las que ha de enfrentarse el potencial recurrente y el tratamiento actual que está recibiendo este procedimiento por parte de nuestro Tribunal Supremo con una serie de sentencias que perfilan (y clarifican) estos impedimentos de carácter formal. Estamos de acuerdo con VARELA GÓMEZ cuando afirma que, hoy en día, este procedimiento parece haber perdido buena parte de su atractivo para los abogados, ya que apenas mantiene la ventaja de la preferencia en la tramitación y la celeridad del procedimiento⁵. De la misma forma, con estas líneas, se pretende acercar al lector a la siempre controvertida cuestión del derecho fundamental del acceso a la función pública en condiciones de igualdad que recoge el artículo 23.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) y que, de un tiempo a esta parte, está causando multitud de interrogantes. En aras de garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, ciertos operadores jurídicos han utilizado el instrumento procesal que ofrecen los artículos 114 y siguientes de la LJCA, por lo que se aprovechan estas páginas para analizar las sentencias más recientes en la materia.

-
- 2 El art. 114 LJCA dispone: «1. El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley. 2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado. 3. Todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente».
- 3 En relación a estos procedimientos, la Exposición de Motivos de la LJCA expone: «(...) De los recursos especiales se ha suprimido el de personal, aunque subsisten algunas especialidades relativas a esta materia a lo largo del articulado. Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso -y, por tanto, de la sentencia de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos».
- 4 Cfr. BUENO ARMIJO, A., «Artículo 114», en EZQUERRA HUERVA, A. (dir.), y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Valencia, 2021, pág. 1943.
- 5 Vid. VARELA GÓMEZ, B.J., «Proceso especial de protección de derechos fundamentales en el orden administrativo: algunos aspectos problemáticos», en CASTILLEJO MANZANARES, R. y MARTÍN CONTRERAS, L. (dirs.) *et al.: El proceso administrativo (LJCA): Cuestiones problemáticas*, Valencia, 2021, pág. 419.

1. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la LJCA

1.1. Palabras previas

Como ya se ha apuntado *ut supra*, el Título V de la LJCA está dedicado a los procedimientos especiales y, concretamente, su Capítulo I al procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, comprendiendo los artículos que van del 114 al 122 *quater*. No obstante, entendemos que este primer capítulo, denominado «procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona» no recoge un único procedimiento, sino varios procedimientos especiales relacionados con la defensa de los derechos que poseen la condición de fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Así, además del que podríamos llamar, *a priori*, procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales, también encontramos el procedimiento específico para garantizar el derecho de reunión; el procedimiento para obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico; el procedimiento de autorización judicial de conformidad de una decisión de la Comisión Europea en materia de transferencia internacional de datos o el procedimiento para la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales que fue incluido a raíz de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Si atendemos a las notas características de estos procedimientos, hemos de destacar su carácter preferente y sumario, el acortamiento de los plazos para hacer valer el derecho fundamental vulnerado y el agotamiento de la vía judicial previa como requisito para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De hecho, así lo recogía la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 216/2005, de 12 de septiembre (FJ 5.º), aludiendo también al juego entre el procedimiento ordinario y el de tutela de derechos fundamentales:

«[...] Este Tribunal ha analizado en diversas ocasiones la relación existente en el orden contencioso-administrativo entre el procedimiento ordinario y el procedimiento preferente y sumario [...]. Hemos señalado así que «la garantía contencioso-administrativa que configura la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona consiste en un proceso caracterizado, además de por su naturaleza preferente y la mayor brevedad de sus trámites, por su especialidad y sumariedad, en el sentido de que tan sólo puede enjuiciarse en el mismo la conformidad del acto o disposición objeto del recurso con los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución [...] Cualquier otra cuestión relativa a la legalidad del acto o disposición impugnados debe sustanciarse a través del recurso ordinario, que incluso puede seguirse simultáneamente al proceso especial [...]. En el recurso ordinario puede plantearse también la eventual infracción de los derechos constitucionalmente reconocidos, y asimismo constituye, en su caso, una vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo. En consecuencia, los interesados deben optar entre acogerse a las ventajas de preferencia y celeridad propias del proceso sumario [...] o bien plantear cualquier posible motivo de nulidad a través del recurso ordinario, renunciando a aquellas ventajas procesales, o bien, por último, instar en tiempo y forma dos acciones paralelas con el mismo objeto y por motivos distintos. Lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla, ni puede afirmarse que imponga el art. 24.1 de la Constitución, es la facultad de

utilizar sucesivamente una y otra vía de recurso, de manera que pueda formularse el ordinario una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción. La admisión del recurso preferente y sumario y su consiguiente tramitación no suspenden el cómputo de dichos plazos ni se produce con reserva del derecho al ejercicio de la acción por la vía ordinaria».

Y continuaba:

«[...] ha entendido este Tribunal que «si, interpuestos los dos tipos de recursos en tiempo y forma, aun fundamentando el ordinario, en todo o en parte, en la infracción de los derechos constitucionales alegada en el recurso preferente y urgente de la Ley 62/1978, este último ha sido desestimado en cuanto al fondo, no podrán los órganos judiciales competentes revisar válidamente dicha desestimación, por lo que el recurso ordinario habrá de considerarse ceñido a la resolución de cuestiones de pura legalidad. Quiere ello decir que, en tales casos, por lo que se refiere a los motivos consistentes en la violación de derechos fundamentales amparables por este Tribunal, la vía judicial previa ha de entenderse agotada una vez que ha concluido el proceso tramitado por el procedimiento especial configurado en la Ley 62/1978, en sus sucesivas instancias, quedando entonces expedita la posibilidad de recurrir en amparo por los mismos motivos, con independencia de las acciones y recursos que, por motivos distintos, puedan seguirse paralelamente sobre el mismo objeto» (STC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 2)».

Por tanto, podemos afirmar que nos encontramos ante un procedimiento especial, preferente y sumario que abre las puertas del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando se haya vulnerado un derecho fundamental en el ámbito administrativo o contencioso-administrativo. Como indica GONZÁLEZ ALONSO, la importancia del funcionamiento de este cauce se hace además imprescindible a la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos del Convenio (artículo 13 CEDH)⁶.

1.2. Principales obstáculos procesales

1.2.1. La supresión del requisito de «agotamiento de la vía administrativa previa»

El primero de los problemas que se han planteado en lo referente a la utilización de este procedimiento especial ha sido la dudosa interpretación del artículo 115 LJCA⁷ en relación al plazo para interponer el recurso, puesto que a los operadores jurídicos,

6 Vid. GONZÁLEZ ALONSO, A., «Análisis del funcionamiento del proceso especial de tutela de derechos fundamentales», en DÍEZ SASTRE, S. (dir.) *et al.: Informe sobre la Justicia Administrativa 2018*, CIJA, 2019, pág. 185.

7 Art. 115 LJCA: «1. El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente. 2. En el escrito de interposición se expresará con pre-

acostumbrados a la necesidad de tener que agotar la vía administrativa antes de iniciar la vía contenciosa, la excepción tácita de este requisito les ha planteado dudas. De hecho, algunos autores como BUENO ARMIJO defienden que esta regla debe deducirse de una interpretación histórica del precepto⁸.

No obstante, a tenor de la interpretación literal del precepto parece clara la innecesariedad del cumplimiento de tal exigencia, pues el mencionado artículo 115 en su apartado primero establece un plazo de 10 días «que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites» para acudir a la vía contencioso-administrativa (o, un plazo alternativo de 20 días desde la reclamación si la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o desde la presentación del recurso administrativo si este se hubiera interpuesto potestativamente o, tratándose de una actuación en vía de hecho, si no se hubiera formulado requerimiento desde el inicio de la actuación). Sin embargo, el sistema sobre el que se ha constituido tradicionalmente el procedimiento administrativo, y por ende, el contencioso-administrativo exige, para evitar la inadmisión, el agotamiento de dicha vía previa. Como recuerda MURILLO DE LA CUEVA, son dos los lapsos temporales con los que juega el artículo 115 LJCA: el general de diez días para la interposición y el específico de veinte días que deben pasar en determinados supuestos para que comience el transcurso del anterior⁹.

En relación a esta materia, en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1580/2021, de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4789, el interés objetivo para la formación de jurisprudencia que se sigue es la determinación de la necesidad o no de agotar la vía administrativa a través del recurso de reposición o de la reclamación económica-administrativa cuando se interpone un procedimiento de derechos fundamentales en base a los artículos 25 y 115.1 de la LJCA, el artículo 53.2 CE y a diferentes sentencias del Tribunal Constitucional. El asunto derivaba del Auto del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja n.º 21/2020, de 9 de marzo, ECLI:ES:TSJLR:2020:59, donde la Sala inadmitió el procedimiento de tutela de derechos fundamentales presentado frente a la potencial vulneración del artículo 24 CE del derecho a la presunción de inocencia en el acuerdo de resolución del procedimiento sancionador dictado por la Dependencia Regional de la Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria como consecuencia de la utilización de datos, documentos, pruebas obtenidas o incautadas en las entradas y registros domiciliarios. La inadecuación de la utilización del procedimiento de tutela de derechos fundamentales se basó en los siguientes argumentos:

«[...] el art. 117 habla literalmente de “inadmisión por inadecuación del procedimiento”. Nada se dice expresamente sobre las causas generales de inadmisión

cisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso».

8 Cfr. BUENO ARMIJO, A., «Artículo 115», en EZQUERRA HUERVA, A. (dir.), y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dir.), *op. cit.*, pág., 1981. En la misma línea, ya apuntaba PASCUA MATEO que la Ley 29/1998 no resulta ni lejanamente tan tajante como su predecesora (Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona) y, de hecho, ninguna disposición recoge expresamente la antigua dicción de su artículo 7.1. Cfr. PASCUA MATEO, F., «El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, Madrid, mayo-agosto (2011), pág. 132.

9 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «Artículo 115», en ESPÍN TEMPLADO, E. (dir.) *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Valencia, 2016.

previstas en el art. 51 LJCA, que son las siguientes:” c) Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación...” En este precepto se enumeran aquellos óbices procesales cuya concurrencia impide la continuación del procedimiento por ser presupuestos mismos del ejercicio de la acción —jurisdicción, competencia, actividad recurrible—, cuestiones de orden público apreciables de oficio por el Tribunal. Estos presupuestos lo son también del procedimiento especial regulado en los arts. 114 y ss, por lo que será, no sólo posible, sino obligado, su examen previo antes de entrar a analizar el fondo del asunto. Como afirma el Tribunal Supremo (TS 17-12-07) las normas generales del procedimiento ordinario sobre la materia recurrible y sobre admisibilidad son aplicables a este procedimiento especial».

Y continúa:

«El acuerdo del procedimiento sancionador no ha agotado la vía administrativa correspondiente ex artículo 25 de la LJCA y por tanto cabe reclamación económico-administrativa ante el TEAR. No concurre el presupuesto de la actividad administrativa impugnada. Por otra parte el hecho de que a través de este cauce especial se protejan los derechos fundamentales no implica que dejen de ser aplicables las reglas generales que puedan afectar a los presupuestos jurídicos procesales necesarios como la falta de actividad administrativa impugnada (STS 5/12/2011) por remisión a un auto de 20/5/2011 del Tribunal Supremo».

Aunque más que una inadecuación de procedimiento podría hablarse de una actividad aún no impugnada¹⁰, lo cierto es que el Tribunal Superior de Justicia inadmite el recurso por «inadecuación del procedimiento de derechos fundamentales interpuesto». Esta decisión fue confirmada también por un auto de aclaración en el que la Sala manifestaba que no se vulneraba el acceso a la jurisdicción alegado por la parte recurrente porque era la propia parte recurrente la que no había agotado la vía administrativa y el acto administrativo impugnado no era un acto susceptible de impugnación ni por el procedimiento ordinario ni por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. El recurrente se defiende de la inadmisión en base a la exigencia de agotamiento de vía administrativa previa, a lo que el Tribunal Supremo en el FJ V de la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada responde:

«De acuerdo con cuanto hemos dicho en el fundamento anterior, hemos de responder a la pregunta planteada por el auto de admisión que, según el artículo 115.1 de la Ley de la Jurisdicción, no es preciso agotar la vía administrativa para acudir al proceso especial de protección de los derechos fundamentales. Y que, conforme a la jurisprudencia, en el trámite de admisión previsto en su artículo 117.2 se ha de comprobar si el escrito de interposición invoca uno de los derechos susceptibles de tutela por este cauce y relaciona, en términos que no sean absurdos, su lesión con una actuación, omisión, inactividad o vía de hecho imputable a la Administración. Todo ello sin perjuicio de que se puedan suscribir en el mismo trámite las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción»¹¹.

10 De hecho, el Tribunal Supremo en su FJ IV expone: «Es verdad que los autos hablan de inadecuación del procedimiento pero solo hablan de que no se agotó la vía administrativa».

11 Esta línea ya ha sido seguida, por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo, de 20 de enero, Rec. 6376/2021, ECLI:ES:TS:2022:537A (FJ I). Llama la atención que, de nuevo, se haya planteado este interés casacional, pues el Tribunal Supremo ya se había manifestado en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo, Rec. 3016/2006, ECLI:ES:TS:2008:2462, cuando en su FJ IV exponía: «Es doctrina consolidada de este Tribunal, de la que son expo-

Siguiendo esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 80/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:177, inadmite el procedimiento de tutela de derechos fundamentales presentado por el recurrente contra el acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 15 de abril de 2021, en el recurso de alzada n.º 73/2021, contra el acuerdo del Promotor de la Acción Disciplinaria de dicho Consejo, de 26 de enero anterior, por el que se decretó el archivo de la diligencia informativa 509/2020, al entender que es extemporáneo, puesto que el recurrente podía haber elegido entre el ordinario y el de tutela de derechos fundamentales, decantándose por éste en sus escritos. Es interesante el matiz del ofrecimiento, como vemos en su FJ IV:

«A pesar de lo que nos dice en las suyas el Sr. Raimundo, no fue el recurso ordinario el que interpuso sino el especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. [...] Además, de tramitarse el procedimiento conforme a las reglas del Capítulo I, del Título V de la Ley de la Jurisdicción y, por tanto, con la intervención del Ministerio Fiscal, sucede que en el suplico de su demanda el Sr. Raimundo nos pide que: “se tenga por deducida demanda contencioso-administrativa en el procedimiento de protección jurisdiccional del derecho fundamental a un juez imparcial”. Esta petición efectuada por un profesional del Derecho, unida a la inequívoca de su escrito de interposición y a su aquietamiento a la diligencia de ordenación mencionada y a la tramitación seguida, no dejan lugar a ninguna duda sobre su voluntad de acogerse al procedimiento especial. Y, ciertamente, el ofrecimiento por el acuerdo de la Comisión Permanente del recurso contencioso administrativo ante esta Sala a interponer en el plazo de dos meses, no impide la inadmisibilidad que debemos apreciar porque, ciertamente, cabía impugnarlo

nente las SSTS de 11 de octubre de 2002 (casación 6190/98 y 20 de septiembre de 2004, (casación n.º 5621/2001) que para la interposición de un recurso especial de protección de derechos fundamentales de la persona -limitado al enjuiciamiento desde la perspectiva de los derechos fundamentales- no es preceptivo agotar la vía administrativa, por lo que no concurre la causa de inadmisibilidad incorrectamente apreciada por la Sala de Instancia al amparo del art. 69 .c) de la LJCA. En efecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala reconoce que hay continuidad entre la disciplina del acceso a este proceso especial establecida en el derogado artículo 7.1 de la Ley 62/1978 y la contenida en el vigente artículo 115.1 de la Ley de la Jurisdicción. Por eso, fue errónea la inadmisión acordada en la instancia, que ha infringido el artículo 24.1 de la Constitución al impedir que se llegase a una resolución de fondo en virtud de una causa formal jurídicamente inexistente, pues reiteradamente hemos declarado que no hay razón para pensar que la Ley de la Jurisdicción ha modificado el régimen que en materia de acceso al proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales estableció la Ley 62/1978 en su artículo 7.1»; y en su FJ V continuaba: «En suma, del análisis del artículo 115.1 de la Ley 29/98 se infiere dicha valoración, porque el texto así permite entenderlo y también porque en la Exposición de Motivos se omite toda mención a ese cambio que, de haberse producido, sería sin duda merecedor de una referencia expresa, lo que no ha ocurrido. Por el contrario, lo que en la Exposición de Motivos se dice es precisamente que, al traer a la Ley de la Jurisdicción la regulación de este proceso especial, integrando en los artículos 114 a 122 el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, previa la derogación de los artículos 6 a 10 de la Ley 62/78 de 26 de diciembre, los cambios que se han hecho se dirigen a corregir el carácter restrictivo de algunos aspectos de la normativa anterior. En consecuencia, la interpretación que efectúa el Auto recurrido del artículo 115.1 de la Ley de la Jurisdicción es contrario al contenido constitucional del artículo 24.1 de la CE, pues si en algún punto no procede interpretar restrictivamente las normas que rigen el acceso a la jurisdicción es, precisamente, en el que se refiere a la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas, que la Constitución establece en su artículo 53.2, que discurra por un procedimiento preferente y sumario, siempre que se cumplan los requisitos válidos para la interposición del recurso por esa vía».

mediante el recurso ordinario pero también por el que ha utilizado el Sr. Raimundo. No en vano, dicho ofrecimiento se hizo, tal como destaca la Sra. Elvira, “sin perjuicio de cualquier otro (recurso) que pueda estimarse procedente”. Y ese otro era el especial, el interpuesto. Pues bien, el artículo 115.1 de la Ley de la Jurisdicción establece en diez días el plazo de interposición de este recurso, plazo que había transcurrido con exceso el 22 de junio de 2021 que es cuando el Sr. Raimundo lo interpuso, ya que el acuerdo de la Comisión Permanente se le había notificado el 22 de abril de 2021. En consecuencia, conforme al artículo 69 e) de la Ley de la Jurisdicción, aplicable aquí en virtud de su artículo 114.1, debemos declarar inadmisibles este recurso contencioso-administrativo sin que sea preciso entrar en más consideraciones».

En relación a este primer obstáculo se observa que, si bien el objetivo del procedimiento de tutela de derechos fundamentales al permitir suprimir el requisito del agotamiento de la vía administrativa previa y establecer un plazo tan breve para la interposición del recurso en relación al plazo normal de dos meses era otorgar al actor la posibilidad de acudir a la herramienta jurídica rápidamente para solventar la presunta vulneración del derecho fundamental, la norma consigue el efecto contrario. Aunque, como vemos, el Tribunal Supremo deja claro este asunto, el plazo tan perentorio impide o dificulta, en muchos casos, la utilización del procedimiento, encaminando al potencial recurrente hacia el procedimiento ordinario que le permite interponer el recurso con más calma. En conexión con esta circunstancia, una carga más se establece para el actor cuando debe elegir qué procedimiento escoger siendo ambos válidos y, teniendo en cuenta que puede que la inadmisión de uno ya le cierre la puerta para el otro. Esta fue la circunstancia planteada en la inadmisión establecida por el Auto del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2022, Rec. 63/2022, ECLI:ES:TS:2022:2061. La Sala entiende que la elección del procedimiento es una decisión de la parte actora y, en su FJ III, considera que:

«Debe declararse que la opción entre el proceso ordinario y el especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona es algo que corresponde al propio interesado y que por sí solo no puede decidir el órgano jurisdiccional. Así resulta de la regulación procesal aplicable al proceso especial (el artículo 115.2 de la Ley jurisdiccional de 1998 es bastante expresivo a este respecto), pero también si se tiene en cuenta que uno y otro proceso tienen unas posibilidades distintas de alegación en cuanto a los motivos que podrían fundar la nulidad de la actuación impugnada, por lo que, estando aquella opción tan íntimamente vinculada con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, habrá de ser el propio interesado el que decida los concretos términos de la acción que ejercita».

Consideramos que, obviamente, la elección del íter procedimental ha de ser facultativa, pero siempre y cuando queden claros los términos de cada uno de los procedimientos. Veamos ahora, por tanto, las dificultades a las que ha de hacer frente el interesado a la hora de separar las pretensiones en uno y otro proceso.

No obstante, antes de terminar este apartado ha de aludirse también a esa mención específica que recoge el artículo 115.1 LJCA cuando indica que el plazo para interponer este recurso es de 10 días computados a partir de los 20 días siguientes desde la reclamación cuando se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo. La duda que surgía aquí era la interpretación del término «potestativamente». Se abrían dos posibles interpretaciones: por un lado, la consideración del término en el sentido de la posibilidad de interponer el recurso y, por otro, la consideración de que, en estos casos, la norma solo se estaba refiriendo a recursos de carácter potestativo (como es el caso del recurso de reposición pero no el caso del recurso de alzada). Este fue uno de los argumentos resueltos en la Sentencia del Tri-

bunal Supremo, de 16 de diciembre de 2015, Rec. 2914/2014, ECLI:ES:TS:2015:5538, en un recurso de casación interpuesto por la Administración, que fue desestimado, y donde se alegaba, entre otros motivos, la infracción de este artículo en relación con los artículos 114 y 116 de la antigua Ley de procedimiento administrativo, aludiéndose al rechazo de la extemporaneidad, con el argumento principal de que el recurso de alzada, al ser ordinario, no podía constituir esa interposición “potestativa” de un recurso administrativo. A este respecto, la Sala entendió en su FJ IV que:

«El reproche planteado en el primer motivo de casación no puede ser compartido, porque la literalidad del artículo 115.1 de la LJCA no hace inequívoco que ese vocablo “potestativamente” que en él figura haya de ser circunscrito únicamente al recurso administrativo de reposición; y ante la falta de claridad del texto gramatical es posible otra interpretación, la seguida por la sentencia recurrida, a la que debe darse prioridad por ser más acorde con una mayor efectividad del derecho fundamental de tutela judicial»¹².

Es decir, la Sala entiende (en nuestra opinión de forma correcta) que no solo ha de entenderse subsumido en el artículo el recurso de reposición, sino todos los recursos administrativos posibles aplicables al caso, abriendo así las posibilidades de impugnación que ostenta la parte actora.

1.2.2. La necesidad de separar las pretensiones y diferenciar el contenido en el iter procedimental a escoger

Otro de los problemas sustanciales que ha planteado el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo ha sido, en muchos casos, la dificultad de separación de pretensiones, teniendo en cuenta que a este procedimiento solo puede acudir para la reparación de un derecho fundamental que ha sido, presuntamente, vulnerado por la Administración.

No siempre es posible la separación de las pretensiones, como vemos en el caso que se plantea en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1023/2022, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2022:3137, donde la Sala afirma que no puede diferenciar el contenido fundamental del contenido de legalidad ordinaria. Lo expone en los siguientes términos (FJ IV):

«Concorre una imposibilidad manifiesta para realizar una disección exacta en el supuesto examinado, como sucede en la mayoría de los casos en los que el derecho fundamental, en este caso a la igualdad, puede verse comprometido y vulnerado por la interpretación de las normas legales y del Derecho de la Unión Europea aplicable, de tal modo que la infracción de estas normas de aplicación tiene una indudable trascendencia sobre el derecho fundamental, se hayan seguido los trámites del procedimiento especial o no. La interpretación conjunta resulta, por tanto, imprescindible e inescindible, sin que pueda establecerse una estricta diferenciación entre ambos tipos de contravenciones, la que afecta a los derechos fundamentales y la que se refiere a la mera legalidad, pues la lesión de la legalidad nos conduce inexorablemente a la infracción del derecho fundamental de la igualdad».

Aunque, a nuestro juicio de forma controvertida, la propia Sentencia del Tribunal Supremo alude a que la LJCA busca superar la rígida distinción entre legalidad ordi-

¹² En igual sentido, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015, Rec. 2914/2014, ECLI:ES:TS:2015:5538.

naria y derechos fundamentales, al considerar que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Esta circunstancia, que parece clara, provoca mucha inseguridad en los operadores jurídicos, temerosos de una posible inadmisión que le cierre la posible opción de acceso al recurso ordinario.

Como recuerda la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2022, Rec. 2/2021, ECLI:ES:AN:2022:3713, en su FJ III *in fine*:

«[...] Lo que se desprende de la jurisprudencia, en este proceso especial, es que el órgano jurisdiccional ante el que se interpone no puede ir más allá del análisis del derecho fundamental o garantía supuestamente transgredida, de manera que cualquier pronunciamiento sobre la legalidad ordinaria, nulidad o validez del acto, actividad o inactividad que subyace en el proceder de la Administración queda proscrito, reservándose su conocimiento al recurso ordinario que la parte tenga a bien interponer. Luego no está pensado para restañar vulneraciones de la legalidad ordinaria sino las violaciones de derechos fundamentales. Frente a un mismo acto, el administrado, con las limitaciones expuestas, podrá instar la tutela de los tribunales por esta vía de especial protección y por el recurso ordinario, mecanismos de protección no excluyentes sino complementarios con el alcance establecido».

1.2.3. La importancia del escrito de interposición del recurso de protección de tutela de derechos fundamentales

En relación a la forma del escrito de interposición de este proceso de tutela de derechos fundamentales, el apartado segundo del artículo 115 LJCA expone que ha de expresarse con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso. Como indica MURILLO DE LA CUEVA, el escrito habrá de poner de manifiesto la vulneración del derecho o de los derechos fundamentales del recurrente cuya tutela especial se solicita¹³. Este requisito que, a simple vista, parece muy simple y fácil de cumplir, ha provocado serios problemas interpretativos, siendo en muchos casos, el camino a seguir por la Sala para la inadmisión por la inadecuación del procedimiento (si bien es cierto que, últimamente, se ha ido matizando).

En este sentido, es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 957/2022, de 7 de julio, ECLI:ES:TS:2022:2800, donde se plantea si el teletrabajo tiene o ha de tener alguna repercusión sobre este proceso de tutela de derechos fundamentales. Así, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se apreciaba en este recurso era el de reforzar, completar o matizar la jurisprudencia sentada en cuanto a los requisitos exigibles para el acceso al procedimiento de protección de derechos fundamentales y, en particular, en supuestos donde se reclamase el dere-

13 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, P.L., «Artículo 115», en ESPÍN TEMPLADO, E. (dir.) *Comentarios... op. cit.* Asimismo, el Magistrado recuerda que «será suficiente, por tanto, para abrir este cauce procesal una mínima explicación que establezca esa relación de causa a efecto siempre que no sea en sí misma absurda o irracional. Y se ha dicho «en principio» porque pueden darse supuestos en los que la propia naturaleza de los hechos ponga de manifiesto de forma evidente la conexión que ha de existir entre el objeto del recurso y la lesión de derechos susceptibles de protección en este proceso. En definitiva, en esta fase de la interposición del recurso contencioso-administrativo especial, junto al cumplimiento de los requisitos procesales generales, ha de establecerse formalmente en los términos indicados la relación entre la actuación administrativa impugnada y la vulneración del derecho o de los derechos fundamentales cuya tutela se pretende».

cho al teletrabajo. Si bien llama la atención que, en base a un incumplimiento formal la Sala admita el recurso de casación para entrar en el fondo del asunto, la Sección de Admisión plantea que la sentencia recurrida trasciende al caso objeto del proceso, ya que afecta a multitud de situaciones «en la medida en que, con el criterio adoptado, se pueda generalizar un derecho al teletrabajo que pudiera ser invocado por todos los empleados al servicio de las Administraciones Públicas mediante el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales». La Sala desestima el recurso de casación y viene a afirmar que la posible reclamación del derecho al teletrabajo no aporta, por sí misma, ninguna singularidad en materia de requisitos a cumplir por el escrito de interposición en el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Lo hace en los siguientes términos:

«[...] La Sala viene diciendo que, para acceder al procedimiento especial regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, basta con invocar uno de los derechos fundamentales susceptibles de tutela por este cauce, invocación que puede hacerse con mención del artículo concreto de la Constitución o con la identificación del derecho que se considera infringido efectuada de cualquier forma que lo permita. Y que, además, el escrito de interposición ha de señalar la disposición o la acción u omisión, o la inactividad o vía de hecho de la Administración a las que atribuye la vulneración alegada poniendo de manifiesto la relación de causalidad correspondiente. No se trata —dice esa jurisprudencia— de establecer un relato completo de los hechos sino de enlazar el objeto de la impugnación con el resultado lesivo de derechos fundamentales de un modo que no se revele a sí mismo como absurdo o imposible. Naturalmente, esas condiciones se podrán cumplir de una forma satisfactoria con pocas palabras en unos casos mientras que en otros serán precisas más explicaciones. Dependerá de cada caso. Ahora bien, la recta interpretación del artículo 115.2 de la Ley de la Jurisdicción no comporta más exigencias que las dichas y el juicio sobre la adecuación o inadecuación del recurso ha de limitarse a comprobar si satisface o no tales exigencias. No es propio del escrito de interposición entrar a argumentar más extremos, ni del control de la admisibilidad del recurso por razón del procedimiento entrar en cuestiones que afectan al fondo del litigio. La circunstancia de que estemos ante un proceso especial pensado para brindar la tutela judicial preferente y sumaria que la Constitución quiere para los derechos fundamentales no debe conducir a extremar el rigor respecto del cumplimiento de los requisitos de interposición. Al contrario, ha de favorecer el acceso de quienes la pretenden».

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015, Rec. 1942/2014, ECLI:ES:TS:2015:3328, ya estimó un recurso de casación siguiendo los argumentos del Ministerio Fiscal que, en este caso, entendía en su FJ II que:

«[...] no habiéndose deducido todavía la demanda en el momento procesal en que tuvo lugar la inadmisión— la resolución recurrida, no parece haber incumplido rigurosamente los exigibles requisitos procesales que establece el artículo 115 de la Ley Jurisdiccional, tanto de identificación de los actos contra los que se dirigía el recurso y del derecho fundamental que se consideraba lesionado por aquellos, como de las razones por las que entendía que los actos impugnados vulneraban el derecho fundamental cuya tutela reclamaba. Y es que, tampoco fue absolutamente categórica la decisión del Tribunal para acordar la exclusión de la admisión del recurso al indicar que era “muy difícil sostener” la citada vulneración».

A lo que se añadía:

«Recuerda el Fiscal que, pudiendo combatirse en los procesos especiales de protección de derechos fundamentales la inadmisión del recurso, acordada por

inadecuación del procedimiento por la vía del artículo 87.1 .c) LJCA, los Autos de inadmisión por esta causa, cuando vienen a anticipar resoluciones de fondo sobre pretensiones de tutela de derechos fundamentales, cierran el proceso anticipada y erróneamente, como ocurre con el Auto impugnado de 10 de marzo de 2014, lo que debe acoger el motivo de casación, por vulneración del artículo 115 LJCA que se denuncia, sin que sea necesario entrar a valorar el segundo motivo planteado —que incide en la cuestión de fondo planteada en el recurso—, al ser improcedente su resolución en trámite de impugnación de la inadmisión».

En esta línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1608/2019, de 20 de noviembre, ECLI:ES:TS:2019:3727, nuestro Tribunal Supremo entiende que no procede la inadmisión del recurso a pesar de que «el escrito de demanda (...) es reiterativo, presenta como hechos argumentos jurídicos y mezcla alegaciones referidas a derechos fundamentales con otras relativas a principios y a derechos que no tienen esa condición. Además pretende la anulación de un acto del Presidente del Gobierno cuando lo impugnado ha sido un Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros». A lo que se añade, en su FJ III, que:

«[...] No obstante, considera la Sala que, a pesar de esas claras deficiencias, sin embargo, se pone suficientemente de manifiesto que para el recurrente su cese infringió el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución a la permanencia en las funciones públicas. Y también ofrece —aunque en desorden— los argumentos en que sostiene su posición y a partir de los cuales formula sus pretensiones. Si tenemos en cuenta, además, que el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción impone la estimación del recurso si, como consecuencia de la vulneración de la legalidad se produjera la infracción de un derecho fundamental, consideramos que no procede la inadmisión que nos piden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Dicho esto, a fin de cumplir con el deber de congruencia, nos referiremos a los extremos planteados por la demanda, en el orden en que los va exponiendo, para no añadir más confusión».

2. El derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad

El derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE posee varias manifestaciones, siendo una de ellas el acceso a la función pública reconocido en el apartado segundo del artículo 23 CE¹⁴. Como ha indicado el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho de configuración legal cuyo contenido no es únicamente el derecho a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinadas, sino el de acceso en condiciones de igualdad con los requisitos legalmente previstos y en los procesos legalmente dispuestos¹⁵.

14 El artículo 23 CE dispone: «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».

15 Para una mayor profundidad en relación a la doctrina constitucional sobre este artículo, vid. MARRERO GARCÍA-ROJO, A., «El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo», y BELADIEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en RODRIGUEZ-PIÑERO Y

Ya recordaba SÁNCHEZ MORÓN la larga historia de este precepto cuando afirmaba que recogía una regla esencial del Estado de Derecho, que fue formulada ya en los albores del constitucionalismo moderno. En concreto, en el artículo sexto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual, «siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos [de la ley], son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos»¹⁶. Como ya apuntaba MESEGUER YEBRA: «El principio de igualdad aparece así, a estas alturas, consolidado de manera tan firme en nuestro derecho, que puede decirse que se configura como el eje esencial en torno al cual debe girar cualquier propuesta normativa y procedimiento selectivo, ya hablemos de acceso a la función pública, ya sea de promoción dentro de la misma. Buen ejemplo de lo que acabamos de afirmar lo tenemos si tomamos cualquier convocatoria de provisión de puestos por el procedimiento de libre designación (donde tradicionalmente se ha temido más por la salvaguarda de este principio al haber existido múltiples casos de arbitrariedad y clientelismo político por parte del poder público) y observamos que la mayor parte de ellas incluyen alguna cláusula donde se explicita este principio»¹⁷.

En relación a este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en múltiples ocasiones. De especial interés es la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 37/2004, de 11 de marzo, donde el Tribunal recuerda que nos encontramos ante un derecho de naturaleza reaccional, puesto que a través de él se permite impugnar tanto las normas reguladoras del acceso que quiebren la igualdad, como la aplicación de esas mismas normas que se traduzca en ese mismo resultado de desigualdad, respondiendo a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español como es el valor de la igualdad. No puede olvidarse, como manifiesta BELADIEZ ROJO, que este derecho fundamental no solo se proyecta sobre los cargos de representación política, sino también sobre los funcionariales. El Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 23.2 CE, al distinguir entre «cargos» y «funciones», está diferenciando entre cargos de representación política, por una parte y entre puestos de carácter funcional, de otra. De este modo, la doctrina constitucional ha configurado un derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad como un derecho fundamental distinto al de acceder a los cargos públicos¹⁸.

BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.P. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario*, Madrid, 2018, págs. 674-721.

- 16 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., «Artículo 23» en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2006, págs. 665-679.
- 17 Cfr. MESEGUER YEBRA, J., «El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 27, 1999, pág. 264.
- 18 Cfr. BELADIEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.P. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario, op. cit.*, págs. 702 y 703. Asimismo, esta autora añade que, por el contrario, quedan fuera del ámbito garantizado por este derecho fundamental el acceso a los puestos de carácter laboral (ATC 880/1985, de 11 de diciembre FJ 1; SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8, entre otras) o los que se desempeñen en el ámbito de las Administraciones públicas bajo cualquier otra forma contractual. Por ejemplo, en el ATC 645/1983 se afirmó que el acceso a los cargos y funciones públicas a que se refiere el art. 23.2 CE no comprende el derecho a acceder a ser contratista de obra. De igual modo quedan fuera del ámbito de protección del art. 23.2 CE los puestos y cargos de designación política, esto es, los denominados «altos cargos», así como los reservados al

En la mencionada STC 37/2004, de 11 de marzo, se expone:

«[...] El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios” (FJ 3 ab initio)».

Y un poco más adelante, el Tribunal Constitucional concluye:

«[...] el art. 23.2 CE “no priva al legislador de un amplio margen de libertad “en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios, y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración”, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, “establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad” (STC 185/1994, FJ 3; SSTC 293/1993; 353/1993 ó 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscribe que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, “se haga en términos concretos e individualizados”, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 185/1994, FJ 4 y las que en ella se citan)” (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5)».

Como propiamente la denomina el Tribunal Constitucional, podemos afirmar que los extremos precedentes configuran la doctrina genérica acerca del derecho recogido en el artículo 23.2 CE. Sin embargo (y como no podía ser de otra forma), esta doctrina va siendo ampliada y matizada con posteriores pronunciamientos constitucionales. Un ejemplo de ello lo constituye la ya más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2018, de 5 de febrero¹⁹. En esta STC, el Tribunal recuerda que el artículo 23.2 CE no sólo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga. En la mencionada STC se otorga el amparo solicitado al entender que existe una especial conexión entre los apartados primero y segundo del artículo 23 CE y que, por tanto, los acuerdos impugnados vulneraron el derecho de los recurrentes a solicitar dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias sobre la conformidad de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Cataluña, facultad que pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria. Así, expone (FJ 3.º):

personal eventual, ya que el acceso a los mismos depende exclusivamente de la voluntad de la autoridad que tiene competencia para acordar su nombramiento y no está sujeto, por tanto, a requisitos vinculados a los principios de mérito y capacidad (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 4)».

19 Vid. también Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 125/2018, de 26 de noviembre.

«Acerca de la relación entre los dos apartados del artículo 23 CE, en una línea jurisprudencial que se inicia con las SSTC 5/1983, de 4 de febrero, y 10/1983, de 21 de febrero, este Tribunal ha determinado la existencia de «una conexión directa entre el derecho de los parlamentarios (art. 23.2 CE) y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), pues puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio».

Por tanto, entiende que:

«[...] no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, pues sólo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, siendo vulnerado el art. 23.2 CE si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de representantes. Tales circunstancias imponen a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público y a motivar las razones de su aplicación, bajo pena, no sólo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (art. 23.2 CE), sino también de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos ex art. 23.1 CE. [...] ya en relación con el tipo de acto parlamentario que se cuestiona en este caso, este Tribunal ha venido afirmando que el ejercicio de la función legislativa por los representantes de los ciudadanos constituye «la máxima expresión del ejercicio de la soberanía popular en el Estado democrático. Puesto que la participación en el ejercicio de dicha función y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan constituyen una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante».

A la vista de lo expuesto, estamos de acuerdo con TORRES MURO, cuando afirma que, a pesar de su inofensiva apariencia en un principio, el artículo 23.2 CE ha sido uno de los que mayores problemas ha planteado en cuanto a su interpretación y aplicación²⁰.

3. Algunas consideraciones sobre el ejercicio del artículo 23.2 CE a través de los cauces del procedimiento de tutela de derechos fundamentales

Como derecho comprendido dentro del catálogo constitucional de derechos fundamentales, el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad puede ser tutelado tanto por vía ordinaria como a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Frente a esta doble vía, nuestro Tribunal Supremo se ha venido

²⁰ Vid. TORRES MURO, I., «La insospechada riqueza del artículo 23.2 CE», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19. Núm. 56. Mayo-Agosto 1999, pág. 290.

planteando, en los litigios sobre el acceso a la función pública, cómo se ha de efectuar el deslinde entre lo que son cuestiones directamente referibles al artículo 23 CE, y por ello enjuiciables a través del procedimiento especial regulado, y cuestiones de legalidad ordinaria que rebasan el ámbito propio de ese procedimiento especial. Para dar respuesta a esta cuestión ha seguido las pautas constitucionales que ya hemos visto *ut supra* y también la no ya tan nueva configuración del recurso de casación en la LJCA. De especial interés en esta cuestión es la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015, Rec. 2914/2014, ECLI:ES:TS:2015:5538, donde el Tribunal Supremo expone en su FJ V *in fine* una diferenciación que, a modo de ejemplo, puede servir de orientación a la hora de escoger una vía procedimental u otra:

«[...] La primera es que ciertamente habrán considerarse cuestiones de legalidad ordinaria aquellas que únicamente versen sobre la interpretación que haya de darse a los concretos méritos que haya establecido el legislador en ejercicio de su amplia libertad de determinación, pero sin que al mismo tiempo susciten que se haya producido una desigual aplicación de esos méritos; y así ocurrirá cuando el correspondiente órgano calificador, a pesar de haber interpretado indebidamente las bases aplicables a un determinado proceso selectivo, ha seguido para la totalidad de los participantes en el proceso selectivo el mismo criterio de interpretación y aplicación de los méritos y, por ello, no los ha colocado en una situación de desigualdad».

Y continúa:

«La segunda es que la controversia será muy diferente a la anterior, y sí deberá considerarse directamente relacionada con el artículo 23.2 CE, en estos concretos casos: cuando esté referida a la exclusión individualizada de un determinado aspirante en un proceso selectivo, y dicha exclusión haya tenido lugar como consecuencia de un error de hecho o aritmético sobre la constatación de la realidad material de los hechos y circunstancias personales que ese aspirante haya invocado para justificar la concurrencia en él de uno o más de los concretos méritos establecidos en la convocatoria o, también, como consecuencia de haberse efectuado una valoración irracional o arbitraria de esos mismos hechos o circunstancias personales». Así habrá de ser porque, en estos concretos casos, lo cuestionado no será la interpretación general y común para todos los aspirantes que el órgano calificador haya dado a la legalidad reguladora de los méritos, sino la denegación individualizada de esos méritos a un concreto aspirante en función de sus personales circunstancias, que, de acreditarse que ha respondido a un error de apreciación fáctica de tales circunstancias, o a una calificación irracional o arbitraria de las mismas, habría significado para él un necesario resultado de injustificada desigualdad. Y por lo que hace al enjuiciamiento de este segundo grupo a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, su procedencia ha de admitirse porque el tema principal del litigio será la constatación de una situación fáctica individualizada que, de apreciarse su certeza, encarnaría una directa vulneración del principio de igualdad».

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo lleva al operador jurídico a plantearse ese necesario ejercicio de diferenciación material, no permitiendo el uso del cauce de los artículos 114 y siguientes cuando el asunto no se circunscriba a la vulneración específica del ejercicio de un derecho fundamental.

En esta línea, ha de subrayarse también la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 175/2018, de 6 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:944, donde el Tribunal considera que no ha de apreciarse inadecuación del cauce elegido (procedimiento de tutela de derechos fundamentales) y recuerda, en su FJ V, que:

«[...] Como bien recuerda el Ministerio Fiscal, los principios de mérito y capacidad, estrechamente relacionados con el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución juegan de distinto modo en el momento del acceso a las funciones públicas o en el de defender la permanencia en el mismo que a la hora de la progresión dentro de ellas. Ahora bien, la diferente intensidad con la que se proyectan según cuál sea el plano afectado, naturalmente superior cuando está en juego la relación de servicio, no debe hacer olvidar que operan en todos ni que puede haber actuaciones administrativas que, por su naturaleza o entidad, se traduzcan en lesión de ese derecho fundamental también cuando afecten a la carrera administrativa. Si se relaciona cuanto acabamos de decir con el artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción será preciso situar en sus justos términos la excepción de inadecuación del procedimiento ya que si cualquier infracción del ordenamiento jurídico, por tanto, también de la llamada legalidad ordinaria, se traduce en lesión de un derecho fundamental, entonces no habrá inadecuación sino que la sentencia que se dicte en el procedimiento especial habrá de estimar el recurso. Trayendo las consecuencias de lo anterior al caso concreto que nos ocupa, resulta que si alguna de las pretensiones del Sr. Ignacio, en particular la relativa a los años de servicio, fuera fundada y la actuación administrativa hubiera desconocido reglas exigibles con carácter general en la función pública observables también en la Carrera Fiscal, tal como sostiene, entonces sí tendría fundamento su queja, habría lesión de su derecho fundamental».

4. Conclusiones

PRIMERA.- Revisada la jurisprudencia relativa a la utilización del procedimiento de tutela de derechos fundamentales frente al procedimiento ordinario en el ámbito contencioso-administrativo, puede observarse la relativamente poca utilización del primero, sobre todo por las reglas difusas que lo regulan. Los operadores jurídicos dudan en el momento de la elección del cauce procedimental apropiado cuando han de diferenciar entre las pretensiones basadas en legalidad ordinaria y las que se fundamentan en derechos fundamentales.

SEGUNDA.- No obstante, y como ha tenido ocasión de comprobarse, la actuación de nuestros tribunales en relación al procedimiento de tutela de derechos fundamentales se basa en el principio *pro actione*. Como recuerda la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo n.º 175/2018, de 6 de febrero, en su FJ V, es cierto que la jurisprudencia de la Sala Tercera mantiene criterios generosos acerca de la admisibilidad de los recursos interpuestos por el procedimiento previsto en los artículos 114 y siguientes LJCA. Conforme a lo recogido en la CE, los tribunales de justicia han de prestar tutela efectiva a los derechos e intereses legítimos de todos los ciudadanos pero deben velar en especial por los derechos fundamentales. De ahí que no sea congruente, con esa especial responsabilidad que pone en sus manos el artículo 53.2 CE, erigir obstáculos formales al ejercicio de esa función.

TERCERA.- Parece necesario fomentar el uso de este tipo de procedimiento especial, sobre todo en aras de garantizar el efectivo ejercicio del derecho fundamental vulnerado en un plazo más corto. Sin duda, el fomento puede llevarse a cabo a través de distintos cauces, siendo algunos de ellos el ofrecimiento por parte de los tribunales o su clarificación vía jurisprudencial. En nuestra opinión, el objetivo del legislador debe ir encaminado a luchar contra el temor de los operadores jurídicos a la utilización de los cauces procesales especiales.

CUARTA.- La litigiosidad en la función pública es cada vez más numerosa. En esos casos cobra una especial importancia el artículo 23 CE que sigue siendo, aún

en el día de hoy, interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, en el sentido de dotarlo de una mayor flexibilidad. Creemos que ha de ser el elemento clave sobre el que pivoten los asuntos relativos a la lucha contra la temporalidad en el sector público que propugna la Unión Europea. Igualmente, habrá que prestar atención a la interpretación de los preceptos que ha recogido la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en íntima conexión con el artículo 14 CE. De hecho, esta Ley ha modificado el articulado de la LJCA, ampliando la legitimación.

QUINTA.- Aun habiendo pasado más de veinte años, estamos en total acuerdo con FERNANDEZ FARRERES cuando afirmaba que, a pesar de lo que indicaba la Exposición de Motivos de la LJCA, el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales presentaba muy pocas modificaciones con el que se recogía en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona que estuvo vigente hasta el 28 de Abril de 2003²¹. Lo que sí es evidente es que el legislador ha preferido últimamente optar por la técnica de crear pequeños procedimientos especiales en función del derecho fundamental lesionado que dotar al procedimiento de verdaderas herramientas eficaces que hagan atractivo su uso y cumplan su objetivo: tutelar de forma rápida los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las Administraciones Públicas. Un ejemplo de esta técnica lo constituye el artículo 122 *quater*, creado a raíz de los efectos de la pandemia creada por el virus SARS-CoV-2. ¿Se atreverá nuestro legislador a dar el paso definitivo que verdaderamente establezca un procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el contencioso-administrativo que sea eficaz? Sin duda, el debate continúa abierto.

5. Bibliografía

- ALZAGA VILLAAMIL, O.** (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 2006.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.** y **MARTÍN CONTRERAS, L.** (dirs.) *et al.*, *El proceso administrativo (LJCA): Cuestiones problemáticas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- DÍEZ SASTRE, S.** (dir.) *et al.*, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018*, CIJA, 2019.
- ESPÍN TEMPLADO, E.** (dir.) *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- EZQUERRA HUERVA, A.** (dir.) y **OLIVÁN DEL CACHO, J.** (dir), *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.**, «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4 (mayo-agosto 1998).
- MESEGUER YEBRA, J.**, «El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en *Revista jurídica de Navarra*, núm. 27, 1999.

21 Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4 (mayo-agosto 1998), pág. 179.

PASCUA MATEO, F., «El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998», en *Revista de Administración Pública*, núm. 185, Madrid, mayo-agosto (2011), págs. 113-162.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.P. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

TORRES MURO, I., «La insospechada riqueza del artículo 23.2 CE», en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 19. Núm. 56. Mayo-Agosto 1999.

DERECHO LABORAL

LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN RÉGIMEN DE EMPLEADAS DEL HOGAR TRAS LA REFORMA LABORAL. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE COTIZACIONES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 151 LGSS. ANÁLISIS Y EXÁMEN A LA SENTENCIA TJUE DE 24 DE FEBRERO DE 2022, ASUNTO C-389/20 SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS EN RÉGIMEN DE EMPLEADAS DEL HOGAR

Javier Rodríguez Mozas
Abogado

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Análisis de la Sentencia del TJUE de 24 /02/2022, asunto: 389/2020. 2. Reflexión final. 3. Bibliografía.

0. Introducción

El asunto C-389/20¹, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra), mediante auto de 29 de julio de 2020, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de agosto de 2020, en el procedimiento entre CJ y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) (Curia, 24.2.2022), se centra en la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174),

1 Resuelto mediante la Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, en asunto C-389/20 (.ECLI: ECLI:EU:C:2022:120)

y de los artículos 5, letra b), y 9, apartado 1, letras e) y k), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204), y supone un severo reproche al legislador español denunciando la discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras tan flagrante como la exclusión de la protección por desempleo en el Sistema Especial de Seguridad Social del servicio en el hogar familiar. De tal forma que la Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, en asunto C-389/20 precitado reconoce que la cuestionada exclusión de la protección por desempleo anteriormente aludida entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1, de la Directiva 79/7, situación sobre la que acaba pronunciándose en idénticos términos la Sentencia número 68/2022, de 17 de marzo de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de los de Vigo² que previamente había planteado la decisión prejudicial.

Esta discriminación indirecta se hace aún más palpable desde la desaparición de su precedente Régimen Especial y su matizada inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, por obra de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, mediante la creación de dicho Sistema Especial, en la que se anunció, aun sin un claro compromiso y encargo (DA 39.ª.3.f), el estudio de «*La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*» (DA 2.ª.2.2.ª RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar).

Pese a que han transcurrido aún más de diez años después de aquel anuncio, lamentablemente aquel compromiso del legislador aún no se ha visto materializado con la ratificación del Convenio número 189 de la OIT, también de 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos por parte del Estado Español, cuyo artículo 14 ordena, precisamente, la equiparación en materia de protección de seguridad social respecto de las personas trabajadoras en general.

De acuerdo con los datos de Mayo de 2021 que maneja la propia Seguridad Social el Sistema Especial de empleo en el hogar familiar, está conformado en un 95,53% por mujeres, y el 4,72% de las trabajadoras del RGSS se encuentran encuadradas en dicho Sistema Especial, frente al 0,21% de los hombres, así las cosas de acuerdo con estos datos estadísticos resulta incontrovertido que estamos ante un régimen de cotización especialmente feminizado.

Así el TJUE reconoce que la cuestionada exclusión de la protección por desempleo entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1, de la Directiva 79/7; centrándose el debate en la posible justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de la medida cuestionada, circunstancia que pasamos a desarrollar a continuación.

1. Análisis de la Sentencia del TJUE de 24 de Febrero de 2022, Asunto: 389/2020

La Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de febrero de 2022, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-ad-

2 Sentencia número 68/2022, de 17 de marzo de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º2 de los de Vigo. Id Cendoj: 36057450022022100001

ministrativo n.º 2 de Vigo, en la que se cuestiona la adecuación a las Directivas comunitarias 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y en particular su artículo 4. Apartado 1. que prohíbe toda discriminación por razón de género sobre el acceso de las personas trabajadoras en materia de seguridad social, lo que implicaría la cobertura/ protección frente al desempleo, circunstancia que ha sido tolerada por el legislador español y que las sitúa en un ámbito de exclusión y desventaja frente al resto de las personas trabajadoras, y de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, de la exclusión de la protección por desempleo en el Sistema Especial de empleo en el hogar familiar del Régimen General de la Seguridad Social (art.251.d) LGSS).

Como puede deducirse del orden jurisdiccional del órgano proponente, el proceso de origen se suscita, indirecta y oportunamente, en relación con una demanda en la que una persona empleada del hogar solicita cotizar por la contingencia de desempleo, con la conformidad escrita de su empleadora, y no directamente, a través de una demanda de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, competencia del orden social (arts.2.o) y 3.h) LJS).

De la lectura del auto del Juzgado Contencioso-Administrativo se puede deducir con claridad que el litigio del que conoció no era en puridad el reconocimiento del derecho a percibir prestaciones por desempleo, en cuyo caso resultaría competente la jurisdicción social para conocer del mismo, sino de la pretensión de la persona trabajadora del hogar de cotizar para justamente tener derecho en un momento posterior a tal protección, y de ahí que el litigio se iniciara en sede administrativa por la petición formulada a la Tesorería General de la Seguridad Social, que fue desestimada en vía administrativa con el argumento basado en el art. 251 d) LGSS, cual es que no era posible al estar excluido el personal integrado en el régimen especial de Seguridad Social de la protección por desempleo.

La estrategia planteada por el letrado de la parte trabajadora llevó pues a poder interponer recurso contra tal denegación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con la alegación, pilar esencial del debate, de ser discriminatoria la regulación contenida en la LGSS, ya que la exclusión de la protección afecta muy negativamente al personal femenino por ser el que presta sus servicios en su gran mayoría (así lo avalan los datos estadísticos, entre otros los que hemos referido previamente) en el servicio doméstico, añadiendo que la desprotección en materia de prestación contributiva por desempleo implicaba la imposibilidad de poder acceder a otros subsidios vinculados obligatoriamente a que se hubiera extinguido el derecho a acceder a aquellas prestaciones.

El juzgador que conoció del asunto en instancia apreció que la normativa en juego podía ser discriminatoria por razón de sexo al no existir una justificación objetiva y razonable, por lo que se vulneraría la normativa comunitaria, y por ello decidió plantear la cuestión prejudicial, integrada por estas dos preguntas:

«1) El artículo 4.1 de la [Directiva 79/7], sobre igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, y el art. 5 b) de la [Directiva 2006/54], que recoge idéntica prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones;

¿deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS?

d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.

2) Para el caso de que se diera una respuesta positiva al interrogante anterior ¿debe considerarse que el referido precepto legal supone un ejemplo de discriminación proscrita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 apartados e) y/o k) de la [Directiva 2006/54], en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres?».

En respuesta a estas preguntas, el Abogado General del TJUE se pronunció en sentido favorable apreciando la existencia de tal discriminación, por vulneración del art. 4.1 de la Directiva 79/7, tras recordar en la introducción de sus conclusiones que el TJUE ha declarado que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo «*constituye uno de los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia*».

Y esta tesis ha sido acogida por la Sentencia del TJUE que resulta nuestro objeto de análisis, si bien previamente hemos de poner en valor las conclusiones del Abogado General, cuyos pasajes más relevantes pasamos a pormenorizar:

1. En primer lugar, que la disposición controvertida en el litigio (la protección por desempleo) está incluida en el ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7.
2. En segundo lugar, que el art. 4.1 de dicha Directiva obliga a todos los Estados miembros al escrupuloso respeto del principio de no discriminación por razón de sexo en materia de Seguridad Social.
3. En tercer lugar, que el debate no versa sobre una posible discriminación directa, sino sobre una hipotética discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la disposición controvertida en el litigio principal está formulada de manera neutra, es decir «*se aplica indistintamente a los empleados de hogar de uno u otro sexo y, por consiguiente, no constituye una discriminación directa por razón de sexo que pueda ser cuestionada porque la situación de los empleados de hogar no sea comparable a la de otros trabajadores*».
4. En cuarto lugar, que deberá ser el órgano jurisdiccional nacional remitente de la petición de decisión prejudicial el que a partir de los datos estadísticos de que disponga, y de otros datos que considere pertinentes, llegue o no a la conclusión de la existencia de discriminación por razón de sexo, y en el supuesto de si existiera tal diferencia, prohibida por el art. 4.1 de la Directiva 79/7, estuviera justificada «*por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo*».
5. En quinto lugar, que los argumentos del gobierno español y de la TGSS no le parecen suficientes para concluir en la inexistencia de discriminación, enfatizando que la regulación litigiosa y algunos de los argumentos expuestos «*están anclados en roles estereotipados o en estereotipos de género que pueden ser la causa de discriminaciones indirectas o sistémicas*», de tal manera que de mantenerse tal regulación y tales planteamientos contribuirían al mantenimiento de un modelo familiar y unos roles laborales que colocan a las mujeres en general y a las trabajadoras en particular en situación de inferioridad y desigualdad. De forma más clara, el abogado general es del parecer que la exclusión de la protección por desempleo conduce a su juicio «*a reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran el sector de los empleados de hogar, sino también infravalorar el trabajo de los empleados de este colectivo, que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad*».

6. Por último, y a efectos de no dejar ningún cabo suelto, el abogado general se plantea que el TJUE pudiera considerar que la disposición litigiosa responde a objetivos legítimos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, y pasa a analizar si la norma *«es adecuada para alcanzar el objetivo perseguido por dicha disposición y necesaria a tal fin»*, concluyendo en sentido negativo, tras el examen de todas las alegaciones, por ser del parecer que *«no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo»*, afirmando, entre otras críticas, que *«me cuesta concebir como una cláusula de exclusión como la controvertida en el litigio principal, que tiene el objetivo de luchar contra el trabajo sumergido pero parece agravar la situación de desempleo social de esta categoría de trabajadores podría considerarse coherente»*.

Al entrar en la resolución del litigio, el TJUE procede primeramente a repasar la normativa europea y estatal aplicable.

De la primera, son referenciados el segundo considerando de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, su art. 3 (ámbito de aplicación), art. 4.1 (principio de igualdad del trato y no discriminación por razón de sexo). También, de la Directiva 2006/54/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación son citados el art. 1 (finalidad), 2 (definiciones), 5 (prohibición de discriminación), y 9 (ejemplos de discriminación).

De la normativa española, las menciones son al art. 25.1 (acción protectora) de la Ley General de Seguridad Social, que es sabido que excluye de la protección por desempleo al personal incluido en el sistema especial para empleados de hogar, y el art. 264 (personas protegidas, en concreto los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RGSS). También, el art. 19 (cotización) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

Una vez efectuado ese repaso, entra en primer lugar en el examen de las cuestiones procesales formales alegadas por la TGSS y el gobierno español, que plantearon (en el apartado 21) la inadmisibilidad tanto de la petición de decisión prejudicial como de las cuestiones planteadas, basándose tanto en el *«planteamiento engañoso»* utilizado por la parte demandante como por no ser competente el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo para conocer de litigio, lo que en definitiva llevaría a concluir que no existiría relación entre la interpretación que se solicita del Derecho de la Unión y la solución que deba dar el órgano jurisdiccional al litigio.

Estas tesis serán rechazadas por el TJUE a partir de su consolidada jurisprudencia sobre la presunción de pertinencia de las cuestiones que los tribunales nacionales elevan al TJUE y más concretamente que la decisión prejudicial solicitada sea *«necesaria para que el tribunal remitente pueda emitir su fallo»*. Pues bien, las cuestiones planteadas no son de naturaleza hipotética sino muy concretas en cuanto que afectan a cuál pueda ser el fallo que dicte el órgano jurisdiccional nacional, y en segundo lugar que el TJUE no entra en el reparto competencial de los órganos jurisdiccionales nacionales y debe atenerse *«a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, mientras no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional»*. Por fin, y respecto a las alegaciones de inadmisibilidad por considerar las partes demandadas que las Directivas citadas no son aplicables, se desestima ya que ello deberá ser justamente objeto del examen y análisis del fondo del litigio.

Desestimadas las alegaciones procesales formales, el TJUE entra a pronunciarse sobre el fondo del asunto, dando respuesta conjunta a las dos cuestiones prejudiciales planteadas.

A su parece, del análisis de la normativa nacional litigiosa en juego es claro que sí entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, que se refiere a la inclusión de la protección de los riesgos de desempleo, apoyándose en la sentencia de 14 de octubre de 2021 (asunto C-244/20), en relación a la validez del art. 3.2 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en relación con los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), con el art. 19 TFUE y con el art. 21, 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), así como la interpretación de los arts. 17.1 y 21.1 de dicha norma. En esta petición de decisión prejudicial, es decir el Derecho Comunitario y el Derecho de la Seguridad Social, se unen las del Derecho Constitucional y Derecho Civil (tanto el común como el de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia), por cuanto entra en juego el principio de igualdad en supuestos en los que existe una relación de pareja de hecho y en la que, tras la muerte de una de las integrantes, se solicita la pensión de viudedad y es denegada.

Distinta respuesta dará a la aplicación de la Directiva 2006/54, concluyendo que no es aplicable al caso en juego, ya que de su art. 2.1 se deduce que no se aplica a los regímenes legales regulados por la Directiva 79/7. Trae a colación en este punto la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18).

En la misma línea que las conclusiones del abogado general, pasa a examinar si se puede apreciar en la normativa española una discriminación por razón de sexo vedada por la normativa comunitaria, *«en el sentido del artículo 4, apartado 1, primer guion, de la Directiva 79/7, en relación con el segundo considerando y el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guion, de esta»*, previa constatación de no estar en presencia de una discriminación directa por razón de sexo ya que la norma se aplica a todo el personal que preste servicios del hogar familiar.

Toca pues analizar si estamos en presencia de una discriminación indirecta. *«una situación en que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios»*, y que puede acreditarse *«entre otras formas, probando que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica afectan negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo»*. Se apoya el TJUE en la sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), en la que el TJUE declaró que el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE *«debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada»*.

De los datos estadísticos aportados por la TGSS observa una abrumadora presencia femenina en el régimen especial de empleados de hogar, algo completamente diferente si nos acercamos a los datos generales de afiliación a la Seguridad Social: *«a 31 de mayo de 2021, el número de trabajadores por cuenta ajena sujetos a dicho Régimen General era de 15 872 720, de los cuales 7 770 798 eran mujeres (el 48,96 % de los trabajadores) y 8 101 899 hombres (el 51,04 % de los trabajadores). Por otra parte, en esa misma fecha, el grupo de trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar contaba con 384 175 trabajadores, de los cuales 366 991 eran mujeres (el 95,53 % de los trabajadores incluidos en este sistema*

especial, esto es, el 4,72 % de las trabajadoras por cuenta ajena) y 17 171 hombres (el 4,47 % de los trabajadores incluidos en dicho sistema especial, esto es, el 0,21 % de los trabajadores por cuenta ajena)»³.

El TJUE proporciona una orientación, al órgano jurisdiccional nacional, ya que afirma que si estos datos son confirmador por aquel, *«procedería considerar que el artículo 251, letra d), de la LGSS sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores»*, rechazando, en los mismos términos que hizo el abogado general, la alegación del gobierno español de no ser comparables los datos del personal empleado del hogar con los del conjunto de las personas trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social, ya que no estamos en presencia de una discriminación directa sino de una indirecta.

Se pregunta a continuación el TJUE si hay un factor objetivo que pueda justificar la diferencia de trato existente, y repasa su consolidada jurisprudencia sobre el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para alcanzar sus objetivos de política social y de empleo, al mismo tiempo que pasan revista a las alegaciones de las partes demandadas, siendo una de ellas la habitualmente expuesta de tratarse el sujeto empleador de un cabeza de familia, es decir de aquel que no obtiene un lucro económico por la prestación de la actividad de la persona trabajadora, y del hecho de prestarse los servicios en el domicilio del sujeto empleador, siendo así que ello, siempre según las alegaciones formuladas, *«dificulta tanto la comprobación de los requisitos para acceder a las prestaciones por desempleo como las inspecciones debidas a la inviolabilidad del domicilio»*, a los que se añade un argumento que no es en absoluto nuevo y que ya se ha oído, y defendido, en muchas ocasiones, cual es que el incremento de los costes salariales desempleo podría traducirse en *«una disminución de las tasas de empleo en este sector laboral, en forma de reducción de las nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la seguridad social, y, en consecuencia, podría dar lugar a una reducción de la protección de los empleados de hogar»*.

En suma, la tesis del gobierno español y de la TGSS lleva a que defienda que la exclusión de la prestación por desempleo *«tiene por objeto mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras de la protección social de los trabajadores»*. De manera subsidiaria a otros argumentos, el gobierno español alegó la creación del subsidio extraordinario por desempleo.

No cuestiona el TJUE que se persiga por los Estados miembros el trabajo ilegal y el fraude a la Seguridad Social como pilares de su política social, y que algunas de las medidas que se adopten puede implicar una diferencia de trato entre hombres y mujeres, por lo que apunta una primera, y muy provisional conclusión, que después tendrá que pasar nuevos filtros y que quedará desvirtuada, cuál es que los objetivos perseguidos por el art. 251,d) de la LGSS, expuestos por el gobierno español y la TGSS *«son, en principio, objetivos legítimos de política social que pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo que supone esta disposición nacional»*.

Dado que estamos en un debate sobre la presunta existencia de discriminación indirecta, para efectuar una valoración completa de la bondad jurídica de la norma controvertida deberá pasar la prueba de que el colectivo del personal al servicio del hogar familiar y que está excluido de la protección por desempleo *«se distingue de manera pertinente de otros colectivos de trabajadores que no son excluidos de ella»*.

3 ROJO TORRECILLA, E (2022): Des) protección por desempleo y discriminación por razón de sexo del personal al servicio del hogar familiar (en España). Notas a la importante sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C- 389/20)., 26 de febrero de 2022. Recuperado a partir de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/02/desproteccion-por-desempleo-y.html>

No pasara este filtro cuando se compara su situación jurídica con la de otro personal que, realizando distintas funciones y tareas, también prestan servicios a domicilio, ya que estos sí están cubiertos por la protección por desempleo, y tampoco la pasará cuando el TJUE tiene conocimiento de que la normativa de Seguridad Social si protege otras situaciones de riesgo del personal del hogar familiar, en particular las contingencias profesionales, poniendo en tela de juicio que la protección por desempleo comporte riesgos de fraude y que en cambio no se considere en los mismos términos con respecto a otras prestaciones, y trasladando por otra parte, al órgano jurisdiccional nacional la necesidad de que compruebe la «*incidencia*» sobre la coherencia de la normativa litigiosa del «*aumento progresivo de los tipos de cotización aplicables a los empleados de hogar, al que el Gobierno español se ha referido en sus observaciones escritas*».

Se alinea el TJUE con el abogado general en la tesis de que las alegaciones del gobierno español y de la TGSS no ponen de manifiesto que los medios elegidos por España «*sean adecuados para alcanzar los objetivos legítimos de política social perseguidos*», si bien ello, en virtud de la distribución de competencias entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, corresponderá apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

Y siguiendo el mismo hilo argumental que las conclusiones, el TJUE le da una nueva pista u orientación al juzgador nacional para que, en el supuesto de que llegue a la conclusión de que se trata de una norma cuya razón de ser responde legítimamente a un objetivo de política social y que es adecuada para alcanzar esos objetivos, no se debe quedar ahí, sino que ha de entrar en el examen de si la norma «*no va más allá de lo necesario para lograrlos*». Y aquí, más que una orientación, el TJUE le proporciona la respuesta al juzgador nacional, ya que, tras recordar que la des(protección) de prestación contributiva arrastra la (des)protección de subsidios que están vinculados a la extinción del derecho a percibir aquella, concluye, acertadamente a nuestro criterio, que tal situación, a expensas de cómo la valore el juzgador nacional, «*no parece... que la disposición nacional controvertida en el litigio principal sea necesaria para alcanzar los objetivos mencionados*».

2. Reflexión final

Aunque en la Sentencia de 24 de febrero de 2022. Asunto 389/2020, el TJUE no da una respuesta inequívoca— en el sentido de que no lo hace con la claridad que refleja las conclusiones del Abogado General, lo que si resulta trascendente es la interpretación que el Tribunal hace del artículo 4.1 de la citada Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

De este modo, el fallo asume cierto modo condicional, puesto que contempla la posibilidad de que el órgano judicial inquiriente concluya que existen legítimas razones de política social que podrían justificar la exclusión. Ahora bien, de producirse esta situación y resultar por ello que el órgano jurisdiccional remitente concluyese que la disposición nacional responde a objetivos legítimos de política social y que es adecuada para alcanzar dichos objetivos, advierte claramente que «*debería comprobar además si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos*». No obstante, parece traslucir que el TJUE no contempla, en realidad, una interpretación

del juez nacional que no sea considerar que se produce discriminación por razón de sexo, y en esta línea, precisa que:

- La opción legal de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el RGSS *«no parece aplicarse de manera coherente en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar y, por tanto, riesgos análogos en término [...] de fraude a la seguridad social y de [...] trabajo ilegal [riesgos que, junto a las peculiaridades de la relación, esgrimieron el Gobierno español y el INSS para justificar la exclusión]»* (apdo. 64).
- Por tanto, dado *«que esta exclusión aparentemente entraña una mayor desprotección social de los empleados de hogar, que se traduce en una situación de desamparo social, no parece —sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de las consecuencias que [...] tiene dicha exclusión sobre la concesión de otras prestaciones sociales— que la disposición nacional controvertida en el litigio principal sea necesaria para alcanzar los objetivos mencionados»* (apdo. 70). Con la referencia a las consecuencias sobre otras prestaciones se refiere a aquellas cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente o ayudas sociales para personas desempleadas.

Esta línea argumental, como no podía ser de otra forma, ha sido favorablemente acogida por la Sentencia número 68/2022, de 17 de marzo de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º2 de los de Vigo⁴ que para garantizar la plena efectividad de la *STJUE de 24 de febrero del 2022 (asunto C-389/20)* que se integra en el Ordenamiento jurídico interno y su fuerza vinculante, sujeta con mayor fuerza incluso que la propia Ley tanto en aplicación de los principios de primacía y efecto directo como en aplicación del artículo 53.1 in fine de la CE, por lo que dicho fallo parte de inaplicación de ésta, del *art. 251 d) LGSS*. Y con ello, declarar materialmente disconforme a Derecho el acto impugnado, la resolución de 19 de diciembre del 2019, de la jefa de la unidad de impugnaciones de la TGSS, recaída en el expediente n.º NUM000, que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la resolución que desestimó la solicitud actora de cotización a la protección por desempleo, por hallarse de alta en el régimen especial de empleadas de hogar. Actuación administrativa que se anula y revoca, a la par que declaramos el derecho de la persona trabajadora a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

Ahora queda por esperar a conocer cual será, en su caso, la adecuación del legislador español y de la TGSS a la normativa vigente para dar cumplimiento a esta Sentencia del TJUE. Si bien, en relación a la esperada respuesta judicial parece altamente improbable que el órgano judicial remitente concluya con otra cosa distinta que no sea considerar discriminatoria la exclusión de la normativa española de la prestación por desempleo de las empleadas de hogar, si bien la incertidumbre ahora se cierne sobre las consecuencias prácticas de esta declaración.

Como es lógico, la eficacia directa e inmediata de esta interpretación significará que debe establecerse la obligación, y el derecho, de cotizar por desempleo, en principio en términos equivalentes, o en todo caso análogos, al resto de personas integradas en el RGSS, atendiendo a que se trate o no de una relación de trabajo a tiempo parcial. Lo previsible y también deseable es que el Gobierno español dé una

4 Sentencia número 68/2022, de 17 de marzo de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º2 de los de Vigo Id Cendoj: 36057450022022100001

respuesta reguladora y técnica inmediata, en términos de diligencia debida para restaurar en tal ámbito la equidad prestacional, garantizando la cotización y asumiendo, cuando se den los presupuestos legales, en igualdad de condiciones que otros colectivos comparables del RGSS, el disfrute prestacional, tanto contributivo como no contributivo.

Como guía para el proceso de reforma, podría tomarse la regulación del subsidio extraordinario por falta de actividad del sistema especial para empleadas de hogar durante el período extraordinario de la pandemia, (RDL 11/2020, de 31 de marzo) con las modulaciones oportunas dado su carácter contributivo y ordinario.

De tal forma que la protección que tanto tiempo se ha reivindicado por personas trabajadoras al servicio del hogar familiar parece al fin puede llegar a buen término, pero no conviene echar las campanas al vuelo antes de que sea una realidad. Un cambio normativo que, solo tendrá auténtico valor cuando vaya acompañado de unas relaciones laborales que se desarrollen de forma regular, ya que para poder cotizar hay que cumplir la normativa vigente, en particular en el elevado número de personas trabajadoras que incumplen este requisito de regularidad contractual.

En este Sentido el legislador ya ha dado el primer paso en la lucha frente al fraude en la contratación laboral de corta duración con la modificación del artículo 151 de la LGSS introducida por el 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, junto con otras medidas que persiguen erradicar la temporalidad injustificada en los contratos de trabajo como fuente de precariedad y de ineficiencias para nuestro sistema de relaciones laborales que supone la contratación temporal de muy corta duración y que supone un porcentaje elevadísimo del total de contratos firmados anualmente. Esta forma de contratar, que produce una rotación excesiva, impone grandes perjuicios sobre las personas afectadas y sobre la sociedad en su conjunto. La evidencia de que las medidas existentes hasta la fecha no han servido para corregir esta distorsión justifica la modificación del artículo 151 de la Ley General de Seguridad Social, que pretende interiorizar esta externalidad.

El artículo 151 LGSS es objeto de modificación con la finalidad de establecer un incremento en la cotización respecto a los contratos de duración determinada inferior a 30 días, precisando asimismo los supuestos en que no procederá dicho incremento de cotización.

Si bien el Real Decreto-ley 32/2021 aún excluye al Sistema Especial para Empleados de Hogar, junto con las personas trabajadoras por cuenta ajena en régimen agrario, o aquellas que están adscritas al régimen especial para la Minería del Carbón o de los contratos de sustitución, de aquellos contratos de trabajo sobre los que no se aplicará la cotización adicional precitada, por lo que el ámbito de mejora en materia de protección de las personas trabajadoras adscritas al Sistema Especial de Empleados de Hogar, bajo el criterio de este autor, aún resulta manifiestamente mejorable.

3. Bibliografía

BENITO BENÍTEZ, M.A., (2022): «El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico» *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos de la Universidad de Cádiz*, ISSN-e: 2345-3456 N.º 5, enero-junio, 2022, pp. 13-22.

BENITO BENÍTEZ, M.A., (2019): «Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género», *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2. Páginas 441-481 ISSN-e 2174-6419.

- GÓMEZ GARCÍA, F.X.** (2021): «Empleados de hogar y su protección desde la seguridad social: una situación aún deficitaria», *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 11 (2). Páginas 824-841.
- MONEREO PÉREZ, J.L.** y **LÓPEZ INSUA, B.:** *op. cit.* 22 febrero de 2022 (asunto C-389/20). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 468. SANZ SÁEZ, C., (2020), «Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º 67-68, pp.13-22.
- PÉREZ DEL PRADO, D.** (2020): El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico, «Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (5). Recuperado a partir de <https://revistas.uca.es/index.php/rejuccrim/article/view/9195>.
- QUINTERO LIMA, M.G.** (2022): *El tratamiento discriminatorio de la —ausencia de— protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar*. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), N.º 468, 2022, págs. 187-194
- ROJO TORRECILLA, E.** (2022): *(Des)protección por desempleo y discriminación por razón de sexo del personal al servicio del hogar familiar (en España). Notas a la importante sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C- 389/20).*, 26 de febrero de 2022. Recuperado a partir de <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/02/desproteccion-por-desempleo-y.html>.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SMART CONTRACTS: LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Francisco José Sánchez Bolívar
Investigador predoctoral de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La Administración de Justicia. 1.1. Concepto y alcance de la Administración de Justicia. 1.2. Marco normativo de la Administración Electrónica Judicial. 1.3. Percepción de la Administración de Justicia y repercusión de su funcionamiento. 2. Las nuevas tecnologías y su implantación en la Administración de Justicia: el caso de los «smart contracts». 2.1. Tecnología «blockchain»: funcionamiento y características. 2.2. «Smart contracts»: la tecnología «blockchain» aplicada a los contratos jurídicos. 2.3. Los oráculos: una pieza fundamental de los «smart contracts». 3. La naturaleza jurídica de los «smart contracts». 3.1. Validez de los «smart contracts». 3.2. Incumplimiento, invalidez e ineficacia de los «smart contracts». 4. Conclusiones. 5. Reseña bibliográfica. 5.1. Bibliografía. 5.2. Informes y otras fuentes. 5.3. Fuentes jurídicas.

0. Introducción

Durante la mayor parte de la historia del ser humano, las normas legales tenían una naturaleza oral. Con el objeto de hacerlas más transparentes y obtener una mayor seguridad jurídica, en el siglo XVIII, Jeremy Bentham propone reunir todas las normas en un libro para dejar constancia de ellas y abordar estos principios¹. Esto se ha mantenido y hoy día lo común es que las normas legales se plasmen en un texto para así poder hacerlas efectivas con mayor seguridad y aplicar la justicia con la mayor claridad posible para todas las partes implicadas en la sociedad.

Actualmente, con la nueva era digital y las tecnologías emergentes de las últimas décadas, se plantea una nueva forma de expresar gran parte de las relaciones legales, lo que conlleva mejorar la seguridad jurídica y hacer más efectiva la Administración de Justicia.

La Administración de Justicia en España se encuentra en una situación complicada, puesto que sufre de una situación de sobrecarga administrativa y procesal que afecta

1 HARRIS, J.: «Los escritos de codificación de Jeremy Bentham y su recepción en el primer liberalismo español», *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, Vol. VIII, núm. 1, 1999, pp. 11-14.

al normal funcionamiento de este servicio público, generando abultadas dilaciones en los procesos judiciales y mermando el derecho a la tutela judicial efectiva².

Aun cuando cada vez se destinan mayores esfuerzos legislativos³ y presupuestarios⁴ para el sistema judicial, no parece que, por el momento, sean suficientes. Es por ello, que se presentan ideas de implementación de nuevas tecnologías, en concreto la tecnología «*blockchain*», para ayudar a transformar digitalmente la Administración de Justicia y así hacerla más eficiente y transparente.

Es, a través de una aplicación concreta de esta tecnología, los «*smart contracts*» o contratos inteligentes, lo que pueden suponer un cambio de paradigma en la naturaleza de los sistemas jurídicos.

Los contratos legales que conocemos están expresados en un lenguaje natural, lo cual los puede hacer ambiguos, interpretables y subjetivos, y cuya forma de resolverse en caso de un conflicto supone acudir al sistema judicial tradicional, que puede sufrir de deficiencias como es la lenta tramitación procesal o la intromisión y manipulación de agentes tanto internos como externos.

Aun cuando los procesos judiciales están reglados, nunca va a existir una confianza plena en dicho sistema, pues son muchos los factores que pueden influir en la decisión final, desde los defensores de las partes hasta las posibles injerencias de los órganos judiciales.

En cambio, los contratos inteligentes son escritos en lenguaje de computación, lo que los hacen objetivos, no interpretables y claros. Asimismo, su ejecución, en base a unas condiciones predefinidas, se realiza de forma segura y rápida, con automatismos programados haciéndolo totalmente eficaz⁵.

Los contratos inteligentes introducen una mayor seguridad jurídica en el plano contractual, ya que la certeza de que el acuerdo se va a cumplir aumenta con este tipo de contratos, donde tanto la elaboración, como la ejecución y resolución judicial, en su caso, es infinitamente más eficaz que un acuerdo legal tradicional.

Las características y principios que los contratos inteligentes pueden incorporar en la Administración de Justicia son la descentralización, la autosuficiencia, la autoejecución, la celeridad de los procedimientos, la seguridad, la transparencia y la interoperabilidad⁶.

Con esta tecnología se pretenden establecer ciertos procesos automatizados para que la resolución de disputas judiciales sea instantánea y sin la necesidad de introducirse en el sistema judicial tradicional. De esta forma, la Administración de Justicia pueda enfocar sus recursos en aquellos procesos judiciales en los cuales es necesaria la intervención humana directa para dirimir sobre su resolución judicial.

2 Wolters Kluwer. «Observatorio de la actividad de justicia. Informe 2021», 2021.

3 Actualmente existe un esfuerzo político y legislativo por reformar el sistema judicial. Se ahonda en ello más adelante.

4 Si se comprueban los datos, tanto absolutos como relativos al PIB, el presupuesto en Justicia aumenta cada año. Aunque las partidas presupuestarias en este ámbito son cada vez mayores, no consiguen ser suficientes para acabar con los problemas de falta de agilidad de la Administración de Justicia. En *datosmacro.com* [en línea]. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/estado/presupuestos/espana?sc=PR-G-F-11> [consulta: 30/07/2022].

5 REDONDO-LUQUE, J.R.: «Análisis jurídico de los smart contracts o contratos inteligentes», *Acta Académica*, núm. 70, 2022, p. 174.

6 REDONDO-LUQUE, J.R.: «Análisis jurídico...», *op. cit.*, pp. 175-176.

1. La Administración de Justicia

1.1. Concepto y alcance de la Administración de Justicia

Para concretar qué es la Administración de Justicia, primero hay que abstraerse hasta el concepto político de la división de poderes, donde aparecen los tres poderes del Estado: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial.

El Poder Judicial, el cual busca garantizar el cumplimiento de la ley por parte de las instituciones y ciudadanos, está formado por tres tipos de órganos, distinguiendo entre el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), los tribunales y la Administración de Justicia.

El primero de todos debe garantizar la independencia del Poder Judicial del resto de poderes del Estado, gobernando y administrando a los jueces y tribunales; estos tribunales son los encargados de aplicar las leyes a situaciones y conflictos concretos, siendo los titulares de éstos los jueces; y la Administración de Justicia se compone de todos aquellos órganos administrativos que apoyan a los jueces en el ejercicio de sus funciones, atribuyéndole las competencias derivadas de la gestión documental⁷.

La Administración Judicial presenta características que la diferencia del resto de Administraciones Públicas, ya que, aunque trabaje de manera conjunta con el poder ejecutivo, ésta pertenece al poder judicial. Además, la relación entre los ciudadanos y la Administración de Justicia se establece casi siempre a través de profesionales, mientras que en las relaciones con las Administraciones Públicas no sucede⁸, pudiendo cualquiera dirigirse a éstas independientemente de la formación que tengan.

De esta forma, la Administración de Justicia se puede definir como todo aquello que contribuye al cumplimiento de la misión constitucional de los jueces y magistrados, comprendiendo desde los medios materiales hasta el personal que participa en su funcionamiento, pasando por los procedimientos. La Administración de Justicia, es por lo tanto, un servicio público⁹, y no una Administración Pública¹⁰.

Por todo ello, la gestión y funcionamiento de los órganos administrativos que componen la Administración de Justicia son fundamentales para garantizar la calidad democrática y los derechos de los ciudadanos¹¹.

7 Ministerio de Justicia. Poder Judicial. En *administración.gob.es* [en línea]. Disponible en: https://administracion.gob.es/pag_Home/espanaAdmon/comoSeOrganizaEstado/Instituciones_Estado/PoderJudicial.html [consulta: 21/07/2022].

8 Preámbulo. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE núm. 160, de 6 de julio 2011).

9 BARRIOS CURBELO, M.B.: «La justicia española en perspectiva de futuro. Las claves para una necesaria reforma», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 15, 2000, p. 313.

10 Esto se debe a que, para considerarse Administración Pública, ésta debe ser una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia. El carácter material no entra en juego a la hora de categorizar a una entidad como Administración Pública, sino que es el aspecto puramente formal, en virtud del cual el ordenamiento jurídico atribuye a una organización pública una personalidad jurídica.

11 GUTIÉRREZ LÓPEZ, F. y VÁZQUEZ CUETO, M.J.: «La Administración de Justicia en España: los ingresos perdidos», *Encuentro de Economía Pública*, 2018, p. 2.

1.2. Marco normativo de la Administración Electrónica Judicial

Sin perjuicio de que la Administración de Justicia no es *per se* una Administración Pública, ésta si está compuesta por diversos órganos administrativos cuyo objetivo principal es apoyar a los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones.

Los órganos administrativos son unidades administrativas a las que se le asigna una serie de competencias, estando al frente de estos órganos una persona física, que es la titular del órgano. A través de estas competencias imputadas por el ordenamiento jurídico se expresa la voluntad de la Administración a la que pertenecen los órganos¹².

La regulación de los órganos administrativos se encuentra recogida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), norma jurídica que junto a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPACAP) desarrollan los principios de la Administración Electrónica, como parte fundamental de la organización administrativa. Estas leyes presentan un marco normativo donde no se puede entender al Sector Público como una serie de entidades ajenas a la digitalización y al uso de las tecnologías de la información.

Aunque la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común fue consciente del impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones con las entidades públicas, hasta la también derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP) no se estableció el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración.

En cambio, actualmente, la tramitación electrónica no se concibe como una forma especial de gestión, tal como ocurría antes de la LPACAP, sino que constituye la actuación habitual de las Administraciones Públicas, tal como declara el preámbulo de esta norma.

Es por lo tanto, a través de la LPACAP como se introduce un amplio contexto de digitalización de todas las entidades que componen el Sector Público, donde ya se puede hablar de una Administración Electrónica.

Debido a que la actividad que realiza la Administración Judicial se caracteriza por la gestión documental y tramitación procedimental, ambas normas jurídicas influyen de manera directa en este servicio público, y sobre todo en su digitalización.

Esta digitalización viene encabezada por un nuevo modelo del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración Judicial, la cual cuenta con unas características técnicas, procedimentales y de seguridad diferentes al resto de Administraciones Públicas de carácter general, por lo que su implantación y desarrollo deben enfocarse en un objetivo diferente.

Con este fin, se han realizado desarrollos normativos, tanto antes como después de la aprobación de la LPACAP, orientados al impulso de una implementación de la Administración Electrónica en la Administración de Justicia, para así mejorar este servicio público.

La Administración Judicial Electrónica tiene como objetivo mejorar la tramitación procesal gracias al uso de nuevas tecnologías, estableciendo el derecho tanto de ciudadanos como de profesionales para relacionarse telemáticamente con la Admi-

12 GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Manual básico de derecho administrativo», Tecnos, Madrid, 2020.

nistración de Justicia, aprovechando de la agilidad, eficiencia y transparencia que supone trabajar en un entorno digitalizado.

La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, tiene como principal objetivo apuntalar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos ante los tribunales. Este objetivo se consigue a través de la modernización de la Administración de Justicia, incorporando las nuevas tecnologías en las oficinas judiciales, haciendo obligatoria y generalizada la tramitación electrónica¹³.

Para alcanzar una tutela judicial efectiva plena, debe garantizarse el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, estableciendo, al mismo tiempo, unos requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad en los aplicativos utilizados en el sector judicial¹⁴.

Esta norma jurídica estableció un marco tecnológico para el servicio de Justicia, introduciendo conceptos como el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia y la Sede Judicial Electrónica.

El origen de esta norma reside en que no se consideraba que la LAECSP fuera plenamente aplicable a la Administración de Justicia, necesitándose una regulación específica. Es relevante apuntar que esta división entre la legislación que regula las Administraciones Públicas en términos generales y la Administración de Justicia, se debe a la diferenciación realizada entre el procedimiento administrativo y las normas procesales¹⁵.

Es por ello, que esta ley regula únicamente los aspectos necesarios para dar cumplimiento a la legislación procesal en lo relativo al uso de las nuevas tecnologías, sobre todo, los criterios a tener en cuenta cuando los actos procesales se efectúan a través de medios electrónicos, sin entrar a regular características diferentes a las señaladas en las leyes de enjuiciamiento civil.

En esta legislación de enjuiciamiento civil, hay que destacar la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, donde se establece el 1 de enero de 2016 como fecha para hacer efectiva la implantación de las nuevas tecnologías en la Administración Judicial. Con esta norma, se obliga a que tanto los órganos judiciales como los profesionales de justicia y las fiscalías empleen los sistemas telemáticos implementados en la Administración de Justicia para la gestión documental en el marco de los actos de comunicación procesal.

De la misma forma, existen otras normas jurídicas que pretenden implementar diferentes características y formas de actuación en las relaciones electrónicas con la Administración de Justicia, como es el caso de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, donde se establecen modelos de comunicación con las víctimas de delitos de forma telemática, estableciéndose derechos de la víctima, como es recibir la información a través de medios electrónicos y obtener copias de los documentos generados en la causa.

Otro ejemplo es la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, donde destacan diferentes aspectos que buscan mejorar la eficiencia y agilidad del sistema judicial, como es la obligatoriedad del uso de las nuevas tecnologías para Jueces y Magistrados, así como documentar todas las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido.

13 Preámbulo. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías..., *op. cit.*

14 Preámbulo. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías..., *op. cit.*

15 GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Manual básico de...», *op. cit.*

Con aún mayor importancia se encuentra el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, que viene a suceder el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones LexNET. El Real Decreto 84/2007 introdujo un sistema novedoso que permitía comunicarse con la Administración de Justicia a través de esta plataforma, facilitando y agilizando los actos de comunicación procesales, principalmente con los Procuradores de los Tribunales.

Es también destacable la creación de la Dirección General de Modernización de la Justicia, Desarrollo Tecnológico y Recuperación y Gestión de Activos, materializada a través del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia. Esta nueva Dirección General, con un carácter transversal, se diseña con el fin de garantizar la eficiencia de los recursos públicos para el desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones digitales al servicio de la Administración Judicial, así como la interoperabilidad e interconexión entre todos los actores y Administraciones implicadas, haciendo hincapié en la cooperación autonómica y buscando recortar los tiempos de tramitación de los expedientes judiciales¹⁶.

En el marco de esta cooperación entre las Administraciones autonómicas, la Ley 18/2011, de 5 de julio, juega un papel fundamental consolidando una norma legal de colaboración y cooperación entre las Administraciones con competencias en materia de Justicia, haciendo efectivos los esfuerzos de las Administraciones Públicas, que hasta entonces habían sido plasmados en Convenios de Colaboración.

En este sentido, el Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, por el que se regula el Comité técnico estatal de la Administración Judicial Electrónica, conforma un órgano de cooperación que surge con la vocación de coordinación y planificación conjunta en el ámbito de las nuevas tecnologías aplicadas a la Administración Judicial para evitar duplicidad de esfuerzos. Este Comité ostenta la dirección, coordinación, impulso y competencias para desarrollar el Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad¹⁷.

De hecho, el Comité técnico estatal de la Administración Judicial Electrónica dispone de la flexibilidad necesaria para que, conforme avance el estado y la actividad jurídica y tecnológica, pueda realizar aquellas acciones que estime oportunas en base al artículo 44.2 de la Ley 18/2011, de 5 de julio. Es por ello, que si este Comité dispone de los recursos y libertad necesarias, será un actor importante en el impulso tecnológico de la Administración de Justicia.

Asimismo, y aunque no se trata de normas jurídicas en vigor, actualmente existen tres anteproyectos de ley que podrían tener un gran impacto en el funcionamiento de la Administración Judicial, y más concretamente, en la digitalización de ésta.

El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, busca apunta-

16 Preámbulo. Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020).

17 Preámbulo. Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, por el que se regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2013).

lar el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual no puede comprenderse sin entender el contexto en que se desenvuelve.

La sociedad se encuentra ante un contexto tecnológico cambiante y con la influencia de tecnologías disruptivas, por lo que esta realidad no debe obviarse, ya que la ciudadanía ejerce sus derechos ante juzgados y tribunales en esta nueva realidad social. Para ello, este anteproyecto busca potenciar el entorno digital, favoreciendo así la eficacia de la potestad jurisdiccional, dando un mayor y mejor servicio público.

Este texto busca presentar la transformación digital de la Administración de Justicia como una herramienta transversal, que dote a este servicio público de un marco coherente donde la relación electrónica se convierta en la habitual, en un cauce donde la tutela judicial efectiva salga beneficiada gracias a la mayor agilidad y velocidad de la tramitación procesal.

Este anteproyecto potencia la tramitación del Expediente Judicial Electrónico, orientándose ahora, en vez de en el expediente, en el dato; la deslocalización del personal al servicio de la Administración de Justicia en un entorno digital seguro; la creación de la Carpeta Justicia, donde de manera similar a la Carpeta Ciudadana en el ámbito de la Administración Electrónica, se puedan consultar los expedientes y notificaciones, así como solicitar cita previa para actos presenciales, todo mediante un sistema de identificación seguro; la realización de intervenciones judiciales telemáticas, a través, por ejemplo, de videoconferencias, siempre en puntos de accesos seguros; y la preferencia de comunicaciones judiciales por vía telemática, entre otras muchos avances en el ámbito judicial¹⁸.

Otro anteproyecto a destacar es el Anteproyecto de la Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, el cual se centra en reformas que consigan que el acceso a la justicia suponga la consolidación de derechos y garantías de la ciudadanía, que el funcionamiento judicial se produzca en condiciones de eficiencia operativa y que la transformación digital se traslade a la Administración de Justicia¹⁹.

Esta norma coincide en la necesidad de acelerar la adaptación legislativa a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, adaptándose a la realidad de los países del entorno.

Este incremento del interés por digitalizar la Administración de Justicia, al igual que ha pasado con las Administraciones Públicas en general, tiene su origen en la crisis pandémica del COVID-19. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, es un ejemplo de ello, introduciendo mejoras respecto al Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, con el mismo nombre. La decisión parlamentaria fue tal, que el impulso legislativo fue apoyado por una amplísima mayoría de las Cortes Generales, donde diferentes sectores y grupos políticos participaron en su realización.

En definitiva, el marco normativo de la Administración Electrónica Judicial es amplio y complejo, además de encontrándose en una expansión necesaria para actualizar la realidad tecnológica a este servicio público.

18 Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

19 Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia.

1.3. Percepción de la Administración de Justicia y repercusión de su funcionamiento

No hay que obviar que, con las transformaciones sociales y digitales de los últimos tiempos, la ciudadanía se ha vuelto más exigente con el conjunto de los servicios públicos, incluido la Administración Judicial.

Las personas se encuentran mejor informadas, por lo que demandan un servicio más rápido, transparente y eficaz, además de que dichos servicios se presten teniendo en cuenta la racionalización del gasto público²⁰.

El mal funcionamiento de la Administración de Justicia, además de las consecuencias que conlleva, proyecta una imagen perjudicial de este servicio público, lo que se traslada a una desconfianza en el sistema²¹, al cual muchos no acuden conociendo las fallas de éste y no consiguiéndose cubrir el principio de tutela judicial efectiva.

El sistema judicial español sufre de una situación de sobrecarga y retraso endémico, lo que repercute en el desarrollo económico, el funcionamiento institucional, la paz, la cohesión social y la confianza en el sistema²².

Por todo ello, no es recomendable encontrarse con un sistema judicial como el que actualmente está implantado en España, ya que una desconfianza sobre este servicio público puede acarrear consecuencias sociales y económicas cuya reversión puede ser complicada.

Un buen sistema judicial establece las bases para que la ciudadanía pueda tener seguridad jurídica, una característica fundamental para la inversión económica, que es la que generará empleo y bienestar social. Pero todo movimiento económico y financiero no es ajeno a la posible existencia de conflictos de carácter judicial, por lo que, si la Justicia es ágil, transparente y eficaz, los agentes económicos tendrán mayor confianza para invertir.

El actual diseño y organización judicial no da la posibilidad de que los juzgados y tribunales puedan adaptarse a las nuevas realidades sociales, por lo que la innovación es desplazada y no se encuentra integrada como un principio del funcionamiento judicial. No pudiéndose pasar por alto que el sistema judicial español es esencial en la vida pública, tanto de las instituciones como de las empresas y de las familias, por lo que una profunda transformación de este aspecto es necesaria²³.

Sin ninguna duda, la principal problemática de la Administración de Justicia se encuentra en la falta de agilidad de la tramitación procedimental, donde la burocracia supone un obstáculo. Esto sumado a que los medios alternativos de resolución de conflictos apenas tienen importancia en la solvencia de los casos que se presentan, hacen que colapse aún más la Administración de Justicia, haciéndola más lenta²⁴.

Dicho esto, es esencial buscar una solución a los problemas de este servicio público, una solución a largo plazo y que se pueda adaptar a las constantes y cambiantes necesidades sociales y económicas.

20 Asociación Española de Empresas de Consultoría. «La Administración de Justicia en España en el siglo XXI», 2013.

21 GUTIÉRREZ LÓPEZ, F. y VÁZQUEZ CUETO, M.J.: «La Administración de Justicia... *op. cit.*, pp. 2-4.

22 Wolters Kluwer. «Observatorio de la... *op. cit.*

23 Wolters Kluwer. «Observatorio de la... *op. cit.*

24 Wolters Kluwer. «Observatorio de la... *op. cit.*

2. Las nuevas tecnologías y su implantación en la Administración de Justicia: el caso de los «smart contracts»

Como se ha expuesto, la Administración de Justicia en España tiene un gran margen de mejora, lo cual se puede obtener con la aplicación de tecnologías disruptivas que modernicen los procesos y las herramientas para trabajar en un entorno más seguro, transparente e interoperable.

Pero estas profundas reformas no deben quedarse en mejorar la Administración Electrónica Judicial, sino que, además, deben implementar nuevas tecnologías que revolucionen el funcionamiento actual, de manera que la adaptación sea continua y flexible.

2.1. Tecnología «blockchain»: funcionamiento y características

La tecnología «*blockchain*», o también llamada cadena de bloques, es una tecnología disruptiva que nace con la creación de la primera criptomoneda: Bitcoin. Aunque su nacimiento parte de la idea de crear un sistema de efectivo digital²⁵, la metodología y técnica creada tras este activo digital ha sido utilizada, desde su creación en 2008, en infinidad de materias y procesos.

Este protocolo permite procesar transacciones sin la necesidad de una autoridad centralizada en una base de datos pública e inmutable, conocida como libro de registros²⁶.

La información que se introduce en la red se va almacenando en bloques²⁷ vinculados entre sí, formando una cadena. Estos bloques son verificados por el conjunto de nodos²⁸ que participan en la red, de manera que si se produce una transacción esta será comprobada por todos los nodos.

El registro de la red es detallado y está distribuido entre las partes conectadas en dicha red, cuya actualización de los datos únicamente se produce a través del consenso²⁹ de los participantes. De esta forma, una vez introducida la información en la red, ésta no se puede modificar o borrar.

25 NAKAMOTO, S.: «Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system», *Decentralized Business Review*, 2008.

26 DOLADER RETAMAL, C., BEL ROIG, J. y MUÑOZ TAPIA, J.L.: «La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas», *Economía industrial*, Vol. 405, 2017, pp. 33-34.

27 Un bloque es un concepto para optimizar el proceso de validación de las transacciones que se realizan dentro de la red «blockchain». El bloque se genera cuando se verifica la información a través de un protocolo de consenso.

28 Un nodo es la base fundamental del mecanismo por el cual funciona la tecnología «blockchain». Se trata de un punto de conexión virtual o físico donde se pueden crear, enviar y recibir datos e información. Desde el punto de vista de la tecnología de cadena de bloques, un nodo es un ordenador interconectado a la red «*blockchain*», ejecutando el software que se encarga del funcionamiento.

29 El consenso es la aceptación que realizan todos los miembros de la red «*blockchain*», llegando a la conclusión de que la información existente es la misma, de forma que se acepta que no existen manipulaciones, datos erróneos o datos duplicados.

En el caso del registro de Bitcoin³⁰ todas las transacciones están detalladas y son verificables desde que esta tecnología comenzó a funcionar hasta la actualidad.

Cuando se necesita actualizar la información de manera legítima, todos los nodos se sincronizan en cuestión de segundos. Aunque uno de ellos pudiera desaparecer de la red, la información se mantendría idéntica en el resto de los nodos.

Los nodos están geográfica y computacionalmente distribuidos entre sí, registrando la información dentro de la cadena de bloques mediante una prueba de trabajo o «*proof of work*» (PoW)³¹, un proceso criptográfico que verifica que un problema matemático es resuelto en un nodo, lo cual se conoce como minería.

Los principios fundamentales de esta tecnología garantizan seguridad y verificabilidad de la información, ya que toda la información está distribuida de manera idéntica en miles de nodos para evitar que éstos se puedan modificar.

La tecnología de la cadena de bloques tiene como fundamento el consenso, debido a que todos los nodos obtienen y distribuyen la misma información en base a la verificación de los registros que se van almacenando, de manera que introducir información falsa en la red es prácticamente imposible.

Para poder registrar información falsa sería necesario abarcar más de la mitad del poder computacional de la red, y al mismo tiempo conseguir engañar al sistema. Las transacciones de información se encuentran agrupadas en los bloques, los cuales se generan en base a un orden temporal, y se producen tras el proceso de minado, el cual tiene un carácter aleatorio importante.

Se podrá confundir a la red si realmente se dispone de más de la mitad de la fuerza computacional durante algunos bloques, pero la aleatoriedad del acierto de los problemas matemáticos asegura aún más la verificación de la información. A esto hay que sumarle que la cadena de bloques más larga será siempre la que se mantenga, por lo que, en el caso de existir dos ramificaciones de la cadena, una malintencionada y otra real, en el momento en que sea imposible que los bloques maliciosos continúen generándose, debido a que el factor suerte tiene una gran relevancia, cuando la cadena de bloques que contiene los datos reales supere a la otra, esta última será invalidada por la red, actualizándose los datos con la información veraz.

La «*blockchain*», es por lo tanto, una base de datos inmutable y permanente, ya que todo lo que se plasma no se puede borrar. Solo permite escritura, sin poder modificar ni borrar nada de ella.

Además, las operaciones se realizan sin comprometer la privacidad de los usuarios conectados. En la «*blockchain*» se puede registrar el momento temporal en que el evento ha tenido lugar y si este se ha realizado correctamente, sin explicitar el tipo de evento o partes involucradas. Esto se debe a que cada usuario utiliza una firma digital, la cual sirve para desbloquear la información que se traslada de un punto a otro.

La firma digital funciona con dos claves diferentes pero conectadas entre sí, una clave pública y una clave privada, siendo esta segunda con la que se firma digital-

30 Aunque cada red «*blockchain*» tiene sus propias características y funcionalidades, todas parten de la red de Bitcoin, por lo que todas las referencias van a realizarse a ésta, que es la matriz de todas las redes.

31 El protocolo de prueba de trabajo o «*proof of work*» es el más extendido, ya que es el utilizado en la red de Bitcoin. Consiste en que las partes de una red realicen con éxito un trabajo computacionalmente costoso para acceder a los recursos de dicha red. De esta forma se evita que un ente malicioso pueda consumir todos los recursos de la red de forma incontrolada.

mente. Si la información se traslada a la clave pública, a través de la clave privada se verifica que pertenece a la persona correspondiente, pero siempre ocultándose quién está detrás de dicha firma digital. Esto no solo permite mantener cierto anonimato en la red, sino que, adicionalmente, sirve para evitar que se dupliquen transacciones, evitando su corruptibilidad.

La cadena de bloques es una tecnología que tiene el poder de cambiar las relaciones con el mundo digital, y esto se está pudiendo comprobar en las aplicaciones de esta tecnología más allá del sector financiero.

Ejemplos de ello es la utilización de la tecnología de la cadena de bloques para la creación de registros públicos, como los registros de la propiedad, que se está implementando en países como Japón, Suecia, Reino Unido, o incluso, España³². Con ello se pretende manejar los datos de manera más ágil y con mayor seguridad en las transacciones.

Otro uso con gran impacto en las Administraciones Públicas es el almacenamiento en la nube. Son conocidos los ciberataques de 2021 a importantes organismos públicos, como fueron el Servicio Público de Empleo Estatal y el Ministerio de Trabajo. Los ciberatacantes infectaron a estos órganos con «*ransomware*», el cual encriptaba la información pública y solicitaban un rescate a cambio de devolver esta información. Esto se hubiera podido evitar si tuvieran copias de seguridad bien almacenadas y actualizadas, lo cual se puede conseguir con una red «*blockchain*», donde la información está continuamente actualizada y libre de riesgos de modificación maliciosa, además de poder almacenarse en la nube, donde su acceso es más complejo.

En el ámbito de la transparencia, la tecnología de la cadena de bloques es potencialmente utilizable, ya que en una red de este tipo la información está actualizada a tiempo real y no es necesaria la intervención humana para publicar dicha información.

La gobernanza es otro espacio donde la tecnología «*blockchain*» incorporaría un factor innovador que haría eficiente la gestión de políticas públicas, ya que en una red «*blockchain*» se puede establecer un funcionamiento democrático, descentralizado y sin intermediarios, con un sistema de votación transparente y seguro³³. Un ejemplo de ello es el caso del Ayuntamiento de Alcobendas, donde se han realizado pruebas para establecer un sistema de votación electrónico a través de un móvil inteligente. Este tipo de tecnologías permiten que sistemas que todavía no están tan afianzados en el contexto de las Administraciones Públicas, como puede ser los presupuestos participativos, sean impulsados a otro nivel.

También, lo cual se expone más adelante, la utilización de los «*smart contracts*» es otro ejemplo de la aplicabilidad de este tipo de tecnologías, donde se pretenden eliminar intermediarios, y su aplicación en el sector jurídico sería clave para mejorar la eficiencia y agilidad de la Administración de Justicia.

En definitiva, esta tecnología presenta un avance hasta ahora desconocido, ya que los usos dependerán del desarrollo de este tipo de tecnologías, los cuales no paran de producirse.

32 En España se creó la red «*blockchain*» de Alastria, en la cual están integradas decenas de grandes empresas del país. Buscan implementar esta tecnología en las utilidades que sean viables, como es el caso del registro de la propiedad junto al Colegio de Registradores de España.

33 BENÍTEZ-EYZAGUIRRE, L.: «*Blockchain para la transparencia, gestión pública y colaboración*», *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, Vol. 18, núm. 1, 2021, p. 26.

Entre los objetivos que pueden inducirse para la aplicación de la tecnología de la cadena de bloques, ya no solo en la Administración de Justicia, sino en todos los ámbitos de las Administraciones Públicas, es la utilización total de medios electrónicos para el trámite y procedimiento administrativo y judicial, así como una interoperabilidad completa, eficaz y segura, capaz de soportar y aplicar los principios de simplicidad, celeridad y seguridad de cualquier proceso, haciendo efectivos los principios generales de funcionamiento y actuación del Sector Público español que se recogen en el articulado de la LRJSP.

La ventaja de este tipo de tecnología se centra en la seguridad de las transacciones y en la descentralización de la toma de decisiones, por lo que su uso puede adaptarse a infinidad de procesos, incluidos los judiciales.

2.2. «Smart contracts»: la tecnología «blockchain» aplicada a los contratos jurídicos

Gracias al código abierto que se utiliza en Bitcoin, la comunidad que envuelve este entorno ha crecido y creado cientos de criptomonedas, y por lo tanto, sistemas «*blockchain*», cada uno con sus particularidades y aplicaciones.

Una aplicación concreta de la tecnología «*blockchain*» es lo que se conoce como «*smart contracts*» o contratos inteligentes, los cuales son un tipo especial de instrucciones almacenadas en una red «*blockchain*» que tienen la capacidad de autoejecutar acciones conforme a parámetros programados con anterioridad, con total inmutabilidad, transparencia y seguridad.

Se trata de un protocolo de códigos informáticos a través del cual un dispositivo tecnológico se ejecutará de forma automatizada en base a unas secuencias previamente programadas, pudiendo trabajar sin la necesidad de la intervención humana directa³⁴.

De esta forma, lo que se determina en el protocolo de ejecución es aquello que legalmente esté establecido, de manera que las cláusulas que en un contrato se establezcan serán programadas y ejecutadas tal como en el pacto jurídico se determine.

Con este tipo de mecanismos, si su elaboración y codificación se realiza correctamente y con el consentimiento y conocimiento de ambas partes, la ejecución del contrato jurídico se realizará de forma automatizada en función de las condiciones y cláusulas que en este se establezcan. Así, de la misma forma, su incumplimiento será resuelto en base a los parámetros fijados.

Los contratos inteligentes son un tipo de herramientas con el cual se busca eliminar los intermediarios existentes para simplificar al máximo los procesos, ahorrando así costes al consumidor, lo cual puede ayudar a mejorar la eficiencia procesal y a hacer efectiva la tutela judicial efectiva, al descongestionar la Administración de Justicia y las barreras sociales, económicas y culturales que puedan existir.

Esta disminución de intermediarios se produce en el momento en que para la formación del contrato no es necesaria la asistencia de expertos, ya que la plataforma que se utilice para ejecutar el contrato inteligente puede integrar de manera sencilla las obligaciones de las partes. También excluye la asistencia de un tercero para la resolución de las disputas, que en este caso se trataría el órgano judicial correspon-

34 RÍOS LÓPEZ, Y.: «Blockchain, smart contracts y Administración de Justicia», *Blockchain Intelligence*, 2021, p. 10.

diente, debido a que las multas, cláusulas o sanciones como consecuencia de su incumplimiento estarán también tasadas en el contrato, ejecutándose en el caso que corresponda³⁵.

Entre las características que incitan la utilización de los «*smart contracts*» se encuentra la ejecución instantánea mediante el software, el cual verifica el cumplimiento de las condiciones predeterminadas en el contrato, aplicándose así de forma automática³⁶. Esta ejecución automática e inmediata implica inmutabilidad³⁷.

La seguridad de las transacciones es otra característica de este tipo de contratos, el cual viene intrínseco en la propia tecnología que se utiliza y que ya se ha abordado. Esta seguridad se ve, además, reflejada en los «*smart contracts*» por la verificación de las condiciones preconfiguradas. Esta se produce mediante un proceso de acreditación previo a la transacción en la red, llevado a cabo por el propio software, de manera que, si el proceso de acreditación es negativo, el sistema se bloquea revirtiendo la transacción³⁸.

Asimismo, existe un plano de seguridad fundado en el anonimato de las partes contratantes, ya que a través de este tipo de contratos se puede realizar el negocio jurídico sin la necesidad de conocer la identidad de las partes³⁹.

Por todo ello, si se aplicara este tipo de tecnologías a ciertas jurisdicciones se podría descongestionar la Administración de Justicia, sobre todo en temas donde la gestión procesal supone gran parte del tiempo invertido en la resolución de conflictos, como puede ocurrir en temas de las jurisdicciones social, civil o mercantil.

Sería un proyecto pionero construir una plataforma pública para la realización y ejecución de contratos inteligentes, con la idea de dar mayor independencia a las partes contratantes, en el momento en que tanto la elaboración como la disputa de los conflictos judiciales pudiera realizarse sin intermediarios y de forma automatizada.

Es más, los «*smart contracts*» abren la puerta a un nuevo tipo de justicia sin fronteras. Debido a que este tipo de contratos pueden darse entre partes anónimas y se ejecutan de manera automática, no es necesario que estén anclados a un sistema legal para que estos puedan cumplirse. Las partes pueden encontrarse en puntos geográficos distintos y con identidades desconocidas. Esto dificulta que puedan aplicarse normas jurídicas de un país concreto⁴⁰. Es por ello, que sería ideal establecer un mecanismo de resolución de disputas a través de un sistema de arbitraje internacional⁴¹.

35 YÉPEZ IDROVO, M.V., VELA SEVILLA, M.P. y HARO AILLÓN, B.A.: «Smart contracts y el arbitraje: hacia un modelo de justicia deslocalizado», *USFQ Law Review*, Vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 5-6.

36 TUR FAÚNDEZ, C.E.: «Smart Contracts. análisis jurídico», en BRAVO DE MANSILLA, G.C. y BARRIO ANDRÉS, M. «Colección de Derecho de las Nuevas Tecnologías», Reus, Madrid, 2018, p. 108.

37 ZHENG, Z., XIE, S. DAI, H., CHEN, X y WANG, H.: «An overview of blockchain technology: architecture, consensus, and future trends», *IEEE 6th International Congress on Big Data*, 2017, pp. 557-564.

38 VANNIEUWENHUYSE, G.: «Arbitration and new technologies: mutual benefits», *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, núm. 1, 2018, pp. 119-130.

39 VANNIEUWENHUYSE, G.: «Arbitration and new... *op. cit.*, pp. 119-130.

40 YÉPEZ IDROVO, M.V., VELA SEVILLA, M.P. y HARO AILLÓN, B.A.: «Smart contracts...», *op. cit.*, pp. 11-13.

41 YÉPEZ IDROVO, M.V., VELA SEVILLA, M.P. y HARO AILLÓN, B.A.: «Smart contracts...», *op. cit.*, pp. 11-13.

En suma, en un entorno «*blockchain*» se trabaja de forma completamente electrónica, ya que su naturaleza así lo determina, y donde diferentes nodos aportan y verifican la información que se encuentra en esta red, primando la seguridad y la celeridad.

2.3. Los oráculos: una pieza fundamental de los «smart contracts»

Debido a que los protocolos de los «*smart contracts*» se limitan exclusivamente a la obtención de información y el acceso a los datos de la red, se crearon los oráculos, que son un servicio que verifica y envía la información de la realidad externa a la red «*blockchain*» para que puedan tenerse en cuenta en la ejecución de los contratos inteligentes. Son el puente entre el mundo físico y el mundo virtual representado en la red «*blockchain*», situándolos en una posición de tercero de confianza⁴².

Debido a ello, el oráculo nutre de información a la red para que ésta pueda actuar en consecuencia. Al ejecutar un contrato inteligente donde es necesario conocer una realidad física, el oráculo informará a la red para que el contrato inteligente se ejecute de una cierta forma. Estos oráculos facilitan los datos del mundo exterior al software para que pueda corroborar las condiciones preestablecidas en el contrato⁴³.

Existen diferentes tipos de oráculos, destacando los oráculos de software, los cuales extraen información que se encuentra en línea; los oráculos de hardware, que pueden rastrear y monitorear objetos del mundo físico; o los oráculos entrantes, que proporcionan información desde el exterior hacia la red «*blockchain*».

3. La naturaleza jurídica de los «smart contracts»

El concepto de los «*smart contracts*» fue forjado por el jurista, informático y criptógrafo Nick Szabo en 1994, donde define los contratos inteligentes como un «protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato»⁴⁴.

En ese momento no existía una tecnología capaz de hacer efectiva la idea de Szabo, pero con la llegada de la tecnología «*blockchain*» se posibilitó la materialización de este concepto que hasta entonces se mantenía en un plano meramente teórico.

Hay que apuntar que, aunque el término «*smart contract*» o su traducción al español como «contrato inteligente», incorporen la palabra «contrato», por sí solos no se pueden considerar como tal, sino más bien como unas líneas de código informático que autoejecuta los términos de un contrato⁴⁵.

En este sentido, Josh Stark hace una diferenciación entre los «*smart contract code*», como un código computacional que se ejecuta dentro de una red «*block-*

42 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, núm. 18, 2020, pp. 210-211.

43 CIACCAGLIA, M.: «Blockchain y smart contracts entre la normativa europea y el código civil español», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019, p. 8.

44 SZABO, N.: «Smart contract», 1994. En *fon.hum.uva.nl* [en línea]. Disponible en: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> [consulta: 11/07/2022].

45 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis...», *ob. cit.*, p. 207.

chain», y los «*smart legal contracts*», donde existe una perspectiva jurídica sobre ellos⁴⁶. Por lo tanto, atendiendo a esta definición desde un punto de vista jurídico, los contratos legales inteligentes son aquellos acuerdos o contratos escritos en lenguaje de código informático donde el software es capaz de ejecutarlo de forma automática cuando se verifica el cumplimiento o incumplimiento de los estipulado en dicho acuerdo⁴⁷.

3.1. Validez de los «smart contracts»

Ahora bien, aun con esta perspectiva jurídica donde se concibe al código informático como una herramienta al servicio de un acuerdo, habría que conocer si los contratos inteligentes pueden tener la misma validez que un contrato convencional, entendiéndose este como un acuerdo vinculante que obliga a las partes a cumplir lo acordado, es decir, que cumple con el principio de obligatoriedad de los contratos previsto en el artículo 1901 del Código Civil (en adelante CC)⁴⁸.

En primer lugar, no existen obstáculos para que desde el punto de vista formal se pueda reconocer como contrato un acuerdo redactado en lenguaje computacional, ya que el artículo 1278 CC permite la libertad de forma de los contratos. Más allá de la forma del contrato, hay que atender a los requisitos de validez establecidos en el artículo 1261 CC. Estos requisitos son el objeto del contrato, la causa de la obligación y el consentimiento de las partes contratantes.

El artículo 1261 CC exige que exista un «objeto cierto que sea material del contrato», pudiendo entenderse como tal «las realidades con entidad material —física o jurídica (...) sobre las que recae el consentimiento de las partes»⁴⁹. Además, los artículos 1271, 1272 y 1273 CC establecen que el objeto de dicho acuerdo habrá de ser determinado o determinable, lícito y no podrá recaer sobre cosas que se encuentren fuera del comercio ni consistir en cosas o servicios imposibles⁵⁰.

Por otro lado, el CC expresa que la causa del contrato deberá ser existente (art. 1277), lícita (art. 1275) y veraz (art. 1276). Para el caso de los contratos inteligentes, no es necesaria que la causa se exprese en dicho contrato, ya que se puede afirmar «que forma parte de la causa, la ejecución automática de las prestaciones conforme a las representaciones mentales de las partes»⁵¹.

Respecto al consentimiento, hay que destacar la importancia que supone para el nacimiento del acuerdo contractual, sobre todo en el caso de los «*smart contracts*».

46 STARK, J.: «Making sense of blockchain smart contracts», 2016. En *coindesk.com* [en línea]. Disponible en: <https://www.coindesk.com/markets/2016/06/04/making-sense-of-blockchain-smart-contracts/> [consulta: 16/07/2022].

47 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis...», *ob. cit.*, p. 208.

48 «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y debe cumplirse a tenor de los mismos».

49 DE PABLO CONTRERAS, P.: «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., et al.: «Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones», Vol. 1, Edisofer, Madrid, 2016, p. 352.

50 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis...», *ob. cit.*, p. 212.

51 LOTZ, C.M.: «Smart contract: ¿Contratos verdaderamente inteligentes?», en <https://www.roedl.es/es/> [en línea]. Disponible en: http://www.roedl.net/es/blog/area_legal/smart_contract.html [consulta: 07/07/2022].

El consentimiento, recogido en el artículo 1261 CC y entendiéndose por éste la exteriorización de la voluntad interna de las partes contratantes⁵², tiene vital importancia en los contratos inteligentes, debido a su carácter automático, resultando de aplicación el tercer párrafo del artículo 1262 CC⁵³. Como en los «*smart contracts*» el consentimiento suele estar basado en una actuación, el inicio de estas actuaciones tendentes a ejecutar el acuerdo manifiesta la aceptación de las partes contratantes⁵⁴.

Quizás, la mayor dificultad para poder acreditar la validez de un contrato legal inteligente se encuentre en el consentimiento de las partes, ya que la tecnología «*blockchain*» permite el anonimato o pseudonimización de las personas⁵⁵. Como ya se explicó anteriormente, las operaciones realizadas dentro de la red «*blockchain*» no comprometen la privacidad de los usuarios, gracias al uso de una firma digital con una clave pública y otra privada.

Esto, a simple vista puede suponer un grave perjuicio para conocer a la persona que se encuentra detrás de una de las partes del contrato inteligente, pudiendo viciar el consentimiento, y por lo tanto, la validez del contrato en algunos casos. Aun así, siempre existen mecanismos para evitar que esto pueda suponer un obstáculo en la ejecución del contrato, como es especificarse en el propio contrato inteligente la necesidad de, para verificarse el consentimiento, que ambas partes hagan públicas sus identidades, lo cual puede realizarse con el uso de una firma electrónica⁵⁶.

Otra forma de acabar con este posible problema es la utilización de una red «*blockchain*» privada, donde a diferencia de una pública, pueden exigirse ciertos requisitos para incorporarse a ellas, siendo una habitual, la identificación de las personas.

3.2. Incumplimiento, invalidez e ineficacia de los «*smart contracts*»

La principal problemática de los contratos inteligentes aparece en los supuestos en los que, por cualquier razón, se encuentre una irregularidad en el acuerdo que

52 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis... *ob. cit.*, p. 213.

53 «En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

54 APARICIO BIJUESCA, M.B.: «Chapter 1: The challenges associated with smart contracts: formation, modification, and enforcement», p.19, en «SMART CONTRACTS: Is the Law Ready?» [en línea]. Disponible en: <https://lowellmilkeninstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/2018/08/Smart-Contracts-Whitepaper.pdf> [consulta: 29/06/2022].

55 SHEHATA, I.: «Arbitration of Smart Contracts Part 1: Introduction to Smart Contracts», 2018. En <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/> [en línea]. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/23/arbitration-smart-contracts-part-1/> [consulta: 01/07/2022].

56 La firma electrónica está regulada en diferentes normas jurídicas, como es la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, o el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, o más conocida como el Reglamento eIDAS.

invalide el contrato, debido a que la característica principal de este tipo de pactos es la automatización y ejecución de lo establecido en el código informático, independientemente de la legalidad de éste⁵⁷.

Así, cualquier discrepancia que suponga nulidad o anulabilidad de los «*smart contracts*» va a comprometer, no solo la legalidad del acuerdo entre las partes, sino también la utilidad de este tipo de contratos. Esta es la principal barrera por la cual ciertas posturas creen que los contratos inteligentes no tienen cabida en el mundo jurídico⁵⁸, en el momento en que puede ser imposible o muy complicado resolver este tipo de cuestiones.

Centrándose en los supuestos estrictamente jurídicos, un contrato es nulo cuando el objeto es indeterminado, ilícito o que recayera sobre cosas que se encuentren fuera del comercio o servicios imposibles (arts. 1271, 1272 y 1273 CC); o cuando la causa del contrato no exista (art. 1277 CC), sea ilícita (art. 1275 CC) o falsa (art. 1276 CC).

Ya se ha hablado de la inseguridad que puede suponer el anonimato de las partes dentro de un contrato inteligente, pero también se han presentado soluciones para evitar que esto sea un obstáculo para determinar el consentimiento real a través de la identificación de los contratantes. Así, aunque la falta de capacidad de obrar es un supuesto de anulabilidad (art. 1263 CC), se cuentan con herramientas para evitarlo, incluyendo la obtención de información a través de los oráculos, que podrán verificar a través de los registros públicos correspondientes, que las partes tienen capacidad de obrar.

Además, el consentimiento deberá recaer sobre la ejecución automática del contrato, por lo que ambas partes deben entender el proceso de automatización con el objeto de evitar que se generen representaciones mentales inexactas que puedan conllevar la anulabilidad del acuerdo⁵⁹.

También pueden existir problemas de plasmación correcta del objeto del contrato debido a una mala transcripción de las características del negocio jurídico en el código por parte del programador del «*smart contract*»⁶⁰. Esto puede deberse a múltiples factores, como es la complejidad y abstracción de los conceptos jurídicos o la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no pueden interpretarse por el lenguaje computacional. Una solución es contar con herramientas o un tercero que pudiera interpretarlos en el caso concreto⁶¹.

En otro orden de cosas, no hay que olvidar que uno de los puntos fuertes de los contratos inteligentes, y la razón por la cual pueden suponer un avance en la agilización de los procesos judiciales y la descongestión de la Administración de Justicia, es la seguridad del cumplimiento de lo estipulado en el negocio jurídico y la no utilización de los tribunales para resolver los casos de incumplimiento. Esto se consigue a través de la automatización del contrato sin la necesidad de la intervención humana directa.

57 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis... *ob. cit.*, p. 220.

58 SAVELYEV, A.: «Contract Law 2.0: Smart Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law», *National Research University Higher School of Economics*, 2016, p.19.

59 TUR FAÚNDEZ, C.E.: «Smart Contracts... *op. cit.*, p.86.

60 KAULARTZ, M.: «Blockchain, law, blockchainlaw?», 2018. Conferencia en la Humboldt-University de Berlín. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=N4jtK4HaKfQ&t=1768s> [consulta: 15/07/2022].

61 YÉPEZ IDROVO, M.V., VELA SEVILLA, M.P. y HARO AILLÓN, B.A.: «Smart contracts... *óp.cit.*, pp. 24-25.

Aun así, esto no evita que pueda producirse un incumplimiento del pacto por alguna de las partes, debido a que un error en la programación del «*smart contract*» o la imposibilidad de verificar el cumplimiento de las condiciones preestablecidas por alguna de las partes puede ser una causa que deje sin seguridad el cumplimiento⁶².

Aunque, de la misma forma que se exponía anteriormente, existen mecanismos para que esto no ocurra. Por ejemplo, si es posible identificar a las partes, también lo será para identificar una cuenta bancaria o un monedero de criptodivisas para que en el caso en que una de las condiciones sea inexistente, debido a su dificultad para probarla o conocer su existencia real, se produzca un resarcimiento económico de la parte incumplidora. De la misma forma, siempre se pueden utilizar mecanismos no tecnológicos para que en caso de error en el código se resuelva de otra forma que no suponga acudir a un tribunal, como es la utilización de herramientas extrajudiciales, como es la mediación.

En todo caso, la utilización de un «*smart contract*» para la celebración de un negocio jurídico no impide que las partes renuncien a las herramientas que el Derecho proporciona para subsanar aquellos resultados inesperados⁶³.

4. Conclusiones

Es una realidad que las principales reformas legislativas destinadas a la Administración de Justicia, tanto las actuales, como previsiblemente las venideras, llegan acompañadas de una importante influencia digitalizadora. El avance tecnológico es exponencial y la oportunidad que se presenta prometedora. No obstante, hay que ser conscientes que el recorrido necesario para lograr la ansiada adaptación normativa a las nuevas realidades será lento y gravoso.

Dicha adaptación va a suponer cambios en el panorama judicial y éstos podrán agilizar de manera considerable los procesos judiciales, pero no hay que obviar que uno de los principales factores que ha conllevado a que la situación actual sea la de una Administración Judicial pausada, es que las reformas legales conllevan una dilatada tramitación legislativa. Cuando se vienen a aplicar las medidas incluidas en tales reformas, en ocasiones la situación tecnológica y judicial ha cambiado de manera sustancial.

Teniendo esto en cuenta, no se debe pretender que la Administración no colapse, sino darles las herramientas para que, cuando en un futuro se encuentre un panorama similar, sea la propia Administración de Justicia la que con sus propios recursos pueda adaptarse a las nuevas realidades.

En suma, lo que se busca con la implantación de tecnologías disruptivas es evitar que la Administración de Justicia sea un servicio estático que dependa del desarrollo legislativo parlamentario para poder ir aplicando correctamente el principio de tutela judicial efectiva en función del contexto en que se encuentre. Se pretende ofrecer las herramientas para que la Administración Judicial Electrónica se sumerja en un entorno flexible y autosuficiente.

Esta autosuficiencia pasa por la descentralización y desconcentración de la actividad judicial del resto de poderes públicos, y la tecnología «*blockchain*» es la más indicada para ello, ya que ofrece la posibilidad de crear registros descentralizados,

62 FETSYAK, I.: «Contratos inteligentes: análisis... *ob. cit.*, p. 223.

63 GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «Blockchain o cómo mecanizar la confianza», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2020, p. 10.

actualizados e interoperables, al mismo tiempo que presenta transparencia al ciudadano mientras que mantiene la seguridad en los datos.

Los «*smart contracts*» son el sistema más representativo del uso de esta tecnología en la aplicación de los procesos judiciales, ya que pueden estructurarse negocios jurídicos sin la necesidad de intermediarios y sin acudir a la Administración de Justicia para resolver los posibles conflictos.

No hay que obviar que, aunque la legislación actual sí podría permitir la utilización de mecanismos como los contratos inteligentes, debido a que como se ha analizado cumple con los requisitos y con el marco jurídico vigente, habría que establecer un marco normativo más concreto para la utilización de este tipo de contratos. Sobre todo, para establecer las causas de invalidez y formas de resolución de conflictos, evitando así disputas que finalmente puedan acabar derivando a los tribunales ordinarios.

Queda mucho recorrido, tanto tecnológico como jurídico, para poder aplicar los contratos inteligentes en la sociedad española, pero hay que tener en cuenta que es una herramienta que ya se está incorporando a otros niveles, por lo que, se quiera o no, la repercusión jurídica llegará en algún momento, y habrá que tener un marco legal favorable para poder implementarlos con la debida seguridad jurídica.

5. Reseña bibliográfica

5.1. Bibliografía

- BARRIOS CURBELO, M.B.:** «La justicia española en perspectiva de futuro. Las claves para una necesaria reforma», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 15, 2000, pp. 313-322.
- BENÍTEZ-EYZAGUIRRE, L.:** «Blockchain para la transparencia, gestión pública y colaboración», *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, Vol. 18, núm. 1, 2021, pp. 23-32.
- CIACCAGLIA, M.:** «Blockchain y smart contracts entre la normativa europea y el código civil español», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019.
- DE PABLO CONTRERAS, P.:** «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., et al. *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Vol. 1, Edisofer, Madrid, 2016.
- DOLADER RETAMAL, C., BEL ROIG, J. y MUÑOZ TAPIA, J.L.:** «La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas», *Economía industrial*, Vol. 405, 2017, pp. 33-40.
- FETSYAK, I.:** «Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español», *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 18, 2020, pp. 197-236
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.:** *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2020.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.:** «Blockchain o cómo mecanizar la confianza», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2020.

- GUTIÉRREZ LÓPEZ, F.** y **VÁZQUEZ CUETO, M.J.:** «La Administración de Justicia en España: los ingresos perdidos», *Encuentro de Economía Pública*, 2018.
- HARRIS, J.:** «Los escritos de codificación de Jeremy Bentham y su recepción en el primer liberalismo español», *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, Vol. VIII, núm. 1, 1999, pp. 9-29.
- NAKAMOTO, S.:** «Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system», *Decentralized Business Review*, 2008.
- REDONDO-LUQUE, J.R.:** «Análisis jurídico de los smart contracts o contratos inteligentes», *Acta Académica*, núm. 70, 2022, pp. 169-186.
- RÍOS LÓPEZ, Y.:** «Blockchain, smart contracts y Administración de Justicia», *Blockchain Intelligence*, 2021.
- TUR FAÚNDEZ, C.E.:** «Smart Contracts. análisis jurídico», en BRAVO DE MANSILLA, G.C. y BARRIO ANDRÉS, M. *Colección de Derecho de las Nuevas Tecnologías*, Reus, Madrid, 2018.
- VANNIEUWENHUYSE, G.:** «Arbitration and new technologies: mutual benefits», *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, núm. 1, 2018, pp. 119-130.
- YÉPEZ IDROVO, M.V., VELA SEVILLA, M.P.** y **HARO AILLÓN, B.A.:** «Smart contracts y el arbitraje: hacia un modelo de justicia deslocalizado», *USFQ Law Review*, Vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 1-28.
- ZHENG, Z., XIE, S. DAI, H., CHEN, X.** y **WANG, H.:** «An overview of blockchain technology: architecture, consensus, and future trends», *IEEE 6th International Congress on Big Data*, 2017, pp. 557-564.

5.2. Informes y otras fuentes

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE CONSULTORÍA.** «La Administración de Justicia en España en el siglo XXI», 2013.
- LOTZ, C.M.:** «Smart contract: ¿Contratos verdaderamente inteligentes?». En <https://www.roedl.es/es/> [en línea]. Disponible en: http://www.roedl.net/es/blog/area_legal/smart_contract.html [consulta: 07/07/2022].
- Wolters Kluwers. «Observatorio de la actividad de justicia. Informe 2021», 2021.
- SAVELYEV, A.:** «Contract Law 2.0: Smart Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law», *National Research University Higher School of Economics*, 2016.
- SHEHATA, I.:** «Arbitration of Smart Contracts Part 1: Introduction to Smart Contracts», 2018. En <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/> [en línea]. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/23/arbitration-smart-contracts-part-1/> [consulta: 01/07/2022].
- STARK, J.:** «Making sense of blockchain smart contracts», 2016. En [coindesk.com](https://www.coindesk.com/) [en línea]. Disponible en: <https://www.coindesk.com/markets/2016/06/04/making-sense-of-blockchain-smart-contracts/> [consulta: 16/07/2022].

SZABO, N.: «Smart contract», 1994. En fon.hum.uva.nl [en línea]. Disponible en: <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> [consulta: 11/07/2022].

5.3. Fuentes jurídicas

Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020).

Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, por el que se regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2013).

Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia.

Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE núm. 160, de 6 de julio 2011).

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

PROCESO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EL SESGO ALGORÍTMICO, EL SESGO HUMANO, Y SU IMPACTO EN NUESTROS DERECHOS PROCESALES

Andrea Bravo Bolado
Contratada predoctoral FPU
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La creciente preocupación por los sesgos. 2. Sesgos humanos y sesgos algorítmicos. 2.1. Sesgos cognitivos. 2.1.1. Sesgo de representatividad. 2.1.2. Sesgo de disponibilidad. 2.1.3. Sesgo de anclaje. 2.1.4. Sesgo retrospectivo. 2.1.5. Sesgo de confirmación. 2.2. Sesgos algorítmicos. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Los errores o sesgos, humanos o algorítmicos, pueden afectar y afectan a los derechos más básicos de colectivos vulnerables, planteando a los juristas del presente la importante tarea de examinar de cerca, de forma pormenorizada, el origen de cada uno de los posibles fallos en el juicio humano y en el proceso de toma de decisiones donde los derechos de primer orden se ven afectados. Sin esta tarea previa, en la que nos enfrentemos de forma directa a los errores propios y ajenos, no seremos capaces de ofrecer una protección adecuada a nuestros derechos, cuyas bases se tambalean inevitablemente ante la potencialidad lesiva de las nuevas tecnologías.

Con el auge de nuevas técnicas en el ámbito de la justicia, son numerosos los retos que surgen para la protección de nuestros derechos procesales básicos. Me centraré, en adelante, en un campo de decisión concreto: el derecho penal y, concretamente, en aquellas decisiones que tienen que ver con la valoración del riesgo de la mal entendida «peligrosidad».

Por centrar el objeto de estudio específico que ocupará la presente contribución, se hace preciso ofrecer una definición de las herramientas de predicción de la peligrosidad criminal, pues son aquellas que, en su continua expansión y desarrollo, están poniendo en jaque nuestro sistema de derechos.

Las RAT (*Risk Assessment Tools*), o, HVR (Herramientas de Valoración de Riesgo), han experimentado un desarrollo paulatino desde sus primeras manifestaciones en la década de los años 20, donde nacían asociadas al ámbito estadounidense de la

*parole*¹, hasta llegar a constituir un elemento presente en casi todos los sistemas penales, con una presencia notable también a nivel europeo². Stevenson las define de la siguiente manera:

«Las herramientas de valoración de riesgo están diseñadas para predecir la probabilidad de que alguien vuelva a cometer un crimen en el futuro. Se generan analizando estadísticamente grandes cantidades de datos para identificar correlaciones entre el futuro crimen (medidas por medio de arrestos o reincidencia) y factores como la edad, el género, el historial criminal, el estatus de empleo, el nivel de educación, etc. Las predicciones de la valoración de riesgo son usadas para ayudar a determinar restricciones de libertad: la situación previa al juicio, la extensión de la pena, la libertad provisional, la libertad condicional, y más»³.

Como a continuación se desarrollará, hemos de ser precavidos ante la aparición de dichas herramientas, pues es este un campo donde se ve afectada no sólo la tutela judicial en sentido amplio, sino también la defensa de colectivos vulnerables, que corren un peligro real de ser doblemente victimizados al albur de las nuevas técnicas.

Podemos destacar principalmente dos momentos procesales en que dichas herramientas cobran importancia:

- Las medidas cautelares privativas de libertad (con especial atención a la decisión sobre la adopción de la prisión provisional⁴).
- La ejecución del castigo, una vez impuesta la pena (con especial atención a la decisión sobre el acceso a la libertad condicional).

Lo que se pretende a continuación es caracterizar uno de los problemas que más a menudo surgen como consecuencia de la expansión y sofisticación de estas herramientas, y que tratará de dar respuesta a preguntas que pueden resultar conflictivas:

-
- 1 Para un mayor desarrollo de su evolución y un examen profundo de la lógica de dichas herramientas, concretamente en el ámbito estadounidense, vid.: HARCOURT, B.: *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.
 - 2 Así, centrándonos en el ámbito español, se encuentran plenamente implantadas este tipo de herramientas de valoración del riesgo en diferentes ámbitos. Por destacar los más conocidos y aportar referencias que permiten profundizar en esta realidad, en el ámbito de las medidas provisionales destaca el uso de Viogen, diseñada para la medición de la peligrosidad asociada al riesgo de ser víctima de delitos de violencia de género; y en el ámbito de la ejecución de penas de prisión en general destaca, en el ámbito penitenciario catalán, RisCanvi. Para mayor profundidad, vid. ANDRÉS-PUEYO, A., ARBACH-LUCIONI, K., REDONDO, S.: «The RisCanvi: a new tool for assessing risk for violence in prison and recidivism», en SINGH J.P., KRONER D.J., WORMITH J.S., DESMARAIS S.L., HAMILTON Z. (eds.), *Handbook of recidivism risk/needs assessment tools*, John Wiley & Sons, 2018, pp. 255-268. Asimismo, si lo que se quiere es un panorama general sobre el origen y lógica de las tablas de valoración de riesgo en el sistema penitenciario español, vid.; CASTRO LIÑARES, D.: *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Madrid, Reus, 2021.
 - 3 Traducción realizada por la autora. Para consultar referencia a texto original: STEVENSON, M.: «Assessing risk assessment in action», en *Minn. L. Rev.*, Vol. 103, 2018, p. 304.
 - 4 Para una visión en profundidad de cómo se aplica dicha valoración en el sistema cautelar español, así como una referencia a los sesgos cognitivos presentes en las decisiones judiciales, Vid. SIMÓN CASTELLANO, P.: *Justicia cautelar e inteligencia artificial: la alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021.

¿supone la introducción de estas herramientas un cambio de paradigma jurídico-procesal?, y, en definitiva, ¿en qué medida debemos estar atentos a los nuevos riesgos por ellas generados?

1. La creciente preocupación por los sesgos

Una de las principales fuentes de conflicto cuando se comienza a hablar de justicia predictiva es la de los llamados «sesgos». Se ha vuelto común la afirmación acerca de que los algoritmos están «sesgados» en contra de ciertos colectivos vulnerables (el ejemplo de COMPAS es quizá el más famoso).

COMPAS es el acrónimo referido a la herramienta «*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*». El ejemplo de COMPAS nos sirve para ilustrar a la perfección todos los problemas que pueden surgir a raíz de la implantación de las modernas tecnologías de predicción. Dicha herramienta, mediante el análisis de grandes cantidades de datos, y mediante el manejo de un gran número de criterios, asignaba una puntuación de riesgo a los acusados de un delito sometidos a su evaluación, de forma que según la herramienta diera un resultado de «peligrosidad» más alto o más bajo, al sujeto sometido a su juicio se le podía anudar una consecuencia jurídica, que podía verse reflejada no solo en la imposición o no de medidas cautelares, sino llegar a afectar a la determinación estricta de la pena a cumplir. En todo caso, dicha herramienta era concebida meramente como un instrumento de apoyo o asistencia a los jueces, nunca, en teoría, para ser aplicada de forma automática.

Los problemas que se derivan del uso de dicha herramienta, sin embargo, son variados. En primer lugar, y en el lado de las incorrecciones de tipo procesal, podemos atender al supuesto real que dio lugar a un pronunciamiento del Tribunal Supremo de Wisconsin⁵. En segundo lugar, de especial relevancia para el ámbito del presente trabajo, se pusieron de manifiesto los problemas asociados al llamado «sesgo racial», que son revelados tras el estudio publicado por la agencia de noticias Propublica, cuyo llamativo título rezaba: «*Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*»⁶. Por medio de este estudio se revela una incómoda realidad; no sólo el software usado para tomar decisiones sobre encarcelamiento podía ser contrario a derechos procesales básicos; más aún, cuando

5 Se trata del conocidísimo caso de Eric Loomis, resuelto en 2016 por la sentencia *State v. Loomis*, Wisconsin Supreme Court, 881 N.W.2d 749, en el que dicho acusado puso en entredicho la herramienta por ser contraria a varios derechos de carácter procesal, alegando una vulneración del derecho al debido proceso. En la resolución que ofrece la citada sentencia se discuten temas de gran complejidad, como la explicabilidad de las herramientas teniendo en cuenta los problemas asociados a los derechos de propiedad intelectual del fabricante o la posibilidad de utilizar factores como el género como predictores del riesgo de reincidencia.

6 Para entender en mayor profundidad el debate surgido en torno a la herramienta COMPAS se hace necesario examinar no solo el conocido estudio de Propublica: ANGWIN, J., LARSON, J., MATTU, S., KIRCHNER, L.: «*Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*», en *Propublica*, 23 de mayo de 2016, disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> [última consulta: 01/07/2022], sino también la contrarréplica que encuentra en la ulterior publicación: CORBETT-DAVIES, S., PIERSON, E., FELLER, A., GOEL, S.: «*A computer program used for bail and sentencing decisions was labeled biased against blacks. It's actually not that clear*», en *The Washington Post*, 17 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/> [última consulta: 01/07/2022].

fallaba en sus predicciones (o, en terminología técnica, su tasa de falsos positivos) lo hacía en mayor medida en contra de los acusados negros. La polémica estaba servida.

Es aquí donde aparece con fuerza uno de los términos que guiará el debate y la literatura en torno a los problemas de justicia y equidad que dichas herramientas plantean; el término «*bias*» (o su homólogo español, «sesgo»), estará presente como uno de los puntos clave a tener en cuenta en la configuración, desarrollo e implantación de estas herramientas.

Y, sin embargo, la preocupación por el hoy manido problema de los sesgos no es nueva, aunque sí lo es, quizá, la reciente expansión de los estudios que comienzan a tomarse en serio aquellas preocupaciones ya puestas de manifiesto en los albores del desarrollo tecnológico, cuando los algoritmos no eran aun tan sofisticados como hoy en día. Así, y en un artículo publicado en 1997, Friedman y Nissenbaum ya advertían sobre los peligros de este tipo de errores, que empezaban a definir y categorizar de forma muy ilustrativa, afirmando que son un tipo de «inclinación (*slant*) con relevancia moral⁷».

Realizan, asimismo, estas mismas autoras en el citado trabajo, una clasificación clarificadora, en la que distinguen entre dichos errores con relevancia moral 3 categorías sencillas;

- Sesgos preexistentes: aquellos que tienen sus raíces en instituciones sociales, en prácticas y actitudes, que existen antes que el sistema informático.
- Sesgos técnicos: aquellos que emergen de la resolución de problemas en el diseño técnico del modelo.
- Sesgos emergentes: aquellos que surgen tras el diseño del sistema, como resultado de un cambio en el conocimiento social, de la población o de los valores culturales.

Esta clasificación ofrecida a mediados de la década de los 90 nos acerca a una preocupación mantenida hasta la actualidad, pues todavía hoy los autores preocupados por la expansiva disciplina de la «justicia algorítmica» tratan de clasificar y sistematizar estos sesgos, como método para abordar de forma pormenorizada una problemática compleja. El objetivo de estas clasificaciones es loable, se usen los criterios que se usen, pues nos ayuda a adentrarnos en el cada vez más complejo proceso de tratamiento de datos, con el necesario objetivo de revisar todos los problemas genéricos que surgen como consecuencia de los sesgos y darles un trato adecuado e individualizado.

Por tanto, estamos en posición ya de contestar de manera sencilla a la cuestión básica planteada; ¿qué es un sesgo? El sesgo es un error sistemático en el proceso de toma de decisiones, que se produce de forma reiterativa y siempre en una misma dirección⁸. El ejemplo más conocido, por ser desgraciadamente uno de los más repetidos, es el de los sesgos raciales; no es más que una decisión que se ve determinada en un sentido (generalmente negativo), al tener en cuenta la raza de la persona afectada. Parece evidente el daño que puede causar una decisión de tales características si se toma en el seno de un procedimiento judicial penal, donde derechos como la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial, la no discriminación y la libertad

7 FRIEDMAN, B., y NISSENBAUM, H.: «Bias in computer systems», en *ACM Transactions on information systems (TOIS)*, vol. 14 núm. 3, 1996, p. 332.

8 Para encontrar una definición más genérica y una explicación algo más detallada, vid.; VILLAS OLMEDA, M. y CAMACHO IBÁÑEZ, J.: *Manual de ética aplicada en Inteligencia Artificial*, Anaya, Madrid, 2022, que, en p. 166, acudiendo a la definición de la RAE, lo definen como: «error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan unas respuestas frente a otras».

están en juego. Se hace necesario, pues, adentrarse en la lógica de los sesgos, pues es uno de los campos donde mayores fricciones se generan en la actualidad con nuestros principios básicos de justicia.

2. Sesgos humanos y sesgos algorítmicos

Con lo dicho hasta el momento, pudiera parecer que los sesgos son una cuestión que afecta exclusivamente a las decisiones algorítmicas, pues un amplísimo campo de estudio está surgiendo en torno a la disciplina de «*algorithmic fairness*»⁹. Dicha disciplina es caracterizada de la siguiente manera por Binns¹⁰:

«Cuando se toman decisiones consecuenciales sobre la base de los outputs generados por estos modelos, las preocupaciones sobre discriminación y justicia inevitablemente surgen. ¿Qué ocurre si los outputs de los modelos resultan en decisiones que están sistemáticamente sesgadas en contra de personas con ciertas características protegidas como la raza, el género o la religión? Si existen patrones subyacentes de discriminación en el mundo real, estos sesgos probablemente se verán recogidos en el proceso de aprendizaje. Esto puede resultar en que a ciertos grupos se les deniegue injustamente un préstamo, un seguro u oportunidades laborales. Con la conciencia de este problema, un floreciente paradigma de investigación de «minería de datos consciente de la discriminación» y «aprendizaje automático justo» ha emergido, con el objetivo de detectar y mitigar la injusticia».

Sin embargo, y como ya se atisba en el fragmento anterior, debemos ser conscientes de una importante realidad: son nuestras propias decisiones las que están, en primera instancia, plagadas de sesgos. De ellas es de donde emerge todo el proceso de aprendizaje de los modelos, y por esta razón debemos ser especialmente conscientes del peso que los sesgos tienen en nuestro proceso de toma de decisiones. Así, el auge de la preocupación por los sesgos algorítmicos nos brinda la oportunidad de revisar también, desde una perspectiva crítica, si nuestras decisiones son tan poco sesgadas como creemos y si ello debe ser también tenido en cuenta desde la misma configuración de las herramientas algorítmicas.

2.1. Sesgos cognitivos

Los sesgos cognitivos humanos han sido profusamente investigados por brillantes exponentes de la moderna psicología cognitiva. Tversky y Kahneman¹¹ fueron precursores en poner sobre la mesa cuáles son los factores que hacen que erremos una y otra vez, de forma prácticamente irremediable, en nuestra toma de decisiones.

9 Por nombrar alguno de los trabajos donde, en el campo de la ciencia de datos, comienzan a desarrollarse las bases y la preocupación teórica sobre este tema; CORBETT-DAVIES, S., GOEL, S.: «The measure and mismeasure of fairness: A critical review of fair machine learning», en *arXiv preprint arXiv:1808.00023*, 2018, DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1808.00023>; o BAROCAS, S., SELBST, A.D.: «Big data's disparate impact», en *Calif. L. Rev.*, 2016, Vol. 104, p. 671.

10 Traducción realizada por la autora. Para encontrar versión original, consultar: BINNS, R.: «Fairness in machine learning: Lessons from political philosophy» en *Conference on Fairness, Accountability and Transparency, PMLR*, 2018, p. 1.

11 Así, y de manera pionera, en su exitosa monografía; KAHNEMAN, D.: *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House Group, Madrid, 2012.

El objeto de su pionero estudio versa sobre los «errores sistemáticos». Así lo explica Kahneman, aseverando que se puede afirmar que los errores sistemáticos son fruto de inclinaciones, y pueden predecirse en ciertas circunstancias. Por ejemplo, cuando un orador apuesto y seguro de sí mismo sale a escena, podemos anticipar que la audiencia juzgará sus comentarios más favorablemente de lo que merece. Disponer de una etiqueta para este sesgo (el efecto halo), nos hace más fácil anticipar, reconocer y entender. Y así, continúa, su propósito es mejorar la capacidad de identificar y comprender los errores en juicios y decisiones, pues un diagnóstico acertado puede sugerir una intervención que limite el daño causado por los malos juicios y las malas elecciones.

Como se puede observar, no es un objetivo demasiado alejado al propuesto al inicio de estas páginas, si bien de una forma más amplia para las herramientas aplicadas a la justicia predictiva.

No es posible, sin embargo, realizar un estudio profundo y detallado en este trabajo sobre la numerosísima cantidad de sesgos o errores en el juicio a los que nos vemos continuamente expuestos, pues excedería el objeto de la presente contribución, pero sí se tomarán como ejemplos algunos de los más conocidos e investigados, que se considera pueden tener una mayor presencia y problemática en el campo de las decisiones judiciales, con el objeto de ilustrar a qué tipo de problemas nos enfrentamos, y en qué medida todos ellos tienen importancia y deberían ser tenidos en cuenta en la configuración de la nueva justicia predictiva preocupada por los problemas de justicia y equidad arriba apuntados.

2.1.1. El sesgo de representatividad

Cuando opera dicho sesgo al realizar un juicio, ocurre que la respuesta que se ofrece hacia la pregunta planteada se basa en la similitud de la descripción con los estereotipos que previamente se tengan, ignorando por completo los datos reales de los que se disponga (las llamadas «tasas base»), dejando de lado cualquier duda sobre la veracidad de los datos.

En definitiva, juzgamos la probabilidad de que un evento suceda con la «representatividad», es decir, la similitud de aquello que debemos resolver con las ideas previas que tenemos, ignorando cualquier tipo de cálculo estadístico. Así, Kahneman nos plantea, para ilustrar este fenómeno, ejemplos de este tipo:

«Ordene esta lista en función de la probabilidad de que Ana sea estudiante de alguna de las siguientes carreras:

- Humanidades.
- Derecho.
- Medicina.
- Informática.
- Ciencias sociales.

Y a continuación se nos ofrece una descripción de Ana con los siguientes rasgos: «Es una chica de inteligencia superior, tímida, con necesidad de orden y claridad, con aversión al trato con otras personas. Extremadamente competitiva, mecánica, y con poca capacidad de redacción»¹².

12 El ejemplo es una variación simplificada de la versión que ofrece en su obra KAHNEMAN D.: *Pensar rápido, pensar despacio ... op. cit.* pp. 196-198.

La respuesta más probable, según los estudios cursados por Kahneman y Tversky, apuntarían a una decisión a favor de la carrera de informática, pues en nuestro razonamiento diario asimilamos dichos rasgos de personalidad con el estereotipo de un informático, sin tener en cuenta en ningún momento cuál es la probabilidad real de que en un contexto educativo como el actual una persona esté matriculada en una carrera como esa, frente a otras con muchísima mayor afluencia real.

Podemos preguntarnos, pues, ¿no ocurre también esto cuando un juez debe tomar una decisión? ¿cómo podemos saber que no entran en juego los estereotipos que forman parte de nuestro imaginario colectivo al tomar una decisión en la que se ven envueltas personas con características que generalmente identificamos como propias de ciertos colectivos?

2.1.2. Sesgo de disponibilidad

Dicho sesgo se produce cuando, al intentar estimar la extensión de una categoría o la frecuencia de un suceso, manifestamos la impresión de la facilidad con la que acuden ejemplos de este mismo suceso a nuestra mente. El ejemplo más común es en este caso el de los sucesos catastróficos, que, inevitablemente, dejan una huella dolorosa en nuestra memoria, haciendo que prácticamente de forma inevitable, consideremos que hay un riesgo mayor de que vuelva a repetirse aquello que, realmente, es improbable.

El ejemplo que en este caso usa Kahneman es el relativo al ataque del 11-S, aunque lo cierto es que cualquier fenómeno traumático de características delictivas sirve para ilustrar el presente sesgo. El fenómeno delictivo, sea cual sea la tipología concreta, es un fenómeno atípico. Y, sin embargo, a pesar de su carácter excepcional en nuestras sociedades actuales, causa una altísima preocupación, en absoluto proporcionada con la realidad de las cifras. Una vez más, vemos aquí como la existencia de un sesgo puede condicionar enormemente nuestro sistema de derechos; pedimos más penas, mayor protección, ante fenómenos de cuya exacta realización no tenemos una idea clara.

Uno de los autores que más profusamente ha estudiado dicho fenómeno, preocupándose por sus implicaciones en el ámbito jurídico, es Cass. R. Sunstein¹³. Así, y en relación precisamente con el campo de los algoritmos, expresa la idea de que los algoritmos pueden actuar mejor que los jueces, pues en estos últimos se da lo que él llama «*Current Offense Bias*», que no es más que una manifestación del sesgo de disponibilidad. Implica que los juicios individuales sobre probabilidad se basan frecuentemente en si hay ejemplos relevantes que puedan acudir a la mente, de tal forma que se sustituye una pregunta más difícil (acerca de la probabilidad real de que suceda un hecho), por una mucho más fácil (sobre si tengo un ejemplo disponible en mi mente).

Así, para este autor, los jueces cometen un error doble con base en este sesgo: «*tratan a los acusados de alto riesgo como si fueran de bajo riesgo por haber cometido un delito menor, y tratar a los acusados de bajo riesgo como de alto cuando son acusados de delitos más serios*¹⁴».

Vemos así, una vez más, cómo dichos heurísticos o sesgos pueden afectar directamente a cuestiones esenciales para el proceso penal.

13 SUNSTEIN, C.R.: «Algorithms, correcting biases», en *Social Research: An International Quarterly*, Johns Hopkins University Press, Vol. 86, núm. 2, 2019.

14 SUNSTEIN, C.R.: «Algorithms, correcting biases...» *op. cit.* p 502.

2.1.3. Sesgo de anclaje

En palabras de Kahneman¹⁵, dicho error se produce cuando las personas consideran un valor particular para una cantidad desconocida antes de estimar esa cantidad. Ocurre que las estimaciones están más cerca del número que las personas consideran, que funciona a modo de ancla. Es decir, los juicios humanos están influidos por un número no informativo.

Una vez más, un error como el mencionado puede tener efectos perversos en el proceso. Así se ilustra magníficamente por Kahneman cuando acude al ejemplo del estudio realizado por English, Mussweiler y Strack¹⁶.

«Jueces alemanes con una media de más de cincuenta años de experiencia en los tribunales leyeron primero la descripción de una mujer que había sido sorprendida robando, luego echaron un par de dados que habían sido preparados para que los resultados fuesen un 3 o un 9. Cuando los dados se detenían, se pidió a los jueces que sentenciaran a la mujer a una pena de prisión mayor o menor, en meses, que el número que mostraban los dados. Finalmente se pidió a los jueces que especificaran la pena exacta de prisión que impondrían a la ladrona. Los que habían sacado un 9 decidieron sentenciarla, de media, a 8 meses, y los que sacaron un 3, a 5 meses; el efecto anclaje fue del 50 por ciento».

Tomando como base precisamente los estudios de Kahneman, English y Mussweiler dan forma a ciertos estudios que centran la importancia del efecto de anclaje en las decisiones judiciales. Uno de los más señalados es el efecto que la petición de una determinada pena por el fiscal (constituyendo esta petición el «ancla») produce en la pena finalmente impuesta por el juzgador¹⁷.

Dichos efectos deben ser tenidos en cuenta, pues inevitablemente tendrán consecuencias relevantes, tales como las acusaciones de disparidad o falta de igualdad entre resoluciones¹⁸.

2.1.4. Sesgo retrospectivo

Es este otro de los sesgos cognitivos con mayor impacto en la toma de decisiones judiciales en situación de incertidumbre, y así ha sido puesto de manifiesto por Alonso Gallo¹⁹, que afirma: «*El sesgo retrospectivo es el fenómeno que se produce*

15 KAHNEMAN D.: *Pensar rápido, pensar despacio ... op. cit.*

16 Dicho ejemplo se extrae de: ENGLISH, B.; MUSSWEILER, T.; STRACK, F.: «Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making», en *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 32, núm. 2, 2006, pp. 188-200.

17 ENOUGH, B., MUSSWEILER, T.: «Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom», en *Journal of applied social psychology*, Vol. 31, núm. 7, 2001, pp. 1535-1551.

18 Esta preocupación es expresada por FRISCH cuando se refiere a la importancia que estudios como el de ENGLISH Y MUSSWEILER muestran que, en áreas donde no hay pautas o guías detalladas de determinación de la pena, los puntos de vista expresados antes que la decisión judicial tiende a tener un efecto significativo en la decisión, actuando como «puntos de anclaje» hacia los que el juzgador orienta su decisión. Vid.: FRISCH, W.: «From disparity in sentencing towards sentencing equality: The german experience», en *Criminal Law Forum*, Springer Netherlands, 2017, pp. 437-475.

19 ALONSO GALLO, J., «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret*, vol. 4, 2011, p. 15.

cuando se conocen, al valorar determinados hechos pasados, las consecuencias de los mismos y consiste en la tendencia a considerar, a partir del conocimiento de dichas consecuencias, que las mismas serán más probables o previsibles de lo que eran realmente».

El mismo autor realiza, a continuación, una revisión de diferentes estudios llevados a cabo en el ámbito jurídico en relación con las consecuencias que este heurístico puede tener en el proceso judicial. Así, nombrando a algunos de los autores más reconocidos (Jolls, Sunstein y Thaler), explica cómo todos ellos llegaron a la conclusión de que, en los estudios sobre negligencias, el Tribunal del Jurado atribuía probabilidades más altas al resultado lesivo que los sujetos que debían decidir *ex ante*, esto es, quienes no estaban informados de la producción de ningún daño final.

Es decir, sin ninguna duda el resultado de lo ocurrido condiciona nuestra percepción acerca de la probabilidad o seguridad de que ese evento acabara sucediendo. Resulta altamente problemática una realidad como esta, teniendo en cuenta que las decisiones que los jueces toman en el campo penal, donde en la gran mayoría de ocasiones se juzga la causación de un resultado lesivo, los decisores solo están en posición de realizar un juicio *ex post facto*, y, por tanto, con inevitable influencia del sesgo retrospectivo.

2.1.5. Sesgo de confirmación

Finalmente, el sesgo de confirmación supone la «*tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis*²⁰». Una vez más, parece claro que esto puede resultar problemático en el campo de la toma de decisiones judiciales, pues, como apunta el mismo autor, el sujeto filtra la información que recibe de tal forma que, inconscientemente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su posición inicial, ignorando aquellas pruebas y argumentos que no la respaldan.

Resulta bastante obvia la idea de que dicho sesgo puede resultar clave en el seno del proceso probatorio judicial.

En definitiva, y tras esta selección de algunos de los heurísticos o sesgos más comunes, parece evidente la importancia mayúscula que dichos errores en el razonamiento pueden tener y de hecho tienen cuando se ponen en relación con la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre que afectan al proceso judicial y, más concretamente, al proceso penal, donde están en juego los bienes más fundamentales de los ciudadanos.

Como se colige de las anteriores páginas, no es esta una cuestión que haya estado fuera del radio de estudio de autores preocupados por diferentes manifestaciones de los errores del razonamiento humano. Y, sin embargo, no parece ocioso realizar un esfuerzo por aunar dicha literatura (que viene, podríamos considerar, de antiguo), con el punto en el que nos situábamos al inicio de estas páginas. Así, fallos o errores cognitivos y sesgos algorítmicos deben analizarse conjuntamente, pues solo una visión global nos podrá dar las claves para centrar el problema.

Una vez analizados los talones de Aquiles del razonamiento humano, procede, pues, continuar con el novedoso campo de los sesgos aplicados a la ciencia de datos.

20 MUÑOZ ARANGUREN, A., «La influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano-Una Aproximación», *InDret*, vol. 2, 2011, p. 8.

2.2. Sesgos algorítmicos

Retornando al campo del desarrollo tecnológico de herramientas de predicción del crimen, en el otro lado de la contienda están aquellos errores (o sesgos) que podemos cuantificar de forma más exacta. Sobre estos hay una profusa literatura, no sólo en el campo de la ciencia de datos, sino también en el jurídico, por las preocupaciones que suscitan al hilo de algunos casos que han sido objeto de denuncia. Así, por nombrar algunos de los más polémicos en los últimos tiempos, se presentan los siguientes ejemplos: un software de reconocimiento facial que no reconoce la cara de una persona negra, etiquetándola erróneamente como la de un gorila, un algoritmo de contratación que no tiene en cuenta los CV de mujeres, o un sistema de identificación que no detecta los ojos de personas asiáticas²¹.

No se pretende tratar aquí en profundidad el vasto campo de los sesgos algorítmicos, pues el mismo está plagado de estudios con cada vez mayor recorrido, pero sí se pretende llamar la atención sobre el hecho de que dichos sesgos deben analizarse utilizando, probablemente, una lógica distinta. No sirven ya los experimentos o estudios sociales realizados por psicólogos cognitivos, pues lo que aquí interesa es analizar la fuente de todos los problemas: los datos.

Debemos acercarnos, pues, inevitablemente, al campo de la estadística y de las ciencias de la computación si queremos tomarnos en serio estos errores sistemáticos, para ser capaces, así, de diferenciar su origen, de cara a una detección eficaz para, finalmente, llegar a un proceso de mitigación²².

Con el objeto de simplificar la explicación de este complejo fenómeno, se procederá a continuación a realizar una de las posibles clasificaciones que nos permita entender de dónde pueden venir los errores, utilizando el modelo propuesto por Suresh y Guttag, basado en las posibles «fuentes de daño»²³.

El origen de estos errores es variado, y conviene, al hablar de ellos, distinguir en función de su fuente o procedencia, para poder situar el problema. Así, dichos autores distinguen los siguientes pasos lógicos en el estudio de los sesgos:

-
- 21 Para mayor detalle de estos tres ejemplos, basados en casos reales, y sucedidos respectivamente en Google, Amazon y en el seno de las autoridades neozelandesas, consultar: DASTIN, J.: «Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women», en *Ethics of Data and Analytics*, Auerbach Publications, 2018, pp. 296-299; SALAS, J.: «Google arregla su algoritmo 'racista' borrando a los gorilas», en *El País*, 15 de enero de 2018, disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2018/01/14/actualidad/1515955554_803955.html [última consulta: 1/07/2022]; GRIFFITHS J.: «Sistema automático de pasaportes cree que este hombre asiático tiene los ojos cerrados», en *CNN Español*, 8 de diciembre de 2016, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/08/sistema-automatico-de-pasaportes-de-nueva-zelandia-cree-que-este-hombre-asiatico-tiene-los-ojos-cerrados/#:~:text=Richard%20Lee%20no%20pudo%20completar,%E2%80%9D%2C%20le%20dijo%20a%20CNN> [última consulta: 1/07/2022]
 - 22 Son variadas las herramientas de mitigación de sesgos que se vienen estudiando con el auge del «*algorithmic fairness*». Para profundizar en una de las más conocidas, desarrollada por IBM (AI Fairness 360) vid. BELLAMY, R., *et al.*: «AI Fairness 360: An extensible toolkit for detecting and mitigating algorithmic bias», en *IBM Journal of Research and Development*, Vol. 63, núm. 4/5, 2019, p. 4.
 - 23 SURESH, H.; GUTTAG, J.: «A framework for understanding sources of harm throughout the machine learning life cycle» en *Equity and access in algorithms, mechanisms, and optimization*. (EAAMO '21), October 5–9, 2021, New York, NY, USA, pp. 1-9.

1. Recolección de datos: implica elegir una población de muestra y definir una serie de etiquetas o características. Requiere especificar qué se quiere medir y cómo hacerlo.
2. Preparación de los datos: normalmente implica dividir los datos iniciales en diferentes sets o subconjuntos; uno para entrenar al modelo, otro para probar su actuación y, opcionalmente, otro para aplicar mejoras.
3. Desarrollo del modelo: normalmente se persigue optimizar un objetivo predefinido (o al menos es así en los casos de aprendizaje supervisado). Se pueden entrenar diferentes modelos para elegir cuál es aquel que realiza de forma más óptima la tarea asignada.
4. Evaluación del modelo: se prueba cómo funciona el modelo con el subconjunto de datos para el «*testing*», de forma que, con unas métricas o parámetros de validez previamente definidos, se examina qué modelo funciona mejor de cara a maximizar el objetivo propuesto.
5. Post-procesamiento del modelo: todas aquellas tareas que tienen que ver con adaptar el modelo al uso concreto que se le va a dar, como, por ejemplo, traducir los resultados (numéricos), a una categoría. A modo de ejemplo, si el modelo ofrece como output una puntuación de riesgo 7, se debe tomar la decisión de si con esa puntuación la persona será clasificada como de riesgo alto, bajo o medio.
6. Implantación y uso del modelo: su puesta en funcionamiento en el entorno del mundo real para el que fue diseñado.

A partir de este esquema del proceso de tratamiento de datos, (que, en general, es común a todos los modelos de aprendizaje supervisado que son base de las herramientas de predicción de la peligrosidad usadas en la actualidad), los autores distinguen entre siete potenciales fuentes de daño, que sitúan, a su vez, en diferentes momentos del proceso ya descrito.

Aunque esta no es, por supuesto, la única manera de explicar o clasificar los sesgos, adopto aquí este modelo pues resulta, a mi parecer, ilustrativo, para realizar un análisis de los errores en función de los diferentes daños que pueden causar, de modo similar al análisis utilizado con los sesgos cognitivos.

Para Suresh y Gutag, las 7 fuentes de daño son las siguientes:

- Sesgo histórico: aparece aunque los datos se recojan y midan de forma perfecta, en tanto en cuanto el mundo, la sociedad, tal y como es, lleva a que el modelo produzca resultados dañosos. Es el caso prototípico de los sesgos debidos a discriminaciones históricas imbuidas en nuestros sistemas, como puede ser el caso de las injusticias raciales o la discriminación hacia las mujeres. Implican el daño de reforzar un estereotipo preexistente sobre cierto grupo de personas.
- Sesgo de representación: cuando la muestra de población seleccionada representa de forma limitada (infrarepresenta) un sector específico de la población.
- Sesgo de medición: tiene que ver con la elección de las etiquetas o indicadores de un determinado factor. Los indicadores (o *proxies*) son problemáticos cuando reflejan de manera incorrecta las características que se quieren medir. Así, un ejemplo clásico y altamente problemático es el relativo a los indicadores o factores que miden la «peligrosidad». ¿Es el número de arrestos un buen parámetro de medición de la reincidencia, o más bien indica que se presta más atención policial a unos colectivos que a otros?

- Sesgo de agregación: se da cuando un modelo es usado de forma generalizadora para tipos de casos que presentan una problemática relacionada directamente con el contexto. Esto puede llevar al modelo a ofrecer una solución que no sea óptima para cualquier grupo, o a un modelo que solo funcione cuando se aplica a la población dominante.
- Sesgo de aprendizaje: en el proceso de aprendizaje el modelo elige amplificar determinados parámetros, pero lo hace en detrimento de otros. Un ejemplo muy clásico es la dicotomía entre precisión y equidad. Así, si se prioriza el objetivo de minimizar el error global del modelo, puede ocurrir que haya una mayor tasa de falsos positivos.
- Sesgo de evaluación: cuando el modelo se evalúa, en caso de que se use una muestra no representativa para hacerlo, puede ocurrir que se exagere la validez del modelo, que solo está representando las particularidades del subconjunto de datos con el que trabajó. Se corre el peligro de dar confianza a generalizaciones que no son válidas para otros subgrupos.
- Sesgo de despliegue: es reflejo de la falta de concordancia entre el problema que el modelo trata de solucionar y el contexto en que finalmente es implantado. Es precisamente uno de los problemas clave en el caso de las herramientas de predicción del riesgo de violencia, donde su aplicación en un contexto de enorme complejidad (social, política y jurídica), puede llevar a lo que algunos autores han calificado como «*framing trap*²⁴».

3. Conclusiones

Como se suele decir en el mundo de los científicos de datos, «*garbage in, garbage out*»: si los datos de los que se alimenta el sistema están viciados, el resultado ofrecido por la herramienta también lo estará. Y esto es aplicable a los sesgos de ambos tipos, que se han analizado a lo largo de estas páginas.

Se hace necesario, pues, para afrontar de forma coherente los posibles fallos de los sistemas que, a día de hoy, y de forma aún oscura, empiezan a determinar la imposición de consecuencias gravosas y lesivas de derechos, realizar esta reflexión. Y así, haciendo nuestras las palabras de Suresh y Guttag, nos será de una enorme utilidad «*entender y motivar las técnicas de mitigación [...], adquiriendo un mejor entendimiento acerca de cuándo y por qué las diferentes aproximaciones nos pueden ayudar. [...] Entender cuándo la intervención es necesaria y cómo de factible es puede informar la decisión sobre mitigación del daño o cuando es mejor que no se desarrolle ningún sistema*²⁵».

En definitiva, y de lo que se trata aquí, es de mitigar el posible daño, que, sea proveniente de nuestros errores más innatos, inconscientes o no, o de una forma novedosa de tratar los datos de nuestro entorno, están dando lugar a errores en la toma de decisiones de carácter fundamental.

Estas dos disciplinas, por tanto, deben estudiarse de forma comparada, pues una y otra tienen, como se ha tratado de mostrar, una estrecha relación, y una potenciali-

24 SELBST, A.D. *et al.*: «Fairness and abstraction in sociotechnical systems» en *Proceedings of the conference on fairness, accountability, and transparency. FAT* '19: Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT* '19), January 29–31, 2019, Atlanta, GA, USA. ACM, New York, NY, USA.*

25 SURESH, H.; GUTTAG, J.: «A framework for understanding sources of harm throughout the machine learning life cycle...», *op. cit.* p. 7.

dad lesiva que puede y debe preocupar. No se trata, por tanto, de dejar aquí zanjada la discusión, sino solo de plantear la problemática, mostrando cómo cierta profundización en el campo de los sesgos y errores puede ser fructífera de cara a identificar aquello que nos puede dañar, y examinar de qué maneras debemos estar precavidos.

No es una tarea sencilla, pues muchísimos factores (complejos y en ocasiones opacos), se esconden detrás de la problemática de los sesgos. Creo firmemente, empero, que debemos hacer un esfuerzo por correr el telón y procurar un trabajo minucioso en este campo. Los resultados pueden, sin duda, merecer la pena.

4. Bibliografía

- ALONSO GALLO, J.**, «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret*, vol. 4, 2011.
- ANDRÉS-PUEYO, A., ARBACH-LUCIONI, K., REDONDO, S.**: «The RisCanvi: a new tool for assessing risk for violence in prison and recidivism», en Singh J.P., Kroner D.J., Wormith J.S., Desmarais S.L., Hamilton Z. (eds.), *Handbook of recidivism risk/needs assessment tools*, John Wiley & Sons, 2018, pp. 255-268.
- ANGWIN, J., LARSON, J., MATTU, S., KIRCHNER, L.**: «Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks», en *ProPublica*, 23 de mayo de 2016, disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> [última consulta: 01/07/2022]
- BAROCAS, S. y SELBST, A.D.**: «Big data's disparate impact», en *Calif. L. Rev.*, Vol. 104, 2016, pp. 671-732.
- BELLAMY, R. KE., et al.**, «AI Fairness 360: An extensible toolkit for detecting and mitigating algorithmic bias», en *IBM Journal of Research and Development*, Vol. 63, núm. 4/5, 2019.
- BINNS, R.**: «Fairness in machine learning: Lessons from political philosophy», en *Conference on Fairness, Accountability and Transparency*. PMLR, 2018, pp. 1-11.
- CASTRO LIÑARES, D.**: *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Reus, Madrid, 2021.
- CORBETT-DAVIES, S., GOEL, S.**: «The measure and mismeasure of fairness: A critical review of fair machine learning», en *arXiv preprint arXiv:1808.00023*, 2018, DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1808.00023>
- CORBETT-DAVIES, S., PIERSON, E., FELLER, A., GOEL, S.**: «A computer program used for bail and sentencing decisions was labeled biased against blacks. It's actually not that clear», en *The Washington Post*, 17 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/> [última consulta: 01/07/2022].
- DASTIN, J.**: «Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women», en *Ethics of Data and Analytics*, Auerbach Publications, 2018, pp. 296-299.
- ENGLISH, B., MUSSWEILER, T. y STRACK, F.**: «Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making», en *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 32, no 2, 2006, pp. 188-200.

- ENOUGH, B. y MUSSWEILER, T.:** «Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom», en *Journal of applied social psychology*, Vol. 31, núm. 7, 2001, pp. 1535-1551.
- FRIEDMAN, B., y NISSENBAUM, H.:** «Bias in computer systems», en *ACM Transactions on information systems (TOIS)*, Vol. 14 núm. 3, 1996, pp. 330-347.
- FRISCH, W.:** «From disparity in sentencing towards sentencing equality: The german experience», en *Criminal Law Forum*, Springer Netherlands, 2017, pp. 437-475. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10609-017-9327-6>
- GRIFFITHS J.:** «Sistema automático de pasaportes cree que este hombre asiático tiene los ojos cerrados», en *CNN Español*, 8 de diciembre de 2016, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/08/sistema-automatico-de-pasaportes-de-nueva-zelandia-creo-que-este-hombre-asiatico-tiene-los-ojos-cerrados/#:~:text=Richard%20Lee%20no%20pudo%20completar,%E2%80%9D%2C%20le%20dijo%20a%20CNN> [última consulta: 1/07/2022]
- HARCOURT, B.E.:** *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.
- KAHNEMAN, D.,** *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House Group, Madrid, 2012.
- MUÑOZ ARANGUREN, A.,** «La influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano-Una Aproximación», en *InDret*, Vol. 2, 2011.
- SALAS, J.:** «Google arregla su algoritmo 'racista' borrando a los gorilas», en *El País*, 15 de enero de 2018, disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2018/01/14/actualidad/1515955554_803955.html [última consulta: 1/07/2022]
- SELBST, A.D. et al.:** «Fairness and abstraction in sociotechnical systems» en *Proceedings of the conference on fairness, accountability, and transparency. FAT* '19: Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT* '19)*, January 29-31, 2019, Atlanta, GA, USA. ACM, New York, NY, USA.
- SIMÓN CASTELLANO, P.:** *Justicia cautelar e inteligencia artificial: la alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021.
- STEVENSON, M.,** «Assessing risk assessment in action», en *Minn. L. Rev.*, vol. 103, 2018, pp. 303-384.
- SUNSTEIN, C.R.,** «Algorithms, correcting biases», en *Social Research: An International Quarterly*, Johns Hopkins University Press, vol. 86, no 2, 2019, pp. 499-511.
- SURESH, H., GUTTAG, J.,** «A framework for understanding sources of harm throughout the machine learning life cycle», *Equity and access in algorithms, mechanisms, and optimization. (EAAMO '21), October 5-9, 2021, NY, USA.* ACM, pp. 1-9. DOI: <https://doi.org/10.1145/3465416.3483305>.
- VILLAS OLMEDA, M. y CAMACHO IBÁÑEZ, J.:** *Manual de ética aplicada en Inteligencia Artificial*, Anaya, Madrid, 2022.

ANEXO DE SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin, *State v. Loomis*, Wisconsin Supreme Court, 881 N.W.2d 749, 2016.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO JUDICIAL

Carlos Domínguez Padilla
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Conceptos fundamentales sobre IA. 1.1. *Big Data*. 1.2. *Machine Learning*. 2. IA y prueba electrónica en el proceso judicial. 2.1. Presunción de fiabilidad, probatoria y legal. 2.2. Categorías de dispositivos electrónicos. 2.3. Tratamiento de la prueba. 2.4. Autenticación. 2.5. Datos manipulados digitalmente. 2.6. Revelación del código de software. 2.7. Transparencia. 3. Situación actual. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

0. Introducción

Se puede considerar a la Inteligencia Artificial uno de los fundamentos de la cuarta revolución industrial, a la que también contribuyen otras tecnologías emergentes y disruptivas como la edición genética, la computación cuántica o el Blockchain¹.

El término «inteligencia artificial» se atribuye hoy a cualquier sistema que es capaz de realizar tareas en circunstancias variables e impredecibles sin supervisión humana significativa, que puede aprender de la experiencia, resolver problemas o adoptar decisiones que requieren percepción, planificación, aprendizaje, comunicación o acción física o intelectual similar a la humana². Para ello, hace uso habitualmente de sistemas desarrollados con hardware, software, sistemas diseñados para pensar o actuar de manera racional, arquitecturas cognitivas, redes, algoritmos matemáticos, así como técnicas de aprendizaje automatizado, aprendizaje profundo y agentes de software inteligente.

1 MERCHÁN MURILLO, A. «Inteligencia artificial y Blockchain: retos jurídicos en paralelo». *Revista General de Derecho Administrativo*, 2019, no 50, p. 21.

2 BRYSON, J.: «La última década y el futuro del impacto de la IA en la sociedad. ¿Hacia una nueva ilustración? Una década trascendente», 2020.

1. Conceptos fundamentales sobre IA

Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un concepto de inteligencia artificial formal y universalmente aceptado.

El concepto de Inteligencia Artificial (en adelante IA) dado por el Parlamento Europeo en su Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, la institución europea la definió como aquel sistema «basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la adopción de medidas, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos».

Los avances en su funcionamiento han propiciado que se haya extendido la implementación de esta tecnología a sectores de diversa índole³. Son muchas las actividades humanas las que pueden ser desempeñadas por estos sistemas; reemplazando actividades que hasta la fecha exigían supervisión humana.

La IA se clasifica en:

- **IA débil:** IA desarrollada como una ayuda para el pensamiento humano, generalmente mediante el uso de un sistema que resuelve problemas estrictamente limitados;
- **IA fuerte:** IA que intenta mecanizar la inteligencia a nivel humano, generalmente cuando un sistema se usa como un solucionador de problemas de propósito general; y
- **Inteligencia Artificial General («AGI»):** un sistema de IA que supera con creces el rendimiento cognitivo de los humanos en prácticamente todos los dominios de interés.

Los sistemas AGI y de IA fuerte no existen aún. Los sistemas de IA débil actualmente diseñados tienen un uso y aplicación restringida; recopilan, procesan y producen gran parte de la información. Existe un uso generalizado en el procesamiento automático de aplicaciones, la detección de anomalías y el reconocimiento de patrones de voz, lenguaje e imágenes para procesos comerciales y públicos. Por ejemplo, los sistemas bancarios inteligentes revisan y aprueban las solicitudes de préstamos y tarjetas de crédito⁴. Los sistemas de reconocimiento de imágenes y las cámaras recopilan información sobre personas y vehículos y rastrean nuestros movimientos. Las plataformas de comercio electrónico procesan nuestras preferencias de compra para generar anuncios y recomendaciones de productos.

La generación, recopilación, almacenamiento, procesamiento y aprovechamiento, requiere que las decisiones que se tomen a partir de estos datos sean confiables y que tengan una calidad mínima; deberán ser accesibles, completos, consistentes, localizables, exactos, íntegros, oportunos, válidos y reutilizables, debiendo asegurar la interoperabilidad de los sistemas⁵.

3 Ai Now INSTITUTE at New York University: «AI Now 2019 Report», 2019, disponible en línea en: <https://ainowinstitute.org/reports.html>.

4 KINGSTON, J.: «Artificial intelligence and legal liability». En *International conference on innovative techniques and applications of artificial intelligence*. Springer, Cham, 2016. p. 269-279.

5 CORVALÁN, J.G.: «Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades-Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia». *Revista de Investigações Constitucionais*, 2018, vol. 5, p. 295-316.

1.1. *Big Data*

La IA en sus procesos algorítmicos necesita una gran cantidad de datos. El *Big Data* aporta capacidad tecnológica y procesos que permiten recopilar estos datos y extraer otros nuevos que pueden estar o no configurados y estructurados para ser interpretados por la máquina⁶.

Los sistemas que procesan y almacenan *Big Data* se han convertido en un componente común de las arquitecturas de gestión de datos en las organizaciones, combinados con herramientas que respaldan los usos de análisis de *Big Data*⁷. Las principales características del *Big Data* son:

- a) El gran volumen de datos en muchos entornos; algunos ejemplos son los sistemas de procesamiento de transacciones, bases de datos de clientes, documentos, correos electrónicos, registros médicos, registros de flujo de clics de Internet, aplicaciones móviles y redes sociales.
- b) La amplia variedad de tipos de datos almacenados con frecuencia en los grandes sistemas de datos; Los entornos de *Big Data* a menudo incorporan datos externos sobre los consumidores, los mercados financieros, las condiciones climáticas y de tráfico, la información geográfica, la investigación científica y más. Las imágenes, los videos y los archivos de audio también son formas de *Big Data*, y muchas aplicaciones de *Big Data* implican la transmisión de datos que se procesan y recopilan de forma continua.
- c) La velocidad a la que gran parte de los datos se generan, recopilan y procesan. En muchos casos, los conjuntos de *Big Data* se actualizan en tiempo real o casi real, en lugar de las actualizaciones diarias, semanales o mensuales que se realizan en muchos almacenes de datos tradicionales.
- d) La veracidad de los datos recopilados. La veracidad se refiere al grado de precisión en los conjuntos de datos y cuán confiables son. Los datos sin procesar recopilados de varias fuentes pueden causar problemas de calidad de los datos que pueden ser difíciles de identificar.
- e) El valor y la calidad de los datos. El valor que generan los datos, una vez convertidos en información, puede considerarse el aspecto más importante. Con ese valor, las empresas tienen la oportunidad de sacar el máximo partido a los datos para introducir mejoras en su gestión, definir estrategias óptimas, obtener una clara ventaja competitiva, realizar ofertas personalizadas a los clientes, aumentar la relación con el público, y mucho más.
- f) La variabilidad de datos a lo largo del procesamiento. La variabilidad también se aplica a menudo a conjuntos de *Big Data*, que pueden tener múltiples significados o tener un formato diferente en fuentes de datos separadas, factores que complican aún más la gestión y el análisis de *Big Data*.

Aunque los *Big Data* no equivalen a ningún volumen específico de datos, las implementaciones de grandes datos a menudo implican terabytes, petabytes e incluso exabytes de datos creados y recopilados a lo largo del tiempo.

6 MANTELERO, A.: «AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment». *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, no 4, p. 754-772.

7 PLAZA PENADÉS, J.: «Fundamentos y principios jurídicos básicos de la inteligencia artificial y el «big data»». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2022, no 59, p. 7.

Para obtener resultados válidos y relevantes de las aplicaciones de análisis de *Big Data*, los científicos de datos y otros analistas de datos deben tener una comprensión detallada de los datos disponibles y una idea de lo que están buscando en ellos⁸. Eso hace que la preparación de datos, que incluye la creación de perfiles, la limpieza, la validación y la transformación de conjuntos de datos, sea un primer paso crucial en el proceso de análisis.

Una vez que los datos se han recopilado y preparado para el análisis, se pueden aplicar varias disciplinas de ciencia de datos y análisis avanzado para ejecutar diferentes aplicaciones, utilizando herramientas que brindan características y capacidades de análisis de *Big Data*⁹. Estas disciplinas incluyen el aprendizaje automático y su rama de aprendizaje profundo o *Deep Learning*, modelado predictivo, minería de datos, análisis estadístico, análisis de transmisión, minería de texto y más.

1.2. *Machine Learning*

Uno de los principales valores añadidos de la inteligencia artificial no es la mera toma de decisiones en idénticos términos a los que podrían ser tenidos en cuenta por una persona física, sino la posibilidad de adoptarlos tras procesar, mediante el análisis y consulta, de volúmenes de información que resultarían inabarcables para cualquier humano, por ejemplo, mediante la implementación de técnicas como el *Machine Learning* o aprendizaje automático.

La mayor parte de los sistemas de IA actuales se basan en algoritmos de aprendizaje automático («Machine Learning»). En lugar de seguir reglas preprogramadas, para llevar a cabo procesos complejos, *Machine Learning* (en adelante ML) funciona «permitiendo que los sistemas aprendan directamente de ejemplos, datos y experiencia». Hay tres tipos de ML:

- a) aprendizaje supervisado: donde el sistema de IA se entrena con datos que han sido etiquetados, aprende cómo está estructurado y lo usa para predecir categorías de nuevos datos;
- b) aprendizaje no supervisado: donde el sistema de IA tiene como objetivo detectar características de similitudes entre puntos de datos; y
- c) aprendizaje por refuerzo: donde el sistema de IA se enfoca en aprender sobre las reglas del entorno y las consecuencias de su acción a partir de la experiencia al interactuar con su entorno, y trata de desarrollar estrategias para optimizar una recompensa (la función de recompensa) que es dado.

Aunque ML ha permitido muchos avances impresionantes y ha impulsado muchos de los usos más innovadores de los sistemas de IA en la actualidad, puede dar resultados inesperados o incorrectos. Además, el *Machine Learning* está sujeto a una serie de limitaciones adicionales:

- a) Muchos sistemas de IA, especialmente los sistemas de *Machine Learning* supervisados, se basan en grandes cantidades de datos de entrenamiento a los que un ser humano les ha dado una etiqueta.

8 MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K.: «Big data: la revolución de los datos masivos». Turner, 2013.

9 COTINO HUESO, L. «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho». Revista catalana de dret públic, 2019, vol. 58, p. 43.

- b) El *Machine Learning* aprende cualquier sesgo que esté contenido en los datos de capacitación, por lo que (por ejemplo) un sistema de *Machine Learning* para determinar si la junta de libertad condicional debe liberar a un preso exhibirá un sesgo racial si ha sido entrenado con datos que contienen tal sesgo. Y las correlaciones descubiertas a través de *Machine Learning* no equivalen a causalidad.
- c) Los conjuntos de datos invariablemente contendrán sesgos ocultos, al igual que la elección y el uso de algoritmos de *Machine Learning*. Esto se debe a que el desarrollo de conjuntos de datos y algoritmos implicará decisiones por parte de humanos, quienes, además de sus propias calificaciones (o falta de ellas) y sesgos inherentes, tienen que considerar compromisos y concesiones.
- d) Hay muchas restricciones en el mundo real que conocemos por las leyes naturales, como la física, las matemáticas o la lógica. No es sencillo incluir estas restricciones con los métodos de *Machine Learning*.
- e) Cuando nuestra experiencia falla, los humanos recurren al «sentido común». Pero los sistemas de *Machine Learning* actuales no definen ni codifican este comportamiento. Esto significa que cuando fallan, pueden fallar de forma grave o leve. En particular, un sistema de *Machine Learning* puede ser inestable cuando se le presentan combinaciones novedosas de datos, por lo que incluso si se ha entrenado en decisiones pasadas que han sido verificadas por expertos por separado, eso puede no ser suficiente para justificar una alta confianza en una decisión posterior.
- f) Los humanos son buenos para transferir ideas de un dominio de problemas a otro. Esto sigue siendo un desafío para los ordenadores, incluso con las últimas técnicas de *Machine Learning* de «aprendizaje de transferencia». Relacionado con esto está el desafío de la interpretabilidad: la necesidad de representar el conocimiento codificado en el sistema de aprendizaje en una forma que sea comprensible para los humanos. Por ejemplo, ni siquiera para los programadores y analistas que entrenan redes neuronales que se usan típicamente en algoritmos de aprendizaje profundo de *Machine Learning* es fácil identificar o explicar los factores o argumentos que han usado las redes para llegar a una decisión en un caso particular.

Todas estas especiales características de la IA se traducen en cuestiones reales y sustanciales en cuanto a la admisión de pruebas electrónicas, ya sea en forma de pruebas reales o registros producidos por sistemas de IA. Cuestiona las presunciones de las pruebas sobre la fiabilidad de los sistemas automatizados, cuestiona la caracterización de los registros de los sistemas de IA como pruebas reales, profundiza en el análisis de dichas pruebas sobre la base de la autenticidad.

La admisión de la prueba electrónica adquirida a través de sistemas de IA que funcionan con mecanismos de ML, puede generar problemas no solo sobre la admisibilidad de dicha prueba, sino también sobre las limitaciones inherentes al propio ML.

El tratamiento de la presunción de la confiabilidad de los sistemas informáticos, incluidos los sistemas de IA como una presunción legal concluyente, no comprende que los sistemas de software puedan producir errores sutiles que no sean evidentes. Esto se ve agravado por el hecho de que la naturaleza no procedimental de los sistemas de IA y ML aumenta la dificultad de probar o refutar la confiabilidad de los sistemas de IA.

La autenticación de la prueba electrónica debe estar sujeta a un procedimiento claro y desarrollado por los tribunales, especialmente en una era de «deepfakes» y otros datos manipulados digitalmente.

2. IA y prueba electrónica

Las pruebas recopiladas y procesadas mediante sistemas de IA son pruebas en formato electrónico.

Esta prueba electrónica es, por su propia naturaleza, susceptible de ser alterada o eliminada y, sería necesario garantizar que dicha prueba y los sistemas que las almacenan, procesan y analizan, sean de confianza y confiables. Esto comprende la naturaleza misma de la prueba en sí, desde su inicio hasta su uso en procesos judiciales¹⁰.

Hay que distinguir entre el uso de la información, incluida la información generada por los sistemas de IA, para probar asuntos de disputa en procedimientos legales, y el uso de dicha información para gestionar y administrar diversos litigios, investigaciones y procesos legales¹¹.

Las características de la IA se traducen en cuestiones materiales y sustanciales en cuanto a la admisión de pruebas electrónicas, ya sea en forma de pruebas reales o registros producidos por sistemas de IA.

2.1. Presunción de fiabilidad, probatoria y legal

En la práctica, la admisibilidad de las pruebas electrónicas se basa en la presunción de que los sistemas informáticos son «confiables».

La jurisprudencia del Derecho Anglosajón ha abandonado gradualmente el requisito de que los sistemas informáticos sean «confiables», como condición previa para la admisibilidad de las pruebas electrónicas y las pruebas producidas por los sistemas de IA.

El requisito de que los sistemas informáticos demuestren que son «confiables», sigue sustentando muchas reglas excluyentes de prueba. ¿Quién tiene la carga de probar (o refutar) la confiabilidad del sistema informático? En el contexto de los sistemas de IA, este problema es especialmente pertinente porque los sistemas de IA en general, y ciertos algoritmos de ML en particular, pueden operar de manera opaca y no obvia, incluso para sus programadores y operadores¹².

Al considerar los jueces la «confiabilidad» de los ordenadores debido a que estos sistemas hacen lo que se esperaba de ellos, son «confiables». Al hacerlo, el Tribunal ha elevado erróneamente la presunción a una presunción legal, que reasigna la carga de la prueba, no sobre el proponente de la prueba electrónica, sino sobre la parte contraria.

La presunción no anula la regla básica de que la carga de la prueba recae en el proponente de la prueba electrónica. El proponente de la prueba generada por el

10 BUENO DE MATA, F.: «Análisis crítico de las futuras órdenes europeas en materia de prueba electrónica». En *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*. Atelier, 2019. p. 319-329.

11 BUENO DE MATA, F.: «La necesidad de regular la inteligencia artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad». En *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*. Aranzadi Thomson Reuters, 2022. p. 15-41.

12 MERCHÁN MURILLO, A.: «Competencia judicial y ley aplicable al uso de Blockchain y la Inteligencia Artificial como retos en paralelo». En *El sistema jurídico ante la digitalización*. Estudios de Derecho Público y Criminología. Tirant lo Blanch, 2021. p. 203-230.

sistema todavía tiene que cumplir con la carga legal en relación con la fiabilidad de la prueba de la máquina, e igualmente, la autenticidad o integridad y la confiabilidad de la prueba¹³.

La presunción de confiabilidad debe operar solo para imponer una carga probatoria a la parte que se opone a la presunción. Como presunción de conveniencia probatoria, que sólo se incita cuando se cumplen sus premisas.

La ausencia de prueba de cualquier error en la máquina tampoco debería sugerir la confiabilidad del sistema. Después de todo, el hecho de que una clase de errores no haya ocurrido antes no es razón para suponer que no puede ocurrir.

Esta «ausencia de evidencia de error» puede deberse a que tales errores nunca se registran en primer lugar. Precisamente para evitar este tipo de inferencias a partir de falsos negativos, las normas de concesión de licencias para vehículos autónomos han requerido que dichos sistemas mantengan registros de sensores y otros datos telemétricos para permitir la reconstrucción de las circunstancias que rodearon los accidentes de vehículos. La ausencia de cualquier tipo de error, la función de registro o incluso el hecho de no producir dicho registro para su revisión en un sistema sofisticado de IA debería ser una señal de alerta en cuanto al error de diseño del sistema cuando se considera la confiabilidad general del sistema.

Por lo tanto, la presunción probatoria puede ser refutada, por ejemplo, con cualquier evidencia de algún error informático anterior ya que esto generaría dudas sobre la presunción de confiabilidad. El proponente puede objetar que esto no es material para el tipo de prueba en cuestión, o que el error se relaciona con otra categoría de evidencia. Al respecto, corresponde al juez ser cuidadoso al evaluar dicha prueba y el objeto que subyace a la presunción.

El problema central (implícito y explícito) de exagerar la presunción es no entender que los sistemas de software pueden producir errores sutiles que no son obvios. Contrariamente a lo que se ha opinado, en general, no es cierto que «la mayoría de los errores informáticos se detectan inmediatamente o son el resultado de errores en los datos introducidos en la máquina».

La mayoría de estos errores flagrantes se detectarán en la evaluación, las pruebas beta y las pruebas unitarias, y no llegarán a la producción. Y muy pocos sistemas tienen códigos de programación que sean comprobablemente confiables y correctos (esto es solo con el uso de herramientas de programación especiales como la programación funcional junto con pruebas matemáticas formales). Esto también va en contra del conocimiento de la industria de que el software moderno es complejo: depende de una miríada de otros sistemas y componentes de software; puede incluir componentes desarrollados por terceros, cuyos componentes de software pueden a su vez depender de componentes desarrollados por terceros y así sucesivamente; puede estar vinculado a través de redes o Internet o interactuar con otros sistemas (como dispositivos móviles o integrados), que pueden comportarse de manera impredecible; si es así, tendrá que tratar con otros sistemas que pueden operar sus propias plataformas, entornos y sistemas separados e independientes.

La prueba de la confiabilidad de los sistemas de IA implicará una combinación de muchos mecanismos.

Las pruebas deberán abarcar todos y cada uno de los subcomponentes del sistema de IA, muchos de los cuales son sistemas de ML en sí mismos. El entorno de prueba,

13 BUENO DE MATA, F.: «Big Data judicial e inteligencia artificial: próximos desafíos del derecho procesal en la sociedad de la información». En *La globalización del derecho procesal*. Tirant lo Blanch, 2020. p. 215-235.

para certificar los sistemas de IA, deberá probar la corrección básica de dichos sistemas que integran todos los subsistemas de ML, en función de entornos conocidos o parámetros que tienen resultados correctos o conocidos. Por ejemplo, los vehículos autónomos deberán demostrar que pueden cumplir con las señales de tráfico y las normas de tráfico. Esta prueba ejercitará no solo los sistemas de percepción ambiental de los vehículos autónomos, sino también los sistemas de navegación y los sistemas generales de control del vehículo.

La complejidad de los sistemas de IA contiene el problema de probar o refutar la confiabilidad de los sistemas de IA al siguiente nivel. El conocimiento y los procesos codificados por medio de ML en los sistemas de IA no tienen la forma de pasos de procedimiento, sino el peso de las características y la arquitectura de los diferentes componentes del sistema. Esto significa que es poco probable que los métodos tradicionales de prueba de software para detectar errores, como las pruebas unitarias y las propias plataformas de prueba unitaria, sean muy útiles.

Este es especialmente el caso cuando los sistemas de IA tienen errores integrados que se activarán solo en circunstancias excepcionales. Los sistemas de IA que funcionan en entornos abiertos en lugar de cerrados pueden estar expuestos a una variedad infinita de circunstancias excepcionales.

El entorno de prueba tendrá que simular varias condiciones en tiempo real, que van desde diferentes condiciones ambientales físicas, diferentes condiciones de la carretera y diferentes situaciones, por ejemplo, emergencias, intervenciones policiales. La solidez de un sistema de IA dependerá en gran medida de cuántas de estas variaciones en los entornos se haya probado y para qué se haya validado.

Dado que no hay límite para el tipo de excepciones a las que pueden estar expuestos los sistemas de IA, y dado que no se puede demostrar formalmente que los sistemas de IA sean precisos, responder a esta pregunta implicará revisar cualquier evidencia de cualquier «error» que los sistemas de IA no puedan manejar, incluidos el número de tales errores, sus frecuencias y la naturaleza de estos errores.

Sobre la base de esta información, un tribunal puede considerar si las pruebas que se solicitan admitir podrían cambiar materialmente por tales errores informáticos. En este sentido, el tribunal podría guiarse en su evaluación de si tales sistemas son fiables por si cumplen con los estándares pertinentes y, de ser así, el nivel de conformidad con dichos estándares, dentro de un entorno ético y respetuoso con las libertades individuales.

2.2. Categorías de dispositivos electrónicos

Los sistemas de IA pueden producir muchos tipos diferentes de pruebas. Los sistemas de reconocimiento de voz se pueden activar automáticamente y almacenar fragmentos de conversaciones que ha grabado. Los sistemas de reconocimiento de imágenes, como los que se encuentran en las cámaras de control de tráfico, pueden capturar fotografías de vehículos y generar multas por infracciones de tráfico cuando se conectan a sistemas de reconocimiento de matrículas. Los sistemas de detección de fraude pueden monitorear las transacciones de tarjetas de crédito e identificar transacciones anómalas para una mayor investigación. Estos ejemplos son solo ilustrativos de la amplia gama de información generada por los sistemas de IA que pueden admitirse en los tribunales como evidencia relevante y material.

Los ordenadores que se utilizan como dispositivos de procesamiento de datos se pueden clasificar en las siguientes categorías como medios que pueden generar prueba electrónica:

- Tipo 1: dispositivos que aceptan entradas proporcionadas por humanos y producen salidas,
- Tipo 2: dispositivos autónomos de procesamiento de datos que obtienen información o toman grabaciones del entorno sin intervención humana, y
- Tipo 3: un híbrido de los dos.

Desde que se propuso por primera vez hace más de 20 años, el análisis de prueba electrónica usando esta clasificación ha sido aceptado en escritos académicos y en textos legales. Con los avances del ML y la creciente aceptación de los sistemas de IA, es oportuno revisar esta clasificación en relación con la prueba generada por IA.

2.3. Tratamiento de la prueba

Los sistemas de IA pueden producir diferentes tipos de pruebas, como los sistemas de reconocimiento de voz, que se pueden activar automáticamente y almacenar fragmentos de conversaciones grabadas, los sistemas de reconocimiento de imágenes, como los que se encuentran en las cámaras de control de tráfico que pueden capturar fotografías de vehículos y generar multas por infracciones cuando se conectan a sistemas de reconocimiento de matrículas o los sistemas de detección de fraude que pueden monitorizar las transacciones de tarjetas de crédito e identificar transacciones anómalas para una mayor investigación. Estos ejemplos son ilustrativos de la amplia gama de información generada por los sistemas de IA que podrían admitirse en los tribunales como prueba relevante y material.

Los dispositivos que se utilizan principalmente para almacenar y grabar contenido escrito y hablado por una o más personas funcionan principalmente para recibir información humana y registrar esa misma información para su posterior recuperación.

Cuando la información se recupera y se usa para el contenido de la entrada humana, esa entrada se usa testimonialmente. Cualquier procesamiento o gestión impulsado por ML se limita a la activación del dispositivo para grabar y transcribir o indexar la grabación para facilitar su recuperación. Aquí, el sistema de IA y los datos y el código de software que lo componen pueden separarse del contenido ingresado por el autor de la declaración. Por lo tanto, el enfoque de cualquier uso de dicha prueba está dirigido a una investigación sobre la identidad de la persona, quién hizo la afirmación y la confiabilidad de tal afirmación¹⁴.

2.4. Autenticación

Para determinar la autenticidad y confiabilidad de la prueba, habrá que determinar si el registro es capaz de representar los hechos de los que da fe, demostrar que la prueba es auténtica que es lo que afirma ser, y que su condición permanece inalterable. Por lo tanto, se deduce que su autenticidad es determinante para su admisibilidad.

La autenticidad de la prueba electrónica es siempre un tema importante en su admisibilidad debido a la naturaleza intrínsecamente mutable de la prueba electrónica. Su autenticación plantea un complejo entrelazado de cuestiones legales y técnicas, entre otras, su integridad y seguridad.

14 MERCHÁN MURILLO, A.: «Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate». *IUS ET SCIENTIA*, 2021, vol. 7, no 1, p. 183-203.

La autenticación puede ser la base para plantear cuestiones sobre la identidad del registro electrónico (si este era el registro correcto con fines probatorios), su integridad e inmutabilidad (si fue alterado, manipulado o dañado entre el momento en que fue creado y el momento en que se presentó como prueba), su autoría (quién lo creó o hizo que se creara), su destinatario (a quién estaba dirigido), su identidad (qué sistemas y procesos entraron en producirlo), su cronología, localidad y secuencia (en qué orden se produjo y cuándo y dónde se produjo), su exactitud (si su contenido fue correcto y confiable, y si el sistema o dispositivo se usó y operó correctamente) y su seguridad (quién tuvo o pudo haber obtenido acceso a él, y a sus sistemas y procesos subyacentes, con fines legales o ilícitos).

Cuando surgen desafíos en cuanto a la autenticidad de la prueba electrónica, muchos jueces se han retractado de esta evaluación. En cambio, han hecho suposiciones erróneas sobre las pruebas que tienen ante ellos que no están justificadas, incluso cuando la impugnación de la autenticación llega a la raíz de la disputa entre las partes. Existe una voluntad implícita de asumir que las organizaciones llevan a cabo sus negocios de manera competente, incluso cuando el desafío consiste en socavar esa competencia empresarial en sí misma.

Esto puede ilustrarse con los varios casos noruegos en los que los bancos han demandado con éxito a los titulares de tarjetas por transacciones con sus tarjetas, ayudados en parte por la conclusión de los tribunales de que los sistemas de los bancos eran seguros, a pesar de las afirmaciones de los titulares de tarjetas de que estas transacciones no estaban autorizadas y que no habían sido negligentes al asegurar los PIN de sus tarjetas. Los bancos tuvieron que retractarse de sus reclamos y disculparse con los tenedores cuando la prueba posterior mostró que hubo brechas de seguridad en los sistemas de los bancos.

Para permitir y facilitar una consideración cuidadosa de los problemas de autenticación, se debe establecer un procedimiento claro para prescribir cómo se deben plantear los asuntos relacionados con la autenticidad de las pruebas electrónicas ante el juez que se cuestione la autenticidad de los aspectos identificados de la prueba, y que exponga los motivos por los cuales se hace la impugnación. Si se supera este primer obstáculo, corresponderá al juez de instrucción decidir si un juicio dentro de un juicio es necesario, y en su caso, fijar el alcance y parámetros de la audiencia, incluyendo el estándar de prueba, para lo cual se requiere un pronunciamiento.

2.5. Datos manipulados digitalmente

El problema de los registros electrónicos manipulados digitalmente siempre ha existido desde la llegada de los ordenadores. En este contexto, se desarrolló tecnología de firma digital para añadir garantías en cuanto a la integridad de los registros electrónicos y así solucionar los problemas que surgieran de la falsificación de dichos registros.

En la actualidad, existe un nuevo problema de manipulación de registros electrónicos, las conocidas «deepfake», que implica la alteración de imágenes o videos existentes en los que la imagen o el parecido de una persona en esa imagen o video se reemplaza por el parecido de otra persona. Estas modificaciones, que son posibles gracias al uso de técnicas de *Machine Learning* e Inteligencia Artificial como los autocodificadores y las redes generativas antagónicas, tienen un alto potencial para manipular debido a su éxito. Algunas técnicas pueden incluso reemplazar las secuencias de audio de un video con voz sintética que replica los patrones de habla de una persona conocida. Este mecanismo se ha utilizado, por ejemplo, en el sector biomédico, donde las imágenes científicas y las imágenes en 3D se han falsificado a través de la manipulación digital para respaldar documentos fraudulentos.

Se han puesto en marcha varias iniciativas para contrarrestar el problema de la manipulación de imágenes y voces. Sin embargo, la tecnología que admite deepfaking también se está desarrollando a un ritmo acelerado. Dado que estos programas de software están diseñados para mejorar a medida que funcionan, esto significa que puede haber llegado un momento en que no será posible detectar la manipulación, aunque se están haciendo intentos para contrarrestar este problema.

Por supuesto, no se debe descartar la posibilidad de que una imagen que parece increíble puede ser de hecho una imagen creíble.

Si bien las herramientas de software están fácilmente disponibles para permitir que un usuario final pruebe varias hipótesis en el análisis de la manipulación de imágenes, por el momento sigue siendo dominio del experto interpretar los resultados de la prueba y llegar a una conclusión. Un día, las tecnologías podrían estar disponibles para realizar un conjunto de pruebas que pueden ser ponderadas y utilizadas para sacar «conclusiones informadas» sobre la imagen que se está manipulando.

Sin embargo, dados los avances en las tecnologías de *Machine Learning*, no se espera que dichos sistemas puedan determinar si el contenido de una imagen es completamente real o generado por ordenador.

En cierto sentido, por lo tanto, el tratamiento probatorio del tema de los datos digitales manipulados no es diferente al de otras pruebas electrónicas que necesitan autenticación. En resumen, los problemas relacionados con la autenticación, incluidos los problemas con los datos digitales que se manipulan, requieren que los tribunales desarrollen un conjunto de procedimientos claros para gestionar los problemas de autenticación y una apreciación de los límites de la presunción de confiabilidad, como se ha mencionado anteriormente. Sólo entonces se podrán dilucidar de manera efectiva estos problemas.

2.6. Revelación del código de software

En la práctica, los códigos de software rara vez se divulgan voluntariamente. El solicitante generalmente tiene que solicitar a un juez que ordene que el código del software le sea proporcionado. El propietario o fabricante a menudo se opondrá por motivos de confidencialidad y secreto comercial, o de protección de la propiedad intelectual, para evitar que el software sea objeto de escrutinio por parte de un tercero independiente. El tribunal también puede dictaminar que tal descubrimiento no es necesario para resolver la acción de manera justa o podría incurrir en costas innecesarias. Por tanto, es relativamente inusual que un juez ordene la divulgación de software relevante, aunque podría decirse que puede ser crucial para comprender completamente un informe o resultado de prueba generado por un sistema automatizado.

2.7. Transparencia

Es imprescindible alguna forma de supervisión regulatoria para promover la accesibilidad de los datos que se introducen en el sistema de IA. Esto permitiría una mayor gestión de los datos sobre estas plataformas y facilitaría la transparencia del sistema de Inteligencia Artificial. Debido a que los sistemas de *Machine Learning* pueden ejecutar numerosas funcionalidades o exhibir diferentes características en diferentes condiciones, puede ser difícil explicar cómo funcionan y cómo llegan a una predicción o funcionalidad particular en un contexto o situación en particular¹⁵.

15 SURDEN, H.: «Machine learning and law». Wash. L. Rev., 2014, vol. 89, p. 87.

Esta opacidad inherente de los sistemas de *Machine Learning* es, paradójicamente, lo que hace que estos sistemas sean tan poderosos y, sin embargo, tan difíciles de entender. El movimiento hacia la ingeniería de IA explicable (XAI) para desarrollar herramientas que proporcionen cierto nivel de interpretabilidad de la operación de un modelo de Inteligencia Artificial representa el uso de soluciones técnicas para hacer que la operación de los sistemas de Inteligencia Artificial sea más transparente y más explicable. Pero esto no debe restar valor al diseño general del sistema de Inteligencia Artificial y, más específicamente, a las obligaciones de capacitación del modelo y selección de funciones.

Por tanto, es necesario y útil divulgar el código para una auditoría de algoritmos¹⁶ y, lo que es más importante, en el caso de los sistemas de Inteligencia Artificial, si este requisito de transparencia se extiende a la divulgación de los datos de entrenamiento y prueba para que los modelos puedan ser revisados, dependerá de la jurisdicción de la parte revisora, la aplicación real del sistema de Inteligencia Artificial y la naturaleza de la disputa subsiguiente.

3. Situación actual

En España, el uso de medios electrónicos y sistemas informáticos en los juzgados, tendrá que ser notificado con anterioridad al Consejo General del Poder Judicial, y deberán ser compatibles con la normativa vigente del Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica.

El procedimiento expeditivo online, en materia mercantil y civil en la mediación electrónica reúne un conjunto de tecnologías que gestionan los procesos de comunicación e información, por ejemplo, Lexnet. Estos poseen plena validez y eficacia, siempre y cuando garanticen su veracidad e integridad, se identifiquen las partes y cumplan con la seguridad de los datos de carácter personal y con su confidencialidad, requisitos todos exigidos en nuestros juzgados y tribunales y recogidos en el Reglamento General de Protección de Datos¹⁷.

La Comisión europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa ha elaborado la Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno, citando 5 principios consistentes en:

- a) Principio de respeto de los Derechos Fundamentales.
- b) Principio de no discriminación.
- c) Principio de calidad y seguridad en el procesamiento de datos, certificados, fuentes, modelos y en la emisión de decisiones judiciales.
- d) Principio de transparencia, imparcialidad y equidad, con la elaboración de metodología de procesamiento accesible y comprensible, y autorización de auditorías externas.
- e) Principio de «control por parte del usuario» para asegurar que los usuarios son actores informados y tienen control sobre sus elecciones.

16 VELASCO RICO, C.: «Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia». En *El derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*. Atelier, 2019. p. 73-90.

17 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD): «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción», febrero, 2020, disponible en línea en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adequacion-rgpd-ia.pdf>

Los requisitos esenciales que deben respetar toda aplicación para ser fiables son: intervención y supervisión humana, solidez y seguridad técnicas, privacidad y gestión de datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, rendición de cuentas y bienestar social y medioambiental¹⁸.

La UE ha puesto foco en definir un marco normativo homogéneo que garantice la implementación de sistemas de inteligencia artificial fiables, de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios europeos (en especial, como el propósito de limitar los riesgos que el uso de estos sistemas pueda propiciar en la dignidad humana, el pluralismo, la inclusión, la ausencia de discriminación y la protección de la privacidad). Ello construido sobre unos cimientos que persiguen proporcionar ventajas en una triple vertiente:

- a) A los ciudadanos, para obtener mejoras en los servicios y productos disponible;
- b) Al desarrollo empresarial; y
- c) Al interés público, por ejemplo, por la reducción de costes en la prestación de servicios.

Este propósito pretende ser plasmado en la Propuesta de Reglamento Europeo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, la Propuesta de abril de 2021, cuya aprobación se encuentra en proceso de evaluación. Sin perjuicio de que puedan surgir variaciones en las obligaciones previstas en la Propuesta, propias del momento legislativo en el que se encuentra, el texto ha sido elaborado tratando de sentar las bases en las que la UE estima que deben desarrollarse los sistemas de IA¹⁹.

El 19 de julio de 2022 el Gobierno aprobó el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia cuyo objetivo principal es dar cobertura jurídica y regular la transformación digital del Servicio Público de Justicia, regulando una pluralidad de servicios digitales accesibles a la ciudadanía, reforzando la seguridad jurídica en el ámbito digital y orientado al dato los sistemas de Justicia²⁰.

Sus principios informadores consisten en la seguridad jurídica digital, acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación, portabilidad e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que gestione el ejercicio de sus funciones.

Se prevé la interoperabilidad de datos entre cualesquiera tribunales, oficinas judiciales y fiscales, a los fines previstos en las leyes.

También se regulan determinados portales de datos y la identificación y firma de los intervinientes en actuaciones no presenciales.

Además, reconoce el derecho de la ciudadanía a un servicio personalizado de acceso a procedimientos, informaciones y servicios accesibles de la Administración de Justicia y se establece el derecho a acceder y obtener copia del Expediente Judicial Electrónico.

18 Bruselas, 8.4.2019 COM, 2019.

19 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. COM/2021/206 final.

20 MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA: «El Gobierno aprueba el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia» disponible en línea en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/ley-eficiencia-digital>.

Mejora el concepto de sede judicial electrónica, regulándose sus características, sus clases y su contenido, servicios que han de prestar y reglas especiales de responsabilidad.

Regula el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia (PAGAJ).

Crea un nuevo servicio de «Carpeta Justicia», que facilitará el acceso a los servicios y procedimientos o a la sede judicial electrónica de la Administración competente.

Actualiza los sistemas de identificación y autenticación conforme a lo previsto en el Reglamento de la UE 910/2014 eIDAS.

Se articula un sistema de identificación y firma no criptográfica en actuaciones y procedimientos judiciales.

Establece el principio general de una Justicia basada en datos, por lo que los sistemas de Justicia asegurarán el tratamiento de información en forma de metadatos.

La atención al público se realizará preferentemente por vía telemática, salvo en el caso de los profesionales, que será sólo si estos lo interesan.

Consolida la vía telemática para la generalidad de los actos procesales.

Prevé un registro electrónico de datos para el contacto electrónico como servicio digital de la Administración de Justicia; un Registro Electrónico Común de la Administración de Justicia y un Registro Electrónico de Apoderamientos Judiciales (REAJ).

Regula el Portal de Datos de la Administración de Justicia,

Potencia el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE) y se regula el Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad.

4. Conclusiones

El desarrollo de sistemas inteligentes marca un nuevo camino también en el ámbito del derecho, de nosotros dependerá su utilidad en la sociedad. Su integración necesita de estrictos controles de transparencia que garanticen la calidad de los datos, algoritmos y procesos intelectivos. La facultad para la adopción de una decisión última deberá condicionarse a las personas, garantizando el respeto de los principios que imperan en todo sistema judicial y su entorno.

Las decisiones de los jueces en ocasiones pueden resultar extremadamente complejas e insustituibles.

5. Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD): «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción», febrero, 2020, disponible en línea en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adequación-rgpd-ia.pdf>.

AI NOW INSTITUTE AT NEW YORK UNIVERSITY: «AI Now 2019 Report», 2019, disponible en línea en: <https://ainowinstitute.org/reports.html>.

BARR, A., FEIGENBAUM, E.A. y COHEN, P.R. (ED.): *The handbook of artificial intelligence*, William Kaufmann, 1981.

BARRIO ANDRÉS, M.: «Robótica, inteligencia artificial y Derecho», *Real Instituto El Cano, Royal Institute*, 2018.

BENÍTEZ, R.: *Inteligencia artificial avanzada*, editorial UOC, 2014.

- BUENO DE MATA, F.:** «Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras». *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, no 51, p. 3.
- BUENO DE MATA, F.:** «La necesidad de regular la inteligencia artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad», en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Aranzadi Thomson Reuters, 2022. p. 15-41.
- BUENO DE MATA, F.:** «Big Data judicial e inteligencia artificial: próximos desafíos del derecho procesal en la sociedad de la información», en *La globalización del derecho procesal*, Tirant lo Blanch, 2020. p. 215-235.
- BUENO DE MATA, F.:** «Análisis crítico de las futuras órdenes europeas en materia de prueba electrónica» en *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, 2019. p. 319-329.
- BRYSON, J.J.:** «La última década y el futuro del impacto de la IA en la sociedad», *Hacia una nueva Ilustración? Una década trascendente*, 2020.
- CÁCERES, E.:** «Inteligencia artificial, Derecho y e-justice (el proyecto IJ-CONACYT)», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006, vol. 39, no 116, p. 593-611.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O.:** «La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial», *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, 2020, num. 30, p. 1-14, 2020.
- CERRILLO-MARTÍNEZ, A.:** «Datos masivos y datos abiertos para una gobernanza inteligente», *El profesional de la información (EPI)*, 2018, vol. 27, no 5, p. 1128-1135.
- CORVALÁN, J.G.:** «Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades-Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia», *Revista de Investigações Constitucionais*, 2018, vol. 5, p. 295-316.
- COTINO HUESO, L.:** «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», *Dilemata*, 2017, no 24, p. 131-150.
- COTINO HUESO, L.:** «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho», *Revista catalana de dret públic*, 2019, vol. 58, p. 43.
- COTINO HUESO, L.:** «Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra la COVID-19 y contra la privacidad: el diablo está en los detalles», *bie3: Boletín IEEE*, 2020, no 18, p. 588-597.
- DOSHI-VELEZ, F.:** «Accountability of AI under the law: The role of explanation», *arXiv preprint arXiv:1711.01134*, 2017.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C.:** «La nueva estrategia europea sobre el dato y la inteligencia artificial. Foto fija de un diseño en evolución». *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 2020, no 5, p. 6.
- FJELD, J.:** «Principled artificial intelligence». *Berkman Klein Center*, febrero, 2020, vol. 14.
- HLEG, A.I.:** «A definition of AI: main capabilities and disciplines». *Brussels*. <https://ec.europa.eu/digital-single>, 2019.
- KINGSTON, J.:** «Artificial intelligence and legal liability». En *International conference on innovative techniques and applications of artificial intelligence*. Springer, Cham, 2016. p. 269-279.

- MALGIERI, G. y COMANDÉ, G.:** «Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation». *International Data Privacy Law*, vol. 7, p. 243, 2017.
- MANTELERO, A.:** «AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment». *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, no 4, p. 754-772.
- MANTELERO, A.:** «Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data», 2017.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K.:** «Big data: la revolución de los datos masivos». Turner, 2013.
- MCGINNIS, J.O. y PEARCE, R.G.:** «The great disruption: How machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services». *Actual Probs. Econ. & L.*, 2019, p. 1230.
- MERCHÁN MURILLO, A.:** «Identidad digital Blockchain e Inteligencia Artificial: aspectos jurídicos de presente y futuro a debate». *IUS ET SCIENTIA*, 2021, vol. 7, no 1, p. 183-203.
- MERCHÁN MURILLO, A.:** «Inteligencia artificial y Blockchain: retos jurídicos en paralelo». *Revista General de Derecho Administrativo*, 2019, no 50, p. 21.
- MERCHÁN MURILLO, A.:** «Competencia judicial y ley aplicable al uso de Blockchain y la Inteligencia Artificial como retos en paralelo». En *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Público y Criminología*. Tirant lo Blanch, 2021. p. 203-230.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA:** «El Gobierno aprueba el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia» disponible en línea en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/ley-eficiencia-digital>
- PLAZA PENADÉS, J.:** «Fundamentos y principios jurídicos básicos de la inteligencia artificial y el “big data”». *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2022, no 59, p. 7.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. COM/2021/206 final.
- SURDEN, H.:** «Machine learning and law». *Wash. L. Rev.*, 2014, vol. 89, p. 87.
- TURING, A.:** «Computing machinery and intelligence-AM». Turing. *Mind*, 2007, vol. 59, no 236, p. 433.
- VAN DER SLOOT, B.:** «The individual in the big data era: moving towards an agent-based privacy paradigm». *Exploring the boundaries of Big Data*, 2016, p. 177-179.
- VELASCO RICO, C.:** «Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia». En *El derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*. Atelier, 2019. p. 73-90.
- VILALTA, A.E.:** «Análisis crítico del procedimiento simplificado de mediación en línea para reclamaciones de cantidad de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2017, no 25, p. 69-82.

EL FORTALECIMIENTO DEL INTERÉS CASACIONAL Y EL PROBLEMA DE SU INDEFINICIÓN: ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL SISTEMA ANTE EL DESARROLLO DE LA *SMART JUSTICE*

María Santisteban Castro

Contratada predoctoral FPI de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 0. Introducción. 1. El fortalecimiento del interés casacional como epicentro de las proyectadas reformas. 1.1. La eficiencia como fundamento. 1.2. El papel del Tribunal Supremo como responsable de la unidad de interpretación de la Jurisprudencia en España: Derecho Judicial y Fuentes del Derecho. 1.2.1. El papel de la Jurisprudencia. 1.2.2. El controvertido papel de los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo. 2. Inteligencia artificial y algoritmización del proceso: la denominada *smart justice*. 2.1. El uso de algoritmos como instrumento asistencial del Juez en el «Judge Craft» o en el «arte de juzgar». 2.2. Una breve reflexión sobre la figura del llamado «Juez Artificial». 2.3. Apuntes sobre la responsabilidad del operador jurídico asistido o sustituido por la máquina inteligente. 3. Conclusiones y algunas reflexiones finales. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Desde la misma existencia del recurso de casación, ha habido una preocupación general por evitar el colapso de los Tribunales que han de resolver los asuntos que llegan a casación. Para paliar la situación se han ido incorporando diversos mecanismos o instrumentos para poder «filtrar» las cuestiones que han de ser finalmente resueltas en casación.

El interés casacional es una figura que se importa del Derecho Alemán, el cual contemplaba el denominado «*grundsätzliche Bedeutung*», cuyas raíces ahondaban en la figura del *certiorari* que podemos encontrar en algunos países de la órbita del *Common Law*. Es en el proceso civil donde se introduce por primera vez el interés casacional a través de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), pionera en introducir este requisito de recurribilidad a través del art. 477. 3 LEC.

Se puede definir el interés casacional como un medio de selección externo de asuntos¹ cuya concurrencia no opera como un motivo de acceso a la casación, sino como un requisito de recurribilidad que permite al órgano competente llevar a cabo un examen previo de la cuestión en la fase de admisión del recurso de casación, sometiendo la selección de dicho asunto a una serie de presupuestos que vienen prefijados por la ley, y cuya concurrencia se produce en el contexto de un conflicto jurídico que se ha producido por la infracción de una norma jurídica sustantiva que contradice la doctrina jurisprudencial aplicable al caso.

Como consecuencia de la incorporación del interés casacional, se constituye un modelo casacional que obedece fundamentalmente a una de las finalidades que ha de cumplir el recurso de casación; a saber: la finalidad unificadora de la doctrina jurisprudencial. Por el contrario, la función nomofiláctica o de protección del ordenamiento jurídico y la función tuitiva o de protección de los derechos de los litigantes, quedan en un segundo plano, subordinadas a esa función unificadora. Asimismo, y de forma paralela, se comprueba que el efecto que se deriva de que esta sea la función primordial del recurso de casación es que se considere que el papel principal que ha de cumplir el Tribunal Supremo sea el relativo a la creación jurisprudencial, lo cual ha dotado al denominado Derecho Judicial (la jurisprudencia o los Acuerdos Plenarios no jurisdiccionales del Tribunal Supremo) de una relevancia que antes no tenían.

El legislador, motivado por la voluntad de alcanzar un proceso eminentemente eficiente, dota de un primordial protagonismo al interés casacional, lo cual se refleja en las reformas que han ido sucediéndose a lo largo de los últimos años en las distintas leyes procesales. Como consecuencia de todo ello, se suscita la reflexión en torno a si el cambio del modelo casacional resulta ser la antesala de un eventual cambio en el mismísimo sistema de Fuentes del Derecho de nuestro ordenamiento jurídico. Además, y con ocasión de los indicios que llevan a pensar que nuestro sistema cada vez se asemeja más a un sistema de selección discrecional de asuntos o sistema de precedentes basado en la doctrina del «*stare decisis*» —propio de los países de la órbita del *Common Law*—, y el alcance mismo de objetivos de eficiencia, se ha decidido llevar a cabo un análisis prospectivo de un sistema de admisión de los recursos de casación en el que tenga operatividad el uso de algoritmos informáticos, tanto desde la perspectiva del uso asistencial que pudiera hacer el Juez de la Inteligencia Artificial, como si de una herramienta se tratara, como desde la perspectiva basada en la sustitución del «Juez Humano» por el denominado «*Juez Artificial*» o «*Juez Robot*».

1. El fortalecimiento del interés casacional como epicentro de las proyectadas reformas

1.1. La eficiencia como fundamento

En los últimos años aparece una tendencia hacia la adopción de un enfoque economicista de la Justicia en el marco de la Unión Europea, lo cual ha dado lugar a que términos como el de eficiencia pase a ser considerado como una de las principales cualidades que ha de tener un sistema judicial efectivo².

1 En base a la clasificación que se aporta en: DEL RÍO FERRETTI, C.: «La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *jurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, núm. 2, 2015, pp. 485-486.

2 También se tienen en cuenta cualidades como la calidad y la independencia. Vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el con-*

El término «eficiencia» resulta ser el objeto principal del denominado Análisis Económico del Derecho Normativo, «cuyo fundamento se puede simplificar en la búsqueda de las soluciones más útiles con el mínimo de actividad y recursos de los que dispone la Administración de Justicia»³. En las últimas décadas, como consecuencia de la globalización, se ha incorporado una perspectiva del todo economicista que ha influido a los operadores jurídicos y a los políticos a la hora de definir la política legislativa. Así, se ha priorizado la gestión eficaz de los recursos de los que dispone la Administración de Justicia, que en épocas de crisis han resultado ser escasos, lo cual ha sido el motor que ha llevado a un replanteamiento de objetivos a través de las últimas reformas legislativas, las cuales han empezado a introducir una serie de parámetros económicos, como el de eficiencia, y que, a su vez, se enlazan con una caracterización de la Justicia como un «Servicio Público» que tiene asumida una función social que, desde luego, no puede corresponderse con el ejercicio de la autoridad que es consustancial a la jurisdicción⁴.

Como indica BARONA VILAR, nos encontramos ante un contexto en el que se exige al Estado el mismo *modus operandi* que se le exige a las empresas privadas; es decir, políticas dirigidas a la maximización y optimización de beneficios⁵. Realmente la búsqueda de la eficiencia no es algo negativo, si bien hay que tener en cuenta la ponderación de los valores «Justicia» y «eficiencia», pues la pérdida de valor del primero en favor del segundo podría poner peligro el sistema.

El Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia⁶ (en adelante, PLMEP) incorpora una serie de reformas en materia casacional, destacándose lo relativo al interés casacional, siendo éste un elemento que adopta un especial protagonismo entre las novedades que trae consigo esta normativa, pues ya en la EM se establece que este interés «es el que mejor simboliza la función social del Tribunal Supremo, como cauce único de acceso al recurso». Además de que es un elemento que garantiza «la celeridad en los tiempos de respuesta de la Sala Primera mediante la simplificación de la fase de admisión, que tantos consume en la actualidad

texto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora, Bosch Editor, Barcelona, 2015, p. 33.

- 3 Vid. SANTISTEBAN CASTRO, M.: «De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, núm. 9873, 2021, p. 6. En relación con el Análisis Económico del Derecho Normativo, como disciplina que utiliza herramientas tradicionales de la microeconomía, «(...) los objetivos que deben buscarse en dicha área jurídica involucran la reducción de dos clases de costos, a saber: la reducción de los costos del sistema judicial (“costos administrativos”) y la reducción de los costos del error (“costos del error”). Desde dicha perspectiva, una solución eficiente sería aquella que ponderara ambas clases de costos, pues esa es la forma de obtener una respuesta óptima». En: NÚÑEZ OJEDA, R., CARRASCO DELGADO, N. y CORONADO ATENAS, M.: «Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXXI, núm. 2, 2018, p. 213.
- 4 Se desarrollan estas cuestiones con mayor extensión en: ARMENTA DEU, T.: *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 34 y ss.
- 5 BARONA VILAR, S.: «A la búsqueda de la eficiencia y la celeridad, claves de la Justicia Civil del Siglo XXI», en AA.VV. (AUGUSTO ZAMORANO, A., Dir.), *Obra en Homenaje al Maestro Dr. Jorge Fábrega P.*, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2019, p. 666.
- 6 Para un análisis más profundo en torno a las novedades introducidas por este Proyecto de Ley, se remite al lector a: BUENO DE MATA, F.: *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 202, pp. 106-113.

y adaptación del sistema civil al modelo más moderno» de otros órdenes jurisdiccionales⁷. En relación con este punto, resulta interesante la crítica de BANACLOCHE PALAO a la discrecionalidad intrínseca que trae consigo esta regulación, pues «cualquier litigio tiene acceso a casación si así lo considera conveniente la Sala Primera del Tribunal Supremo»⁸.

Como consecuencia de ese fortalecimiento del interés casacional, estas reformas dotan al Tribunal Supremo de un status de mayor poder en el sistema, ya que cada vez goza de mayor discrecionalidad a la hora de elegir los asuntos que acceden a casación a través de la hipervaloración de un requisito de recurribilidad cuya concurrencia en la fase de admisión al recurso de casación queda en manos de la discrecionalidad del Tribunal Supremo, lo cual contribuye a la indeterminación del modelo casacional⁹. A su vez, todo ello reafirma el papel que en los últimos años ha ido adquiriendo la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo el interés casacional un elemento clave en el alcance de la máxima eficacia de sus pronunciamientos, ya que opera como el mecanismo que permite una selección propia de los asuntos. Así, la determinación de la concurrencia o no de interés casacional permite al Tribunal Supremo poder corregir cualquier contravención que surja contra su propia doctrina jurisprudencial bajo el manto del mantenimiento de una supuesta seguridad jurídica a través de la previsibilidad. Sin embargo, entre los efectos que pueden derivarse de este sistema, pueden darse posibles variaciones en nuestro sistema de fuentes, ya que el papel de la jurisprudencia cada vez se aproxima más al carácter de precedente obligatorio del que goza la jurisprudencia en los sistemas del *Common Law*.

1.2. El papel del Tribunal Supremo como responsable de la unidad de interpretación de la Jurisprudencia en España: Derecho Judicial y Fuentes del Derecho

Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico se conserva la ficción de la «plenitud del ordenamiento jurídico», la labor de los Tribunales no se limita a la aséptica aplicación de la ley, sino que su labor va más allá de esto, ya que el Juez lleva a cabo una labor de interpretación de la norma jurídica con arreglo al sentido lógico vigente en el momento. Esto tiene su origen en la hermenéutica, la cual se hace necesaria sobre todo cuando el ordenamiento jurídico no se adapta a los tiempos como consecuencia de la pasividad o la demora del Poder Legislativo a la hora de afrontar ciertas cuestiones, lo que ha dado lugar a que sea el propio Poder Judicial el que en muchas ocasiones haya tenido que actuar cubriendo las lagunas legislativas encontradas a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico. Así las cosas, es preciso indicar que junto a la labor de los Tribunales consistente en la aplicación del Derecho Objetivo, aparece la labor de complementación del ordenamiento jurídico, la cual se encuentra bajo lo que se conoce como Derecho Judicial, cuya situación en el sistema de Fuentes de nuestro

7 Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, EM [en línea] [Fecha de consulta: 18/06/2022]. [<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>]

8 BANACLOCHE PALAO, J.: «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, p. 15.

9 En este sentido: GONZÁLEZ GRANDA, P.: «La omnipresencia del interés casacional: a propósito de la proyectada reforma en el orden jurisdiccional civil», *Diario La Ley*, núm. 9844, 2021, pp. 3 y 11.

ordenamiento jurídico se analizará a continuación a través de la Jurisprudencia y de los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo¹⁰.

1.2.1. El papel de la Jurisprudencia

En lo que respecta a la Jurisprudencia, encontramos una referencia en el art. 1.6 CC que la encuadra como un elemento complementario del ordenamiento jurídico¹¹. Sin embargo, la consideración o no de la jurisprudencia como fuente del Derecho realmente depende de la categoría de fuentes del Derecho que se maneje y, fundamentalmente, de lo que se entienda por creación judicial del Derecho.

La jurisprudencia se trata de un conjunto de «*criterios de interpretación y aplicación de las normas que guían las decisiones adoptadas en esas sentencias*»¹². Además, conviene indicar que lo que constituye jurisprudencia son las declaraciones que sean «*ratio decidendi*» de la sentencia, pero no aquellas que se efectúen «*obiter dicta*» o a mayor abundamiento¹³. En la época en la que se redacta nuestro Código Civil y se introduce por primera vez el recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico, se establece una frontera muy clara entre aquello que era «crear» Derecho, lo cual estaba en manos del Poder Legislativo, a lo que era «aplicar» el Derecho, que estaba en manos del Poder Judicial. Esta visión ha de ser descartada desde Kelsen porque «*en todo acto normativo es posible descubrir una dimensión aplicativa y una dimensión creativa*»¹⁴.

Con lo que resulta ser la materia objeto de nuestro estudio, este está estrechamente vinculado aquello que se denomina como «Derecho judicial», es decir, la vinculatoriedad general que se deriva de una parte de la jurisprudencia emanada. Para que exista el Derecho judicial, es preciso que una norma del Derecho positivo dote de fuerza vinculante a una parte de la jurisprudencia y que esa jurisprudencia emane de aquellos órganos jurisdiccionales que (...) de aquellos órganos jurisdiccionales que se sitúan (en vez de «coloquen») en la cúspide de la organización judicial. En el caso de España, el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en lo dispuesto en materia de garantías Constitucionales (art. 53 LOPJ).

El efecto de las sentencias del Tribunal Supremo, a través de la interpretación de las disposiciones que se realiza en la motivación de las resoluciones que dicta puede dar lugar a la creación o eliminación normativa. A eso es a lo que PRIETO SANCHÍS denomina como «precedente»¹⁵. La cuestión controvertida es la determinación de si ese precedente resulta ser *obligatorio* —lo cual resulta ser común en los sistemas

10 En torno al análisis en torno a las funciones de la Jurisdicción, vid. GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, pp. 111- 126.

11 Aunque esta es una cuestión que resulta ser verdaderamente controvertida, además de compleja, ya que la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho o no depende mucho del concepto de fuente que se utilice, con independencia de lo que pueda señalar el propio Derecho positivo. En este punto, resulta interesante la consulta de: PRIETO SANCHÍS, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 151 y ss.

12 PRIETO SANCHÍS, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, op. cit., p. 213.

13 SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El recurso de casación en la LEC 1/2000», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2001, p. 215.

14 Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, op. cit., p. 216.

15 *Ibidem*, op. cit., p. 218.

del *Common Law*— o si, por el contrario, se trata más bien de un precedente de carácter *persuasivo*, que si bien resulta ser un criterio que tiende a ser seguido por los tribunales inferiores, Mejor la siguiente redacción: «no da lugar a la existencia de un deber jurídico de tener que hacerlo» —lo cual es propio de los sistemas del *Civil Law*—. Teniendo presentes estas definiciones hay que indicar que nuestro sistema es de precedente *persuasivo* pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia tiene ese valor¹⁶, aunque a tenor del fortalecimiento que venimos viendo desde hace unos años atrás del interés casacional parezca que el legislador pretende que ese precedente resulte obligatorio como en los sistemas del *Common Law*. Es preciso recordar que los jueces son independientes y que están sometidos únicamente al imperio de la ley, tal y como así dispone el art. 117.1 CE; de tal modo que no pueden estar sometidos a las interpretaciones que realicen los órganos jurisdiccionales que ocupen una posición jerárquicamente superior en el organigrama judicial. En definitiva, si bien la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo goza de una fuerza persuasiva, seguir una determinada doctrina jurisprudencial a la hora de resolver controversias no es obligatorio como si de una ley se tratara¹⁷.

En lo que respecta a este punto, concluimos afirmando que la función del Tribunal Supremo no es la de dictar normas generales y abstractas, sino que «*la función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del Derecho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio*»¹⁸. Aunque, no podamos hablar de precedente vinculante, sí podemos hablar de una tendencia hacia la previsibilidad de las decisiones judiciales, lo cual se acerca a la tendencia de categorización de asuntos del *Common Law* y se aleja, por ende, de la idea de resolver el caso concreto que yace en el entendimiento de la jurisdicción del *Civil Law*¹⁹.

Partiendo de la búsqueda de la previsibilidad de las decisiones judiciales, vemos que es a través del recurso de casación, y fundamentalmente a través de la concurrencia del interés casacional en un asunto, cuando la Sala Primera crea esa doctrina jurisprudencial que interpreta y complementa el ordenamiento jurídico, unificando así los criterios jurisprudenciales lo cual, empero, no supone una declaración abstracta y con una vocación «*erga omnes*» de la que emane una fuerza vinculante de la jurisprudencia, como si de una ley se tratara²⁰.

16 En este sentido resulta interesante el Auto del Tribunal Constitucional núm. 176/2005, de 5 de mayo, FJ 2.º, ECLI:ES:TC:2005:176A. Asimismo, resulta interesante el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2012, de 19 de marzo, ECLI:ES:TC:2012:37.

17 En virtud del art. 5 LOPJ, la jurisprudencia que emana del TC vincula a los jueces, tribunales ordinarios y al resto de operadores jurídicos, debido a su condición de «supremo intérprete de la Constitución». Es por ello que puede decirse que la jurisprudencia del TC sí tiene condición de Fuente del Derecho, pero no la que emana del resto de órganos. En este sentido vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Ordenamiento constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 47 y ss.

18 Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014, p. 59 [en línea] [Fecha de consulta: 08/07/2022]. [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Poder-Judicial>]

19 NÚÑEZ OJEDA, R., CARRASCO DELGADO, N.: *Derecho, proceso y economía: una introducción al Análisis económico del Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 118 y ss.

20 Analiza en profundidad este tema: TAPIA FERNÁNDEZ, I.: «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», *Revista Justicia*, núm. 2, 2017, pp. 21-79.

En último término, es preciso indicar que si el objetivo del legislador de establecer la función relativa a la uniformidad de la jurisprudencia como la primordial que ha de cumplir el recurso de casación, ello trae inmediatamente consigo la consideración de que la función principal que ha de cumplir el Tribunal Supremo sea la relativa a la creación jurisprudencial, lo cual lleva a pensar si resulta preciso replantearse la reconfiguración misma del Tribunal Supremo. Si observamos la situación de los países del *Common Law*, podremos comprobar que el número de miembros que componen las cortes supremas es muy reducido —en torno a diez—, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Tribunal Supremo²¹. La razón de ese número limitado de miembros estriba en que cuanto mayor sea el número de Magistrados, existe más riesgo de que la jurisprudencia sea contradictoria y no el conjunto claro y ordenado de *rationes decidendi* al que se aspira con el sistema. Desde luego que nos encontramos ante una temática de múltiples aristas.

1.2.2. El controvertido papel de los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo

En materia casacional desde la aprobación de la LEC se han publicado, sólo en materia civil, tres Acuerdos plenarios no jurisdiccionales que han introducido criterios de interpretación de la normativa, siendo especialmente llamativo el hecho de que ya en fecha de 12 de diciembre del 2000 los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunidos en Junta General aprobaran una serie de criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, por tanto, incluso antes de que entrara en vigor la propia LEC, siendo calificado este movimiento por parte de la doctrina científica como un auténtico «torpedo»²² contra el régimen de casación realmente previsto en la LEC, porque se trataba de una serie de criterios «*praeter legem*», (si no, «*contra legem*») que restringían el acceso a la casación²³.

Conviene hacer un breve análisis de la fuerza vinculante que se deriva de este tipo de acuerdos, los cuales nacen de la potestad que reconoce el art. 264 LOPJ en virtud de la cual los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala constituyen un «*mecanismo instrumental tendente a permitir la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales a través de la puesta en común de opiniones de todos los magistrados, en torno al planteamiento de un problema, surgido con motivo de la deliberación*»²⁴.

21 Compuesto por 70 Magistrados. Vid. Acuerdo de 7 de abril de 2022, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Escalafón General de la Carrera Judicial, cerrado al 31 de marzo de 2022. [en línea] [Fecha de consulta 21/11/2022]. [https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-6454]

22 Terminología empleada en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Un torpedo a la casación», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 2001, pp. 1 y ss.

23 BLASCO GASCÓ cuando habla del Acuerdo no jurisdiccional del 12 de diciembre del 2000 indica que «En realidad parece tratarse de un acto de defensa (que se explica, pero no justifica en todos sus términos) del Tribunal Supremo ante la configuración de la nueva casación (...)». Vid. BLASCO GASCÓ, F.: *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 23.

24 GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, p. 10.

Los Acuerdos no pueden encuadrarse con aquello que se entiende por jurisprudencia como tal, ni con aquello por lo que se entiende por doctrina jurisprudencial, pues realmente carecen de cualquier tipo de fuerza vinculante, sino que nos encontramos ante recomendaciones²⁵. En este sentido, resulta ilustrativa la STS 1224/2004, de 15 de diciembre, la cual señala en relación con los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno que «no pasan de ser reuniones o juntas de los Magistrados de la Sala para unificación de criterios y la coordinación de las prácticas procesales, en conformidad con lo que dispone el art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»²⁶. Se puede concluir señalando que respecto al grado de vinculación que pueden ejercer estos acuerdos, que no tendrán más relevancia de la que puedan producir a efectos internos; es decir, siendo un soporte argumentativo para los tribunales en decisiones que, como sucede con el interés casacional, puedan estar relacionadas con la propia admisibilidad del recurso²⁷.

Pese a todo lo expuesto, como consecuencias de las *derivadas* del legislador —y prelegislador— hacia otorgar cada vez mayor poder de discrecionalidad al Tribunal Supremo a través del reforzamiento del papel del Derecho Judicial, tanto en las denominadas Medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma, de 6 de mayo de 2020²⁸ como a través de lo reflejado en el ALMEP, a través de la reforma contemplada en el art. 481 LEC²⁹, no sólo se potencia el uso de los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sino que, además se les otorga, si bien de un modo indirecto, fuerza normativa a estos instrumentos.

2. Inteligencia artificial y algoritmización del proceso: la denominada «smart justice»

En el marco de la denominada «Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0»³⁰, como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y, por consiguiente, del

25 En este sentido: GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal», *op. cit.*, p. 10; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008, p. 17.

26 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1224/2004, de 15 de diciembre, FD 1.º, ECLI:ES:TS:2004:8114.

27 ARIZA COLMENAREJO, M.ºJ.: «Una revisión del estado de las fuentes del Derecho Procesal», en GONZÁLEZ GRANDA, P., ARIZA COLMENAREJO, M.ºJ., *Justicia y Proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 79.

28 Medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma, de 6 de mayo de 2020, p. 104. [en línea] [Fecha de consulta: 12/07/2022]. [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-del-CGPJ-toma-conocimiento-del-documento-de-trabajo-definitivo-de-medidas-organizativas-y-procesales-del-plan-de-choque-para-la-Administracion-de-Justicia-tras-el-estado-de-alarma>]

29 481.8 LEC: «La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas al formato en el que deban ser presentados, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación».

30 SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016, p. 19 y ss.

desarrollo de las máquinas, éstas vienen asumiendo la realización de actividades que sustituyen en muchos casos las funciones cognitivas de los humanos. Es por ello que se busca bautizar estas funciones bajo lo que conocemos como Inteligencia Artificial (en adelante, IA), que resulta ser una disciplina en el ámbito de las ciencias de la computación que a través de una combinación de algoritmos tiene por objeto, en palabras de BODEN, que los ordenadores puedan hacer la misma clase de cosas que puede hacer la mente humana, por tanto, «*entraña competencias psicológicas (como la percepción, la asociación, la predicción, la planificación, el control motor)*»³¹. En lo que respecta al desarrollo de las nuevas tecnologías y al uso de la IA, su impacto también ha llegado al ámbito de la Administración de Justicia, lo cual ha generado una serie de nuevas realidades que requieren de un estudio prospectivo en torno a los problemas y retos que pueden surgir en un futuro no tan lejano. En este punto, nos detendremos en lo que respecta a la previsibilidad de la resolución judicial y las decisiones automatizadas de conflictos a través de la IA, pues se trata de un instrumento muy útil para satisfacer esa exigencia de eficiencia que se demanda en el proceso, además de ese objetivo de obtener la uniformidad jurisprudencial, pues a través de un modelo de decisiones automatizadas se reduciría la variabilidad de criterios e interpretaciones, lo cual dotaría al sistema de una mayor consistencia.

2.1. El uso de algoritmos como instrumento asistencial del Juez en el «Judge Craft» o en el arte de juzgar

Nos encontramos en un contexto en virtud del cual existe una voluntad de avanzar hacia la implementación del *Big Data*, la estadística y la predicción en el mundo del Derecho. Por tanto, a efectos de obtener esa eficiencia que, desde un punto de vista de carácter economicista, se pretende de la Justicia, una herramienta a acudir y que puede resultar interesante es el uso de la IA de un modo asistencial.

Para muchos, el uso de algoritmos en el ámbito de la Justicia resulta ser una buena solución, no sólo para dotar al sistema de una mayor rapidez, sino que ello podría evitar que las resoluciones judiciales estén «contaminadas» de los sesgos que puede traer consigo la percepción subjetiva que pueda tener el Juez a la hora de analizar los supuestos planteados, pues para muchos un modelo de Justicia algorítmica resulta ser del todo neutral³². Sin embargo, lejos de la realidad, no podemos olvidarnos de que los algoritmos informáticos funcionan mediante una serie de datos que introduce un humano (en este caso, un programador informático) y, por ende, pueden estar sesgados, lo que ha dado lugar a que haya voces que exijan transparencia en lo que respecta a los datos contenidos en estos algoritmos³³. Así, a lo largo de este apartado expondremos ejemplos de sistemas predictivos que asisten a los Jueces que, si bien en el ámbito de la Unión Europea no están muy extendidos, sí que podemos encon-

31 BODEN, M.A.: *Inteligencia Artificial*, Turner Publicaciones, Madrid, 2017, p. 6.

32 BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 620 y ss.

33 Reflejo de ello lo encontramos en la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno, adoptado por la CEPEJ en reunión plenaria los días 3 y 4 de diciembre de 2018, p. 9. [en línea] [Fecha de consulta: 08/07/2022]. [<https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>]; y en el Proyecto de recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO, 41C/23, pp. 11- 13. [en línea] [Fecha de consulta: 08/07/2022]. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378931_spa]

trar experiencias muy significativas en los países de la órbita del *Common Law*, donde destacamos el ejemplo de Estados Unidos, país en el que ya se emplean diferentes programas informáticos a estos efectos.

En la actualidad, ya se conciben una serie de programas informáticos que sirven para valorar el riesgo de incidencia de los reos, los cuales se conocen como *Risk Assessment Instruments* (en adelante, RAI). Estos métodos no tratan de determinar si los individuos pueden tener o no la condición de peligrosos, sino que llevan a cabo un análisis basado en un conjunto de factores diversos, tanto personales como ambientales, que pueden favorecer la comisión de delitos por parte del individuo. Así, los métodos de estimación de riesgos, se basan en la cuantificación y combinación estadística de una serie de variables que concurren en grandes grupos de individuos y que pueden estar asociadas a la concurrencia de conductas violentas —edad en la que se comete el primer delito, el número de delitos cometidos con anterioridad, si padece o no algún tipo de adicción, etc.—³⁴.

En Estados Unidos, se emplean estas herramientas fundamentalmente en la impartición de la justicia penal, siendo este un ámbito en el que su uso está muy difundido. Un ejemplo de ello lo encontramos en COMPAS³⁵, que resulta ser un software que proporciona una estimación respecto al grado de peligrosidad que puede tener un reo y su riesgo de reincidencia, lo cual puede ayudar al Juez a la hora de determinar la conveniencia de imponer una condena mayor o menor. Este programa informático opera desde el año 2000 y predice el riesgo de reincidencia del acusado a partir de 137 características del individuo y antecedentes penales³⁶. En el caso de este software, se le catalogó como sesgado con ocasión del caso de Eric L. Loomis (*State v. Loomis*), a quien el algoritmo le atribuyó una muy elevada probabilidad de reincidencia delictiva. En este caso, el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin, en sentencia de 13 de julio de 2016, avaló el uso de algoritmos predictivos a la hora de determinar la pena aplicable. Sin embargo, la defensa entendió que en este caso se produjo la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (*right due process*) por varias razones: por una parte, porque se alegó que el sujeto no había sido condenado en base a información fiable y precisa (*to be sentenced upon accurate information*), ya que los métodos empleados por el programa informático a la hora de determinar ese riesgo de reincidencia atribuido al sujeto, no fueron objeto de discusión en el juicio debido a la falta de transparencia del software empleado debido a que el código se encontraba protegido por razones de propiedad intelectual de la empresa privada *Northpointe* (en la actualidad, *Equivant*); por otra parte, no se había obtenido una sentencia individualizada al caso concreto; y en último término, porque la decisión adoptada estaba sesgada por razones de género³⁷.

34 Vid. MARTÍNEZ GARAY, L.: «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State v. Loomis», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 487 y ss.

35 COMPAS es el acrónimo de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*. Para una mayor profundización sobre este tipo de software, remito al lector a las obras de: MARTÍNEZ GARAY, L.: «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State v. Loomis», *op. cit.*, pp. 485-502; MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: «El juez artificial: ¿próxima parada?», *Oikonomics: Revista de economía, empresa y sociedad*, núm. 12, 2019, pp. 6 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, A.: «Justicia penal predictiva», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 435 y ss.

36 JULIÀ PIJOAN, M.: *Proceso Penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 42.

37 MARTÍNEZ GARAY, L.: «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State vs. Loomis», *op. cit.*, p. 491.

El carácter sesgado de estos programas es una crítica que reciben muy a menudo este tipo de programas informáticos, lo cual no iba a ser menos para COMPAS que, en virtud de un estudio de la agencia de noticias independiente ProPublica, se advierte que es un programa marcadamente sesgado contra las personas de raza negra. A esto es lo que se le llama *Machine Bias*, que es la proyección de los prejuicios —inconscientes o no— que tienen los propios programadores de los algoritmos informáticos, consecuencia de una falta de rigor en el proceso de recogida de datos³⁸. Esto da lugar a que lleguemos a la sencilla conclusión de que no todo lo que encuentra su origen en disciplinas científicas resulta ser objetivo y fiable.

En España encontramos ejemplos, como el protocolo RisCanvi, desarrollado por el Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Universidad de Barcelona y los Servicios Penitenciarios de la Generalitat de Cataluña, que se utiliza para calcular el riesgo de reincidencia de los recursos a partir de 10 características del individuo. Los resultados obtenidos a través de estos protocolos se utilizan para identificar el riesgo que supone o no el reo a la hora de dictaminar decisiones que den lugar a algún cambio en su situación penitenciaria, como puede ser lo relativo a la obtención de permisos o en lo que respecta a la progresión de grados penitenciarios. Este sistema está constituido por dos protocolos de valoración: por un lado, *RisCanvi Screening*; y por otro, *RisCanvi Complet*, que se utiliza una vez se determine por el primero de los protocolos que el reo es peligroso, con el fin de someterle a un examen aún más exhaustivo³⁹. A través de estos protocolos y en base a un informe público emitido por la Generalitat de Catalunya, se desprenden algunos problemas como, por ejemplo, lo que respecta a los casos de determinar la reincidencia violenta de reos excarcelados de alto riesgo, pues en este caso se llega a la conclusión de que el algoritmo acierta muy poco en la predicción de los que reincidirán y los que no (94,6% falsos positivos)⁴⁰.

A pesar de las controversias que se suscitan en torno al uso de este tipo de herramientas, el empleo de estos software cada vez es más común y ello radica, tal y como indica MARTÍNEZ GARAY, en tres motivos: en primer lugar, porque la evitación de la reiteración delictiva es uno de los fines que legitiman el castigo penal; en segundo lugar, porque la impresión que puede tener el Juez sobre la peligrosidad del reo puede ser intuitiva, basada en criterios del todo subjetivos, de tal modo que la decisión adoptada en último término podría ser arbitraria o estar sesgada; en tercer lugar, porque los conocimientos que proporcionan estos sistemas a través de la IA, son empíricos, por lo tanto la determinación de la reincidencia del reo no adolece de subjetividad⁴¹.

38 Resulta realmente interesante la lectura de este artículo: ANGWIN, J., LARSON, J., MATTU, S.: *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. [en línea] [Fecha de consulta: 30/07/2022] [<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>]. Asimismo, para más información sobre estas cuestiones, remito al lector a la obra de: JULIÀ PIJOAN, M.: *Proceso Penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, op. cit., pp. 42 y ss.

39 Para más información, remito al lector a: JULIÀ PIJOAN, M.: *Proceso Penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, op. cit., p. 229; MONTESINOS GARCÍA, A.: «Justicia Penal predictiva», op. cit., p. 440

40 ÁREA DE INVESTIGACIÓN Y FORMACIÓN SOCIAL Y CRIMINOLÓGICA: *Estudio de la reincidencia en las excarcelaciones de alto riesgo (2010-2013). Resumen ejecutivo*. [en línea] [Fecha de consulta: 30/07/2022]. [https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/catalog/crono/2017/reincidencia-excarceracions/resumen_reincidencia_excarcelaciones.pdf]

41 MARTÍNEZ GARAY, L.: «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State vs. Loomis», op. cit., p. 489.

En lo que respecta a la materia objeto de nuestro estudio, cabría preguntarse si en un futuro no muy lejano el Juez podría auxiliarse de IA para poder determinar en qué asuntos concurre interés casacional y así poder determinar la admisibilidad o no de los recursos de casación en los que incurra este requisito. Señala NIEVA FENOLL que una automatización en lo que respecta a los criterios de selección de asuntos podría favorecer a la previsibilidad de éstos⁴². De hecho, si acudimos a los motivos que determinan la concurrencia de interés casacional en el orden jurisdiccional civil, podemos concluir que tanto la jurisprudencia contradictoria como la inexistencia de esta misma son criterios cuya concurrencia podría ser un criterio fácilmente determinado por un algoritmo informático. Asimismo, el uso de algoritmos informáticos le quitaría carga de trabajo al Tribunal Supremo a la hora de determinar la admisibilidad de un recurso de casación por interés casacional, sino que, además resultaría ser una herramienta eficaz para evitar esa discrecionalidad del Tribunal Supremo que ya hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo y, por ende, se obtendría un sistema de mayor seguridad jurídica como consecuencia de la previsibilidad que traería consigo este mismo para los justiciables.

En último término, sin embargo, conviene advertir algo que indica BARONA VILAR respecto al uso de algoritmos como herramienta asistencial del Juez, y es que el Juez a la hora de dictar la decisión judicial en un momento dado deje de considerar como una mera propuesta a la decisión determinada por el algoritmo. Esto daría lugar a que la decisión judicial pueda llegar a convertirse en algo prácticamente automatizado, perdiéndose así ese carácter individualizado que tienen al caso concreto, lo cual daría lugar a la alteración misma del significado que entraña la motivación judicial⁴³.

2.2. Una breve reflexión sobre la figura del llamado «Juez Artificial»

En este contexto se baraja la posibilidad de que el desarrollo de la IA pueda dar lugar a que ésta pueda llegar a asimilarse al pensamiento humano, tal y como ocurre con las redes neuronales artificiales, lo cual puede dar lugar a que se produzca una sustitución de la figura del Juez humano por la del denominado «*Juez artificial*» o «*Juez Robot*»⁴⁴. Y es que ese desarrollo de las nuevas tecnologías da lugar a pensar si resultaría posible que en un futuro próximo la labor relativa a la toma de decisiones podría ser atribuible a un sistema de inteligencia judicial.

Este paisaje futurista ya opera en algunos países. Sirva de ejemplo China, que desde el año 2017 ha creado una serie de «Cortes Inteligentes» en las ciudades de Hangzhou, Beijing y Guangzhou, que resuelven disputas contractuales que involucran compraventas, servicios y pequeños préstamos, entre otras cosas. La experiencia

42 Si bien hace referencia a los sistemas de *certiorari*, es decir, los anglosajones, en los cuales ya sabemos que existe un dominio del precedente. Vid. NIEVA FENOLL, J.: *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 146 y ss.

43 BARONA VILAR, S.: «Una Justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 46.

44 Terminología empleada en: GÓMEZ COLOMER, J.L.: «Unas reflexiones sobre el llamado «Juez Robot», al hilo del principio de la independencia judicial», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 243-263.

muestra que estas «cortes inteligentes» dotan al sistema de bastante eficiencia⁴⁵. Asimismo, en la órbita de la Unión Europea también encontramos un ejemplo de empleo de «Jueces artificiales» en un proyecto piloto que se ha desarrollado en Estonia, en virtud del cual un sistema de jueces robot se encarga de la resolución de litigios en los que se requiere únicamente la aplicación de normas o cláusulas contractuales y de cuantía inferior a 7.000 euros, todo ello con el objetivo de dotar al sistema judicial de una mayor eficiencia⁴⁶.

Ahora bien, ¿estos modelos resultan ser trasladables a nuestro ordenamiento jurídico?

En primer lugar, y siguiendo la tesis de PÉREZ DAUDÍ hay que señalar que para que tuviera vigencia en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de IA así, sería precisa la previa existencia de una jurisprudencia vinculante, pues sin esa equiparación del valor de la jurisprudencia al de las normas, no podría predecirse una resolución judicial adecuada al caso⁴⁷. Asimismo, es preciso indicar que respecto a la previsibilidad de la sentencia para agilizar el sistema, existen, fundamentalmente, dos motivos que podrían impedir el establecimiento de la pretendida previsibilidad: por un lado, el ritmo frenético en la creación legislativa; y, por otra parte, que la interpretación de las normas no es uniforme en cuanto a que trata de adecuarse constantemente a una realidad social que muta progresivamente.

Otro de los puntos conflictivos de los que advierte la doctrina científica es el relativo al razonamiento judicial mismo, pues una aplicación informática no podría sustituir jamás la figura del Juez en tanto a que resulta ser una cuestión del todo similar a la teoría del silogismo judicial⁴⁸, la cual no termina de explicar la formación del juicio jurisdiccional⁴⁹. Quizás si la función del Juez se redujera a ser «la boca de la ley»,

45 El número de asuntos resueltos en un año por la corte de Hangzhou, superó los 10.000 y la duración media de los procedimientos fue de 38 días, pues son sistemas que están abiertos las 24 horas del día. Vid. BARONA VILAR, S.: «Una Justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 49.

46 En estos procedimientos, las partes suben la documentación relativa al caso a una plataforma a través de la cual la IA adoptará una decisión. Sin embargo, se contempla que esa decisión pueda ser apelada ante un «Juez Humano», pues se asume que la IA puede cometer errores a la hora de adoptar la resolución que pone fin a la controversia. Vid. BARONA VILAR, S. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, op. cit., pp. 647-648.

47 PÉREZ DAUDÍ, V.: «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 10.

48 Se define como «(...) la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsumición de unos hechos bajo una norma jurídica. A tenor de la misma, la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica». En: ITURRALDE SESMA, V.: «Sobre el silogismo judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, pp. 241-242.

49 PÉREZ DAUDÍ, V.: «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», op. cit., p. 2.

tal y como afirmaba MONTESQUIEU⁵⁰, sí que podría resultar plausible su sustitución por la IA, sin embargo la función que realiza el Juez va mucho más allá de eso, pues, tal y como señala SERRA DOMÍNGUEZ, cada vez que el Juez aplica la norma a un caso en abstracto crea una nueva norma para regular dicho caso, pues «*el legislador no contempla el litigio existente entre A y B, sino todos los litigios que pueden producirse entre los ciudadanos. Cuando el Juez aplica la norma de dicho litigio, su actividad no es simplemente mecánica, sino que supone la emisión de una nueva norma de contenido distinto accidental o esencialmente*»⁵¹. Un algoritmo realmente no puede ni argumentar, ni razonar, ni explicar. Por tanto, no puede motivar realmente la decisión judicial, pues ese «Juez Robot» carece de la sensibilidad jurídica que se precisa para ello⁵².

Otros de los problemas que puede generar la inclusión en el sistema de un «Juez Artificial» o «Juez Robot», es lo relativo a la independencia e imparcialidad del Juez. Sabemos que el denominado «Juez Humano» está sometido al imperio de la ley, pero en el caso del «Juez Robot» la cosa cambia, pues está sometido a aquellos datos que conforman el algoritmo, los cuales han sido introducidos por un programador que puede estar adscrito o a una entidad pública o a una entidad privada. Tal y como indica GÓMEZ COLOMER, esto determinaría que la decisión que adopta el «Juez Robot» no ha sido tomada realmente por un Juez independiente⁵³.

En último término, me parece preciso señalar que la sustitución de la figura del «Juez Humano» por esa figura del Juez Artificial podría dar lugar a la siguiente consecuencia: si es el Ministerio de Justicia el que financia esa Inteligencia Artificial, está claro que existiría un peligro consistente en la imposición de unas líneas de actuación preestablecidas por el Poder Ejecutivo, lo cual anularía por completo ese derecho al Juez independiente e imparcial⁵⁴.

2.3. Apuntes sobre la responsabilidad del operador jurídico asistido o sustituido por la máquina inteligente

El uso mismo de algoritmos informáticos da lugar a que nos planteemos si la Inteligencia Artificial podría tener algún grado de responsabilidad en aquellos casos en los que se haya producido algún tipo de perjuicio.

Señala BARONA VILAR que en relación con este punto, surgen una infinidad de interrogantes, pues no se sabe muy bien si a quién habría que reclamar responsabi-

50 «Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor». En: MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*. 1.ª Edición. Madrid; Librería General de Victoriano Suárez, 1906, T. I, p. 237

51 SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, p. 109.

52 Señala GÓMEZ COLOMER que el Juez Robot carece de la «emoción del Juez» que es precisa para que éste pueda argumentar jurídicamente y motivar la resolución finalmente adoptada. Pues, «el Derecho no es un sistema frío y aséptico que huya de las fortalezas y debilidades humanas, sino todo lo contrario, se nutre de ellas y gracias a ellas sobrevive, evoluciona y progresa», en GÓMEZ COLOMER, J.L.: «Unas reflexiones sobre el llamado «Juez Robot», al hilo del principio de la independencia judicial», *op. cit.*, p. 253.

53 GÓMEZ COLOMER, J.L.: «Unas reflexiones sobre el llamado «Juez Robot», al hilo del principio de la independencia judicial», *op. cit.*, p. 256.

54 NIEVA FENOLL, J.: «Inteligencia Artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022, p. 20.

lidades es a la persona que diseña el software, quien lo vende, quien lo utiliza o a la propia máquina. La respuesta no es unidimensional⁵⁵. Esta cuestión entraña especial dificultad debido a que la participación en el ámbito de la Inteligencia Artificial interviene muchos y muy diversos actores —el diseñador del algoritmo, la persona que introduce datos, el fabricante del producto, el propietario de la empresa que sea propietaria del software, etc.—. En principio, sería conveniente descartar que recaiga responsabilidad en los propios robots, pues carecen de personalidad —por lo menos en la actualidad—, por tanto, no son sujetos titulares ni de derechos ni de obligaciones, son simplemente objetos⁵⁶. Y es que no sería plausible, en principio, atribuir a un objeto de capacidad para responder de los daños provocados, dado que teniendo presente la relación de causalidad existente entre los distintos actores en virtud de los cuales tiene operatividad el algoritmo mismo, el daño se deriva de la actuación u omisión de alguno de los distintos humanos intervinientes⁵⁷.

En la actualidad, el régimen de responsabilidad civil disponible para hacer frente a los daños producidos por la Inteligencia Artificial, se contempla en la Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en adelante, Directiva 85/374). Esta Directiva garantiza la protección por los daños causados por un producto defectuoso en un contexto de responsabilidad objetiva del productor. Tanto lo previsto en la Directiva 85/374 como en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), en los arts. 128 y ss., no se contempla una normativa que resulte ser suficiente como para hacer frente a los nuevos riesgos que trae consigo la implementación de la Inteligencia Artificial. Tal y como indica MUÑOZ GARCÍA, habría que plantearse, o la creación de una nueva normativa o una readaptación de la vigente en la que se tengan en cuenta los riesgos que encuentran su origen en fuentes novedosas, tales como los algoritmos, los datos o el software en virtud del cual opera esa Inteligencia Artificial⁵⁸.

Así, en la órbita de la Unión Europea ya se aboga por la necesidad de introducir una nueva regulación que pueda hacer frente a los retos que plantea el uso de la Inteligencia Artificial. El Parlamento Europeo a través de la Resolución del Parlamento Europeo de, 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL), ha formulado una propuesta relativa a la posibilidad de dotar de «personalidad jurídica electrónica» a este tipo de IA con el fin de poder depurar las posibles responsabilidades que se puedan derivar de su uso⁵⁹.

El reconocimiento de personalidad jurídica específica a los sistemas de Inteligencia Artificial más desarrollados es útil en cuanto a que podrían asumir la res-

55 BARONA VILAR, S.: «Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿solución o problema?», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2019, p. 30.

56 HERRERA DE LAS HERAS, R.: *Aspectos legales de la Inteligencia Artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 80.

57 Ibidem.

58 MUÑOZ GARCÍA, C.: «Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la Inteligencia Artificial», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 59, 2022.

59 ERCILLA GARCÍA, J.: «Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 47, 2018.

ponsabilidad que se derivara de sus actuaciones, aunque también implicaría el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de su condición como sujetos con derechos y obligaciones⁶⁰. La idea podría pasar por la configuración de personalidad, pero no como la humana sino como artificio legal, al objeto de poder imputar responsabilidades, de tal modo que se contempla la solución de articular una personalidad electrónica específica para estos sistemas⁶¹.

Asimismo, resulta interesante el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de IA de 5 de octubre de 2020. En virtud de este informe, se refleja la posibilidad de atribuir responsabilidad objetiva por cualquier tipo de daño causado por un sistema de Inteligencia Artificial de alto riesgo, salvo que el daño se haya producido por la concurrencia de fuerza mayor. Además, se determina que los operadores de estos sistemas contraten un seguro de responsabilidad civil. De igual forma, se contempla en el informe la atribución de responsabilidad subjetiva a aquellos sistemas de Inteligencia Artificial que no constituyan un sistema de Inteligencia Artificial de alto riesgo⁶².

Otra cuestión es la relativa a la responsabilidad penal. En este punto, y partiendo de la base de que estos sistemas de Inteligencia Artificial carecen de personalidad jurídica —de tal modo, que tienen la consideración de objetos—, los algoritmos informáticos no podrían ser autores de delitos. En caso de que se produzca esa atribución de personalidad electrónica específica de la que hablábamos antes, habría que desechar la idea de que estos sistemas puedan encuadrarse en el concepto de «autor», pues afirma LLEDÓ BENITO que «carecerían de los elementos intelectivos y volitivos-inteligencia y voluntad en la acción humana: conocer y querer la acción— que posee cualquier persona humana y por lo tanto sería imposible aplicar la configuración del hecho por medio de la voluntad de realización que conscientemente lo dirige»⁶³.

Si se implementara el «Juez Robot» en nuestro ordenamiento jurídico, habrá que plantearse el tipo de control que habría que hacerse sobre estos sistemas. En este punto, pese a que los defensores hablen la objetividad e imparcialidad de los algoritmos, ya hemos visto que adolecen de ciertos sesgos. El motivo de ello radica en que los datos que componen el algoritmo son introducidos por una persona, que es el programador, de tal modo que la información que éste introduce al algoritmo, podría estar «contaminada» por la subjetividad de éste mismo. Asimismo, es preciso indicar que, al contrario que ocurre con los jueces, los programadores no se encuentran sometidos a ningún estatuto jurídico en el que se contemplen causas de abstención a la hora de adoptar decisiones.

En último término, hay que señalar que en el art. 121 CE se prevé un sistema de responsabilidad directa y objetiva del Estado por el funcionamiento anómalo del aparato judicial. Por una parte, se contempla la responsabilidad que encuentra su

60 NÚÑEZ ZORRILLA, M.^ªC.: *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por los robots autónomos con inteligencia artificial*, Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 55 y ss.

61 *Ibidem*, p. 62.

62 Report with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence. [en línea] [Fecha de consulta: 30/07/2022]. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_EN.html]

63 LLEDÓ BENITO, I.: *El Derecho Penal, robots, IA y cibercriminalidad: desafíos éticos y jurídicos. ¿Hacia una distopía?*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 83.

origen en el error judicial, es decir, aquella que «ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales»⁶⁴. Por otro lado, está el denominado «funcionamiento anormal de la Justicia», que tal y como indica DÓMENECH PASCUAL, es un concepto cuya definición se ha ido conformando casuísticamente⁶⁵, aunque por resumir, «consiste en una ausencia de funcionamiento o en funcionamiento irregular por no ajustarse a las normas que rigen los procedimientos»⁶⁶, siendo las dilaciones indebidas el ejemplo paradigmático de ello. Así las cosas, resulta inevitable plantearse si cabe la posibilidad de que la responsabilidad derivada del uso de algoritmos informáticos en sede judicial podría llegar a ser encuadrable en los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia que ya se contempla en los art. 292 y ss. LOPJ. Asimismo, y en relación con este punto, sería conveniente plantearse si sería factible el planteamiento de una acción de regreso contra la empresa propietaria de ese software a través del cual funciona la Inteligencia Artificial o contra los propios programadores de los algoritmos.

3. Conclusiones y algunas reflexiones finales

PRIMERA.— El interés casacional, la piedra angular del sistema de admisión del modelo casacional: Desde la introducción del interés casacional como mecanismo de recurribilidad en el modelo casacional de la LEC en el año 2000, se ha potenciado su fortalecimiento a través de las reformas que han ido sucediéndose con los años en el conjunto de los diversos órdenes jurisdiccionales. El motivo de ello radica en razones de eficiencia procesal.

Hemos señalado que la figura del interés casacional ahonda sus raíces en el *certiorari* de los sistemas situados en la órbita del *Common Law*, a pesar de que el antecedente directo de la figura se encuentre en el Derecho alemán. Por tanto, hay que señalar que los antecedentes del interés casacional se han concebido en sistemas de selección discrecional de asuntos en los que impera la denominada doctrina del *stare decisis*.

En lo que respecta a las consecuencias emanadas del modelo casacional actual, se encuentra el difuminado papel que está adoptando el Tribunal Supremo como órgano situado en la cúspide del organigrama judicial, pues nunca ha tenido tanto sentido la referencia que hacía TARUFFO sobre su carácter como «*vértice ambiguo*»⁶⁷, pues se pone de manifiesto la ambigüedad existente respecto de las funciones que ha de desempeñar el Tribunal Supremo en su papel como vértice de la pirámide judicial. El motivo de ello radica en que un modelo casacional basado en el interés casacional como la piedra angular del sistema en la fase de admisión del recurso de casación, dota de discrecionalidad a los Tribunales a la hora de determinar la admisión o no de los recursos, pues el interés casacional no opera como causa de estimación de un

64 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 3302/2015, de 9 de julio, FD 2.º, ECLI:ES:TS:2015:3302.

65 DÓMENECH PASCUAL, G.: «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 199, 2016, p. 181.

66 MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 57.

67 TARUFFO, M.: *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, Palestra Editores, Lima, 2005.

asunto sino como el elemento de recurribilidad que permite el examen previo de la cuestión en fase de admisión. Podemos comprobar que el legislador tiende a dotar de mayor poder de discrecionalidad al Tribunal Supremo, además de que cada vez se le dota de mayor fuerza al denominado Derecho Judicial. Ambos elementos dan lugar a pensar que el sistema cada vez más se asemeja a los modelos del *Common Law*, en los cuales la selección de asuntos a los tribunales superiores se lleva a cabo a través de una selección discrecional y en los que la jurisprudencia tiene carácter normativo.

SEGUNDA. La discutida problemática del papel del Derecho Judicial como consecuencia del modelo casacional vigente: El propio fortalecimiento del interés casacional está unido a la consecución de la función principal que ha de cumplir el recurso de casación para el legislador español; a saber: la unificación de la doctrina jurisprudencial —dejando en un segundo plano las funciones nomofiláctica y tuitiva que cumple el recurso de casación—. Igualmente, hay que tener en cuenta que la percepción misma de que esa resulte ser la función principal que ha de cumplir el recurso, puede traer consigo el hecho de que se caiga en la consideración de que la principal función que ha de cumplir el Tribunal Supremo sea la relativa a la creación de doctrina jurisprudencial. Esto último puede dar lugar a que lo que se conoce como «Derecho Judicial», es decir, la propia jurisprudencia o lo establecido en los Acuerdos Plenarios no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, puedan llegar a adquirir fuerza normativa —lo que ya ocurre con la situación que se contempla para los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales en el PLMEP—, tal y como ocurre en los sistemas de selección discrecional de asuntos o sistemas de precedentes de los países de la órbita del *Common Law*.

Así, en base a este panorama, da la sensación de que nos encontramos en la antecámara de un cambio en el sistema de Fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual el propio papel que desempeña en la actualidad el Poder Judicial queda totalmente difuminado.

Asimismo, no podemos obviar tampoco la problemática existente a la hora de configurar esa pretendida uniformidad jurisprudencial, si tenemos en cuenta la propia existencia de la casación autonómica en nuestro ordenamiento jurídico. La configuración del Estado de Autonomías en nuestro ordenamiento jurídico nace sobre la base de propia existencia de un territorio de profundas autonomías territoriales, lo cual ha dado lugar a que en determinadas zonas exista un Derecho civil, foral o especial, lo cual viene determinado en algunos Estatutos de Autonomía. Así las cosas, y en virtud de lo dispuesto en el art. 152.1 CE, se prevé la existencia de un Tribunal Superior de Justicia en el que culminará el ámbito de la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma. Esto da lugar a que en materia casacional, los Tribunales Superiores de Justicia puedan conocer de los recursos de casación que se funden en infracciones de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en virtud de la previsión contenida en el art. 149.1. 8.º CE, siempre que los Estatutos de Autonomía así lo hayan previsto en virtud de lo dispuesto en el art. 73.1.a) LOPJ.

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con dos modelos de casación: por un lado, el de aquellas Comunidades Autónomas que se rigen por la regulación correspondiente con la casación común —que es la que encontramos en la LEC—; y por otro lado, el modelo que opera en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con su propia ley de casación y que, de forma supletoria y complementaria, aplican el régimen común que se contiene en la LEC.

Teniendo en cuenta la configuración de este modelo de casación autonómica, es preciso concluir que tampoco termina de ser coherente el alcance del objetivo de uniformidad jurisprudencial con la propia existencia de una pluralidad de Tribunales

Superiores de Justicia en los que culmina esa organización territorial de cada Comunidad Autónoma a través de la casación autonómica.

TERCERA.— Eficiencia y algoritmización del proceso: Se ha plasmado a lo largo del trabajo el influjo de la perspectiva economicista que ha adquirido el legislador en los últimos tiempos, con ocasión de la consecución de objetivos de eficiencia procesal siendo este el último un término eminentemente económico cuyas raíces ahondan en la disciplina que se conoce como Análisis Económico del Derecho Normativo.

Con el objetivo de obtener una mejor gestión de los recursos —y así poder disminuir los «costes» que se derivan del Proceso—, se lleva a cabo el análisis prospectivo un sistema de admisión de recursos basado en la utilización algoritmos informáticos. Se concluye que un uso asistencial de la Inteligencia Artificial por parte del Juez a la hora de identificar los asuntos en los que concurre interés casacional, resulta ser una opción que dotaría de una mayor eficiencia, uniformidad, predictibilidad y mayor seguridad jurídica al sistema. Sin embargo, hay que tener en cuenta el hecho de que no todo lo que se encuentra en disciplinas científicas resulta ser siempre algo objetivo y fiable, pues a través del ejemplo de COMPAS y RisCanvi, se ha puesto de relieve que los algoritmos pueden estar sesgados como consecuencia de lo que se denomina «*Machine Bias*», que no es más que la proyección de los prejuicios que los programadores han podido plasmar a la hora de introducir datos en los programas informáticos.

Otro punto conflictivo y que habría que solventar si se pretende la incorporación de algoritmos informáticos en el marco de un uso asistencial para el Juez, sería el relativo a la responsabilidad civil y penal que podría derivarse de su uso, pues parte de la doctrina considera que dilucidar este punto es el verdadero talón de Aquiles de la aplicación de la Inteligencia Artificial en este ámbito.

4. Bibliografía

AA.VV. (Barona Vilar, S., Ed), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

ANGWIN, J., LARSON, J., MATTU, S.: *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks.* [en línea] [Fecha de consulta: 30/07/2022] [<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>]

ÁREA DE INVESTIGACIÓN Y FORMACIÓN SOCIAL Y CRIMINOLÓGICA: *Estudio de la reincidencia en las excarcelaciones de alto riesgo (2010-2013). Resumen ejecutivo.* [en línea] [Fecha de consulta: 30/07/202]. [https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2017/reincidencia-excarceracions/resumen_reincidencia_excarcelaciones.pdf]

ARIZA COLMENAREJO, M.ªJ.: «Una revisión del estado de las fuentes del Derecho Procesal» en GONZÁLEZ GRANDA, P., ARIZA COLMENAREJO, M.ªJ., *Justicia y Proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 75-94.

ARMENTA DEU, T.: *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, Bosch Editor, Barcelona, 2015.

- BANACLOCHE PALAO, J.:** «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021.
- BLASCO GASCÓ, F.:** *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- BARONA VILAR, S.:** «A la búsqueda de la eficiencia y la celeridad, claves de la Justicia Civil del Siglo XXI» en AA.VV. (AUGUSTO ZAMORANO, A., Dir.), *Obra en Homenaje al Maestro Dr. Jorge Fábrega P.*, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2019, pp. 661-685.
- BARONA VILAR, S.:** «Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿solución o problema?», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2019.
- BARONA VILAR, S.:** *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- BARONA VILAR, S.:** «Una Justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 21-64.
- BODEN, M.A.:** *Inteligencia Artificial*, Turner Publicaciones, Madrid, 2017.
- BUENO DE MATA, F.:** *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- DEL RÍO FERRETTI, C.:** «La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *jurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, núm. 2, 2015, pp. 483-513.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.:** «Un torpedo a la casación», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 2001.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.:** *Ordenamiento constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- DÓMENECH PASCUAL, G.:** «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 199, 2016, pp. 171-212.
- ERCILLA GARCÍA, J.:** «Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 47, 2018.
- GIMENO SENDRA, V.:** *Fundamentos del Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1981.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.:** «Unas reflexiones sobre el llamado «Juez Robot», al hilo del principio de la independencia judicial», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 243-263.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., ARIZA COLMENAREJO, M.^aJ.,** *Justicia y Proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021
- GONZÁLEZ GRANDA, P.:** «Los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019.

- GONZÁLEZ GRANDA, P.:** «La omnipresencia del interés casacional: a propósito de la proyectada reforma en el orden jurisdiccional civil», *Diario La Ley*, núm. 9844, 2021.
- HERRERA DE LAS HERAS, R.:** *Aspectos legales de la Inteligencia Artificial: personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2022.
- ITURRALDE SESMA, V.:** «Sobre el silogismo judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, pp. 239-272.
- JULIÁ PIJOAN, M.:** *Proceso Penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- LLEDÓ BENITO, I.:** *El Derecho Penal, robots, IA y cibercriminalidad: desafíos éticos y jurídicos. ¿Hacia una distopía?*, Dykinson, Madrid, 2022.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.:** «¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008.
- MARTÍNEZ GARAY, L.:** «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State v. Loomis», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 485-502.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D.:** «El juez artificial: ¿próxima parada?», *Oikonomics: Revista de economía, empresa y sociedad*, núm. 12, 2019.
- MONTESINOS GARCÍA, A.:** «Justicia penal predictiva», en AA.VV. (BARONA VILAR, S., Ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 423-454.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.:** *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ GARCÍA, C.:** «Adaptar o reformular la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la Inteligencia Artificial», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 59, 2022.
- NIEVA FENOLL, J.:** *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NIEVA FENOLL, J.:** «Inteligencia Artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022.
- NÚÑEZ OJEDA, R., CARRASCO DELGADO, N.:** *Derecho, proceso y economía: una introducción al Análisis económico del Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- NÚÑEZ OJEDA, R., CARRASCO DELGADO, N. y CORONADO ATENAS, M.:** «Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXXI, núm. 2, 2018.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^aC.:** *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por los robots autónomos con inteligencia artificial*, Editorial Reus, Madrid, 2019.

PÉREZ DAUDÍ, V.: «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

SANTISTEBAN CASTRO, M.: «De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, núm. 9873, 2021.

SCHWAB, K.: *La cuarta revolución industrial*, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El recurso de casación en la LEC 1/2000», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2001, pp. 195-219.

TAPIA FERNÁNDEZ, I.: «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», *Revista Justicia*, núm. 2, 2017, pp. 21-79.

TARUFFO, M.: *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, Palestra Editores, Lima, 2005.

LAS CLÍNICAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO PARA FOMENTAR LA JUSTICIA COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Cynthia Inmaculada Mata Torres
Doctoranda Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

SUMARIO: 0. Introducción. 1. ¿Qué son las Clínicas Jurídicas? 1.1. La jurisprudencia estatal sobre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. 2. Distribución competencial y autonomía universitaria en la regulación de las Clínicas Jurídicas. 2.1. Precisiones en la normativa autonómica. 2.2. Las Clínicas Jurídicas: iniciativas universitarias. La Red Española de Clínicas Jurídicas. 3. Principales resultados sociales de las Clínicas Jurídicas en España. ¿Cumplen estas entidades con sus objetivos en la actualidad? 4. Conclusiones finales. 5. Bibliografía.

0. Introducción

Antes de comenzar con el análisis propiamente dicho del concepto de las Clínicas Jurídicas universitarias, es preciso apuntar la gran importancia que tiene la presencia de la Justicia Social en los modelos de enseñanza de las facultades de Derecho.

La Justicia Social es un concepto, cuanto menos, abstracto, y que ha venido experimentando diversas modificaciones desde su nacimiento. Para entender dicho término, debemos remontarnos al siglo XIX, en el cual TAPARELLI¹ concebía la Justicia Social como la igualación de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de humanidad. La misma línea de pensamiento se manifestaba en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OTI), al afirmar que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la Justicia Social². Si continuamos avanzando en la evolución del concepto podemos comprobar, cómo ya el término de Justicia Social se vuelve más complejo, a la vez que más similar al que tenemos en la actualidad.

1 TAPARELLI, L: «Saggio teorético di dirritto naturales, appoggiatosulfatto», *La Civiltà Catolica*, Roma, 1843.

2 Artículo 2 de la Declaración de Filadelfia, de 10 de mayo de 1944, en la que se establecen los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

Por un lado, SEN entiende la Justicia Social bajo la conformación de tres pilares: justicia igualitaria (distribución de bienes entre el conjunto de la sociedad), justicia según la necesidad (distribución de bienes entre el conjunto de la sociedad atendiendo a las carencias de cada cual), y justicia según los méritos³ (distribución de bienes entre el conjunto de la sociedad atendiendo al merecimiento de cada persona). Por su parte, FRASSER, se enfoca más en la denominada Justicia Relacional, la cual se divide en dos pilares; por un lado, aboga por una redistribución más justa de bienes, y por otro, defiende la creación de las denominadas políticas sociales de reconocimiento, las cuales deben perseguir la acreditación de que existen diferentes culturas, etnias, etc, lo cual a su vez conducirá al respeto de tales diferencias, creando por tanto una nueva concepción social más justa⁴.

Todo lo anterior va en consonancia con lo defendido por HARNETT, autor que sostiene que la Justicia Social sólo será posible a través de la participación en los asuntos sociales de aquellos sectores de la sociedad que históricamente han estado excluidos de dicha vida social. Efectivamente, este autor no niega la redistribución de bienes materiales entre toda la ciudadanía, pero afirma que en este reparto deben incluirse también otros bienes inmateriales, como puede ser la igualdad de oportunidades⁵.

Finalmente GRIFFITHS, asumiendo la doctrina anterior, concluye que la Justicia Social es un término bastante complicado de definir, resumiéndolo este autor como un proyecto dinámico que nunca deja de crecer y destinado a toda la sociedad⁶.

Vemos, por ende, que al referirnos al concepto de Justicia Social no hablamos desde la concepción puramente normativa del Derecho, es más bien una perspectiva ética-filosófica, que no por ello carece de valor, pues como afirmaba el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el estudio de la norma requiere de una «viva y objetiva voluntad legis, institucionalmente valorada susceptible por ello de una interpretación evolutiva»⁷. El estudiante de Derecho ha de adquirir las competencias necesarias para llevar a cabo una adecuada aplicación de la norma, y en este sentido hay que partir de la base de que la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo⁸.

Desde un punto de vista puramente normativo el principio de igualdad y justicia podemos encontrarlo materializado en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, garantía de que todos los ciudadanos puedan acceder a un proceso judicial para que sean escuchadas sus pretensiones siendo iguales frente a la Ley.

Por otro lado, y centrándonos en el objeto específico de nuestro estudio, debemos apuntar que nuestro modelo de enseñanza universitaria está más encaminado hacia la absorción de conocimientos por parte del alumnado que hacia la propia aplicación práctica de éstos (aplicación que en la mayoría de ocasiones no se produce hasta la incursión del estudiante en el mundo laboral). Sin embargo, resulta

3 SEN, A: «La idea de Justicia». Taurus, Madrid, 2009.

4 FRASSER, N.: *Escalas de Justicia*, Herder, Barcelona, 2008.

5 HARNETT, D.: *The history of Justice*, Loyola University of Chicago, Chicago, 2001.

6 GRIFFITHS, M.: *A Fair bit or Difference*, Open University Press of Buckingham, Londres, 2003.

7 DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CALANDE, E.G.: «Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho administrativo», *Revista de Administración pública*, n.º 40, 1963, pp 189-224.

8

cuanto menos curioso darnos cuenta de que la orientación del sistema de enseñanza universitario, especialmente en los estudios de Derecho, mantiene relación directa con el concepto de Justicia Social, en tanto que valor necesario para una correcta aplicación de la norma. En un modelo de enseñanza puramente teórico, difícilmente podremos conseguir que el estudiante alcance ese «saber hacer» que permita en su futuro profesional la redistribución de bienes materiales, pero también inmateriales de la que hablan los autores cuando hacen referencia a la Justicia Social. Es fácil deducir que cuanto más acerquemos a los estudiantes al mundo real más sencillo les resultará interactuar con problemas reales, y de esta manera, la sociedad estará más cerca de conseguir esa justicia igualitaria de la que nos hablaba SEN.

Eso sí, la Justicia Social, y todos los mecanismos creados a partir de ella, como puede ser en nuestro caso específico las Clínicas Jurídicas a las que nos referiremos con detalle a lo largo de nuestro estudio, no pueden ser confundidas con la Tutela Judicial Efectiva; la Tutela Judicial Efectiva es un derecho de obligado cumplimiento para los poderes públicos que garantiza el acceso de los ciudadanos a un proceso judicial para resolver sus pretensiones ante un juez, lo cual no lo podemos confundir con la actividad llevada a cabo en las Clínicas Jurídicas. No obstante, el hecho de que el alumnado universitario de las facultades de Derecho interactúe con personas que tengan problemas jurídicos adquiere especial relevancia en tanto que puede ser una interesante herramienta para el desarrollo de los valores vinculados a la Justicia Social que facilita al estudiante de Derecho adquirir ese «saber hacer» mediante el acercamiento de problemas reales de colectivos especialmente vulnerables.

1. ¿Qué son las Clínicas Jurídicas?

Tras lo comentado en el apartado introductorio, en el que queda expuesta la importancia de atender a la Justicia Social como competencia específica a adquirir por los estudiantes de los estudios de Derecho, cabe plantearse ahora cuál puede ser la mejor herramienta para conseguirlo. Y es aquí, donde las Clínicas Jurídicas adquieren especial relevancia desde nuestra percepción del modelo universitario.

Para corroborar la certeza o no de nuestra hipótesis, lo primero que debemos plantearnos al iniciar nuestro estudio es en qué consisten las Clínicas Jurídicas; no en vano este nombre está resonando de forma notable en los últimos tiempos. Sin embargo, no contamos con excesiva doctrina en relación a este tema, puesto que las Clínicas Jurídicas son iniciativas nacidas dentro de los propios órganos universitarios⁹. A todo ello es preciso sumar el hecho de que no contamos con una regulación normativa de carácter general sobre su creación y funcionamiento.

En un primer término, atendiendo a los diferentes documentos y estudios analizados para la realización de este trabajo, podríamos definir las Clínicas Jurídicas como organizaciones constituidas por estudiantes universitarios procedentes de las facultades de Derecho de todo el país cuya principal función es ayudar en la resolución de conflictos jurídicos que les son planteadas por entidades sin ánimo de lucro, como las Organizaciones No Gubernamentales¹⁰ (en adelante ONGs). A todo ello es preciso sumar el hecho de que no contamos con una regulación normativa de carácter general sobre su creación y funcionamiento.

9 Consultar: MARQUÉS I BANQUÉ, M.: «Clínicas Jurídicas y Universidad Pública», *Revista de Educación y Derecho*, 2015.

10 Enlace de consulta en el siguiente portal web: <https://legal.probonos.net/post/4043/qu%C3%A9-son-las-cl%C3%ADnicas-legales>. Última consulta realizada el 21 de abril de 2022.

A pesar de la definición que acabamos de aportar sobre las Clínicas Jurídicas, no podemos dejar de lado algo a nuestro juicio fundamental; ¿por qué nacen estas iniciativas universitarias? ¿cuál es el origen, el fundamento o la razón que motiva la existencia de las Clínicas Jurídicas? Para responder a esta cuestión, debemos remontarnos de nuevo al significado de Justicia Social; de esta forma, nos damos cuenta de que las Clínicas Jurídicas no dejan de ser una consecuencia de los intentos ciudadanos para lograr la aplicación *real* de dicho principio. Las Clínicas Jurídicas, como hemos indicado antes, pretenden lograr un mayor acercamiento a la Justicia de los sectores más vulnerables de la sociedad, intentando alcanzar esa redistribución a la que alude la doctrina sobre bienes materiales pero también inmateriales, como la igualdad de oportunidades a la que nos hemos referido en el apartado introductorio de este capítulo, ayudando a resolver dudas y cuestiones jurídicas, pero también problemas que pudieran derivar en conflictos judiciales.

A su vez, las respuestas anteriores nos conduce a otra pregunta; ¿en qué medida la existencia de las Clínicas Jurídicas puede colisionar con el derecho a la Tutela Judicial Efectiva?

El derecho a la Tutela Judicial Efectiva tiene su origen en el propio sistema de justicia, ya que tal y como determinaba CAPELLETI, el sistema de justicia que tenemos en la mayor parte de los países desarrollados, surgió, primeramente, para dar cabida a aquella parte de la población que, situada en riesgo de exclusión social, entendiendo este riesgo desde el punto de vista económico, tenía muy difícil el acceso a los tribunales para hacer valer sus pretensiones¹¹. En la actualidad el originario principio a la Tutela Judicial Efectiva queda enmarcado como Derecho Fundamental en nuestra Carta Magna, y que asegura el acceso de los ciudadanos a un proceso judicial con garantías, sin dilaciones excesivas en el tiempo y que acabe eliminando totalmente las posibles situaciones de indefensión jurídica.¹²

Sin embargo, quizás la principal dificultad a la que deben enfrentarse estos sistemas jurídicos es precisamente acabar con la discriminación social sobre ciertos estratos de la sociedad, y que desgraciadamente en no pocas ocasiones se encuentra muy arraigada, pues aun cuando el derecho a la Tutela Judicial Efectiva está constitucionalmente reconocido, el problema en muchas ocasiones es cómo llegar hasta ella, y en muchas otras resolver cuestiones que quizás no tendrían ni por qué llegar a los tribunales con el adecuado asesoramiento.

En este contexto es en el que las Universidades, entendidas como un relevante eslabón social¹³, las que han creado las Clínicas Jurídicas¹⁴, como un punto de encuentro entre la Universidad y la sociedad, donde de manera simbiótica ambos salen favorecidos.

Ahora bien, también es preciso indicar que no se trata de una fórmula exacta, sino de un término abstracto, de tal manera que si bien, como hemos indicado al

11 DÍEZ PICAZO, L: «Aproximación a la Tutela Judicial Efectiva», *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, 2001, págs. 209-232.

12 CAPELLETI, M.: *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial por hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1997, pp 47.

13 Consultar: SÁNCHEZ GÓMEZ, R: «Clínicas Jurídicas, método clínico y los conflictos susceptibles de recibir tratamiento clínico», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º14, 2019, págs. 499-513.

14 Consultar SÁNCHEZ GÓMEZ, R: «La implementación del pro bono en la cultura jurídica española como sistema de acceso a la justicia», *Revista de Derecho procesal, civil y mercantil*, 2019, pág. 8.

principio de este apartado, la finalidad de todas las Clínicas Jurídicas es de una parte ofrecer a sus estudiantes casos reales¹⁵ que les permitan adquirir ese «saber hacer» en la aplicación de la norma y a su vez ayudar a las personas, generalmente pertenecientes a colectivos vulnerables, en la comprensión y aplicación del Derecho mediante el asesoramiento en casos reales, tal y como apunta BLÁZQUEZ MARTÍN, será tarea de cada Universidad establecer el funcionamiento de su actividad, el nombramiento de sus miembros o las competencias que pueden desempeñar cada uno de estos individuos, en base a la propia idiosincrasia de las correspondientes facultades de Derecho donde haya sido creada, o de los estudiantes que la componen¹⁶.

Es por todo lo anterior por lo que para determinar en qué consisten realmente las Clínicas Jurídicas, y de acuerdo con MAZUERA AYALA, es del todo imprescindible consultar la normativa propia de cada espacio universitario¹⁷, normativa que se revela como la única fuente realmente fiable que permite esclarecer los objetivos que en concreto persigue cada Clínica Jurídica¹⁸. Este camino es precisamente el que vamos a recorrer de aquí en adelante dentro de este estudio, comprobando primeramente cuál es, si es que existe, la normativa que se ha aprobado a nivel estatal en relación a estas organizaciones, para posteriormente analizar la normativa de desarrollo de esta legislación básica en cada territorio autonómico.

No obstante, acabamos de explicar que la Justicia Social (término que, como ya hemos visto, no deja de pertenecer al universo filosófico), nunca puede sustituir al Derecho, al poder judicial en sí mismo, y en consecuencia al ya mencionado Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva. Pero, ¿cómo se aplica dicho precepto en la práctica? En este sentido, vamos a continuación a comentar cuál es nuestra jurisprudencia estatal sobre dicho Derecho.

La jurisprudencia estatal sobre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

En apartados anteriores de nuestro estudio hemos comentado el concepto de Clínica Jurídica, así como el origen de estas iniciativas del ámbito universitario; de esta forma, hemos llegado a la conclusión de que la clave reside en la justicia social, en el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que ostenta toda la ciudadanía en su totalidad y que, sin embargo, en ocasiones este acceso al proceso judicial les es negado, debido en la mayoría de los casos, a su pertenencia a colectivos vulnerables de la sociedad o, como el caso que vamos a analizar, por tener como parte contraria en el litigio a un sector «de confianza» de la sociedad.

Pues bien, por este motivo, antes de entrar a comentar cuál es la distribución competencial del espacio universitario en nuestro país, para entrar de lleno en la regulación

15 Consultar: GIULIA BERNARDINI, M.: «Las Clínicas Jurídicas y la identidad del jurista; reflexiones filosófico-jurídicas a partir del debate italiano», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 2017, n.º36.

16 BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: «Apuntes acerca de la educación jurídica clínica», *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2006, pág. 44.

17 MAZUERA AYALA, P.: «Las Clínicas Jurídicas de interés público como escenario de flexibilidad académica», *Memorando de Derecho*, n.º3, 2012, págs. 123-132.

18 Consultar: GARCÍA MOLINA, P.: *Hacia unas Clínicas Jurídicas del siglo XXI. Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria*, 2021, pp. 57-75.

de las clínicas universitarias, vemos oportuno plantear aquí ciertos conflictos judiciales relacionados con posibles vulneraciones al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, en aras de determinar cuál es la postura a este respecto del poder judicial en nuestro país.

En este sentido, han sido muchas las sentencias de los tribunales que abordan el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. En este punto, podemos destacar¹⁹ la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2008, de 25 de febrero, resolviendo el Recurso de Amparo 3066/2005²⁰.

Dejando a un lado la exposición de los hechos que dieron lugar a esta sentencia, nos centramos en la pretensión de la parte actora, la cual solicita el cumplimiento del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, el cual, según reiterada jurisprudencia²¹, consiste en «*realizar las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de sumario, diligencias previas o preparatorias*». En este sentido, el Tribunal recuerda que este Derecho a la Tutela Judicial Efectiva no implica en modo alguno que las diligencias practicadas en este caso, en el proceso penal, tengan sí o sí que acabar satisfaciendo las pretensiones de la parte actora, sino que pueden acabar perfectamente en el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa siempre que, eso sí, dicho sobreseimiento o inadmisión estén perfectamente razonados en Derecho. Por ende se basa el recurrente en la necesidad de analizar si las causas aportadas para sobreseer el caso están razonadas en Derecho²².

Por otro lado, si vamos siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, vemos cómo éste, volviéndonos a reiterar marcada jurisprudencia²³, expone cómo los requisitos para el cumplimiento del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva serán más exigentes cuando nos encontramos ante casos en los cuales el incumplimiento o inobservancia de este Derecho acabe perjudicando la defensa de otro Derecho Fundamental. En este caso, no podemos perder de vista el derecho a no sufrir torturas ni tratos degradantes²⁴, el cual es el origen de las pretensiones del ahora recurrente. Por lo tanto, en esta situación, el Tribunal Constitucional deberá controlar dos puntos claros: por un lado, de la correcta fundamentación de las razones por las cuales se archivó la causa, y por otro, que con ello no se haya visto perjudicado el derecho fundamental a no sufrir torturas ni tratos degradantes.

Es precisamente la naturaleza de derecho fundamental la que exige que en estos casos se lleve a cabo lo que se conoce como *investigación oficial eficaz*²⁵, la cual tampoco exigirá la realización de cuantas prácticas y diligencias fueran posibles, sino aquellas necesarias e imprescindibles para resolver el asunto, vigilando también el

19 En la misma línea, consultar también la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 63/2015, de 13 de abril, ECLI:ES:TC:2015:63.

20 Enlace de consulta: https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6266#complete_resolucion

21 Consultar el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2011, de 2 de abril, ECLI:ES:TC:2011:94.

22 En este sentido, consultar los Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2022, de 11 de marzo, ECLI:ES:TC:2022:63.

23 Entre dicha jurisprudencia podemos destacar el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2001, de 26 de marzo, ECLI:ES:TC:2011:84.

24 Recordemos, situado en el artículo 15 de la Constitución Española.

25 Consultar el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2004, de 9 de febrero, ECLI:ES:TC:2004:7.

equilibrio de la capacidad de los poderes públicos. Pues bien, al estudiar el caso, la Sala entiende que efectivamente, los poderes públicos no han realizado las diligencias necesarias encaminadas para determinar si son ciertos los hechos alegados por la parte actora, vulnerando por ende su Derecho Fundamental. Alude en este momento el Tribunal al denominado *canon de investigación suficiente*, de forma que no será conforme a Derecho el archivo o sobreseimiento de una causa alegando que los indicios aportados por el demandante son insuficientes, no sin antes haber agotado todos los medios posibles para alcanzar tal conclusión.

A la luz del comentario que hemos realizado sobre esta sentencia, vemos cómo el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva se alza como un pilar fundamental en la protección de la sociedad, pues debe garantizarse en todo momento que cualquier ciudadano pueda acceder, y acceder con garantías, a un proceso judicial. De nada sirve que sólo se asegurara el inicio del proceso en sede judicial si no pudiéramos garantizar que deberá corresponder a los tribunales la realización de cuantas diligencias fueran necesarias en aras de esclarecer la veracidad de los hechos planteados por el ciudadano que recurre al poder judicial para la protección de sus legítimos intereses. Además, hemos visto también cómo el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva cobra una especial importancia cuando su incumplimiento pueda derivar en la lesión de otro Derecho Fundamental. Aun así, estas situaciones se suceden en la realidad en demasiadas ocasiones (y como ya sabemos, sobre colectivos vulnerables). Es por ello que surgen las Clínicas Jurídicas, ya que volvemos incidir, nunca son sustitutas del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, sí que contribuyen a acercar al Derecho las pretensiones de los sectores más vulnerables de población.

Pues bien, una vez vistos, aún a grandes rasgos, tanto el concepto de Clínica Jurídica como lo que piensa nuestro Tribunal Constitucional en relación a la protección del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva²⁶, vamos a continuación a comentar cómo funciona la distribución de competencias entre el Estado y los territorios autónomos en relación a los espacios universitarios.

2. Distribución competencial y autonomía universitaria en la regulación de las Clínicas Jurídicas

La Constitución²⁷ reconoce el Derecho a la Educación, el cual comprende, entre otros aspectos, la obligación de garantizar el acceso a la educación de todos los ciudadanos, así como el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica, enseñanza que en nuestro país abarca desde la Educación Primaria (6 años) hasta la Educación Secundaria Obligatoria²⁸ (16 años), definiendo con carácter muy general los ejes constitucionales sustantivos (principios, libertades y derechos) del modelo educativo²⁹.

26 Consultar: DE URBANO CASTRILLO, E.: «La Tutela Judicial Efectiva de los perjudicados», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 667, 2005 págs. 6-9.

27 Consultar: CABO PAN, J.L.: «La distribución de competencias entre las diferentes administraciones públicas», *Revista para la promoción y apoyo a la enseñanza del español*, n.º 6, 2001, págs. 6-10.

28 Artículo 27, apartados 4, 5, y 9 de la Constitución Española.

29 LÓPEZ GARCÍA, M: *La educación como derecho fundamental y como servicio público* en GONZÁLEZ RÍOS, I: *servicios de interés general y protección de los usuarios*, Editorial Dykinson, 2018, págs. 109-129.

Remitiéndonos al análisis de LÓPEZ GARCÍA acerca de la distribución de competencias en materia educativa, recordamos que el artículo 149.1.30 CE consagra la competencia exclusiva del Estado en la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia». Lo cual implica, «a contrario» que las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), pueden incluir en sus Estatutos las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de esa normativa estatal básica. Esas competencias en materia de educación han sido efectivamente asumidas por todas las CCAA en sus Estatutos³⁰.

Sin embargo, en el ámbito universitario se suscita, como precisa SOUVIRÓN MORENILLA, «la existencia de un eventual tríptico competencial,» entre Estado, Comunidades Autónomas y Universidades, dado el principio de autonomía universitaria que predica el artículo 27.1 CE que hace más compleja si cabe las relaciones que en todo caso deberá solventarse atendiendo al equilibrio entre la competencia estatal atribuida al respecto por el artículo 149.1.30 y la ley que en desarrollo del artículo 27.10 regule la autonomía de las Universidades³¹.

Pero...¿Qué significa esto último y qué importancia puede tener para nuestro análisis? Pues bien, a través de este apunte, la Constitución está reconociendo la independencia y soberanía plena de las universidades, es decir, a pesar de que son entes creados por las administraciones públicas (autonómicas en la mayoría de las ocasiones), el legislador les dota de competencia para su organización interna, aunque siempre, lógicamente, respetando la normativa sectorial aplicable. Por lo tanto, ya partiendo desde este punto, resulta fácil deducir que, para determinar qué son y cómo funcionan cada una de las Clínicas Jurídicas universitarias creadas en nuestro país, debemos acudir en primer término a la normativa estatal vigente sobre universidades, en aras de comprobar cuáles son los puntos de obligado cumplimiento a los que los espacios universitarios deben someterse, para posteriormente entrar directamente a analizar cómo funcionan dichas Clínicas Jurídicas y qué finalidades tienen marcadas.

El legislador al aprobar la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades³², ha querido dejar expresamente manifestado que ésta es una ley de la sociedad para la Universidad, puesto que la primera es quien la financia y la impulsa, siendo una norma que sirva de guía a todos los sectores socio-económicos relacionados con las universidades, ya que es precisamente en estos espacios donde confluyen, además de, lógicamente intereses educativos, otros culturales y sociales que en no pocas ocasiones sirven de base para asentar los principios donde descansa nuestra actual sociedad. Por tanto, ya podemos deducir a través de esta rotunda afirmación que las universidades no se van a configurar como simples servicios a usar por la ciudadanía, sino que ésta es quien le marca a las segundas la tónica que debe ser empleada en dicho servicio, en la medida en que es la sociedad quien las demanda³³. Por ende, si la población, tal y como afirma el legislador, presenta en su configuración actual una ávida necesidad de ser informada en todo momento de los

30 LÓPEZ GARCÍA, M.: «La educación y su regulación legal. Necesidad de cambios», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 92, 2015 p. 375.

31 SOUVIRÓN MORENILLA, J.L. y PALENCIA HERREJÓN, F.: «La nueva regulación de las Universidades», Editorial Comares, Granada, 2002, pp 317.

32 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

33 Consultar: MACLEANS MARTINS, A.C.: «El rol de las Clínicas Jurídicas en la enseñanza del Derecho», *Revista de la Asociación IUS ET VERTIAS*, n.º 45, 2012, pp 378-886.

aspectos jurídico-sociales más relevantes, no resulta descabellado pensar que será esta misma sociedad la que acabe impulsando la creación y el mantenimiento de las Clínicas Jurídicas universitarias, en aras de mantener un canal de comunicación con el sector de la ciudadanía que por su formación específica tenga más conocimientos en dichos aspectos.

Vuelve el legislador a reafirmarse en todo este razonamiento, ya que no se olvida del proceso de globalización, redundando en la idea de que no solamente las universidades no deben quedarse atrás en todo lo concerniente a la forma de transmisión del conocimiento, sino que también deben ser dichos espacios los que lideren ese traspaso de información hacia toda la sociedad. Cierto es que no nos menciona expresamente a las Clínicas Jurídicas, pero claro queda que el objetivo general que persiguen dichas organizaciones puede incluirse en los que pretende conseguir el legislador en las universidades españolas.

Todo ello queda además de manifiesto al situar el legislador entre las funciones de las universidades **la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico**. De esta manera, podemos ver cómo los poderes públicos encargados de regular el correcto funcionamiento de nuestros espacios universitarios no se van a limitar a la transmisión exclusiva del conocimiento entre el personal docente y el alumnado, sino que se pretende ir un paso más allá, favoreciendo el trasvase de todos los conocimientos desde el propio foro estudiantil hacia toda la sociedad en su conjunto, trasvase que podrá tener lugar, además de otras vías, gracias al reconocimiento del carácter autónomo de las universidades, lo cual permitirá en buena medida la creación de entes como las Clínicas Jurídicas³⁴.

A todo ello debemos sumarle el hecho de que esta normativa prevé que las universidades, además de regirse por esta ley deberán contar también con su Estatuto, aprobados por los órganos de gobierno del territorio autonómico correspondiente. Por lo tanto, siempre que en dichos estatutos se cumpla con lo establecido en la Ley Orgánica de Universidades nada impide que permitan la creación de Clínicas Jurídicas.

En este punto considero que puede resultar clave en esa labor el Consejo Social de cada Universidad, entendido conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica de Universidades, como el órgano de **participación de la sociedad en la Universidad**: se constituye como un órgano externo, independiente, con autonomía y autogobierno, a quien corresponde la supervisión de las actividades de carácter económico de la universidad y del rendimiento de sus servicios y promover la colaboración de la sociedad en la financiación de la universidad. Destacamos este órgano en el sentido de que puede llegar a establecer relaciones de colaboración con las Clínicas Jurídicas. No en vano será tarea de este Consejo Social creado en cada Universidad facilitar el intercambio de información socio-cultural entre los estudiantes y egresados universitarios y la población en su conjunto, teniendo específicamente como función, de acuerdo al artículo 18 de la Ley Orgánica de Universidades promover la adecuación de la oferta de enseñanza y actividades universitarias a la creación de la sociedad. Como podemos apreciar, la existencia de este órgano se alza en nuestra opinión fundamental en la cooperación con las Clínicas Jurídicas, así como en el correcto cumplimiento de sus objetivos.

Esto es, a grandes rasgos, lo que la Ley General de Universidades aporta a una posible existencia de Clínicas Jurídicas en dichos espacios, aunque, tal y como vemos, no efectúa ninguna mención específica al respecto. En nuestra opinión, puede deberse

34 Exposición de Motivos y artículos 1.c), 2, 6, 10 y 14 de la Ley Orgánica 6/2011, de 21 de diciembre, de Universidades.

principalmente a dos razones: la primera de ellas es que cuando el legislador estatal aprobó esta normativa estábamos aún muy lejos de ese método de aprendizaje que combina aspectos teóricos y prácticos, ya que, tal y como hemos comentado anteriormente, nuestro modo se basaba en la asunción de conocimientos por parte del alumnado, quedando a la espera de que posteriormente los egresados fueran capaces de transmitirlos a la sociedad mediante su desempeño profesional, pero sin dotarles de herramientas que les ayuden a desarrollar su capacidad resolutoria y transmisora. El segundo motivo, aunque probablemente sea el motivo esencial, por el cual pensamos que nada se dice sobre las Clínicas Jurídicas a nivel normativo estatal es por el reconocimiento del principio de autonomía universitaria.

2.1. Precisiones en la normativa autonómica

Tal y como antes apuntaba, todas las comunidades autónomas han asumido la competencia en legislación educativa, y por ende, universitaria³⁵.

Empezando por la Comunidad Autónoma de Aragón, vemos que este territorio reconoce el gran papel que juegan los espacios universitarios en la sociedad, entendiéndolos como un eje principal en la transmisión de conocimientos y en la puesta a disposición de servicios al ciudadano. El mismo reconocimiento le otorga la Comunidad Autónoma de Castilla Y León, al entender los espacios universitarios como servicios públicos puestos a disposición de la sociedad, e implicados en la «vida real», así como Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, Comunidad Autónoma de Galicia, Región de Murcia y muy especialmente el País Vasco³⁶.

35 Artículo 53 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma para el Estatuto de Autonomía para Andalucía; Artículo 73 de la Ley Orgánica 5/2007, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; Artículo 10 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; Artículo 10 de la Ley 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares; Artículo 133 de la Ley Orgánica 1/2005, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias; Artículo 22 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Cantabria; Artículo 31 de la Ley Orgánica 9/1982 de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía para Castilla La Mancha; Artículo 73 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, del Estatuto de Autonomía de Castilla Y León; Artículo 131 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Artículo 49 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Artículo 27 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; Artículo 8 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía de La Rioja; Artículo 26 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; Artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; Artículo 44 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; Artículo 10 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

36 Artículo 4 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón.; Artículo 1 de la Ley 3/2003, de 28 de marzo, de Universidades de Castilla Y León; artículo 3 del Decreto legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades; artículo 3 de la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de las Universidades de Cataluña; artículo 3.2 de la Ley 4/2007, de Coordinación del Sistema Universitario de la Comunidad Valenciana; artículo 2.1 de la Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema Universitario de Galicia; artículo 3 de la Ley 3/2005, de 25 de abril, de las Universidades de la Región de Murcia; artículo 3 de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco.

No obstante, además de este reconocimiento por la mayor parte de los territorios autonómicos en lo relativo a ese carácter bilateral que la educación universitaria debe presentar con respecto a la sociedad, son varias las autonomías que, más que limitarse a aprobar normativa de desarrollo de la legislación básica, han decidido centrar sus esfuerzos en plasmar de manera más exhaustiva el funcionamiento de los llamados por el legislador estatal **Consejos Sociales de las Universidades** a los que antes nos referíamos.

Concretamente las comunidades autónomas de Castilla La Mancha, Extremadura, Madrid y Navarra, abordan de manera especialmente relevante la estructura y funcionamiento de los Consejos Sociales, aunque es la normativa de las dos primeras las que, en nuestra opinión, más nos acercan al concepto de clínicas universitarias y por ende, a las Clínicas Jurídicas.

Si empezamos por el primero de ellos, vemos que en el territorio manchego se pretende resaltar al espacio universitario como un punto de encuentro entre la sociedad y el estudiantado, y para ello se crea el Consejo Social de Castilla La Mancha, situado en la Universidad de Albacete. Como aspecto a resaltar, comprobamos que este órgano estará conformado, además de por otros miembros, por representantes de las principales instituciones empresariales del lugar, pero también por representantes sindicales. Sin embargo, tampoco se reconoce claramente en esta normativa la posibilidad de creación de clínicas universitarias y en su caso, jurídicas, sino que nos quedamos en la posibilidad de acercar la universidad a la sociedad.

Por su parte, en la normativa aprobada por el legislador extremeño, el cual reconoce que el espacio universitario de Extremadura se crea atendiendo exclusivamente a los intereses generales de su población, y no al revés; precisamente siguiendo esa misma estela nos encontramos con que entre las principales funciones de este Consejo Social (cuya sede se ubica en Badajoz), se destaca la realización de planes destinadas a financiar y garantizar la labor de transferencia entre el espacio universitario y la población, atendiendo, por lo tanto, a los intereses de la sociedad en general³⁷.

Dejando un espacio especial para la Comunidad Autónoma de Andalucía, vemos que en el Real Decreto-legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, se hace referencia a la creación de un Consejo Social por cada una de las universidades públicas andaluzas, y contando entre sus funciones el diseño de las líneas estratégicas de la correspondiente universidad, entre las cuales se encuentran la oferta de actividades universitarias relacionadas con las necesidades de la sociedad. Además, para llevar a cabo sus tareas, el Consejo Social contará con la denominada Agencia Andaluza del Conocimiento, entre cuyas principales funciones destacamos el favorecimiento en la transferencia de conocimientos entre los agentes de la economía andaluza y la sociedad en general³⁸.

Comentada la Ley General de Universidad y una breve referencia de lo que se recoge en algunas de las normas autonómicas más significativas sobre los Consejos Sociales nos planteamos qué dicen los reglamentos de las facultades de Derecho de las distintas universidades de nuestro país, a fin de comprobar si contemplan la posibilidad de crear dichas Clínicas Jurídicas, y en qué condiciones, pues por el momento la normativa analizada no deja nada en claro.

37 Ley 1/2010, de 7 de enero, del Consejo Social de la Universidad de Extremadura.

38 La Agencia Andaluza del Conocimiento es una Agencia Pública Empresarial, de la Administración de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad. Enlace de consulta: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/aac.html> (última fecha de consulta: 6/06/2022).

2.2. Las Clínicas Jurídicas: iniciativas universitarias. La Red Española de Clínicas Jurídicas

Tal y como hemos indicado anteriormente, vemos oportuno llegados a este punto analizar qué nos dicen las distintas universidades en relación a la creación de Clínicas Jurídicas en sus respectivos ámbitos. En este sentido, nos resulta, cuanto menos curioso, el hecho de que en los reglamentos de las facultades de Derecho no se efectúa mención alguna a la creación de dichos entes, sino que aquellas universidades que cuentan con Clínicas Jurídicas de su competencia han aprobado reglamentos encargados específicamente de regular la correspondiente Clínica Jurídica. De esta forma, contamos en la actualidad con la denominada Red Española de Clínicas Jurídicas³⁹, la cual presenta como principal objetivo *la difusión de la enseñanza legal clínica*, a través de la participación del alumnado en la resolución de conflictos legales reales, a la vez que se facilita el acceso de la totalidad de la ciudadanía a la justicia social.

Pues bien, a través de dicha organización podemos consultar cuántas clínicas de esta índole tenemos actualmente en nuestro país, distribuidas a lo largo de toda la geografía española⁴⁰, así como las principales características y objetivos de cada una de ellas. No obstante, la finalidad de nuestro estudio no es ofrecer un análisis en profundidad de la normativa reguladora de cada Clínicas Jurídicas, sino mostrar los aspectos más interesantes que ofrecen estos espacios universitarios.

Es el caso, por ejemplo, de la Universidad de Alicante, la cual ha aprobado el Reglamento de Funcionamiento de la Clínica Jurídica de la Universidad de Alicante. En él, podemos ver cómo el objetivo planteado para dicho organismo coincide plenamente con las finalidades previstas en los textos normativos que hemos comentado anteriormente: el asesoramiento jurídico gratuito y sin ánimo de lucro por parte de los estudiantes hacia aquellos ciudadanos que tengan dificultades para acceder a los servicios jurídicos. Pero, además, este espacio universitario que incorpora expresamente esa doble finalidad que se reconoce en las clínicas jurídicas como instrumento para fomentar el valor de la Justicia Social incorporando como finalidad de la clínica jurídica de su Universidad el intento de plasmar en los alumnos cierta conciencia social, en lo relativo al cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por otro lado, vemos también muy oportuna la forma en que está organizada esta Clínica Jurídica, ya que divide la atención a la ciudadanía según el

39 Enlace de consulta: <http://clinicas-juridicas.blogspot.com/p/presentacion.html> Última consulta realizada el 21 de abril de 2022.

40 Las Clínicas Jurídicas existentes en la actualidad en nuestro país son las siguientes: Clínicas Jurídicas de la Universidad Loyola de Andalucía; Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona; Clínica del Observatorio de Derechos Humanos de Valladolid; Clínicas Jurídicas de Acción Social de la Universidad de Salamanca; Clínicas Jurídicas del máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo; Clínicas Jurídicas ICADE de la Universidad Pontificia de Comillas; Clínicas Jurídicas LOILA de la Universidad de Oviedo; Clínicas Jurídicas por la Justicia Social de la Universidad de Valencia; Clínicas Jurídicas Villanueva del Centro Universitario de Villanueva; Clínicas Jurídicas de la Universidad Internacional de la Rioja; Clínicas Jurídicas de la Universidad de Baleares; Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá; Clínicas Jurídicas del Derecho al Derecho de Barcelona; Clínicas Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid; Clínicas Jurídicas de la Universidad del País Vasco; Clínicas Jurídicas de la Universidad Europea de Madrid, así como la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Enlace de consulta: <http://clinicas-juridicas.blogspot.com/p/repositorio.html>

ámbito del Derecho dónde encuadre el conflicto que se presenta: interés público, interés particular y ámbito penitenciario⁴¹.

Podemos destacar también el caso de la Universidad Pontificia de Comillas (Cantabria), la cual, al igual que pasaba en el caso anterior, ha decidido aprobar el denominado Reglamento de Funcionamiento de la Clínica Jurídica ICADE. A diferencia de la Universidad de Alicante, el origen de la Clínica Jurídica que ahora comentamos data de que han sido las propias empresas españolas las que, interesadas en fomentar las actividades *pro bono* en nuestro país han contactado con este espacio universitario en aras de proyectar en dicho lugar este tipo de actividades a favor de la sociedad.

Como aspecto novedoso en el caso de esta Clínica Jurídica, podemos destacar el hecho de que esta actividad social va a ser integrada en la oferta de estudios de la Universidad, entendemos que para dar a conocer la existencia de la Clínicas Jurídicas desde el momento en que el estudiante ingresa en el Centro, facilitando por ello que aquél se interese en esta actividad. Además, un aspecto que a nuestro juicio nos resulta positivo, es la obligación que se les impone a las firmas empresariales que forman parte de esta iniciativa de proporcionar contacto directo del alumnado hacia los ciudadanos que soliciten el servicio de esta Clínicas Jurídicas⁴².

Acudimos en tercer lugar a la Universidad Internacional de La Rioja, la cual ha aprobado una Guía Didáctica sobre su Clínica Jurídica, llamada UNIR-FUNDACIÓN FERNANDO POMBO. ¿Y qué tiene de especial esta organización con respecto a las anteriores? Pues la respuesta a esta pregunta tiene que ver con la propia forma que tienen de resolver los conflictos jurídicos que la sociedad les presenta; efectivamente, mientras que en las organizaciones que hemos visto hasta el momento la relación entre el alumnado y la ciudadanía se daba de manera directa, presencial, en esta Clínica Jurídica la relación es virtual, de modo que los estudiantes se comunican con la sociedad de forma *on-line*, a través de su canal *pro bono* promocionado por la propia firma empresarial que está detrás de esta iniciativa: Despacho Gómez-Acebo y Pombo.

A nuestro juicio, esta forma de proceder supone un arma de doble filo; por un lado, en su parte más negativa, la falta de contacto presencial podría derivar en que a los alumnos no lleguen a ser del todo conscientes de la asistencia social de la que puede carecer parte de la sociedad, puesto que no es un trato tan «directo». Efectivamente, se podría correr el riesgo de que el alumnado siga percibiendo el determinado conflicto que se le plantea como una prueba práctica más a sumar en su expediente universitario y no tanto como un problema del mundo real. No obstante, en su parte más positiva, el trato virtual agiliza el procedimiento, a la vez que facilita que el alumnado se familiarice con las nuevas tecnologías. También puede resultar útil ante posibles «parones» en el trato presencial, tal y como desgraciadamente hemos podido constatar con la pandemia del COVID-19.

En otro orden de cosas, otro aspecto bastante llamativo de esta Clínica Jurídica es el hecho de que la participación en ella por parte del alumnado está configurada por niveles, de forma que según los cursos de la carrera que el estudiante haya superado

41 Artículos 2, 4 y 6 del Reglamento de Funcionamiento de la Clínicas Jurídicas de la Universidad de Alicante. Enlace de consulta: <https://web.ua.es/en/consejo-gobierno/documentos/consejo-de-gobierno-23-02-2017/punto-3-1-reglamento-clinica-juridica.pdf> Última consulta realizada el 21 de abril de 2022.

42 Exposición de Motivos y artículo 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Clínicas Jurídicas ICADE de la Universidad Pontificia de Comillas (Cantabria). Enlace de consulta: https://www.icade.comillas.edu/images/Clinica_Juridica_ICADE/Reglamento_CJI_2016.pdf

podrá acceder a niveles superiores de participación⁴³. En nuestra opinión, vemos muy adecuada dicha configuración, ya que el alumnado de primer curso no tendrá los mismos conocimientos que aquellos ya inscritos en el último curso de carrera.

En cuarto lugar, otra organización que también nos ha llamado la atención por la forma que tiene de enfocar el trabajo es la Clínica Jurídica del Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo⁴⁴. Pues bien, este espacio universitario presenta un objetivo si acaso más ambicioso que las anteriores que ya hemos comentado; efectivamente, mientras que en los casos anteriores nos «limitábamos» a que los alumnos resuelvan determinados conflictos jurídicos, en este caso vamos un paso más allá, en el sentido de que esta Clínica Jurídica se encuentra en contacto directo con las organizaciones representativas de los grupos sociales más vulnerables, los menores de edad, discapacitados físicos o mentales, por razón de género, los inmigrantes y emigrantes, las minorías étnicas y culturales así como las personas ex reclusas.

De esta forma, no es ya la propia ciudadanía que forme parte de algunos de estos grupos la que contacta con la Clínica Jurídica, sino que directamente este espacio universitario recopila de dichas organizaciones la información necesaria para determinar si existe algún conflicto en Derecho falto de asistencia jurídica por los poderes públicos y de ser así, si es posible su atención a través de su alumnado. En nuestra opinión, nos parece muy acertada la forma de proceder de esta organización, puesto que además de facilitar el encuentro entre esta parte de la sociedad y el sector estudiantil se les da voz a las organizaciones que, sin ánimo de lucro, se preocupan por los problemas de dichos colectivos.

Finalmente, terminamos este apartado de nuestro estudio con un breve acercamiento a la Clínica Jurídica de la Universidad Loyola de Andalucía⁴⁵. En este caso, también destacamos el proceder de esta organización, puesto que, para facilitar el desarrollo de dicha organización, se decidió crear un ente que concretara y llevara a la práctica sus objetivos: el Instituto de Investigación en Políticas para la Transformación Social. Efectivamente, al igual que el resto de clínicas, en ella se persigue el contacto directo entre el alumnado y los sectores más vulnerables de la sociedad para solucionar o al menos proporcionar una vía de actuación frente a la falta de asistencia social hacia dichos colectivos.

Pues bien, en este caso se da un paso más, de modo que mediante el instituto de investigación que acabamos de mencionar se pretende ahondar en el origen de las desigualdades sociales⁴⁶, en aras de solucionar un doble conflicto: por un lado, dar respuesta a los problemas jurídicos de la sociedad (facilitando por tanto la formación transversal del sector estudiantil), y por otro, acabar con el problema de raíz, de modo que las políticas que provocan dichas desigualdades sean sustituidas por otras que propicien el acceso igualitario a la justicia social por parte de toda la ciudadanía. De esta forma, la actividad de esta Clínica Jurídica se asienta en cuatro pilares básicos: la política social, el desarrollo, la inclusión y la sostenibilidad.

43 Apartados 1, 2 y 4 de la Guía Didáctica de la Clínicas Jurídicas UNIR FUNDACIÓN FERNANDO POMBO de la Universidad de La Rioja. Enlace de consulta: https://www.unir.net/clinicalegal/docs/NIVEL1_Guiadidactica-ClinicaLegal.pdf

44 Esta Clínicas Jurídicas ha sido reconocida como Proyecto de Innovación Docente por la Universidad de Oviedo en los cursos 2015-2016 y 2016-2017. Enlace de consulta: <https://presnolinera.wixsite.com/clinica-juridica>.

45 Enlace de consulta: <https://www.uloyola.es/oferta-cientifica/institutos-de-investigacion/instituto-de-investigacion-en-politicas-para-la-transformacion-social>

46 Consultar: PABÓN MANTILLA, A.P.: «Retos de las Clínicas Jurídicas frente a la atención de migrantes con enfoque diferencial de género», *Revista Indisciplinas*, n.º 10, 2019, pp 13-29.

En nuestra opinión, vemos muy loable el enfoque de esta Clínica Jurídica, ya que sostenemos que la falta de asistencia social para algunos colectivos ciudadanos es un problema que debe solucionarse de raíz, y para el cual los poderes públicos deben aportar soluciones, aunque por supuesto también debe formar parte de la conciencia social, y perseguir dicho objetivo desde el espacio universitario puede ser una buena forma de dar un altavoz a dichos colectivos.

3. Principales resultados sociales de las Clínicas Jurídicas en España. ¿Cumplen estas entidades con sus objetivos en la actualidad?

A modo de resumen, ya sabemos que las Clínicas Jurídicas constituyen una iniciativa social surgida en los espacios universitarios, al objeto de dar cabida a problemas jurídicos planteados por ciudadanos que, por su situación social, pueden tener dificultades en el acceso a los tribunales, aunque esta iniciativa nunca podrá situarse por encima del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, derecho fundamental protegido por nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, hemos comentado también cuáles son las Clínicas Jurídicas que tenemos en nuestro país a día de hoy, y resaltado los aspectos más llamativos de algunas de ellas. Pues bien, en este último apartado de nuestro estudio, nos queda por dilucidar si dichos entes están o no teniendo repercusión real en lo relativo al acceso a los tribunales por parte de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad.

Cierto es que resulta, cuanto menos, complicado, medir el alcance y participación de estos espacios de educación superior en el cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva, ya que sus efectos suelen comprobarse prácticamente en el seno de la Facultad que las crea. Sí que nos ha llamado la atención la reciente creación de la denominada Fundación Pro Bono⁴⁷, la cual une a cerca de 30 firmas empresariales del mundo del Derecho, con el objetivo de garantizar, o al menos acercar, la justicia como función social a los colectivos más vulnerables de la misma.

Ya no hablamos, por ende, únicamente de una iniciativa privada de una determinada Facultad, sino que afortunadamente son ya las propias firmas de abogados las que se preocupan por esta lacra. De esta forma, son ellas las que en no pocas ocasiones contactan con las Universidades (como, por ejemplo, vimos que era el caso de la Universidad de La Rioja), ofreciéndoles ciertos casos de personas reales para que los alumnos tengan la oportunidad de resolverlos, facilitando por lo tanto la tarea de las Clínicas Jurídicas, en la medida en que los casos ya les vendrán dados. Además, esta fundación también se encarga de canalizar todos los casos mediante la escucha de las propias organizaciones sociales encaminadas a encauzar en un único camino las peticiones de un determinado colectivo vulnerable.

En relación a las Clínicas Jurídicas, vemos que hay bastantes universidades que se han unido ya a esta iniciativa, contribuyendo con su alumnado a resolver los conflictos sociales que directamente esta fundación les hace llegar; concretamente son la Clínica Jurídica de la Universidad de Murcia, la Universidad de La Rioja, la Universidad Carlos III de Madrid, y la Universidad Europea de Madrid.

Finalmente, además de prestar estos servicios, la Fundación Pro bono cuenta con un extenso programa de charlas formativas sobre diversos temas sociales, relacionados con los colectivos más vulnerables. Un ejemplo de ello es la red de recursos

47 Enlace de consulta: <https://www.probonoespana.org/>

jurídicos disponibles para personas ucranianas, ya que debido a la invasión rusa de febrero de 2022, estas personas se ven obligadas a abandonar su país y por ende, necesitarán de asesoramiento jurídico⁴⁸.

4. Conclusiones finales

PRIMERA.- La creación de las Clínicas Jurídicas guardan una estrecha relación con el concepto de Justicia Social, cuyos primeros albores se remontan al siglo XIX, y que fundamentalmente se puede definir como la adecuada redistribución de bienes materiales e inmateriales entre todos los sectores de la sociedad, reconociendo las diferencias entre las distintas etnias y culturas y promocionando, mediante políticas públicas la participación de todos los sectores de la ciudadanía en los asuntos sociales.

SEGUNDA.- A pesar de que las Clínicas Jurídicas constituyen iniciativas de reciente creación en nuestro país, no ocurre lo mismo con países de nuestro entorno más cercano, puesto que ellos cuentan con una tradición más consolidada en lo que al método práctico de estudio se refiere. Efectivamente, en España siempre hemos seguido una línea de aprendizaje muy teórica, máxime en el ámbito del Derecho, donde los sistemas educativos siempre se han mostrado más encaminados a la absorción de conocimientos teóricos por parte del alumnado que a la asimilación de dichos conocimientos mediante la resolución de problemas que pueden darse y/o que se están dando en la vida real.

TERCERA.- Probablemente, el punto de inflexión en este camino ha sido la inclusión del sistema educativo español en el espacio europeo de educación superior, el cual persigue la filosofía contraria a la que España lleva arraigada desde hace décadas: la participación del alumnado en conflictos reales, como método para aplicar los conocimientos adquiridos durante la formación universitaria.

CUARTA.- Además de lo anterior, las iniciativas de las Clínicas Jurídicas tienen que ver con la propia formación estructural de la sociedad, de manera que si bien el plano teórico del Derecho encaja todos los ángulos a la perfección, no ocurre así *de facto*, y el ejemplo más clarificador lo vemos con el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: si bien es un Derecho Fundamental así considerado en nuestra Carta Magna, no siempre se cumple por los poderes públicos, debido, como decimos, a la propia formación piramidal de la sociedad, la cual ha traído consigo la existencia de los denominados colectivos vulnerables (víctimas de violencia de género, de terrorismo, discapacitados, LGTBI, menores de edad, barrios marginales, etc).

QUINTA.- No queremos dar a entender con lo anterior que el poder judicial seleccione con quien cumplir la Tutela Judicial Efectiva, hay una parte de la ciudadanía a la que le costará más que al resto alzar la voz para hacer valer su Derecho, ya que tradicionalmente no disponen ni de los recursos ni de los conocimientos jurídicos precisos para impugnar la decisión del poder judicial.

SEXTA.- Además de erigirse como una opción muy a tener en cuenta por los colectivos vulnerables, no debemos perder de vista la otra perspectiva de las Clínicas Jurídicas; efectivamente, no estamos hablando de profesionales del mundo del Derecho que se dedican a atender a este sector de la ciudadanía, sino que es el propio estudiante de las Facultades de Derecho el encargado de conocer de dichos asuntos. De esta forma, cumplimos con la misión que indicábamos al principio de

48 Enlace de consulta a este programa: <https://www.probonoespana.org/recursos-ucrania/>

estas conclusiones: vamos adaptando progresivamente nuestro sistema educativo universitario a las exigencias del espacio de educación superior comunitario, propiciando al sector estudiantil conocimientos de casos reales, complementando su formación teórica con un acercamiento a la vida real, favoreciendo, por ende, sus competencias profesionales una vez acaben la carrera. Pero principalmente introduciendo herramientas que facilitan la adquisición de competencias vinculadas al concepto de Justicia Social, ofreciendo al estudiante la posibilidad de buscar la interpretación justa de la norma en casos reales.

SÉPTIMA.- Finalmente, hemos visto que en la actualidad contamos con un número bastante notable de Clínicas Jurídicas, repartidas por toda la geografía española debiendo acudir a sus propios reglamentos y guías didácticas de funcionamiento, elaborados por las propias facultades de Derecho.

5. Bibliografía

BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: «Apuntes acerca de la educación jurídica clínica», *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2006, pág. 44.

BLOCH, F.S: *El movimiento global de Clínicas Jurídicas; formando juristas en justicia social*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2013.

CABO PAN, J.L.: La distribución de competencias entre las diferentes administraciones públicas, *Revista para la promoción y apoyo a la enseñanza del español*, 2001, n.º6, págs. 6-10.

CAPELLETI, M.: *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial por hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1997, pp 47.

DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CALANDE, E.G.: Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho administrativo. *Revista de Administración pública*, n.º 40, 1963, pp 189-224.

DÍEZ PICAZO, L: *Aproximación a la Tutela Judicial Efectiva*. Persona y Estado en el umbral del siglo XXI, 2001, págs. 209-232.

FRASSER, N, *Escalas de Justicia*. Editorial Herder, Barcelona, 2008.

GARCÍA MOLINA, P.: *Hacia unas Clínicas Jurídicas del siglo XXI. Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria*, 2021, pp. 57-75.

GIULIA BERNARDINI, M.: «Las Clínicas Jurídicas y la identidad del jurista; reflexiones filosófico-jurídicas a partir del debate italiano». *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 2017, n.º36.

GOIZ MARTÍNEZ, J.M.: *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*. Organización y funcionamiento del Estado Constitucional en España, Madrid, 2021, pp. 319-340.

GRIFFITHS, M.: *A Fair bit or Difference*. Open University Press of Buckingham, Londres, 2003.

HARTNETT, D.: *The history of Justice*. Loyola University of Chicago, Chicago, 2001.

LÓPEZ GARCÍA, M.: La educación y su regulación legal. Necesidad de cambios. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º92, 2015 p. 375.

- LÓPEZ GARCÍA, M.:** *La educación como derecho fundamental y como servicio público* en González Ríos, I.: *servicios de interés general y protección de los usuarios*. Dykinson, Madrid, 2018, pp 109-129.
- MACLEANS MARTINS, A.C.:** «El rol de las Clínicas Jurídicas en la enseñanza del Derecho». *Revista de la Asociación IUS ET VERTIAS*, n.º 45, 2012, págs. 378-886.
- MARQUÉS I BANQUÉ, M.:** «Clínicas Jurídicas y Universidad Pública», *Revista de Educación y Derecho*, 2015.
- MAZUERA AYALA, P.:** «Las Clínicas Jurídicas de interés público como escenario de flexibilidad académica». *Memorando de Derecho*, n.º3, 2012, págs. 123-132.
- PABÓN MANTILLA, A.P.:** «Retos de las Clínicas Jurídicas frente a la atención de migrantes con enfoque diferencial de género. *Revista Indisciplinas*», n.º10, 2019, págs. 13-29.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R.:** «La implementación del probono en la cultura jurídica española como sistema de acceso a la justicia». *Revista de Derecho procesal, civil y mercantil*, n.º21, 2019, pág. 8.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R.:** «Clínicas Jurídicas, método clínico y los conflictos susceptibles de recibir tratamiento clínico». *Revista Internacional de Pensamiento Político*, n.º14, 2019, págs. 499-513.
- SEN, A.:** *La idea de Justicia*. Taurus, Madrid, 2009.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.L. y PALENCIA HERREJÓN, F.:** *La nueva regulación de las Universidades*. Comares, Granada, 2002, pág. 317.
- TAPARELLI, L.:** *Saggio teorético di dirritto naturales, appoggiatosulfatto*. Editorial la Civiltà Católica, Roma, 1843.

PROCESO CIVIL

LAS POSIBLES ACCIONES PROCESALES QUE TUTELAN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO AL CONSUMO

Jesús Palomares Bravo

*Investigador Contratado Predoctoral de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La acción de nulidad del contrato de crédito *revolving* fundamentada en la ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios y la sinuosa doctrina jurisprudencial aplicable 2. Acciones basadas en la normativa de protección de consumidores y usuarios 2.1. La acción de nulidad de la cláusula que regula el interés remuneratorio fundamentada en su abusividad por falta de transparencia 2.2. La acción de nulidad por abusividad de otras cláusulas contractuales 2.3. La acción declarativa de condena patrimonial o acción restitutoria de cantidades 3. Otras acciones judiciales factibles 4. Bibliografía.

0. Introducción

No cabe duda de que a día de hoy son frecuentes los procedimientos judiciales instados por los consumidores como consecuencia de los créditos al consumo en su modalidad *revolving*. La marcada complejidad funcional de este producto financiero, a la que se unen en no pocas ocasiones unos intereses remuneratorios desproporcionados, provoca que los usuarios busquen consejo jurídico sobre cuáles son las acciones judiciales que les asisten. Con este propósito, tratamos de realizar un análisis de cuantas acciones existen en nuestro ordenamiento y las controversias que existen en torno a estas.

Así, comenzamos nuestro estudio por la acción declarativa de nulidad del contrato por usura que tiene su fundamento en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, que trata de obtener la declaración de nulidad por usura de la cláusula que disciplina los intereses remuneratorios, para así posteriormente lograr obtener la restitución de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación del interés declarado usurario. Hilvanando con esto último, también se analiza la posible prescripción de la acción de restitución de las cantidades abonadas de más como consecuencia de una cláusula declarada nula o abusiva. A propósito de la abusividad, se estudian las acciones contenidas en la normativa

para la protección de consumidores y usuarios, las cuales inciden en la nulidad de éstas por su carácter abusivo, bien por no superar el doble control de transparencia, bien porque se omite por parte de la entidad de crédito cierta información precontractual. Por último, tratamos de explorar nuevas vías judiciales a través de la legislación en materia de competencia, al entender que las entidades crediticias incurrieron en prácticas comerciales desleales y fruto de ello, comercializaron un producto complejo a consumidores desinformados lo que sin duda les supuso una ventaja económica.

1. La acción de nulidad del contrato de crédito *revolving* fundamentada en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios y la sinuosa doctrina jurisprudencial aplicable

La acción declarativa de nulidad del contrato por usura, es la acción más habitual y por tanto típica que ejercita el consumidor financiero afectado por los altos intereses remuneratorios del contrato de crédito *revolving*. Esta acción declarativa, tiene fundamento en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (LRU). Si bien es cierto que el texto legal se refiere a los contratos de préstamo, el art.9 LRU alude *expressis verbis* a cualquier operación que se asemeje sustancialmente a un préstamo de dinero, paradigma que lo conforma el crédito *revolving*.

Así, de conformidad con el art.1 LRU es nulo «todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». Es por ello que aquel contrato de crédito *revolving* en el que se aprecie usura en la cláusula que regule los intereses remuneratorios que lo disciplinan, se declarará su nulidad de pleno derecho, con las consecuencias que lleva aparejadas en el art.3 LRU. Es decir, la obligación por parte del prestatario de entregar tan solo la suma recibida, devolviendo el prestamista la parte que haya satisfecho el prestatario. Además, para el caso de haber abonado parte del préstamo y los intereses pactados, el prestamista devolverá, en definitiva, lo que tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado. Por situarnos frente a una nulidad radical y absoluta, la acción declarativa de nulidad no se encuentra sujeta a plazo de prescripción alguno¹.

Es en el art.1 LRU donde se recogen los requisitos, subjetivos y objetivos, que tienen que concurrir para declarar el carácter usurario de la cláusula que disciplina los intereses remuneratorios de la operación crediticia. Antes del año 2015 (Sentencias del Tribunal Supremo N.º 406/2012, de 18 de junio, ECLI:ES:TS:2012:5966 y N.º 677/2014 de 2 de diciembre, ECLI:ES:TS:2014:5771), el Tribunal Supremo consideraba que era necesaria la concurrencia de ambos requisitos para que el órgano judicial estimara la acción y declarase nulo el contrato de crédito, con fundamento precisamente en la usura del interés remuneratorio.

1 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p.480 y FORTEA GORBE, F.: «La nulidad por usura en los contratos de préstamo y de crédito. Interpretación jurisprudencial actual», Castillo Martínez, C.C (Dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.323.

Esta doctrina jurisprudencial sufrió un claro viraje a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 628/2015, de 25 de noviembre, ECLI:ES:TS:2015:4810, la cual retoma una línea jurisprudencial anterior en la que es suficiente la concurrencia de los requisitos objetivos para que el crédito sea usurario. De esta forma, resulta usurario el interés notablemente superior al del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, de tal forma que no es necesario que el consumidor del crédito acreditado que celebró en contrato a causa de una situación angustiosa, por su inexperiencia, o bien por lo limitado de sus facultades mentales (art.1 LRU).

En este sentido, la cuestión no resulta del todo pacífica e incluso actualmente sigue siendo objeto de controversia. Bien es cierta la redacción lacónica² del art.1 LRU, rasgo tras el cual ha operado una flexibilidad y adaptación a las nuevas realidades jurídicas que no han eximido de la *quaestio iuris* en torno a exigibilidad, presunción o ausencia del elemento subjetivo para admitir la existencia de usura en los contratos de crédito *revolving*. Podemos cotejar que autores como SÁNCHEZ GARCÍA, ORDUÑA MORENO, AGÜERO ORTIZ, ALEMANY CASTELL, VÁZQUEZ DE CASTRO O CARRASCO PERERA³ se revelan como férreos defensores de la concurrencia cumulativa de ambos elementos, por lo que de algún modo ponen énfasis en ser considerados como requisitos, es decir su exigencia acumulada. No basta la mera concurrencia de uno de los elementos (el objetivo) ya que al faltar uno, no podremos calificar como usurario la cláusula de interés remuneratorio inserta en el contrato de crédito.

Por el contrario, la doctrina clásica más autorizada abogó en su momento por la no concurrencia de todos los elementos o circunstancias presentes en el primer párrafo

2 En este sentido se ha criticado la redacción de este primer párrafo del art.1 LRU por ser desafortunada y poco precisa técnicamente siguiendo a Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 9 ed., Tecnos, Madrid, 2002, p.442. También LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, tomo II, volumen 1.º, 3.º ed., Dykinson, Madrid, 2003, p.107 y ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2004, p.96. En la jurisprudencia también se ha criticado la defectuosa y ambigua redacción, así destacamos la SAP Castellón (Secc. 1.º) de 23 de junio de 1997 (AC 1997, 1739) cuyo FD 3.º expresa: «La defectuosa redacción del párrafo 1.º de dicho precepto legal, que amontona una porción de conceptos y situaciones, sin precisar con la claridad debida, si se trata de requisitos taxativos o de enunciados simplemente demostrativos, originó un grave problema interpretativo relativo a determinar si la apreciación de la usura en el supuesto de dicho párrafo 1.º del citado artículo requería la simultánea concurrencia de todas las circunstancias fácticas descritas en el mismo, dando lugar a una jurisprudencia un tanto contradictoria».

3 SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «Crédito revolving: distinción entre usura y abusividad. La necesaria prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Comentarios al Auto del TJUE de 25 de marzo de 2021», *Revista de Derecho VLex*, núm.203, abril, 2021, pp.2-3; ORDUÑA MORENO, F.J.: «La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas Revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.4, 2020, pp.4-5, ambos autores citan la STS (Sala 1.º) de 27 de marzo de 2019 en la que sí se tuvo en cuenta el elemento subjetivo; ALEMANY CASTELL, M.: «Los créditos revolving y las tarjetas revolving», *Revista jurídica sobre consumidores Vlex*, núm.7, febrero, 2020, p.103; AGÜERO ORTIZ, A.: «Consecuencias auguradas de la doctrina Sygma en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia», *Revista jurídica sobre consumidores Vlex*, núm.7, febrero, 2020, p. 73; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Los créditos rotativos o revolving, control de transparencia, abusividad y carácter usurario», *Revista jurídica sobre consumidores Vlex*, núm.7, 2020. p. 54 y CARRASCO PERERA, A. y AGÜERO ORTIZ, A.: «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo «Sygma mediatis»: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.16, 2016, pp.35-36.

del art.1 LRU para apreciar el carácter usurario del préstamo o crédito⁴ por lo que simplemente al concurrir el elemento objetivo era suficiente para determinar el carácter usurario. A medio camino entre ambas posiciones doctrinales, las que exigen o no la exigencia cumulativa del elemento objetivo con el subjetivo, podemos considerar posiciones híbridas o mixtas que merecen ser matizadas. Estas perspectivas defienden que lo correcto y coherente con la norma es exigir la presencia de ambos requisitos, pero no su aplicación conjunta de forma obligatoria. Toda vez que se constate que el interés es notablemente superior al normal del dinero se realiza una labor de presunción o de toma por existente del elemento subjetivo de forma implícita⁵ por cuanto el contrato de crédito o préstamo fue aceptado en alguna de las circunstancias subjetivas que se citan en el art.1 LRU.

En nuestra opinión compartimos parte de la perspectiva que se realiza desde lo que hemos denominado posiciones híbridas o mixtas en cuanto a lo que flexibilización y potenciación en la aplicabilidad de la LRU se refiere. Ello porque implica una valoración de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren. Ahora bien, al hacer ese análisis conjunto en la apreciación de la usura, el juez tiene amplias facultades para poder exigir el elemento subjetivo pues ya en esa presunción que realiza derivada de la constatación del elemento objetivo está requiriendo la constatación presencial del elemento subjetivo, la situación angustiosa, inexperta o limitada del prestatario. Tachar de usurarios todos los créditos solo por el tipo de interés elevado puede ser pernicioso por cuanto puede hacer inviable la concesión de créditos a usuarios y operadores que verdaderamente reclaman este producto o lo necesitan. Quedarnos exclusivamente en el requisito del elemento objetivo podría llevarnos en términos absolutos a la imposibilidad de obtención de líneas de financiación rápidas y sin apenas trámites, eso sí por su sencillez su precio elevado, al objeto de afrontar pagos urgentes o puntuales en los cuales este producto financiero puede revelarse como de gran utilidad. Entendemos que no es difícil extraer por el juzgador de las

4 Entre otros destacamos: ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, tomo II, 12.º ed., Edisofer, Madrid, 2004, pp.75-76; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario al art.1755 CC» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.1629; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II., 5.º ed., Civitas, Madrid, 1996, p.285; HERNÁNDEZ GIL, A.: «Comentario al art.1755 CC.», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 7, Bosch, Barcelona, 2000, p.1020; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, 2.º ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp.388-389 y VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *La deuda de intereses*, editorial EUB, Barcelona, 2002, p.458.

5 Para ALFARO «A nuestro juicio, la coherencia sistemática de la norma exige interpretarla en el sentido de que es necesaria la presencia de circunstancias objetivas y subjetivas para apreciar la existencia de un contrato usurario y que es correcto, como hace este tercer grupo de sentencias, presumir el carácter usurario una vez comprobado que el interés pactado es notablemente superior al normal del dinero», en ALFARO-ÁGUILA REAL, J.: «Usura e intereses abusivos (I)», entrada publicada en el blog «Derecho mercantil España», 3 de junio de 2014, puede consultarse en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-i.html> (fecha de última consulta 01/08/2022). También siguiendo esta línea REINHART niega la presencia cumulativa de los elementos objetivos y subjetivos, es decir, su aplicación conjunta obligatoria que se deriva de la propia redacción del art.1 de la LRU para luego admitir la presencia de cierta flexibilidad en la utilización conjunta de ambos elementos y si concurre el subjetivo manifestarlo en la fundamentación jurídica de la sentencia para fundar mejor la resolución de la controversia, pero sin que ello sea necesario porque la presencia del elemento objetivo fundamenta su carácter usurario REINHART SCHULLER, R.: «Nulidad de los créditos revolving a través de la normativa de usura», *Revista CESCO de derecho de consumo*, núm.36, 2020, pp.56-57.

circunstancias concurrentes del caso que la situación económica y personal del prestatario del crédito *revolving* responde a los parámetros exigidos por el artículo 1 LRU y que, de concurrir junto con el tipo de interés elevado, sean ambos requeridos y plasmados en la resolución judicial que proceda. La inexperiencia en el momento de la contratación del crédito además de la habitual finalidad para afrontar pagos de productos de primera necesidad situaciones de urgencia son circunstancias subjetivas sencillas de probar. La falta de observancia conlleva a la desnaturalización del término crédito usurario⁶. Por estos motivos estamos de acuerdo con la exigencia para la apreciación de la usura de ambos elementos en cuanto se trata de una ley cuyo efecto es la nulidad radical prevista en su art.3 LRU. La concurrencia de ambos elementos consideramos que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica en el seno de la relación crediticia dada la discrecionalidad de los conceptos que este texto (LRU) contiene y que ha dado pie a la adaptación jurisprudencial del mismo.

Con respecto al carácter usurario del contrato de crédito *revolving*, el Tribunal Supremo parte del principio de libertad de las partes en el establecimiento del tipo de interés ex.art.315 CCo «Podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie». Acto seguido, el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 2015 indica que el control de la usura constituye un límite a la autonomía negocial de las partes. Tras ello, valora si el interés fijado es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso tal y como exige el art. 1 LRU. En relación con el primer requisito, el Tribunal Supremo señala que ha de efectuarse una comparación entre la TAE fijada en el contrato y en normal del dinero, entendiéndose como el habitual para esa clase de operaciones. Este interés normal del dinero se puede extraer de las estadísticas del Banco de España sobre los tipos de interés aplicables a las distintas operaciones crediticias. Más concretamente, al interés medio de los préstamos al consumo, que se situaba por aquel entonces en torno al 12-13% cuando se concertó el contrato en el año 2001. En esta situación, resolvió que un interés de 24,6% TAE es notablemente superior al del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso por no justificar la concurrencia de situación alguna que ampare ese interés tan elevado. Por tanto, se reputó usurario el interés remuneratorio y se declaró nulo el contrato.

A propósito de esto, se comete un grave error por parte del Tribunal Supremo al realizar la comparación. Se atendió a la TAE y no al tipo de interés nominal o TIN de los intereses remuneratorios fijados en el contrato de crédito *revolving*, apartándose de la jurisprudencia previa⁷. Siguiendo con la definición que el Banco de España proporciona sobre la Tasa Anual Equivalente (TAE), la mencionada tasa recoge más conceptos que la sola retribución por los intereses del principal dispuesto que sería el precio del dinero utilizado efectivamente (tipo de interés nominal o TIN). La TAE «tiene en cuenta el tipo de interés nominal de la operación, la frecuencia de los pagos (mensuales, trimestrales, etc.), las comisiones bancarias y algunos gastos de la operación. En el caso de los créditos, no se incluyen en el cálculo del coste efectivo algunos conceptos, como los gastos que el cliente pueda evitar en uso de las facultades que le concede el contrato, los gastos que han de abonarse a terceros o los gastos por seguros o garantías»⁸. El tipo de interés o TIN es la suma que se paga por obtener en préstamo una cantidad de dinero (o que se recibe por prestarlo), expresada como porcentaje de esa cantidad. De ello la consecuencia es lógica, la TAE siempre arrojará

6 VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «Los créditos rotativos...», *op. cit.*, p. 59.

7 AGÜERO ORTIZ, A.: «Consecuencias auguradas de...», *op. cit.*, pp.77-78.

8 <https://www.bde.es/bde/es/utiles/glosario/glosarioEst/indexT.html> (fecha de última consulta: 01/08/2022)

un tipo mayor que al TIN por cuanto la TAE integra el resto de comisiones bancarias y no solo el tipo de interés sobre el dinero. Asimismo, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo determina en el art.6 nítidamente la distinción entre ambas tasas siendo el tipo deudor (equivalente al TIN) «e) Tipo deudor: el tipo de interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito utilizado», la tasa anual equivalente (TAE) por su parte la define como «el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido», este coste total incluye además de conformidad con el art.6 a) del texto «todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría». De esta exposición tenemos que concluir que la TAE excede del precio del contrato por integrar más concepto y es el TIN o el interés remuneratorio concreto, el precio que la entidad cobra por prestar o paga por depositar. Es por ello que cabe concluir que el Tribunal Supremo se equivoca al aplicar un parámetro a nuestro juicio equivocado, debiéndose de considerar la TIN (si se aplicaba las estadísticas del Banco de España) y no la TAE. Si se usa como parámetro de referencia la TAE deberían los tribunales de flexibilizar y ser más sensibles a la hora de apreciar la usura contemplando porcentajes más altos para contemplar usurario o préstamo. Si bien desde un punto de vista de consumo, la TAE es más transparente para el consumidor-prestatario tal y como señala el Tribunal Supremo, no creemos que sea el concepto de interés más adecuado que se recoge en la LRU.

Asimismo, a propósito de la sentencia del año 2015, es cierto que tanto el crédito *revolving* y los créditos de esta tipología con tarjeta asociada no tenían una categoría *ex profeso* en ese momento, para realizar un *tertium comparationis* adecuado. Es a partir de marzo de 2017 cuando se van publicando a tenor de la Circular 1/2010, de 27 de enero del Banco de España. Desde entonces ya sí se recogen en la tabla estadística 19.4 del Boletín estadístico anual del citado organismo, en una reorganización que responde a las diferentes características de los créditos concedidos a través de tarjetas de crédito (de pago aplazado o *revolving*) y que son claramente distintos de los tipos de interés de los tradicionales créditos al consumo. Sin embargo, esta circunstancia no eximía a que el juzgador ante la ausencia de estas estadísticas, acudiese a otras herramientas informativas⁹ en las cuales poder consultar de forma clara y efectiva que tipos de interés se estaban aplicando en el mercado para esas determinadas operaciones de crédito *revolving*. La errónea comparativa realizada por el Tribunal Supremo además de la correspondiente crítica que realizamos desde la doctrina, ha provocado también que algunas Audiencias Provinciales no siguieran este criterio con acuerdos jurisdiccionales no unánimes¹⁰ y numerosas sentencias en contra de la nulidad por usura las Sentencias de la Audiencia Provincial de

9 Como por ejemplo las tablas comparativas de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) o el índice de valores elaborado por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF). También existen diarios especializados en economía como *Expansión* que elaboran tablas a estos efectos, CARRASCO PERERA, A. y AGÜERO ORTIZ, A.: «Sobre la usura...», pp.83-86. En cuanto a la defensa del índice ASNEF para obtener datos comparativos desde 2008 y la posibilidad de acudir a otras fuentes de información, ALEMANY CASTELL, M.: «Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), pleno, número 149/2020, de 4 de marzo ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena sobre la usura en los créditos revolving. ¿Clarificación de criterios o mayor confusión?», *Revista jurídica sobre consumidores VLex*, núm. Especial, abril, 2020, pp.17-19.

10 SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «El bazar jurisprudencial de las tarjetas revolving», *Diario la Ley*, núm. 9642, sección tribuna, 28 de mayo de 2020, p.1 y ARTIGOT GOLOBARDES, M.: «Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica», *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020, dis-

Barcelona N.º 131/2019, de 11 de marzo, ECLI:ES:APB:2019:1734, de la Audiencia Provincial de Zaragoza N.º 656/2019, de 3 de septiembre, ECLI:ES:APZ:2019:1641, de la Audiencia Provincial de Albacete N.º 296/2018, de 21 de septiembre, ECLI:ES:APB:2019:1734 y de la Audiencia Provincial de Salamanca N.º 374/2019, de 31 de julio, ECLI:ES:APSA:2019:534. A favor de aplicar el criterio del Tribunal Supremo establecido en la sentencia que comentamos, consideran usurario el contrato de tarjeta *revolving* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias N.º 442/2018, de 30 de noviembre, ECLI:ES:APO:2018:3597, de la Audiencia Provincial de Sevilla N.º 113/2019, de 15 de abril, ECLI:ES:APSE:2019:539, de la Audiencia Provincial de Valencia N.º 707/2019, de 3 de junio, ECLI:ES:APV:2019:2353, de la Audiencia Provincial de León N.º 280/2019, de 21 de junio, ECLI:ES:APLE:2019:776, pero especialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, N.º 402/2019, de 9 de julio, ECLI:ES:APS:2019:976, la cual al ser recurrida en casación motivó la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 149/2020, de 4 de marzo, ECLI:ES:TS:2020:600.

Hilvanando con esta última resolución judicial, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 149/2020, de 4 de marzo, ECLI:ES:TS:2020:600, supuso el segundo hito relevante en materia de acción de nulidad por usura en este ámbito. En síntesis, confirmo la doctrina del año 2015. En este caso, se declaró nulo por usura un contrato de crédito con tarjeta *revolving* suscrito en 2012 con una TAE del 26.82%.

Una resolución que lejos de despejar interrogantes, siguió confirmando muchos de ellos. El aspecto positivo, fue apartarse de la doctrina del año 2015 al seleccionar como referencia para determinar el interés normal del dinero que sirva de comparación con el interés previsto en la tarjeta de crédito *revolving*, los tipos medios en operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y crédito *revolving* «el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España (que ya sí eran publicados a partir de 2017 como hemos referido), y con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda» (FD 4.º.3) y no los tipos medios de los préstamos y créditos al consumo como hasta entonces.

En este sentido cabe matizar, que antes de 2010 no existen estadísticas oficiales publicadas por el Banco de España sobre las tarjetas de crédito y tarjetas *revolving*, por lo que habría que emplear en los casos de suscripción de contratos anteriores a esa fecha, el término más genérico de créditos al consumo. Habrá que estar siempre a la fecha de contratación y determinar si existían o no estadísticas oficiales publicadas por el Banco de España sobre las tarjetas de crédito y tarjetas *revolving* para emplear uno u otro término de comparación.

Sin embargo, tras este paso hacia adelante, dos hacia atrás. Vuelve a considerar para valorar el interés normal del dinero la TAE del contrato de tarjeta de crédito *revolving* y no la tasa de interés remuneratorio (TIN) establecida en el contrato, que como defendimos es la más adecuada como referencia comparativa por cuanto es la reflejada en las estadísticas del Banco de España y constituyen el precio del crédito, y no su costo (TAE). La TAE, recordemos es más amplia por cuanto no solo recoge el precio del crédito sino también las comisiones y otros gastos que ha de abonar el prestatario, no solo la remuneración por la concesión del crédito (se correspondería con la TIN).

Para apoyar nuestro argumento baste con observar las defendidas tablas estadísticas del Banco de España. Al tomar el Tribunal Supremo como referencia comparativa estas estadísticas, en las mismas los diferentes promedios son calculados en base al

TEDR (tipo efectivo de definición restringida) y no con la TAE que nos pretende aplicar el Tribunal Supremo. El TEDR equivaldría al por no integrar las comisiones, pero en ningún caso a la TAE. Si nos acogemos a la TAE del contrato (siempre superior al TEDR o al TIN) y se compara con el TEDR medio recogido en las tablas estadísticas del Banco de España para los créditos *revolving* con tarjeta, se está haciendo una comparación errónea por no ser índices o referencias equivalentes ni homogéneas. El resultado lamentablemente no es el real, sino que se encuentra sesgado¹¹. En el supuesto enjuiciado en la sentencia que comentamos la TAE es del 26,82%, el TIN de contrato 24% y el TEDR medio un 20,64%: los resultados difieren si se compara la TAE del contrato con el TEDR respecto de la comparación que realizásemos entre el TIN del contrato con el TEDR medio de las estadísticas. De haberse efectuado una comparación entre términos homogéneos TIN vs. TEDR la diferencia es del 3,36%, en este paradigma ¿se hubiera calificado como usurario el contrato de crédito con tarjeta *revolving*? Evidentemente, no. Por la ambigua fundamentación expuesta, al Tribunal Supremo le urge atender estos rasgos diferenciales de estas tipologías contractuales respecto a otros productos financieros. Por último, también se ignoró al elemento subjetivo de la usura.

Finalmente, en la materia de ejercicio de la acción declarativa de nulidad de la cláusula de interés remuneratorio en el ámbito del crédito *revolving*, es significativa la reciente Sentencia del Tribunal Supremo N.º 367/2022, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1706. En este supuesto se celebró un contrato de crédito con tarjeta *revolving* en el año 2006 y declara en esta ocasión que no es usurario un interés del 24,50 % TAE. Esto ha generado evidentemente el debate sobre si verdaderamente ha operado un cambio de doctrina sobre la materia que analizamos.

En esta ocasión también tenemos que cuestionarnos el interés notablemente superior al del dinero que se adopta. Lo primero que llama poderosamente nuestra atención, radica que en el momento de suscripción del contrato en el año 2006 no existían datos por parte del Banco de España en relación con las tarjetas de crédito con pago aplazado. Aún a pesar que la sentencia de apelación establece en su FJ 6.º que los datos son obtenidos del Banco de España «*En efecto, la documentación aportada por ESTRELLA RECEIVABLES LTD en el acto de la audiencia previa —obtenida de la propia base de datos del Banco de España— revela que en Junio de 2005 frecuentemente la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era superior al 20%, siendo habitual incluso que las contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23, 24, 25 y hasta el 26%*». Nada se dice sobre la fuente de los mismos. Ello revela que el índice se basa en un documento aportado a instancia de parte.

Por otro lado, no se menciona ningún tipo de índice alternativo que permita corroborar lo expuesto. A mayor abundamiento, en el año de suscripción del contrato (2006), ni en el anterior con el que se hace la comparativa en el supuesto, existían datos en relación con las tarjetas controvertidas. Los créditos *revolving* estaban incluidos en la categoría de créditos al consumo (1 año) hasta junio de 2010. Con la reforma de las estadísticas del Banco de España operada en 2017, ya se crea una categoría específica como hemos puesto de relieve que recoge los tipos de interés desde 2010. No consta ninguna impugnación de estos datos como hubiera sido deseable, ¿serían provenientes de un informe pericial de parte? Podría pensarse que

11 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: «Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a las STS de España, Sala 1.ª, 149/2020, de 4 de marzo (rec. Núm.4813/2019)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm.30, julio, 2020, pp.770-771 y AGÜERO ORTIZ, A.: «Sentencia Wizink: usura en ausencia de anormalidad, desproporción o situación angustiosa», *Revista jurídica sobre consumidores VLex*, núm. Especial, abril, 2020, pp.63-66.

los citados índices fueron aportados como originalmente procedentes del Banco de España y la no oposición procesal a este documento, dio carta de validez para quedar fijados como índices oficiales y con ello tener virtualidad probatoria. De esta forma, podríamos aportar prueba distinta que no acuda a las estadísticas del Banco de España¹², como también ya determinó la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 628/2015, de 25 de noviembre, ECLI:ES:TS:2015:4810. Otra alternativa deseable a dilucidar, sería la preceptiva solicitud de un dictamen oficial, opción que junto con el dictamen pericial de parte suponen un incremento económico para el justiciable. Son importantes todos estos extremos, porque aquel índice alegado por la demandante ahora es el que nuestro Tribunal Supremo confirma. En síntesis, se usan datos que no existían cuando se expidió la tarjeta *revolving* al recurrente en casación. Asimismo, consideramos que el órgano judicial atendiendo a la jurisprudencia y a las tablas estadísticas del Banco de España tuvo la posibilidad de averiguar que en el momento de suscripción del contrato no existían en las tablas del Banco de España la categoría específica aludida de «tarjetas de crédito con pago aplazado». De todo ello se extrae una consecuencia positiva, que es la aclaración del término de comparación que siempre será el de operaciones con tarjeta, y no los tipos generales de las operaciones de consumo, inclusive cuando la tarjeta es concertada en una fecha en la que no existían datos específicos en las tablas estadísticas del Banco de España.

Tratándose de un supuesto posterior a la sentencia de 2015 y anterior a la de 2020, provoca que el criterio aun no sea claro. Al hablar el Tribunal Supremo de tipos de hasta el 26% TAE como los normales del mercado, podríamos entender que este porcentaje revela el límite de usura cuando los tipos medios según el Banco de España son del 20% o superior. Pero realmente al exponerlo el Tribunal Supremo no parece establecer un límite, sino reconocer la prueba que las entidades bancarias venían ofreciendo. Esto le lleva a declarar no usurario el contrato de crédito *revolving* con tarjeta con una TAE del 24,5%. Circunstancia que pone de manifiesto la escasa aportación novedosa o aclaración de la sentencia. Además, otra cuestión a dilucidar y no menos importante, es la pretendida perpetuación de la comparación errónea de índices heterogéneos como son la TAE y el TEDR para determinar el interés notablemente superior al del dinero, lo que es deseable corregir cuanto antes. Por tanto, debemos de seguir insistiendo en la necesidad de comparar índices homogéneos. Esta confusión jurisprudencial podría ser eludida en buena medida, si las tablas del Banco de España al aludir a los créditos *revolving* lo hicieran con relación a la TAE media del mercado y no el TEDR, pues a la hora de valorar el interés del contrato se toma el coste total del crédito y no el precio del mismo.

Evidentemente, esta situación causada por la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 367/2022, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1706, está generando una desprotección de los consumidores de estos créditos personales al consumo en su modalidad *revolving*. Ello es así porque existen órganos judiciales que ya están aplicando la doctrina del Tribunal Supremo de que un interés superior al 26% en tarjetas *revolving* no es usurario, en especial en tarjetas contratadas antes del año 2010 cuando no existían las estadísticas. Además, resulta controvertido, pues recordemos que se basa el interés usurario en la resolución de 2022 en una prueba de parte y ahora parece extenderse al resto de supuestos, como si de una información estadística oficial se tratara. En esta línea se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 904/2022, de 30 de mayo, ECLI:ES:APB:2022:6304. Esta sentencia emanada de la Sección 15 de lo Civil, es de las primeras de un tribunal que en apelación funda-

12 AGÜERO ORTIZ, A.: «Más allá de Sygma y Wizink: el TS empieza a anclarse en soluciones razonables. Los créditos revolving (pre y post 2010) son usurarios si superan notablemente a los tipos medios de las tarjetas STS (Civil) núm. 367/2022 de 4 de mayo de 2022, recurso 812/2019», *Publicaciones jurídicas CESCO*, 20 de mayo de 2022, p.3.

menta el fallo en la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 367/2022, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1706. Da validez a un interés del 26,70% TAE de una tarjeta de crédito de Wizink contratada en 2015 determinando que no es usurario el interés remuneratorio. Hemos de admitir que esta resolución si compara índices homogéneos, a diferencia de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo que comparaba la TAE con la TEDR. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 904/2022, de 30 de mayo, ECLI:ES:APB:2022:6304, en su FJ 3.º 9 entiende que no aprecia la desproporción exigida en la doctrina jurisprudencial, ya que el tipo medio del crédito operativa *revolving* en el año 2015 fue del 24,34% TAE mientras que en el contrato se pacta un 26,70% TAE, si bien por encima de la media para este tipo de operaciones, no estima desproporcionadamente elevado el tribunal esta TAE, por lo que desestima el recurso de apelación. Todo ello, nos puede llevar a pensar a un posible cambio de doctrina. Asimismo, otros juzgados han continuado esta línea, por lo que ya no es del todo seguro como parecía la estimación de la acción de nulidad fundamentada en la LRU. A *sensu contrario*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, N.º 211/2022, de 26 de mayo, ECLI:ES:APO:2022:1301, confirma el carácter usurario de una tarjeta *revolving* contratada en septiembre de 2006 con una TAE del 22,95%. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, N.º 376/2022, de 15 de junio, declarara nulo un contrato de tarjeta *revolving* suscrito en 2008 con una TAE del 18,90%. Es por lo que esta línea jurisprudencial, mantiene el criterio seguido en 2020 y confirma invariabilidad de doctrina jurisprudencial en el año 2022.

Esta línea jurisprudencial es tildada de invariable por el momento, pues ha sido recientemente confirmada de nuevo por la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 3503/2022, de 4 de octubre, ECLI:ES:TS:2022:3503. La citada resolución expone «. Los porcentajes a que se refiere el recurso de casación no son correctos, porque se refieren a créditos al consumo y, como hemos dicho anteriormente, es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos *revolving*, como las tarjetas recargables o de las de pago aplazado, que en la fecha de celebración del contrato tenían un interés medio del 24,5% anual y en la década 1999/2009, osciló entre el 23% y el 26%; en todo caso, siempre en un rango superior al interés pactado en el caso litigioso» (FD 2.º).

En definitiva, la situación jurisprudencial contradictoria y de presión que ejercen las entidades financieras ha desembocado en esta situación, en síntesis, una doctrina jurisprudencial vacilante que juega en contra de los consumidores. Por estas razones, urge la llamada al legislador para regular esta materia, ya que la LRU no está pensada para ello. Además, la comparación de índices heterogéneos para determinar el interés desproporcionado y el posible control judicial de precios por parte del poder judicial ex. art.4.3 Directiva 93/13, han desembocado en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1.º Instancia n.º 4 de Castellón de la Plana de 12 de mayo de 2021, Asunto C-302/21, Casilda-Banco Cetelem S.A.¹³, aún no resuelta. De esta última, se espera que se despejen estos interrogantes y que redunde en una mayor seguridad jurídica en la materia. Hasta entonces sigue la inseguridad jurídica en esta acción, pues se basa en una jurisprudencia que confunde los tipos de interés a comparar en los contratos y en las estadísticas elaboradas por el Banco de España.

Normas procesales de aplicación

A propósito de la acción de nulidad fundamentada en la LRU, se hace preciso dejar una somera remisión a las normas procesales que el consumidor afectado por el crédito *revolving* ha de tener en cuenta. En este sentido, cabe señalar que la LEC solo

13 DOUE, C, núm.380, de 20 de septiembre de 2021.

contempla una norma procesal específica para la materia, por lo que tendremos que atender a las normas generales para el resto de cuestiones¹⁴. La norma específica en el ámbito de la usura, se relaciona con la valoración por parte del juzgador de la fuerza probatoria de los documentos probatorios. A tenor del art.319.3 LEC, estos serán libremente valorados por el tribunal. Sin embargo, en los contratos de crédito *revolving*, esta norma goza de escasa aplicación por no decir nula, por cuanto son contratos en los que no interviene fedatario público alguno.

En materia de competencia territorial, es de aplicación el fuero previsto en el art. 52.3 LEC, que alude a las acciones individuales de consumidores o usuarios a las que no son de aplicación las normas especiales del art. 52, apartados 1 y 2. Conforme a este, el consumidor puede interponer la demanda de nulidad por usura ante el tribunal donde tenga su domicilio o bien ante el que corresponda por aplicación de los arts. 50 y 51 LEC. Por último, para la determinación del procedimiento legalmente adecuado tendremos que atender a la cuantía de la demanda al no regirse por las normas especiales por razón de la materia (arts. 249.2 y 250 LEC).

Es usual presentar estas demandas con cuantía indeterminada, y nos preguntamos el motivo de ello. La razón es que no nos encontramos ante un préstamo de cantidad determinada desde el primer momento que haya de ser devuelto de forma fraccionada y aplazada incrementado con el interés establecido, lo que, ejercitada la acción de nulidad por contravención de la LRU, llevaría a considerar como cuantía bien la constituida por el principal prestado, bien por la suma del principal más el importe abonado en concepto de interés si es conocido. Nos encontramos ante un contrato de tarjeta *revolving*, cuya cuantía total no es posible conocer hasta la resolución del contrato, por ello la cuantía del litigio es indeterminada. Así, el art. 249.1.5.º de la LEC establece que «1. Se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía: 5.º Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12.º del apartado 1 del artículo 250». Por tanto, la tramitación por el cauce no es por la cuantía sino por la materia. Esto no es óbice para que, si de la acción relativa a las condiciones generales de la contratación se derivan consecuencias económicas y éstas son cuantificables desde el inicio del litigio, pueda fijarse una cuantía determinada en la demanda y/o en el decreto de admisión de la misma. O bien, de cuestionarse la misma, en momento posterior o, por el contrario, si resulta la cuantía inestimable, se fije como cuantía determinada. Frecuentemente, en los litigios de contratos de tarjeta de crédito de la tipología *revolving* en los que existen dos tipos de operaciones, compras y disposiciones de efectivo y transferencias, se pretende la declaración de nulidad de determinadas condiciones generales contractuales por no superar el control de transparencia o, subsidiariamente, la nulidad del contrato por ser usuario el interés remuneratorio. Además, de no ser facilitados por la entidad financiera, al prestatario no le resulta fácilmente determinable cuál habrá de ser la cantidad resultante tras la declaración de nulidad de las cláusulas o de nulidad del contrato, por lo que es correcta la indicación a nuestro juicio de la cuantía indeterminada.

Caso distinto es el de un contrato de préstamo al consumo de cantidad determinada con un interés remuneratorio usurario, en el que una simple regla aritmética permite determinar, a partir de la suma prestada y de las cantidades reintegradas por el prestatario por todos los conceptos, cuál es la cantidad resultante, dato del que sí tiene fácil disposición de conocimiento el demandante y no puede ampararse en que ejercita una acción del art. 249 LEC para fijar como cuantía del pleito la indeterminada.

14 FORTEA GORBE, F.: «La nulidad por usura en los contratos de préstamo y de crédito. Interpretación jurisprudencial actual», Castillo Martínez, C.C (Dir.): *Jurisprudencia sobre...*, op. cit., p.323.

2. Acciones basadas en la normativa de protección de consumidores y usuarios

Las acciones que jalonan este apartado en el ámbito del crédito *revolving* se fundamentan esencialmente en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Constituyen estas acciones la acción de nulidad por abusividad de la cláusula de interés ordinario por no ser transparente, la acción de nulidad por abusividad de otras cláusulas del contrato y por último la acción declarativa de condena a la restitución patrimonial. Esta última, se acumula las anteriores, propiamente no es una acción independiente de la acción de nulidad sino un efecto natural ex art.1303 CC por declararse precisamente la nulidad de la cláusula.

Asimismo, existen supuestos en los cuales el consumidor ejercita la acción de no incorporación al contrato de la cláusula sobre intereses remuneratorios en base a los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). No obstante, en numerosas ocasiones los tribunales entienden que se ha superado el control de transparencia formal. A propósito de ello, sí que existen otros casos en los que la cláusula que regula los intereses remuneratorios no ha superado el citado control. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia N.º 707/2019, de 3 de junio, ECLI:ES:APV:2019:2353, se declara la no superación del control de transparencia formal de la cláusula de interés remuneratorio del contrato, al situarse en el reverso de éste. No se incorporó la cláusula, en primer lugar, porque la retribución del préstamo no está en el anverso de la única hoja principal donde consta la firma del consumidor. Se narran en el mismo unas condiciones particulares concertadas de forma telefónica y en el reverso que están grabadas y nada de ello se ha aportado. Asimismo, indica el tribunal que la citada parte del contrato era difícil de visionar y leer siendo necesaria para rastrear la cláusula *«elementos auxiliares de reproducción de tamaño de la letra tipográfica para encontrar el pacto de retribución y poder tras tal rastreo, localizar y concretar el interés retributivo que además dado ser desproporcionadamente alto, conlleva una clara intención del pre-disponente de que no sea captado por el adherente, en este caso consumidor, a quien en tal tesitura, pasa por completo inadvertido, quebrando precisamente el fundamento y fin de las exigencias legales que reglamenta la forma de contratación seriada»* (FJ 3.º). Si bien en este supuesto, se estimó la nulidad del contrato por usura, igualmente se cita la nulidad de la cláusula sobre el interés remuneratorio por no rebasar el control de incorporación.

Como hemos indicado, en gran número de casos el control de transparencia formal se entiende superado, razón por la cual prestaremos especial atención a la acción de nulidad por abusividad de la cláusula que disciplina los intereses remuneratorios y que no supera el control de transparencia material. Además, prestaremos atención a la posible acción de nulidad que se ejercite por abusividad de otras cláusulas contractuales y por último la de condena a la restitución patrimonial como consecuencia de la nulidad del contrato.

A propósito del análisis de las citadas cláusulas, se ha de precisar en relación con la acción de nulidad por abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios la reforma operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, modificó el art.83 TRLGDCU introduciendo un nuevo párrafo que establece *«Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»*. Con esta reforma el legislador establece como consecuencia automática de la falta de transparencia, la nulidad automática de la cláusula que no supera el control. Anteriormente a la reforma, la consecuencia jurídica a la falta de transparencia sería la posibilidad de someter la cláu-

sula a un control de contenido que en principio no estaría contemplado ex art.4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁵. De ello se colige que si la cláusula no es clara ni comprensible, es decir, no es transparente, es cuando podemos apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual. En el caso del crédito *revolving*, la falta de transparencia es un factor decisivo a la hora de tener en cuenta la abusividad, pues la cláusula de interés remuneratorio incide en el elemento esencial del contrato y sin la misma este no puede subsistir. El análisis sobre la cláusula de intereses ordinarios si conlleva su nulidad, provoca un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivadas del propio contrato en los términos del art. 82 TRLGDCU¹⁶.

Esta diferencia es significativa, de tal manera que aquellos consumidores que suscribieron contratos con anterioridad a la reforma de 2019, se someten al régimen precedente, lo que conlleva instar la nulidad por abusividad cuando no supere el control de transparencia. Mientras que aquellos contratos posteriores a junio de 2019 pueden instar la nulidad automática de la cláusula sobre intereses remuneratorios por falta de transparencia. Diferenciación que es significativa, porque el título jurídico de la acción difiere en ambos supuestos, si bien la consecuencia es la misma, la razón de pedir o *causa petendi* es distinta en un caso u otro¹⁷. A pesar de dicha consideración, hemos de tener presente que la gran parte de los litigios en este ámbito se refieren a contratos de crédito *revolving* suscritos con anterioridad a la reforma. Es por ello, que gran parte de nuestros tribunales fallan en el sentido de declarar abusivas las cláusulas de intereses ordinarios que no superan el control de transparencia. En el presente trabajo, focalizamos nuestra atención en esta pretensión, sin que sea óbice para realizar las oportunas referencias a la nulidad automática por falta de transparencia de la cláusula contractual.

2.1. La acción de nulidad de la cláusula que regula el interés remuneratorio fundamentada en su abusividad por falta de transparencia

En materia de crédito *revolving* es muy frecuente que el consumidor ejercite bien de forma principal o bien de forma subsidiaria a la acción de nulidad por usura, la acción declarativa de nulidad por abusividad de la cláusula del interés remuneratorio cuando no supera el control de transparencia material. Como hemos señalado en párrafos precedentes, en contratos suscritos con posterioridad a la reforma operada en el art. 83 TRLGDCU en el año 2019, se podrá instar la nulidad automática de la cláusula no transparente.

Para esta acción, la legitimación activa para ejercitar la misma corresponde al consumidor-usuario del crédito *revolving* el cual previamente ha suscrito un contrato a estos efectos. En cuanto a la legitimación pasiva, recae sobre la entidad financiera que ha predisposto la cláusula que es objeto de controversia, es decir el otro sujeto de la relación jurídica (art.10 LEC). Para los supuestos de fusión de entidades crediti-

15 MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.130.

16 A propósito de las cláusulas suelo vid. CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm.3, 2015, pp.92-96.

17 SENÉS MOTILLA, C.: «La ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales», *Justicia*, núm.1, 2019, p.77.

cias, la legitimación pasiva recaerá en la persona jurídica que se subrogue en la posición originaria de la entidad concedente del crédito. El fundamento de esta acción, se basa en el citado art.4.2 de la Directiva 93/13/CEE y los arts. 82 y ss. TRLGDCU. Hemos de destacar que el art. 83 TRLGDCU sanciona con la nulidad de pleno derecho de aquellas cláusulas consideradas abusivas.

Inicialmente, aquellas cláusulas que aluden a elementos esenciales del contrato, como la que disciplina el interés remuneratorio, no pueden ser objeto de un control de abusividad. Si bien, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE recoge que esto será así siempre que las cláusulas controvertidas estén redactadas de forma clara y comprensible. Por lo que *sensu contrario*, la no superación del control de transparencia por una redacción oscura, ambiguas, ilegibles o incomprensibles (transparencia material o cualificada), implica que las cláusulas controvertidas podrán ser objeto del control de abusividad por parte del juzgador. El citado control de transparencia material implica que el consumidor tiene un conocimiento efectivo de las obligaciones económicas y jurídicas que adquiere respecto del producto crediticio que contrata¹⁸.

No obstante, la circunstancia de que por norma general los intereses remuneratorios no sean susceptibles de ser sometidos al juicio de abusividad, no implica que se encuentren excluidos de control porque la cláusula que los fija es susceptible de ser analizada desde la perspectiva de la transparencia que exigen la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el art. 80 del TRLGDCU.

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 241/2013, de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:1916, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo a propósito de las cláusulas suelo hipotecarias, realiza un doble control de transparencia. Es decir, ha venido sometiendo aquellas cláusulas en relación a los elementos esenciales del contrato al doble control de transparencia de las condiciones generales de los contratos bancarios. La relevancia de este mecanismo de control es tal, que motivó la reforma citada de 2019 de forma que la cláusula incorporada de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores será nula de pleno derecho (art. 83 TRLGDCU). Ello implica que para apreciar la abusividad de la cláusula del interés remuneratorio, debe afirmarse previamente su falta de transparencia como ha señalado tal y como asevera la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 398/2021, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2021:2360.

Pormenorizando en los contratos de crédito *revolving*, las Audiencias Provinciales vienen fallando contra las entidades crediticias sobre la abusividad de estas cláusulas por falta de transparencia de las cláusulas de intereses remuneratorios que afectan a elementos esenciales del contrato (precio del crédito), pactadas en estos contratos. Si las entidades prestamistas no respetan los parámetros exigidos en la jurisprudencia a propósito de la transparencia las cláusulas que se refieren a elementos esenciales de contrato, estas serán abusivas por falta de transparencia y se tendrán por no incorporadas (art. 83 TRLGDCU).

Hilvanando con la jurisprudencia comunitaria y la transparencia exigida ex art. 4.2 de la Directiva 93/13, es conocida la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-186/16, Andriuc y otros, de 20 de septiembre de 2017,

18 Sentencia del Tribunal Supremo N.º433/2019, de 4 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2503, el citado control de transparencia material conlleva que el consumidor tenga «el conocimiento real de los compromisos económicos y jurídicos efectivamente asumidos, lo que exige una adecuada y completa información precontractual, dada la relación de asimetría convencional, que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere la comprensión real de la importancia de la cláusula...» FJ 4.º.

ECLI:EU:C:2017:703. En la citada sentencia, el Tribunal de Justicia incide en la transparencia de las cláusulas contractuales «no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva» (apartado 44). Inmediatamente después, indica el Tribunal de Justicia «por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él» (apartado 45).

En la presente sentencia, con cita y apoyo en otras tantas, el Tribunal de Justicia determina que el cumplimiento del control de transparencia debe ser examinado por el órgano jurisdiccional «a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo». Por esta razón, incumbirá al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

Además, el Tribunal de Justicia ha tenido en cuantiosas ocasiones de resaltar la importancia de la información precontractual a propósito del cumplimiento del control de transparencia. A estos efectos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-92/11, RWE Vertieb AG, de 21 de marzo de 2013, ECLI:EU:C:2013:180 dispone que «En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información» (apartado 44).

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resulta que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales a las que se refieren los artículos 4 apartados 2 y 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse exclusivamente al carácter comprensivo un plano formal y gramatical de la cláusula de que se trate, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo al nivel de información, sino que además impone una interpretación extensiva tal y como dispone la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-125/18, Gómez del Moral Guasch, de 3 de marzo de 2020, ECLI:EU:C:2020:138. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-776/19 a C-782/19, BNP Paribas Personal Finance, de 10 de junio de 2021,

ECLI:EU:C:2021:470 «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras» (apartado 64).

En idéntica línea el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre el control de transparencia cualificado a propósito de las cláusulas remuneratorias en contratos de préstamos con garantía hipotecaria. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 346/2020, de 23 de junio, ES:TS:2020:2520, señala «La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato», tesis reproducida también en la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 125/2021, de 8 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:765. Argumentos todos ellos aplicables, *mutatis mutandis*, al ámbito de los contratos de crédito *revolving*.

Por su parte la jurisprudencia menor también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular. En esta línea destacamos, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife N.º 408/2021, de 25 de noviembre de 2021, ECLI:ES:APTF:2021:3304 a propósito de un contrato de crédito *revolving* «cuenta permanente», destaca que en el folio suscrito (contrato) por el deudor consumidor, la única referencia que se hace del contrato de cuenta permanente es en el título, al denominarlo «contrato de venta a plazos con cuenta permanente», sin ninguna referencia a las condiciones de la citada cuenta, quedando expresadas con letra clara y legible las circunstancias personales del deudor y la cuenta en la que se domicilian los pagos. Por el contrario, en el reverso, no firmado, con una letra mínima de difícil lectura se recogen no sólo las condiciones de la compraventa sino de la cuenta permanente. Así, no puede afirmarse que no cumpla con las medidas legales, el contrato presentado al consumidor disuade de su lectura, haciendo difícil acceder a su contenido, máxime a la vista de la pluralidad de reglas y pactos, lo que incide en la necesaria claridad y transparencia que le es exigible en orden a superar el control de inclusión. Siendo muy relevante que ni se fija o pacta un límite a la línea de crédito, ni tampoco el importe de las cuotas. Esto le lleva al tribunal a declarar la falta de transparencia «derivada de la imposibilidad de que el deudor tome conciencia y conozca, al momento de la contratación y en el desarrollo de la misma, los intereses que debe, es decir, la carga económica del contrato, habida cuenta del sistema de cómputo de intereses y de pago que se contrata y que, de ninguna manera, queda claro en ninguna de las condiciones examinadas en particular, ni en su conjunto» FD. 3.º. Por esta razón se declara abusiva la cláusula de intereses remuneratorios ya que la falta de transparencia incide obviamente en la abusividad de la cláusula, pues partiendo de la situación de inferioridad del cliente en la contratación no negociada con el empresario, este obtiene una rentabilidad o beneficio desproporcionado a su prestación y fundado, al menos en parte, en la propia ignorancia de aquel.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 6289/2022, de 22 de junio de 2022, ECLI:ES:APB:2022:6289, declara la no superación de los controles de inclusión o incorporación, ni el control de transparencia cualificado o

de contenido en lo referente a la cláusula de línea de crédito, dejando sin efecto un contrato de crédito *revolving* suscrito en el año 2016 con una TAE de 16,02% aun no habiéndose usado la línea de crédito. En lo que nos interesa el tribunal entendió que «el no cumplimiento de los requisitos de transparencia formal y material sólo cabe entenderlos no cumplidos en lo referente a la línea de crédito, respecto de la que en este caso, dado que no se ha hecho uso de la misma, no cabe sino indicar que queda sin efecto (no es necesaria la declaración de la subsistencia parcial del contrato y la continuación de la vigencia del resto del mismo que no se ve afectado por la declaración de nulidad que es el efecto que establece el art 83 TRLGDCU en concordancia con el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993)» (FD 2.º).

Por último, cabe destacar que la acción es imprescriptible¹⁹, de igual manera que es la de la nulidad de pleno derecho. Mayores problemas presenta la acción de condena patrimonial a la restitución de las cantidades derivadas de la nulidad de la cláusula contractual como veremos, entre los partidarios del sometimiento al plazo de prescripción para las acciones personales de 5 años (art.1964 CC) y aquellas posturas que predicen la imprescriptibilidad de la acción.

Normas procesales de aplicación

Hemos de hacer mención sobre la existencia de determinadas procesales en conexión con las acciones de nulidad de la cláusula contractual por abusiva y/o por falta de transparencia.

Relativa a la competencia territorial del órgano judicial ha de tenerse en cuenta el fuero imperativo del art.52.1.14.º LEC para el caso de ejercicio de las acciones individuales previstas en la LCGC. Entre estas localizamos la acción de nulidad por abusividad de la condición general de la contratación (art.8.2 LCGC) y la de no incorporación por falta de transparencia (art.5 LCGC). Si la acción de nulidad por abusividad o de no incorporación se funda en el texto legal citado, el consumidor interpondría la demanda ante los tribunales de su domicilio, fuero sobre el que no cabe ningún tipo de sumisión por razón de la materia (art.54.1 LEC)²⁰.

Ciertamente, si la acción de nulidad de la cláusula contractual se fundamentase solo en base al TRLGDCU, supuestos que tienen lugar cuando no tiene el carácter de condición general de la contratación, no le es de aplicación el fuero expuesto. En estos casos, tendremos que estar a lo preceptuado en el art.52.3 LEC por el cual, el consumidor que ejercite la acción podrá presentar la demanda ante el tribunal de su domicilio, o bien, ante el tribunal correspondiente de conformidad con los fueros generales de los arts.50 y 51 LEC. De acumularse las acciones, nulidad por usura y la que aquí analizamos, habrán de atenderse las previsiones del art.53 LEC.

Finalmente, otra norma procesal a considerar por el consumidor que insta la acción de nulidad por abusividad de la cláusula regulatoria del interés remuneratorio, es la relativa a la determinación del procedimiento legalmente adecuado. Así, se observaran las previsiones del art.249.1.5.º LEC que disciplina su tramitación por los cauces del juicio ordinario, en el caso de las demandas en que se ejerciten acciones relativas a las condiciones generales de la contratación. Si se basaren en el TRLGDCU, el procedimiento se determinará en función de la cuantía, ya que la LEC no prevé ninguna disposición especial por razón de la materia (arts.249.2 y 250.2 LEC).

19 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico, op. cit.*, p.480

20 MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p.295.

2.2. La acción de nulidad por abusividad de otras cláusulas contractuales

Es frecuente que el consumidor inste junto con la acción de nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios, la declaración de nulidad por abusividad de otras cláusulas contempladas en el contrato, como por ejemplo aquellas que recogen seguros, comisiones, o el pago de intereses moratorios. En los citados casos, las cláusulas no afectan a elementos esenciales del contrato a diferencia del caso anterior, por lo que el control de éstas se circunscribe a su contenido.

Esta acción se fundamentará en lo previsto en los arts.82 y ss. del TRLGDCU, y para el caso de las condiciones generales de la contratación en el art.8.2 LCGC. Así, para la declaración de abusiva de la cláusula habrán de concurrir los elementos dispuestos en el art.82 TRLGDCU. Según el mismo, tendrán esta consideración aquellas no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La abusividad tiene como sanción la nulidad de pleno derecho de la cláusula (art.83 TRLGDCU).

Particularmente, refiriéndonos a la cláusula que regule los intereses moratorios, el consumidor que inste la acción ha de atenerse a lo previsto en el art.85.6 TRLGDCU. Según este, son abusivas en todo caso aquellas cláusulas que suponen la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. A su vez, ello puede hilvanarse con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera Tribunal Supremo. Con este propósito, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 265/2015, de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1723, según la cual se declara nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios superior a dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado «En consecuencia, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo porque consistía en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%» (FD 4.º). En idéntica línea se manifestó la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 469/2015, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TS:2015:3829. A su vez, ambas resoluciones son citadas en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo N.º 628/2015, de 25 de noviembre, ECLI:ES:TS:2015:4810 en materia de crédito *revolving*, en la que no se entra a valorar la cláusula de intereses moratorios, se cita que la cuestión ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala (FD 4.3), con base en las resoluciones judiciales expuestas.

2.3. La acción declarativa de condena patrimonial o acción restitutoria de cantidades

Tanto la abusividad de una cláusula contractual, como la sanción de nulidad por usura de la cláusula que disciplina el interés remuneratorio del contrato de crédito *revolving*, pueden constituir la *causa petendi* de una acción restitutoria o de condena patrimonial. Mediante ella el consumidor afectado por el crédito solicita la restitución dineraria de lo que ha abonado de forma indebida en virtud de la aplicación de la cláusula declarada nula, como hemos señalado bien por ser abusiva, bien por ser usuraria. Por su parte el art.1303 CC establece que «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Por tanto, de la referida nulidad de la cláusula contractual nace la obligación de las partes de res-

tituirse aquello que se hubieran entregado en virtud de la cláusula nula, toda vez que se haya efectuado un desplazamiento patrimonial.

En relación con el objeto de estudio de este trabajo, el consumidor podrá pedir la devolución de las cantidades abonadas indebidamente, pues se le aplicó una cláusula nula (de la tipología que sea, de interés remuneratorio, demora, o ciertas comisiones). Por ello, la acción restitutoria o declarativa de condena patrimonial es accesoria a la acción de nulidad. Esto conlleva que para el ejercicio de la segunda, previamente ha de ser estimada la acción de nulidad.

Si bien la acción de restitución o de condena patrimonial en el marco del crédito *revolving*, es una acción entendemos automática, consecuencia de la declaración de nulidad, de forma que con la declaración de nulidad lo que procede es la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas. Sin embargo, la cuestión no es pacífica. Ello es así porque el legislador no aclara si la obligación debe ser solicitada por el interesado o se integra dentro de los efectos de la acción declarativa de nulidad por lo que cabe preguntarse, si la restitución patrimonial provocada por la nulidad de la cláusula es una acción conexas de la primera o bien, si es una consecuencia automática de la misma. Por este motivo existen posturas doctrinales en ambos sentidos.

En favor de nuestra tesis, DE CASTRO señalaba que «la supresión de la apariencia de validez que antes existiera, llevará consigo la natural pretensión de borrar todas las consecuencias de lo que se ha declarado nulo»²¹. Nulo es todo aquello basado en lo que tenga tal carácter. Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA sostiene que la restitución tiene fundamento en la Ley, no en el contrato declarado nulo por lo que es un efecto natural e ineludible de la declaración de nulidad, de ello se deriva la innecesaridad del ejercicio de una acción independiente de aquella²². Así, los desplazamientos patrimoniales operados eventualmente en supuestos de cumplimiento de un contrato inválido no gozan de causa o fundamento jurídico y por este motivo deben restituirse²³.

Esta postura es mantenida por la defensa de los consumidores, que hacen hincapié en que la cuestión fue resuelta en el ámbito jurisprudencial mediante la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 539/2009, de 14 de julio, ECLI:ES:TS:2009:4672, que aplicó el principio de especialidad normativa sobreponiendo el art.3 LRU al art.1964.2 CC. Ello conlleva que puede retrotraerse la reclamación económica de devolución de lo pagado de más a cualquier tiempo anterior. Se alega por los consumidores usualmente la inexistencia de una doble acción, es decir, la acción de restitución es consecuencia de la acción de nulidad. Esta tesis extendida *pro consumatore* sería por tanto aquella que correlaciona el inicio de la prescripción de la acción de reintegración con el momento del decreto de la nulidad del contrato. En base a ello, ambas acciones dependen una de otra, por lo que las dos son imprescriptibles. En estos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias N.º 211/2022, de 26 de mayo de 2022, ECLI:ES:APO:2022:1301, en su FD 3.º expone: «Lo primero que se debe afirmar es que la restitución de lo pagado indebidamente no es una acción independiente de la acción de nulidad, sino su efecto legal, según está establecido en los arts.1303 CC y 3 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Usura. Ambos preceptos contemplan una nulidad de pleno derecho cuya acción no está sujeta a prescripción» (FD 3.º).

21 DE CASTRO Y BRAVO, F.: El negocio jurídico, *op. cit.*, p.483.

22 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Artículo 1303», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp.551-552.

23 CAÑIZARES LASO, A.: «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm.4, 2016, pp.110-111.

La otra postura mayoritaria es la conocida como teoría de la doble acción y que es defendida por las entidades crediticias. Sostiene que la acción de restitución de cantidades constituye una acción distinta (aunque conexas) de la declarativa de nulidad²⁴. Entiende esto así por la referencia al diferente régimen de prescripción de ambas acciones, mientras que la acción de nulidad no prescribe, la de restitución se encuentra sometida al plazo ordinario de las acciones personales del art.1964.2 CC. Todo ello como principio de seguridad jurídica. En este sentido, cabe señalar con la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre del citado artículo, se redujo el plazo de prescripción de las acciones personales de 15 años a 5 años. Por lo que de seguir esta teoría que somete a prescripción la acción de restitución, tendríamos que seguir la regla según la cual las acciones personales restitutorias nacidas con anterioridad a octubre de 2015 se regirán por el plazo anterior de 15 años. Ahora bien, si desde que entró en vigor la nueva regulación transcurren los cinco años dispuestos en ella, la acción personal se entiende prescrita.

En esta línea, son muchos los juzgados y Audiencias Provinciales que se pronuncian de conformidad con esta tesis. A título ejemplificativo destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña N.º 217/2022, de 1 de junio de 2022, ECLI:ES:APC:2022:1060, que recoge la desestimación sobre la pretensión del consumidor de que no sea aplicada la prescripción en relación con la devolución de las cantidades pagadas de más en un contrato de crédito *revolving* nulo. Lo hace sobre la base de la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos C-224/19 y C-259/19, CY, LG y PK, CaixaBank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., de 16 de julio de 2020, ECLI:EU:C:2020:578. Esta sentencia permite la diferenciación en la aplicación de plazos diferentes para la acción de nulidad y para el efecto restitutorio, estableciéndose: «el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad» (apartado 84). Ahora bien, el plazo de prescripción de 5 años del actual art.1964.2 CC en ningún caso puede considerarse en sí mismo restrictivo de los derechos del consumidor «debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13» (apartado 87). Esta doctrina también ha sido reiterada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-485/19, de 22 de abril de 2021, LH y Profi Credit Slovakia s.r.o., ECLI:EU:C:2021:313 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, ECLI:EU:C:2021:470.

Todo ello ha de realizarse con una matización. El plazo prescriptivo debe contarse desde que el consumidor tiene o podía tener conocimiento de la causa de nulidad como señala la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos C-224/19 y C-259/19, CY, LG y PK, CaixaBank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., de 16 de julio de 2020, ECLI:EU:C:2020:578, «la aplicación de un plazo de pres-

24 MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.22, 2017, p.88 y DURÁN RIVACOBRA, R. y MUÑIZ CASANOVA, N.: «Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito revolving). Parte I», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.785, 2021, pp.1921-1926.

cripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato (con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula), puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica» (apartado 91).

Esto deriva inexorablemente en una problemática no resuelta, claro está de seguir la teoría de la doble acción. Ésta es el fenómeno subjetivo de la determinación del *dies a quo*, es decir, discernir en qué momento ha sido el consumidor consciente, o debió serlo según el canon de la diligencia debida, sobre que los intereses suscritos en su contrato *revolving* incurren en usura. O en su caso, que la cláusula que los disciplina, no supera el doble control de transparencia. Con la agravante además que según consideremos una fecha u otra, el plazo será diferente, por la modificación operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre en el art.1964.2 antes citada. De entrada, la solución no es pacífica por lo que hemos de detenernos en las posibles soluciones propuestas.

Una primera solución, es la que pasa por defender el inicio del cómputo de la prescripción a partir de la formalización del contrato de crédito *revolving*. Esta tesis clásica de la fijación del día inicial de forma objetiva es una solución con pocos visos de prosperidad en la práctica del foro, máxime teniendo en cuenta lo resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos C-224/19 y C-259/19, CY, LG y PK, Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., de 16 de julio de 2020, ECLI:EU:C:2020:578. Debe aplicarse un concepto de día inicial normativo-subjetivo o de cognoscibilidad razonable, que comienza cuando el consumidor pudo razonablemente tener cognoscencia de que su contrato tenía una cláusula abusiva o bien el interés aplicado era usurario.

Otro posible remedio a esta disyuntiva en los supuestos de acciones restitutorias como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas de interés remuneratorio por usura o no superar los controles de transparencia, es considerar el momento en el que se produzca la invalidez del contrato por estas razones. Es decir, cuando adquiera firmeza la resolución judicial que efectúa tal declaración. En estos casos cabría argüir su *dies a quo* en la época en que comiencen a cobrarse los intereses remuneratorios, mientras se acredite advertencia por el cliente de su aplicación indebida²⁵. De tal forma, que esta tesis podría encajar con el criterio subjetivo del conocimiento. Sin embargo, podría oponerse de contrario que el cliente en el momento de girárseles los intereses, no percibía de forma completa y consciente lo elevado del tipo de interés que se le aplicaba. Además, se puede oponer el desconocimiento del sistema *revolving* en aquellos paradigmas en los que se discuta su validez²⁶. A propósito de la prescripción de la acción de reclamación de las comisiones, tendría más sentido admitir el inicio del cómputo de la misma en el momento en que

25 DURÁN RIVACOBA, R. y MUÑIZ CASANOVA, N.: «Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito revolving). Parte II», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.786, 2021, p.2603.

26 Argumento parecido emplea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo N.º 283/2019, de 2 de mayo, ECLI:ES:APLU:2019:295, «Para ello ha de partirse de la idea de que una acción sometida a plazo solo puede iniciar el cómputo prescriptivo desde que puede ejercitarse. Por ello, no compartimos la tesis de aquellas sentencias que fijan tal hito temporal cuando se abonaron los gastos, pues en aquel momento (cuando hablamos de hipotecas antiguas) no conocía el consumidor la abusividad de la cláusula, su nulidad, ni las acciones que de ello derivan» (FD 2.º).

se satisfacen. La existencia del desembolso, se percibe *ipso facto* sin que sea preciso realizar ningún juicio de valor adicional²⁷.

Continuando con las opciones plausibles en línea con la prescriptibilidad de la acción de restitución, existen aquellas que predicen el inicio del plazo de prescripción desde las Sentencias que dieron a conocer la controversia de los créditos *revolving* (Sentencia del Tribunal Supremo N.º 628/2015, de 25 de noviembre, ECLI:ES:TS:2015:4810 y Sentencia del Tribunal Supremo N.º 600/2020, de 4 de marzo, ECLI:EU:C:2020:578). Ello sobre la base de la notoriedad pública de las citadas resoluciones en medios de comunicación y que permite tener certeza al consumidor sobre la ilicitud de su crédito *revolving*. Ciertamente, lo lógico y deseable siguiendo con la jurisprudencia europea citada es acreditar fehacientemente que el consumidor crediticio fue conocedor de los elevados intereses y la posibilidad de que estos sean usurarios. Para ello podemos acudir al amplio abanico probatorio documental. Así al ser la prescripción una excepción material, el consumidor que alegue su concurrencia, debe de correr con la carga de acreditar que desconocía o sabía sobre el particular, en concreto sobre la nulidad de la cláusula o que pudo haberla conocido de haber obrado con la diligencia media exigible.

De todo lo expuesto, cabe concluir nuestra oposición a la tesis de la prescriptibilidad de la acción restitutoria seguida por algunas resoluciones judiciales y parte de la doctrina. Si disociamos el efecto legal de la acción de nulidad y, pasado cierto tiempo, ya no pudiera pedirse la restitución de lo abonado indebidamente, en ese momento la acción quedaría vaciada de contenido, pues el perjudicado siempre pone en marcha su demanda de nulidad precisamente con el objetivo de obtener la devolución de lo que nunca debió haber pagado. De seguir las otras tesis, habría de convenirse una acción que, por su propia naturaleza, es imprescriptible, y que pasado cierto tiempo, en cierto modo, sí lo sería, al quedar despojada de su contenido económico y su utilidad práctica, lo que no se acomodaría al art.3 LRU ni al art.1303 CC, los cuales ligan de modo imperativo la nulidad de pleno derecho a su efecto legal, cual es la restitución de las prestaciones. Tal solución interpretativa deja al consumidor en una situación de indefensión constriñéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad estéril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico. El hecho de que la jurisprudencia comunitaria discrimine ciertos plazos y supedita a los mismos las consecuencias restitutorias de la nulidad de cláusulas abusivas de contratos con consumidores, no significa necesariamente que en el derecho interno debe ejecutarse la citada disociación que no podemos entender de los arts.1 y 3 LRU.

Tal debate no es ajeno al Tribunal Supremo cuyo Pleno de la Sala Primera a propósito de la acción de restitución de los gastos hipotecarios, ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸. Así, mediante Auto del Tribunal Supremo de 22 de julio, ECLI:ES:TS:2021:10157A, se incide nuevamente en la cuestión, diferenciando ambas acciones. El Tribunal Supremo recuerda que «la aplicación de un plazo de prescripción a la acción de restitución de lo pagado por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva no solo es conforme con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios rectores del Derecho de la UE, sino que además no vulnera el principio de equivalencia» (FD 4.º.10) Sobre esta base se formula la siguiente cuestión prejudicial:

27 Tesis recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N.º 360/2020, de 18 de febrero, ECLI:ES:APB:2020:977 .

28 Sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.40, 2021, pp.13-37.

«¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?

2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019)?

3.- Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que confirma la anterior?».

De esta cuestión prejudicial, se espera se despejen ciertos interrogantes sobre la determinación del *dies a quo* para el caso de admitir la prescripción de la acción restitutoria de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula sobre gastos hipotecarios. Lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva, sin duda alguna será en buena medida extrapolable al ámbito de la acción de restitución de cantidades pagadas indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula en el marco de las tarjetas *revolving*, y que tanta controversia arrastra.

3. Otras acciones judiciales factibles

Sin ánimo de ser exhaustivos, en este momento aludimos a otras posibles acciones judiciales, que con menor asiduidad se ejercitan por los consumidores perjudicados por el crédito *revolving*. Esencialmente, podemos plantear la acción de anulabilidad contractual por error en el consentimiento prestado en la contratación. Esta acción, suele ejercitarse subsidiariamente a la de nulidad por usura y/o abusividad de la cláusula que regula el interés remuneratorio u otras cláusulas, por lo que son infrecuentes las resoluciones judiciales en esta materia. Además, el órgano judicial al estimar la acción principal, rara vez entra a analizar esta pretensión. Y para aquellos supuestos en los que la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento se insta como acción principal, el órgano judicial la desestima bien por caducidad, o bien por la inexcusabilidad del error.

Asimismo, es posible el planteamiento del ejercicio de la acción de anulabilidad por incumplimiento de la información precontractual de los arts.10 y 12 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo²⁹. Así el art.7.2 del citado texto legal, contempla la anulabilidad del contrato de crédito al consumo cuando el prestamista incumple las exigencias de información y suministro de la misma³⁰.

29 BUSTO LAGO, J.M.: «Artículo 10», en MARÍN LÓPEZ, M.J. (DIR.): *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp.491-521 y Busto Lago, J.M.: «Artículo 12», en Marín López, M.J. (Dir.): *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp.550-569.

30 BUSTO LAGO, J.M.: «Artículo 7», en Marín López, M.J. (Dir.): *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp.376-407.

Por último y no menos importante, una posible vía aún por explorar en aras a la obtención de una indemnización por daños y perjuicios. Cabe recordar que los consumidores son personas físicas que participan en el mercado de crédito. Esto fundamenta la aplicación la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en virtud del art.3 del citado texto que contempla a los consumidores dentro del ámbito subjetivo de la ley³¹. Asimismo, el art.4 reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe³². En numerosas ocasiones la comercialización del crédito *revolving* se realiza sin una diligencia media, lo que causa una distorsión en el comportamiento económico del consumidor medio. Además, puede producirse la vulneración de la competencia frente a las otras entidades de crédito que cumplan con una conducta diligente. Si la conducta desleal consistente en la comercialización del crédito *revolving*, es contraria a las exigencias de la buena fe, o se actúa con dolo o culpa en tanto el comercializador del crédito es consciente sobre la ausencia de conocimientos financieros del consumidor al que se dirige la practica comercial, podríamos plantearnos al amparo de la misma una acción de resarcimiento del daño causado a una persona afectada por el acto desleal. De esta forma, a tenor del art. 32. 5.º del citado texto³³, podríamos ejercitar la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

Esta cuestión, si bien no en los términos literales que hemos planteado, ha sido objeto de una cuestión prejudicial a propósito del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) en las hipotecas. Así mediante Auto del Juzgado de 1.º Instancia n.º17 de Palma de Mallorca de 19 de abril de 2022, ECLI:ES:JPI:2022:23A, se abre esta vía novedosa y esperanzadora para los afectados por el polémico índice. Así considera que las entidades bancarias ejercieron una práctica desleal de la que se beneficiaron, perjudicando a consumidores y resto de competidores en el mercado. Cabe recordar que la competencia desleal está prevista en la Directiva europea 2005/29 y llevaría a la nulidad de los intereses abusivos, además de abrir la vía indemnizatoria como hemos razonado a los consumidores perjudicados. Argumentos consideramos perfectamente extrapolables a la protección del consumidor de crédito *revolving*.

4. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, A.: «Consecuencias auguradas de la doctrina Sygma en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia», *Revista jurídica sobre consumidores Vlex*, núm.7, febrero, 2020.

AGÜERO ORTIZ, A.: «Más allá de Sygma y Wizink: el TS empieza a anclarse en soluciones razonables. Los créditos revolving (pre y post 2010) son usurarios si superan notablemente a los tipos medios de las tarjetas STS (Civil) núm. 367/2022 de 4 de mayo de 2022, recurso 812/2019», *Publicaciones jurídicas CESCO*, 20 de mayo de 2022.

31 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Artículo 3. Ámbito subjetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (DIR.): *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 85-90.

32 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Artículo 4. Cláusula General», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (DIR.): *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, pp. 93-113.

33 VEGA VEGA, J.A.: «Artículo 32. Acciones», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (DIR.): *Comentarios a la ley...*, *op. cit.*, pp. 847-887.

- AGÜERO ORTIZ, A.:** «Sentencia Wizink: usura en ausencia de anormalidad, desproporción o situación angustiosa», *Revista jurídica sobre consumidores VLex*, núm. Especial, abril, 2020.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.:** *Derecho Civil*, tomo II, 12.º ed., Edisofer, Madrid, 2004.
- ALEMANY CASTELL, M.:** «Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), pleno, número 149/2020, de 4 de marzo ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena sobre la usura en los créditos revolving. ¿Clarificación de criterios o mayor confusión?», *Revista jurídica sobre consumidores VLex*, núm. Especial, abril, 2020.
- ALEMANY CASTELL, M.:** «Los créditos revolving y las tarjetas revolving», *Revista jurídica sobre consumidores Vlex*, núm.7, febrero, 2020.
- ALFARO-ÁGUILA REAL, J.:** «Usura e intereses abusivos (I)», entrada publicada en el blog «Derecho mercantil España», 3 de junio de 2014, puede consultarse en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-i.html> (fecha de última consulta 01/08/2022).
- ARTIGOT GOLOBARDES, M.:** «Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica», *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica> (fecha de última consulta: 01/08/2022).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (DIR.):** *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- CAÑIZARES LASO, A.:** «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm.3, 2015.
- CAÑIZARES LASO, A.:** «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm.4, 2016.
- CARRASCO PERERA, A. y AGÜERO ORTIZ, A.:** «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo «Sygma mediatis»: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.16, 2016.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.:** «Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a las STS de España, Sala 1.ª, 149/2020, de 4 de marzo (rec. Núm.4813/2019)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm.30, julio, 2020.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.:** *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, A.:** *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 9 ed., Tecnos, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II., 5.º ed., Civitas, Madrid, 1996.
- DURÁN RIVACOBA, R. y MUÑIZ CASANOVA, N.:** «Acción de nulidad imprescriptible y la de su rescaramiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito revolving). Parte I», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.785, 2021.
- DURÁN RIVACOBA, R. y MUÑIZ CASANOVA, N.:** «Acción de nulidad imprescriptible y la de su rescaramiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito revolving). Parte II», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.786, 2021.

- FORTEA GORBE, F.:** «La nulidad por usura en los contratos de préstamo y de crédito. Interpretación jurisprudencial actual», Castillo Martínez, C.C (Dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- HERNÁNDEZ GIL, A.:** «Comentario al art.1755 CC.», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 7, Bosch, Barcelona, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.:** *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, tomo II, volumen 1.º, 3.º ed., Dykinson, Madrid, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.** (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.:** «Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.40, 2021.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.:** «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.22, 2017
- MORENO GARCÍA, L.:** *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORDÁS ALONSO, M.:** *El interés de demora*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2004.
- ORDUÑA MORENO, F.J.:** «La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas Revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.4, 2020.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALVADOR CODERCH, P.:** *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PUIG BRUTAU, J.:** *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, 2.º ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- REINHART SCHULLER, R.:** «Nulidad de los créditos revolving a través de la normativa de usura», *Revista CESCO de derecho de consumo*, núm.36, 2020.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.:** «Crédito revolving: distinción entre usura y abusividad. La necesaria prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Comentarios al Auto del TJUE de 25 de marzo de 2021», *Revista de Derecho VLex*, núm.203, abril, 2021.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.:** «El bazar jurisprudencial de las tarjetas revolving», *Diario la Ley*, núm. 9642, sección tribuna, 28 de mayo de 2020.
- SENÉS MOTILLA C.:** «La ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales», *Justicia*, núm.1, 2019.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.:** Los créditos rotativos o revolving, control de transparencia, abusividad y carácter usurario», *Revista jurídica sobre consumidores Vlex*, núm.7, 2020.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C.:** *La deuda de intereses*, editorial EUB, Barcelona, 2002.

LAS POSIBILIDADES DE USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE DERECHO DE FAMILIA

Antonio Vasco Gómez
Profesor Doctor
Universidad Isabel I

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Aplicación de la Inteligencia Artificial a los procesos judiciales. 2. Especialidades propias del Derecho de Familia. 3. Inteligencia Artificial y Derecho al juez predeterminado por la Ley. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

0. Introducción

El uso de la Inteligencia Artificial (en adelante «IA») suscita interés y polémica a partes iguales, pues parece evidente que la aplicación de esta tecnología terminará automatizando procesos y trabajos que hasta la fecha vienen siendo realizados por seres humanos. La primera definición entendía por tal «la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial máquinas inteligentes de computación»¹. La mayoría de las tareas que pueden realizar las máquinas en las que se aplica una IA no afectan a nuestros derechos fundamentales ni ponen en jaque nuestras libertades públicas, como puede ocurrir con un robot que forma parte de la cadena de producción de un vehículo o con un chat-bot que atiende las dudas más comunes en la página web de una empresa de transporte, sin embargo, existen materias más sensibles en las que el uso de una IA ha generado un importante debate, como cuando se utiliza en un procedimiento judicial.

La IA que no es más que un algoritmo que da instrucciones a una máquina para que actúe de una determinada manera. A través del procesamiento de grandes cantidades de información, el dispositivo reacciona ante un estímulo o acción humana de una forma predefinida por sus programadores. La IA es producto de la inteligencia humana, pero el hecho de que imite nuestro comportamiento suscita rechazo entre parte de la doctrina y del común de los ciudadanos.

1 Definición dada por McCARTHY, J. (1955): «A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence». *AI Magazine*, núm. 27, 1955, p.12.

Existen monografías, artículos de revista, comunicaciones a congresos y demás productos doctrinales que versan sobre la aplicación de la IA a nuestro sistema judicial, la mayoría de ellos preocupados por su uso en los procedimientos penales, especialmente cuando se le da un uso preventivo, es decir, cuando se analiza el comportamiento humano precedente para calcular las probabilidades de que una persona termine cometiendo un delito. La puesta en marcha de proyectos como «Compas» en Estados Unidos o «Heart» en el Reino Unido parecen superar los límites de lo ética y de lo moralmente admisible, pues basándose en las estadísticas creen poder prever cuándo existe riesgo de reincidencia delictiva en un sujeto; una teoría en sí misma contraria a la función reinsertadora del sistema penitenciario occidental y al derecho a la presunción de inocencia de los ciudadanos en un Estado de Derecho.

Ya en los años 80 existían máquinas capaces de dar respuesta a cuestiones legales sencillas², aunque, con una utilidad mínima³. Sin embargo, tales aplicaciones han evolucionado de forma exponencial, pues actualmente existen herramientas como «Prometea» en Buenos Aires (Argentina), «Pretor» en Brasil o la Beijing Internet Court, que ayudan a los órganos jurisdiccionales a hallar los precedentes de una cuestión concreta; o la «Ross Intelligence»⁴. Son, en definitiva, Inteligencias Artificiales (en adelante: «IAA») que ayudan a la administración de justicia sin interferir en los derechos de los ciudadanos y sin conculcar las garantías legales y procesales más elementales.

La aplicación de la IA a la Justicia es comúnmente aceptada cuando funciona como una herramienta de ayuda a los jueces y magistrados en el desarrollo de su trabajo, pero no cuando se le da una utilidad decisoria, es decir, cuando es la máquina quien resuelve una disputa. Usar una IA en el ámbito del Derecho Penal o en litigios que pueden afectar a personas necesitadas de especial protección, como ocurre en muchos procedimientos de Derecho de Familia, exige mayores cautelas por parte del legislador y de los profesionales encargados de la implantación y control de la herramienta. Sin embargo, el uso de la IA en Justicia es una realidad y es por ello que el debate doctrinal debe evolucionar hacia la definición de cuáles han de ser las garantías que protejan los derechos e intereses de los ciudadanos y cuáles los controles que se impongan sobre tales herramientas, dejando atrás el análisis de cuándo debe aplicarse y cuándo no. Como contribución para ayudar a superar esta última dicotomía, las siguientes páginas de este capítulo se dedican a analizar si es legalmente posible utilizar un juez robot en los procedimientos de Familia conforme al Derecho español y en qué supuestos.

1. Aplicación de la Inteligencia Artificial a los procesos judiciales

A la mayoría de las personas, cuando piensan en IA, les viene a la mente un procesador de aprendizaje automático⁵, una máquina que es capaz de aprender por

2 Como apunta ASHLEY, K.D.: *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

3 Como señala LEITH, P.: The rise and fall of the legal expert system, *International Review of Law, Computers & Technology*, 30:3, 2016, pp. 94-106.

4 Constituye en palabras de Muñoz Rodríguez «una herramienta de investigación legal» (p. 4) más desarrollada que las bases de datos comunes y que ayuda a los interesados y a los profesionales a analizar la viabilidad de los planteamientos legales de forma rápida y sencilla. Cfr. de MUÑOZ RODRÍGUEZ, A.B.: El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, 36, 2020:

5 Cfr. LEGG, M. y BELL, F.: «*Artificial intelligence and the Legal Profession: A Primer, Flip Stream*», Nueva Gales del Sur, 2020.

sí sola⁶. Las reticencias que provoca el hecho de que nuestras diferencias sean resueltas por una máquina obedece más a nuestros miedos y prejuicios que a una realidad, pues ya podemos considerarnos esclavos de unos algoritmos que lo rigen prácticamente todo⁷ y, en muchas ocasiones, los jueces humanos terminan siendo más mecánicos en la realización de su trabajo que las propias máquinas⁸.

La utilización de una IA como una herramienta al servicio de los órganos jurisdiccionales irá en aumento, según el Informe del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo de 27 de enero de 2017⁹, como ha ocurrido con otras tecnologías como los ordenadores o Internet. No en vano, el uso de máquinas inteligentes no es en absoluto novedoso, pues Alan Turing creó durante la II Guerra Mundial máquinas capaces de descifrar los mensajes en clave del ejército alemán y ello es un precedente de los sistemas actuales y de los que habrán de desarrollarse¹⁰.

La aplicación de la IA en la Justicia será progresiva, primero auxiliando a los juristas, posteriormente sustituyendo a los jueces —aunque bajo su supervisión— y, finalmente, administrando justicia de manera autónoma, sin necesidad de control humano permanente¹¹. Esta idea es aterradora para quienes entienden que los ordenadores no deben asumir el trabajo de los jueces sino simplemente ayudarles¹², ofreciéndoles la información necesaria de forma más rápida y efectiva, pero sin sustituir en ningún caso al razonamiento humano.

Nadie teme el uso de una IA como sistema experto, pues este tipo de herramienta es de gran utilidad para gestionar la legislación y la jurisprudencia existente sobre una determinada materia y permite ahorrar tiempo y gestionar la información de forma mucho más eficiente y precisa¹³, pero sí aquellas IIAA que, pueden utilizarse para prever el sesgo cognitivo de los jueces y prever sus resoluciones judiciales¹⁴; posibilidad que puede considerarse un añadido al valor de la seguridad jurídica que reclaman los ordenamientos jurídicos en la actualidad¹⁵.

Hay que temer más los errores humanos en la programación que las decisiones que puedan adoptar las máquinas¹⁶, pues éstas sólo harán lo que se les ordene que

6 Cfr. SURDEN, H.: «Machine Learning and Law», *Washington Law Review* 89(1), 2014, pp. 87-115.

7 Cfr. EDWARD, L. y VEALE, M.: «Slave to the algorithm: Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law & Technology Review*, núm. 16, 2017, pp. 18-84.

8 Cfr. NIEVA FENOLL, J.: «Inteligencia artificial y proceso judicial», Marcial Pons, Madrid, 2018.

9 Accesible en: <https://cutt.ly/FZk469b>

10 Cfr. MCCARTHY, J.: *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, Stanford, 2007.

11 Cfr. NIEVA FENOLL, J.: «Inteligencia artificial y proceso judicial», *op. cit.*, p.8.

12 Al respecto Cfr. MAGRO SERVET, V.: «La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia», *Diario La Ley* 10310/2018, 2018, pp. 1-8, o SUSSKIND, R.: «Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future», 2.ª ed, Oxford University Press, Oxford, 2017.

13 Cfr. GRUNER, R.: «Thinking Like a Lawyer: Expert Systems for Legal Analysis», *Berkeley Technology Law Journal*, 1(2), 1986, pp. 259-328.

14 Cfr. SIMÓN CASTELLANO, P.: «Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿Quo vadis, justitia?», *Revista de Internet, Derecho y Política* 33, 2021, pp. 1-15.

15 Cfr. LAGE-FREITAS, A.; ALLENDE-CID, H.; SANTANA, O. y OLIVEIRA-LAGE, L.: «Predicting Brazilian court decisions», *arXiv:1905.10348*, 2019, pp. 1-4.

16 Cfr. SANDERS, D.A. Y TEWKESBURY, G.C.: «It Is Artificial Idiocy That Is Alarming: Not Artificial Intelligence», en H. LIU *et al.* (Eds.): *Intelligent Robotics and Applications*, Parte II, LNAI

hagan¹⁷; y es que la IA actúa según las directrices que se le marcan, pero sin llegar en ningún caso a comprender qué hace¹⁸. De acuerdo con este último autor, no es ningún caso la máquina quien toma la decisión, sino que ésta responde conforme a las directrices marcadas por el programador. De este modo, aunque una IA pueda emular nuestro pensamiento e incluso superar pruebas como el «Test de Turing», ello no las convierte en inteligentes ni en autónomas.

La Carta ética europea sobre el uso de las IIAA en los sistemas judiciales y su entorno de 2018¹⁹ exige que las mismas respeten los derechos fundamentales, que se apliquen de forma no discriminatoria, que se desarrollen con calidad y seguridad, que se apliquen con transparencia, imparcialidad y equidad y siempre bajo control del usuario²⁰.

El consentimiento del ciudadano cuya disputa se somete a la decisión de una IA y su derecho a verificar la recogida de datos del sistema y los criterios de la toma de decisión son esenciales para que el uso de esta tecnología no atente contra su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantizada no sólo en nuestra Constitución, sino también el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La neutralidad y la objetividad de las herramientas de IA utilizados por el sistema judicial deben estar en cualquier caso garantizadas y ser verificables²¹. A tal efecto, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión²² señala en su considerando (40) que:

«Deben considerarse de alto riesgo ciertos sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. En particular, a fin de evitar el riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede considerar de alto riesgo aquellos sistemas de IA cuyo objetivo es ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos».

9245, 2015. Springer International Publishing, Suiza, pp. 1-12.

17 Cfr. TURING, A.M.: «Computing Machinery and Intelligence», *Mind*, LIX (236), 1950, pp. 433-460.

18 Cfr. SEARLE, J.: «Chinese room argument», *Scholarpedia*, 4(8):3100, 2009.

19 Accesible en: <https://is.gd/9u3rjE>

20 Sobre este último principio, señala la COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA (CEPEJ) en su «Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno»:

El usuario debe ser informado en un lenguaje claro y comprensible sobre si las soluciones ofrecidas por las herramientas de inteligencia artificial son vinculantes, sobre las diferentes opciones disponibles y si tiene derecho a asesoramiento legal y derecho a acceder a un tribunal. También debe estar claramente informado de cualquier procesamiento previo de un caso por inteligencia artificial antes o durante un proceso judicial y tener derecho a objetar, de modo que su caso pueda ser escuchado directamente por un tribunal en el sentido del artículo 6 del CEDH (p.10).

21 Cfr. CCBE-COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE: «Considerations on the legal aspects of Artificial Intelligence». CCBE, Bruselas, 2020.

22 Accesible en: <https://is.gd/dMZjt3>

Tales conclusiones son conformes con la Declaración de Montreal para un desarrollo responsable de la IA²³, cuyo quinto principio, denominado de «Participación democrática» señala que: «los sistemas de inteligencia artificial deben cumplir con criterios de inteligibilidad, justificación y accesibilidad, así, deben estar sometidos al escrutinio, debate y control democrático». Por su parte, el principio noveno, denominado «Principio de responsabilidad» señala que: «el desarrollo y el uso de sistemas de inteligencia artificial no deben contribuir a disminuir la responsabilidad de los seres humanos en la toma de decisores».

La evolución de las IIAA ha hecho fraguar la convicción de que su uso en Justicia se va a extender más allá de herramientas de búsqueda de información, de identificación de usuarios, de reconocimiento fácil, de comunicación a distancia o de procesamiento de textos a partir de la voz humana, llegando a medio plazo a sustituir a los jueces y magistrados en sus funciones decisorias, pues de igual forma que la IA Modria, desarrollada originalmente para eBay y PayPal, resuelve más de 50 millones de disputas anualmente sin la intervención de un árbitro humano, existe la tecnología necesaria para que estas máquinas sustituyan a los jueces personas²⁴.

Las máquinas pueden desarrollar tareas humanas de cierta entidad más eficientemente que las personas, de modo que una IA puede ser capaz de emular el proceso mental que lleva a cabo un juez a la hora de adoptar una decisión, si bien de forma más rápida y habiendo tenido en consideración la legislación aplicable y la jurisprudencia existente hasta la fecha²⁵. Sin embargo, hay que otros autores que entienden que la justicia algorítmica hace imposible la evolución del Derecho a través de la jurisprudencia, pues la predictibilidad de las decisiones comporta su inmutabilidad²⁶. Esta consecuencia es más grave en sistemas de *Common Law* que en los de *Civil Law*, en los que la jurisprudencia no es una fuente directa del Derecho.

2. Especialidades propias del Derecho de Familia

El ámbito del Derecho de Familia comprende el matrimonio, la filiación, las incapacidades, la tutela y el internamiento, el patrimonio familiar y su liquidación, así como las sucesiones hereditarias. Es una rama del Derecho para la que existen juzgados específicos (regulados en los artículos 85 y 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) porque persiguen unos objetivos muy concretos: en primer lugar, las obligaciones y derechos familiares son indisponibles para las partes, limitándose la autonomía de la voluntad para alcanzar el segundo objetivo, que es velar por los intereses de terceras personas que pueden verse afectadas por las decisiones que se adopten, especialmente cuando son personas vulnerables que precisan una especial protección. En las disputas en sede de Derecho de Familia, especialmente en lo relativo al matrimonio, a la filiación y a las sucesiones hereditarias, interfieren en muchas ocasiones los derechos y los intereses de las partes procesales y los de

23 Accesible en: <https://clck.ru/sR5XR>

24 Cfr. BEN-ARI, D., FRISH, Y., LAZOVSKI, A., EL DAN, U. y GREENBAUM, D.: «Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment», *Richmond Journal of Law & Technology*, 2017, 23 (2).

25 Cfr. RINCÓN CÁRDENAS, E. y MARTÍNEZ MOLANO, V.: «Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales», *Revista Direito GV*, 17(1), 2021, pp. 1-29.

26 Cfr. ZAVRŠNIK, A.: «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 623-642.

terceras personas, como los hijos comunes, que sin tener posibilidad de intervenir ni de hacer valer sus derechos por sí mismos, se ven afectados por las decisiones que se tomen.

La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de Familia cuando existen hijos o incapaces viene justificada precisamente por esa necesidad de salvaguardar los intereses de las personas vulnerables que necesitan una especial protección por parte de los poderes públicos, tal como en indican los principios II, VI y VII de la Declaración de los Derechos del Niño 20 de Noviembre de 1959, los cuales se desarrollan en la Convención de los Derechos del Niño aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989, así como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La necesaria protección de los intereses de los menores e incapacitados hace que deban redoblar los controles previos y posteriores a la posible implantación de una IA que resuelva los conflictos que puedan surgir en aquellos asuntos que les afecten de una forma directa, como su guarda y custodia, el régimen de comunicación y visitas con sus progenitores, el deber de éstos de contribuir a su sostenimiento, los gastos extraordinarios, la incapacitación o el nombramiento de tutor, entre otras posibilidades. El hecho de que el Ministerio Fiscal intervenga en estos procedimientos, como se dijo, es un esfuerzo de los poderes públicos para velar por el interés de las personas más vulnerables, pero tal intervención podría no ser necesaria si se consigue implementar una IA capaz de valorar los hechos y las pruebas que se propongan por las partes y de poner en relación tales hechos y pruebas con la legislación aplicable al caso concreto y la jurisprudencia que la desarrolla o complementa.

La utilización de una IA para resolver los conflictos propios del Derecho de Familia no es más polémica que en el resto de los supuestos cuando no existen hijos comunes ni personas incapacitadas que puedan verse perjudicadas por las decisiones adoptadas por una máquina, no en vano es perfectamente posible hoy en día conseguir el divorcio o la liquidación de una sociedad económico-matrimonial sin la intervención de un juez, acudiendo a una notaría, estando debidamente asistido de letrado, como se dijo, o incluso interponiendo una demanda, en cuyo caso la resolución judicial que acuerde la disolución del vínculo matrimonial competirá al letrado de la administración de justicia del juzgado al que corresponda el conocimiento del asunto. Señala sobre el divorcio notarial señala el artículo 54 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862:

«1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.

2. Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio.

3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley».

La posibilidad de que este tipo de procedimiento, sin hijos, se lleve a cabo ante un notario demuestra la voluntad del legislador español de descongestionar los juzgados y tribunales posibilitando a los ciudadanos acudir ante otros funcionarios públicos que, de alguna manera, alivien de trabajo a los jueces y magistrados. Otro tanto ocurre con el resto de los supuestos en los que la LJV permite que determinadas

decisiones sean resueltas por profesionales ajenos al orden jurisdiccional. En materia matrimonial, los decretos de los letrados de la administración de justicia o las escrituras públicas otorgadas por los notarios tienen en común el hecho de que no resuelven un conflicto entre las partes, sino que dan carta de naturaleza a un acuerdo previamente alcanzado por las mismas que se oficializa para su inscripción en el registro civil, para su ejecutividad en caso de incumplimiento y para que surta efectos frente a terceros. Y es precisamente esa evidente ausencia de conflicto la que justifica que tales decisiones puedan ser adoptadas al margen de los órganos jurisdiccionales del Estado, y ello aunque no se permita que este tipo de cuestiones se sometan a arbitraje; aunque puede que el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal dé un giro a esta situación.

La posibilidad actual de acudir ante un funcionario distinto de un juez para la homologación de un acuerdo matrimonial cuando no existen hijos hace que la posibilidad de sustituir la intervención de tales profesionales por la de una IA debidamente homologada y programada bajo la supervisión y con la ayuda de magistrados y jueces no deba ser demasiado polémica. El hecho de que la máquina haya sido programada para analizar los hechos como lo haría un juez humano y que esté capacitada para aplicar la legislación y la jurisprudencia correspondiente de igual forma, hace que la implementación de este método de resolución de conflictos no conculque ningún derecho de las partes ni tampoco de los terceros que, en su caso, pudieran verse vinculados por las resoluciones dictadas por un juez robot. Cuando no existan hijos comunes menores de edad o dependientes y las partes hayan alcanzado un acuerdo, parece poco conflictiva la utilización de una IA, sobre todo si existe la posibilidad de acudir a un tribunal humano que enmiende los posibles errores de la máquina. Otro tanto ocurrirá en los procesos de liquidación de los regímenes económico-matrimoniales.

Por otro lado, cuando se adopten decisiones que puedan afectar a personas vulnerables, la utilización de IAA para la resolución de los conflictos puede suscitar más reticencias, sobre todo si se prescinde de la intervención del Ministerio Fiscal, pues la necesidad de proteger los intereses de estos individuos justifica que los poderes públicos implementen procesos más garantistas, aunque ello pueda afectar a su agilidad y eficiencia. El juez robot deberá estar programado para conocer la legislación aplicable a cada procedimiento, tomando en consideración las salvaguardas adoptadas para la protección de las personas vulnerables, así como para conocer la línea jurisprudencial adecuada para la interpretación de tales normas y para completar las posibles lagunas legales, exigencia que garantiza un nivel adecuado de seguridad jurídica a las partes y también a las personas vulnerables que puedan verse afectadas por el resultado de los mismos.

El Consejo General del Poder Judicial publicó en 2013, a instancias del Grupo de trabajo de jueces de familia, unas tablas orientadoras para el cálculo de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia²⁷ —actualizadas en mayo de 2019—, que sirven como elemento de partida para todos los jueces y tribunales españoles, unas tablas que se ponen en relación con los ingresos y gastos de cada progenitor, con las necesidades especiales de los menores, en su caso, y que se complementan con mínimos indisponibles por parte de las audiencias provinciales. La aplicación que se ha lanzado al efecto por el propio Consejo General del Poder Judicial es ya una IA que ayuda a los interesados y a los profesionales a calcular la pensión adecuada según las circunstancias de cada familia, tomando en consideración el municipio de residencia, el número de hijos, el año en el que se hace cálculo y los ingresos de uno y otro progenitor.

27 Accesible en: <https://clck.ru/Twd5x>

Si tal aplicación se complementa recogiendo más información, como los gastos recurrentes de los progenitores, las necesidades especiales que éstos puedan tener, el patrimonio que tienen uno y otro, datos sobre estabilidad laboral y demás circunstancias, la IA podría ofrecer una solución aún más precisa, especialmente si la información que se recaba de las partes se contrasta con la que está en poder de la Agencia Tributaria, de los registros civiles, de la propiedad y mercantiles, de los ayuntamientos, del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de cualquier otro organismo público o privado obligado a facilitar a la Administración información que pueda ser relevante para el caso. Este nivel de desarrollo permitiría que la decisión que adopte la IA en cuanto a la pensión de alimentos fuese tan ajustada a Derecho como la que pueda tomar cualquier juez o magistrado en la actualidad. Y esa tecnología ya existe.

Para reforzar la protección de los intereses de las personas vulnerables en los procesos dirigidos por IIAA podría habilitarse la intervención del Ministerio Fiscal, cuyos funcionarios participarían en el procedimiento como otra parte procesal, una parte a quien se encomienda proteger los intereses de los menores y de los incapacitados, tal como señala el artículo 3.º 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuando señala que corresponde al Ministerio Público: «Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación», especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, aprobada para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Tal obligación de comparecer viene igualmente recogida en los artículos 749 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante: «LEC») y 4 de la LJV.

Esta intervención de la Fiscalía redoblaría los esfuerzos públicos para salvaguardar los intereses de las personas necesitadas de especial protección, garantizando que un jurista humano al servicio de los intereses generales pueda conocer las peticiones, fundamentos y pruebas de las partes antes de que éstas sean tomadas en consideración por el juez robot para resolver el litigio o evitando que los interesados manipulen o falseen la información para que se homologue un acuerdo que pueda resultar perjudicar para una persona vulnerable. De igual modo, se aseguraría con la intervención del Ministerio Fiscal la posibilidad de recurrir la decisión adoptada por la IA, evitando que los litigantes den por buena una resolución que no sea ajustada a Derecho o que redunde en perjuicio de una persona necesitada de protección especial y, en situaciones particularmente complejas, que el conflicto sea sometido directamente a un tribunal integrado por jueces humanos.

No obstante lo anterior, la decisión de permitir al Ministerio Fiscal intervenir como parte en aquellos procedimientos de Derecho de Familia que puedan afectar a personas vulnerables parecería poco coherente con la de confiar a una IA la toma de decisiones que se suponen ajustadas a Derecho. Cuando se confía la resolución de este tipo de conflictos a un juez robot, se hace tras crear un algoritmo y un proceso de recogida de datos suficientemente preciso y completo como para asegurarse que las partes no puedan manipular el resultado. A mayor abundamiento, la información que se ofrezca por las partes deberá ser contrastada con la que exista a disposición de la Administración, para comprobar que los datos son reales y que, sobre todo cuando existe un acuerdo entre los interesados, no se pretende obtener un resultado que pueda ser perjudicial para los intereses de una persona necesitada de protección especial.

Tomando en consideración la supuesta incoherencia apuntada en el párrafo anterior, puede parecer que la posición de la Fiscalía en este tipo de procedimientos es innecesaria, pero también lo es en la actualidad, pues se presume que las partes velan también por los intereses de las personas vulnerables a su cargo y cada una de ellas viene obligada a comparecer asistida de letrado en ejercicio conforme a los artículos 750 de la LEC y 3.2 de la LJV, debiendo resolver el conflicto un magistrado o juez que igualmente debe procurar que sus decisiones tengan en cuenta el interés superior del menor o de la persona discapacitada.

En los procedimientos de familia, ya sea cuidando escrupulosamente el algoritmo e implementando métodos eficientes para la comprobación de la veracidad de los datos facilitados por las partes y/o permitiendo la intervención del Ministerio Fiscal, los intereses de las personas necesitadas de especial protección quedarán igualmente protegidas cuando se utilice un juez robot o cuando, como en la actualidad, se acuda a un juez humano. Lo esencial no es quién o qué deba resolver una diferencia u homologar un acuerdo, sino garantizar a los ciudadanos que dicha decisión va a ser adoptada con plena seguridad jurídica, aplicando la legislación vigente, siguiendo la jurisprudencia y valorando todas las circunstancias del caso.

3. Inteligencia Artificial y derecho al juez predeterminado por la Ley

El artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante: «CE») señala que: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» y como reflejo de ello, señala el artículo 24.2 de la CE que: «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley» y «a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías». Por su parte, el artículo 117.3 de la Carta Magna determina que únicamente jueces y magistrados pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, correspondiendo al legislador la designación del órgano competente territorial, funcional y objetivamente²⁸. Tal designación comprende también la forma en que son designadas las personas encargadas de administrar justicia en los órganos jurisdiccionales legalmente competentes²⁹.

Mientras que para algunos autores una IA concebida como soporte automático de recopilación y tratamiento de datos, de normas aplicables y de jurisprudencia es de gran utilidad para el juez, pero no así los sistemas capaces de adoptar decisiones por sí mismos, como sustitutos del juez humano³⁰, para otros, la utilización de redes

28 Señala SUÁREZ XAVIER, R.: «Gobernanza, inteligencia artificial y justicia predictiva: los retos de la administración de justicia ante la sociedad en red» [Tesis doctoral], Universidad de Málaga, 2020: que el artículo 24.2 de la CE «no hace referencia a un juez identificado, sino a un juez identificable» (p. 71).

29 *Vid* Sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante: «SSTC») 13/1981, de 21 de mayo (ECLI:ES:TC:1981:1); 31/1983, de 27 de abril (ECLI:ES:TC:1983:31); 47/1983, de 31 de mayo (ECLI:ES:TC:1983:47); 48/1984, de 4 de abril (ECLI:ES:TC:1984:48); 146/2003, de 14 de julio (ECLI:ES:TC:2003:146); 199/2006, de 4 de agosto (ECLI:ES:TC:2006:199); o 28/2010, de 27 de mayo (ECLI:ES:TC:2010:28), entre otras.

30 *Cfr.* SUÁREZ XAVIER, R.: «Gobernanza, inteligencia artificial y justicia...» óp. Cit., p.80, entiende que, aunque no se prevea expresamente en el citado precepto constitucional, debe considerarse que la referencia a «juez» hace mención a una persona natural, sin que se pueda «admitir la posibilidad de que el Poder Legislativo pueda atribuir potestades jurisdiccionales a otras autoridades públicas distintas de los jueces y magistrados» y en

neuronales podría resultar de sumo interés para la resolución de los conflictos jurídicos, pudiendo mapear y posteriormente reproducir a través de una IA el patrón que siguen los jueces persona para el estudio y la resolución de las disputas que se les plantean³¹.

Los tres primeros apartados del artículo 117 de la CE evidencian que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está confiado en nuestra Carta Magna a los jueces y magistrados personas físicas³², pese a que no esté previsto expresamente en dicho precepto, en la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ni en ninguna de las demás normas que regulan los procesos. No obstante lo anterior, tal competencia exclusiva se ha ido vaciando de contenido en disposiciones como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante: «LJV»), o en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante: «LA»), disposiciones que permiten que otros funcionarios (como los letrados de la administración de justicia o los notarios, en materia de jurisdicción voluntaria) e incluso personas que no tienen ninguna relación laboral con el Estado ni han sido en modo alguno autorizados por el mismo resuelvan determinados conflictos.

La resolución de conflictos a través del arbitraje respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional³³, una decisión que parecería contraria a lo prevenido en el artículo 117.3 de la CE, relativo al ejercicio de la potestad jurisdiccional, un concepto que puede definirse como la «función de aplicación de las leyes»³⁴. El respeto a la autonomía de la voluntad de quienes deciden someter sus controversias a un árbitro, colegio o institución arbitral debe primar, pese a que las materias sometidas al conocimiento del árbitro sean las propias de los órganos jurisdiccionales. Como señala el párrafo primero del apartado VI de la exposición de motivos de la: «La ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad».

El artículo 1.4 de la excluye a los arbitrajes laborales del ámbito de aplicación de la ley y, como señala el artículo 2.1 de la citada norma, cualquier controversia que verse sobre una materia de libre disposición para las partes podrá ser sometida a arbitraje,

línea con el anterior autor se CÁRDENAS KRENZ, R.: «¿Jueces robots?: Inteligencia artificial y derecho», *Revista Justicia y Derecho*, vol. 4(2), 2021, pp. 1-10, quien considera que las IIAA pueden ayudar al juez persona a orientarse dentro del maremágnum de disposiciones normativas y de precedentes judiciales sobre una materia concreta, así como a fundamentar sus resoluciones, pero la decisión debe corresponder siempre al juzgador humano. Para dicho autor, la Justicia es mucho más que una serie de conocimientos jurídicos y exige también «prudencia, tino, sentido común, criterio y sensibilidad social al aplicarla. Por ello, la inteligencia artificial puede asumir gran parte del proceso y ser un excelente, expeditivo y eficiente apoyo» (p. 6), pero nunca quien tome las decisiones.

31 Cfr. BORGES, F.; BORGES, R. y BOURCIER, D.: «Artificial neural networks and legal categorization». Comunicación presentada en la 16.ª *Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems* (JURIX'03), 2003, pp. 187-208.

32 Cfr. SUÁREZ XAVIER, R.: «Gobernanza, inteligencia artificial y justicia...» óp. Cit.

33 Vid SSTC 288/1993, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:1993:288); 176/1996, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1996:176); 9/2005, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2005:9); 1/2018, de 11 de enero (ECLI:ES:TC:2018:1); o 17/2021, de 15 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:17), entre otras.

34 ORTELLS RAMOS, M.: «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española» [Memoria para el concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura], 1984, pp. 415-458.

dejando de lado los órganos judiciales o incluso acudiendo a éstos en auxilio de la labor de los árbitros o para hacer efectivo el laudo. Tan es así que los laudos no pueden ser recurridos ante los órganos judiciales por cuestiones de fondo, salvo cuando atenten contra el orden público estatal³⁵.

Mientras que algunos autores entienden que ningún precepto constitucional exige que toda controversia deba ser sometida a un órgano judicial, pese a la dicción literal del artículo 117 CE, y buena prueba de ello es la existencia de procedimientos de jurisdicción voluntaria que se someten al conocimiento de letrados de la administración de justicia, notarios o registradores mercantiles o de la propiedad³⁶; para otros coexisten tres líneas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria³⁷: para algunos autores tiene naturaleza jurisdiccional³⁸, para otros es complicado hallar entre las materias consideradas como jurisdicción voluntaria algún negocio jurídico que en puridad pueda entenderse que tiene un fin jurisdiccional³⁹.

La segunda línea doctrinal, probablemente la mayoritaria, entiende que la jurisdicción voluntaria concuerda con lo que consideramos una actividad administrativa más que judicial, matizando que, aunque tengan la misma naturaleza jurídica, ello no obsta para que la jurisdicción voluntaria presente características diferenciales frente al resto de decisiones administrativas, unas particularidades propias que la aproximan a la actividad jurisdiccional⁴⁰.

Algunos autores inciden en esta línea cuando señalan que la jurisdicción voluntaria, pese a su nomenclatura, no es realidad jurisdicción sino un acto administrativo, pues no se llevan a cabo auténticos actos de carácter procesal⁴¹. Los supuestos de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse en cuatro grupos: 1) actos constitutivos, 2) actos de homologación, 3) actos de mera documentación y 4) actos de simple presencia; y en ninguno de los supuestos se desarrolla una auténtica actividad jurisdiccional, pues se trata de actos administrativos con determinadas particularidades, la principal de ellas es que son susceptibles de tramitarse ante órganos judiciales;

35 Señala Díez-Picazo que: «no todo lo jurisdiccional es necesariamente judicial ni, viceversa, todo lo judicial es necesariamente jurisdiccional», interpretando lo dicho por la STC 158/1997, de 2 de octubre (ECLI:ES:TC:1997:158). Señala el autor que el efecto de cosa juzgada no es tampoco exclusivo de la jurisdicción, pues una resolución administrativa no recurrida en plazo también deviene firme. En la misma línea, como se dijo, tampoco es recurrible un laudo arbitral, en cuanto al fondo, ni aun cuando el mismo ponga fin a un arbitraje *ex aequo et bono*, o de equidad. Cfr. Díez-Picazo, L.M.: «La potestad jurisdiccional: Características constitucionales», [conferencia pronunciada en la Escuela Judicial], 23 de junio de 1998, p.71.

36 Cfr. Díez-Picazo, L.M.: «La potestad jurisdiccional: Características constitucionales», óp. Cit.

37 Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, pp. 89-148.

38 Cfr. CARNELUTTI, F.: «Sistema de derecho procesal civil» [Traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y SENTÍS MELENDO, S.], UTEAH, Buenos Aires, 1944.

39 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: «Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria», en *Studi in onore di Enrico Redenti: nel XL anno del suo insegnamento*, Giuffrè, Milán, 1951, pp. 1-56.

40 Cfr. GIMENO GAMARRA, R.: «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *Anuario de derecho civil*, Vol. 6, N.º 1, 1953, PP. 3-80.

41 Cfr. GUASP, J.: «Derecho procesal civil: Procesos especiales y jurisdicción voluntaria», Vol. 2, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

aunque también puedan sustanciarse ante notarios o registradores mercantiles o de la propiedad⁴².

La tercera línea doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria es un *tertium genus* entre las dos anteriores, considerando que la jurisdicción voluntaria no tiene naturaleza jurisdiccional ni administrativa, pues no concurren los elementos definitorios de la jurisdicción ni tampoco los propios de los actos administrativos. Para los seguidores de esta teoría, la jurisdicción voluntaria es una actividad autónoma del Estado que comporta el desenvolvimiento de una función pública sobre relaciones jurídicas privadas⁴³.

El párrafo cuarto del apartado IV de la exposición de motivos de la LJV señala, con independencia de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria que:

«[...] resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley».

En el apartado VII de la exposición de motivos continúa diciendo la LJV:

«[...] el Secretario judicial va a encargarse de la decisión de algunos expedientes en los que se pretende obtener la constancia fehaciente sobre el modo de ser de un determinado derecho o situación jurídica, y siempre que no implique reconocimiento de derechos subjetivos: cumplen estas condiciones el nombramiento de defensor judicial o la declaración de ausencia y de fallecimiento —entre los expedientes en materia de personas—».

En el párrafo cuarto del apartado VIII de la exposición de motivos de la LJV se dice:

«A los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles se les encomienda el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano. Su participación como órgano público responsable, en el caso de los Notarios, tiene lugar en la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio, como la declaración de herederos abintestato o la adveración y protocolización de los testamentos, pero también realizando los ofrecimientos de pago o admitiendo depósitos y procediendo a la venta de los bienes depositados.

Como los Secretarios judiciales y Notarios son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial se les atribuye, de forma concurrente, la tramitación y resolución de determinados expedientes de sucesiones, la consignación de deudas pecuniarias y también las subastas voluntarias».

Tales principios encuentran su reflejo en el articulado de la LJV⁴⁴.

42 Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Jurisdicción, acción y proceso», Atelier, Barcelona, 2008.

43 Cfr. MEZQUITA DEL CACHO, J.L.: «La función notarial y la seguridad jurídica», en La seguridad jurídica y el notariado, Editex, Madrid, 1986, pp. 81-108.

44 Lo que para Bonet Navarro implica que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional sufre constantes embates que, según se mire, liman, roen, horadan y, en cualquier caso, pre-

En el ámbito mercantil también se ha permitido que los registradores lleven a cabo procedimientos de jurisdicción voluntaria y que los notarios tramiten procedimientos monitorios de reclamación de cantidad, en virtud de los artículos 70 y 71 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado.

El hecho de que puedan resolverse diferencias entre las partes a través de medios no jurisdiccionales, potenciados incluso en los proyectos de ley de Eficiencia Organizativa y de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobados 12 de abril de 2022, en los que se apuesta decididamente por la derivación de asuntos a métodos alternativos para la resolución de conflictos, denota que la interpretación de los artículos 24 y 117 de la CE se hace de forma relajada por el legislador, más preocupado por la reducción de los litigios judiciales y por los retos que comporta la tramitación de un volumen formidable de asuntos que por la circunscripción de la resolución de conflictos a la jurisdicción.

En este punto, el uso de IA puede ayudar a que las disputas no se resuelvan por vías diferentes a los órganos jurisdiccionales, trabajando en la mejora de la eficiencia del modelo actual, una línea que viene definida ya en el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, aprobado el 19 de julio de 2022 —aunque aún de manera muy incipiente— el cual pretende llevar a cabo una nueva modernización de la administración de justicia. Las IIAA permitirán la resolución de conflictos en un mínimo periodo y la predictibilidad de las decisiones, pues las máquinas pueden procesar información mucho más rápido que las personas y sus decisiones no se ven interferidas por sesgos ideológicos, situaciones personales ni por la fatiga.

El uso de la IA en Justicia no debe generar rechazo, pues quien decide cómo debe resolverse un conflicto no es la IA, sino quien la programa de una determinada manera. La forma en que el juez robot sustancia el proceso vendrá predeterminada por un algoritmo, igual que las distintas leyes procesales señalan cómo deben tramitarse los procedimientos por los jueces humanos y por el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Otro tanto ocurrirá con la aplicación del derecho sustantivo, que de igual forma que los jueces personas deben limitarse a aplicar la norma, condicionará la toma de decisiones por parte de las IIAA.

En la programación del juez robot deben intervenir informáticos, programadores... y también juristas. Para que la IA pueda adoptar decisiones adecuadas es imprescindible que exista un esquema de qué procedimientos pueden someterse a su conocimiento, quiénes están legitimados para intervenir, cómo y hasta cuándo pueden hacerlo, qué ha de tenerse en cuenta, cuáles son las palabras clave en cada supuesto, qué prueba debe admitirse y hasta cuándo, cómo valorar la prueba, cómo fundamentar una sentencia, qué jurisprudencia debe observarse, el orden de relación de fuentes del Derecho y un largo etcétera. Toda esa información debe ser procurada y controlada por juristas, que si se decide que sean jueces y magistrados podrían garantizar la concordancia del uso del juez robot con el artículo 117.3 de la CE.

Cuando la información de que dispone la IA, las instrucciones sobre cuál debe recabar de las partes y cómo debe interpretarla viene preestablecido por jueces y

tenden menguar su ámbito». *Cfr.* BONET NAVARRO, J.: «El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional», *Diario LaLey* 2531/2018, 2018, p.1, para lo cual, para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, y tras mostrar su desacuerdo con el divorcio notarial, el CGPJ considera que debe exigirse a las partes que desarrollen los trámites relacionados con el Derecho de Familia asesorados por un letrado de su elección, quien además, como señala el artículo 54.2 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, modificada por la Disposición final undécima de la LJV, deberá estar presente en el momento de la firma. *Cfr.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: «Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», Madrid, 27 de febrero de 2014.

magistrados humanos, la labor de la IA no será distinta de la que, en teoría, adoptarían tales profesionales, de modo que las resoluciones dictadas por el juez robot serán responsabilidad no sólo de los responsables tecnológicos, sino también de quienes han definido las directrices que han de regir la labor de la máquina. Podría afirmarse que las sentencias y demás resoluciones del juez robot han sido dictadas de forma mediata por los juristas encargados de su programación.

La interpretación más precisa de los artículos 24 y 117 de la CE parece apuntar que la función jurisdiccional debe ser desarrollada por jueces y tribunales integrados por personas físicas, a quienes se confía la resolución de los conflictos como expresión de la Soberanía Nacional⁴⁵. La dicción de tales preceptos constitucionales, como se dijo, es hija de una época (finales de los años 70) en la que la utilización de una IA para la resolución de conflictos legales parecía poco menos que una entelequia. La evolución técnica puede permitir que a corto o medio plazo la administración de justicia se lleve a cabo a través de IIAA que primero auxilién y posteriormente sustituyan en parte de sus funciones a los jueces humanos, sin embargo, el hecho de que tales máquinas hayan sido programadas siguiendo las estrictas instrucciones de los juristas más destacados (sería lo deseable) y en particular de jueces y magistrados con experiencia y reconocida solvencia técnica implicará que las decisiones adoptadas por la IA no sean sino, como se dijo, una proyección de las que hubieran adoptado sus programadores y, en caso de distanciarse de ello, debe caber la posibilidad de recurrir a un tribunal humano que corrija una decisión no ajustada a Derecho por parte del juez robot.

Será esta segunda instancia humana la competente para cambiar la jurisprudencia, para interpretar de forma adecuada las normas jurídicas novedosas y de esa forma definir la línea futura que habrán de seguir los jueces robot, y para completar las lagunas legales y decidir cómo se resuelven los conflictos entre diferentes normas. Por decirlo de forma sencilla, los tribunales humanos marcarán las líneas maestras que posteriormente aplicarán los jueces robot en el día a día. Las máquinas resolverán los conflictos conforme a lo indicado por los magistrados humanos y, por lo tanto, sus decisiones serán fruto de la decisión de jueces humanos, siendo por lo tanto conforme con los citados artículos 24 y 117 de la CE.

La labor del juez robot puede ser conforme con la seguridad jurídica tanto o más que la de los jueces humanos, pues su operativa no será arbitraria, o al menos no deberá serlo cuando la máquina funcione de manera óptima, sino que se ajustará a los comandos que conforman su algoritmo. Por seguridad jurídica se entiende la confianza que la comunidad tiene en que los jueces decidan en casos iguales de la misma forma⁴⁶.

La predictibilidad es un elemento definitorio de la IA, pues un algoritmo bien configurado debe llevar al juez robot a analizar las palabras clave y ponerlas en relación entre sí y con la prueba practicada, para evitar malas interpretaciones. Tras ello, deberá acudir a la legislación aplicable y a la jurisprudencia que exista sobre la materia para valorar y resolver tomando en consideración las palabras clave y el resto de la información recabada durante el proceso. La gran cantidad de disposiciones normativas aplicables —a distintos niveles y publicadas por legisladores diferentes— hace prácticamente inabarcable la labor del juez, pues el principio procesal *iura novit*

45 Cfr. SUÁREZ XAVIER, R.: «Gobernanza, inteligencia artificial y justicia...» óp. Cit.

46 Sobre el particular, señala Rosado Iglesias que «la exigencia de seguridad jurídica responde a la necesidad cierta de conocer los parámetros en que se desenvuelve el sistema normativo, tanto en la aprobación de las normas como en su aplicación». Cfr. ROSADO IGLESIAS, G.: «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», Cuadernos de Derecho Público, núm. 28, 2006, p. 83.

curia sigue siendo de aplicación pese a la incontinencia normativa que caracteriza los tiempos presentes. La respuesta actual a este desafío para los órganos judiciales es la especialización, creando juzgados y tribunales cada vez más específicos que permiten a los jueces y magistrados que los sirven abarcar un área muy concreta del Derecho y, en la medida de lo posible, limitar los desafíos que afrontan cada día los jueces en los juzgados de primera instancia e instrucción, quienes han de decidir sobre cuestiones civiles y penales, algunas de ellas de gran complejidad, sin tiempo material para estudiar los asuntos.

Con la aplicación de la IA, los jueces pueden acceder y tratar la información de forma mucho más ágil, sencilla y fiable, pero mucho menos rápido y con menos precisión que lo haría un juez robot. La capacidad de computación de los ordenadores actuales está muy por encima de lo que un ser humano puede desarrollar, pero si lo comparamos con un ordenador cuántico, la diferencia pasa a ser sideral. La labor de un juez, como la de cualquier otro jurista, consiste en recopilar información, pruebas que acrediten que tal información es veraz y, tras ello, buscar en su mente la institución jurídica adecuada y la regulación legal de la misma —ayudándose generalmente de la jurisprudencia para terminar de perfilar la mejor solución—. Hecho lo cual, adopta una decisión que considera ajustada a Derecho. Una IA puede desarrollar esa misma tarea de manera más rápida, más eficiente y mejor, pues una máquina puede trabajar con mucha más información que una persona y, además, tratarla de forma mucho más aséptica, sin que su experiencia personal le condicione y sin que le afecte ninguna circunstancia anímica.

Para entenderlo mejor puede ponerse el ejemplo del abogado que recibe en su despacho a un nuevo cliente, *a priori* ignora cuál es el motivo que le lleva allí, y tiene que averiguar esa información escuchando y haciendo preguntas a su interlocutor. Si este nuevo cliente le dice que quiere divorciarse, el abogado automáticamente abrirá la «carpeta mental de divorcios» y empezará a recabar la información que necesita para dar una opinión jurídica sobre el asunto, sabiendo qué preguntas debe formular ¿será contencioso o de mutuo acuerdo?, ¿tienen hijos?, ¿trabajan ambos?, ¿cuánto ganan?, ¿de quién es la vivienda que constituye el domicilio familiar?, etcétera. Con esos datos, el abogado sabe qué debe hacer porque ha puesto en relación la información recopilada con la legislación aplicable, con la previsible posición de los órganos judiciales competentes y con su experiencia profesional, que le permite prever soluciones a conflictos que han padecido otros clientes en igual situación. La labor del juez humano es muy similar.

Póngase que estamos ante una IA que hace las veces de juez, la decisión que la máquina adopte dependerá de la fiabilidad del algoritmo que se utilice, de la información que pueda manejar el aparato y de lo precisa que sea la recogida de datos. Comenzando por este último elemento, la recogida de datos, la misma se constituye como un momento esencial del proceso, ya que deberá facilitarse a la IA la información necesaria para que pueda adoptar una decisión ajustada a Derecho. La recogida de datos debería llevarse a cabo a través de un formulario que probablemente no sea nada sencillo (extremo que puede provocar que existan abogados humanos tras la implantación de jueces robot) que hará las veces de las preguntas que va formulando el abogado del ejemplo anterior. Deberá precisarse qué acción se ejercita y con qué finalidad, quiénes son las partes implicadas, si hay terceras personas que puedan verse afectadas, etcétera. Volviendo al caso del divorcio, deberá indicarse que lo que se pretende es la disolución del vínculo matrimonial, quiénes son los cónyuges, dónde contrajeron matrimonio (y por lo tanto dónde está inscrito el mismo), si tienen hijos, fechas de nacimiento de éstos (para averiguar si son menores de edad y para concretar sus necesidades), si conviven con personas dependientes, el lugar de residencia (para determinar la competencia territorial), cual es el régimen económico matrimonial...para que no se pierda información relevante, deberá tenerse

especial celo en la recogida de datos y, además, cotejarla con los registros y demás organismos públicos, de modo que tan pronto como alguien solicite el divorcio, la IA confirme con el registro civil competente que los interesados están casados entre sí y que han transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio (para así comprobar que se cumple lo prevenido en los artículos 81, 86 y concordantes del Código Civil), con el registro de la propiedad competente para asegurarse de que la vivienda está titulada por ambos, en su caso, y con la Agencia Tributaria, para comprobar que las cantidades que dicen percibir mensualmente se corresponden con lo declarado. Además de ello, la IA deberá comprobar con las entidades certificadoras oportunas que quienes están facilitando la información son las personas interesadas o sus representantes procesales debidamente acreditados.

Una vez realizada una recopilación de datos exhaustiva, corresponde al programa tratar dicha información y ponerla en relación con la legislación aplicable, trabajando con palabras clave que deberán perfilar lo que realmente pretenden las partes, en relación de los hechos que aleguen y las pruebas que propongan y, en su caso, se practiquen. Las IIAA no pueden practicar prueba contradictoria de forma adecuada en la actualidad, pero los avances en el tratamiento de la voz, de la imagen y de las palabras clave en los documentos anticipan que en un futuro no muy lejano también podrán dirigir la práctica de prueba e interpretarla de manera correcta.

No parece necesario que las partes señalen los fundamentos de derecho que soportan su petición, aunque no estaría de más permitir que hagan constar tal información en la recogida de datos para ayudar a la IA a perfilar qué quiere cada parte y por qué. No obstante, el procesamiento de la información y la capacidad de ponerla en relación con la legislación aplicable que ha de tener una IA pensada para sustituir a un juez persona no precisa que las partes le apunten qué disposiciones normativas han de tomarse en consideración ni que jurisprudencia interpreta las normas de la forma que propone cada parte procesal.

La decisión del juez robot puede ser inmediata tras la práctica de la prueba, permitiendo a las partes una solución a su diferencia rápida y eficaz. A mayor abundamiento, el desarrollo de este tipo de IA terminará implicando un notabilísimo ahorro en sedes judiciales, material de oficina y personal, pues pese a que se prevé que el tamaño de la maquinaria deba ser importante para poder manejar la información necesaria, nunca ocupará el espacio de las actuales sedes judiciales ni precisará que las mismas estén próximas a los ciudadanos, pues necesariamente habrán de conectarse y de contactar con la IA de forma remota.

La fiabilidad de la IA como dispositivo encargado de la resolución de conflictos evolucionará con la técnica y con la experiencia, pero a corto y medio plazo exigirá siempre la supervisión de un juez persona. De igual forma que en las grandes superficies comerciales existían antes un gran número de cajas por las que pasar y cobrar los productos a los clientes y ahora hay varias cajas rápidas que gestiona un único empleado, salvando las distancias, la labor del juez humano quedará del mismo modo limitada a la revisión de las resoluciones que dicte el juez robot, lo que reducirá notablemente el número de jueces, cuyas competencias se verán reducidas a desarrollar una función de control y de segunda instancia, para corregir los errores de programación o de ejecución de la IA.

La administración de justicia por parte de una IA exigiría durante gran parte de su periodo de implantación, y podría decirse que durante toda su existencia, de un tribunal de jueces humanos a quienes acudir cuando la máquina no haya tomado en consideración toda la información obtenida, cuando la haya interpretado de forma errónea o cuando no haya aplicado la legislación correctamente. La experiencia diaria con dispositivos tecnológicos de diferente naturaleza nos demuestra que éstos, como las personas, son falibles y que su uso continuado termina desgastando el *hardware*

o creando/sacando a relucir errores de *software*. La evolución social y normativa, los riesgos propios de una interpretación estricta de la legislación y la homogeneidad de las decisiones judiciales dictadas por una IA pueden llegar a plantear disfunciones en la labor de los jueces robot que sólo pueden ser salvadas por un tribunal humano, en el que varios magistrados decidan cuándo ha de cambiarse la línea jurisprudencial mantenida hasta la fecha y a quienes los ciudadanos puedan acudir cuando, como se dijo, las decisiones de la IA no sean conformes a Derecho.

4. Conclusiones

Existe la certeza de que la IA va a ir incorporándose a la administración de justicia de forma paulatina, primero complementando tareas de organización y gestión sencillas y, posteriormente, ayudando a los distintos órganos jurisdiccionales a fundamentar sus decisiones, encontrando precedentes de forma mucho más eficaz que las bases de datos tipo CENDOJ y ayudando a los jueces y magistrados a hallar dentro de los documentos y escritos de las partes los extremos a tomar en consideración a la hora de fallar en uno u otro sentido.

Dicha aplicación de la IA es pacífica y podría decirse que bienvenida por parte de los órganos judiciales y de los demás juristas, ya que ayuda y complementa la labor del juez, pero en ningún caso lo sustituye ni debe condicionar su reflexión sobre el caso de forma absoluta. Si bien es cierto que aplicaciones como «Pretor» o «Prometea» pueden terminar definiendo el sentido del fallo de un juzgador, no lo es menos que éste debe considerar que tales IIAA no son más que herramientas de ayuda para realizar su trabajo, viniendo obligado a analizar por sí mismo los elementos probatorios y los argumentos de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, parece igualmente evidente que la sustitución de los seres humanos por jueces robots será una realidad a medio o a largo plazo. Aunque la resolución de un conflicto por parte de una máquina aplicando un algoritmo pueda parecer una atrocidad a muchos juristas, el desarrollo de la tecnología y las posibilidades de computación que ofrecerán los ordenadores cuánticos terminarán demostrando que una IA podrá aplicar el derecho y resolver una diferencia antes, de forma más previsible e incluso mejor que los jueces humanos, pues procesará la misma información que una persona, pero en mucho menos tiempo y reduciendo el margen de error humano.

El uso de la IA en Justicia suscita y suscitará importantes debates doctrinales sobre si tal posibilidad respeta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado por la Ley, pues en nuestra Constitución, del año 1978, no se valoró la posibilidad de que una IA sustituyese a los jueces en el desarrollo de su labor ni la validez de las resoluciones que pudiera dictar un juez robot. Los avances técnicos hacen que tal posibilidad sea cada vez más real y la aceptación de tales herramientas de resolución de conflictos será mayor o menor según la fiabilidad del algoritmo y la previsibilidad y fundamentación de las decisiones que se adopten, así como de la oportunidad de acudir a una segunda instancia consistente en un tribunal humano.

En cualquier caso, las resoluciones de un juez robot no deberían ser nunca la decisión arbitraria o aleatoria de una IA, sino el producto de un algoritmo creado directa o indirectamente por el ser humano para resolver conflictos entre personas físicas y/o jurídicas. No quedaríamos pues, al albur de las decisiones de una máquina, sino a la de las personas que han programado esa máquina.

El derecho al juez predeterminado por la ley ha sido superado a la hora de aplicar el Derecho de Familia, pues los letrados de la administración de justicia y los nota-

rios están facultados para intervenir en procesos de divorcio de mutuo acuerdo sin hijos y en los de disolución y liquidación del patrimonio familiar. Con esta decisión, el legislador limita la intervención judicial a aquellos supuestos en que existe conflicto entre las partes interesadas y a cuando su decisión pueda afectar a menores o personas dependientes, en cuyo supuesto deberá, además, intervenir el Ministerio Fiscal. Esta realidad, en vigor desde 2015, implica que determinadas decisiones puedan ser homologadas por juristas distintos de los jueces y magistrados, al existir un acuerdo entre las partes interesadas que no afecta a terceras personas susceptibles de protección especial. Ello es posible porque la confianza de las partes no se deposita en el juez, sino en el Estado, que es el responsable de administrar justicia entre los ciudadanos sometidos a su jurisdicción.

El hecho de que se permita que letrados de la administración de justicia, registradores de la propiedad y mercantiles y notarios adopten decisiones antes reservadas a los jueces denota una relajación de la premisa de que todos los conflictos deben ser resueltos por magistrados; una idea que viene siendo reforzada por la expansión —incluso con promoción pública— de los métodos alternativos a la resolución de conflictos.

Cuando la IA alcance un nivel de desarrollo suficiente, terminará siendo aplicada para realizar las labores propias de los jueces, primero para homologar acuerdos, como pueden hacer los letrados de la administración de justicia y los notarios y, posteriormente, para decidir sobre cuestiones litigiosas, incluso aquellas que puedan afectar a menores o a incapacitados, pues el juez persona y el juez robot funcionarán de una misma forma: tratando información.

Actualmente, no parece que el estado de la técnica sea aún óptimo para la implantación definitiva de la IA en Justicia, especialmente en una materia sensible como el Derecho de Familia, si bien los avances diarios en el campo de la recogida y del tratamiento de datos apuntan a que será una realidad mucho antes de lo que pueda parecer en este momento. La precisión del algoritmo será la clave de bóveda que deberá sostener el edificio de la administración de justicia por parte de máquinas, y la posibilidad de que exista un órgano superior compuesto por magistrados humanos ante el que recurrir las resoluciones dictadas por una IA y competente para resolver las cuestiones más complejas, un complemento de seguridad para los ciudadanos, especialmente cuando se permita la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos procesos que puedan afectar a personas vulnerables.

5. Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.:** «Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria», en *Studi in onore di Enrico Redenti: nel XL anno del suo insegnamento*, Giuffrè, Milán, 1951, pp. 1-56.
- ASHLEY, K.D.:** *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- BEN-ARI, D., FRISH, Y., LAZOVSKI, A., EL DAN, U. y GREENBAUM, D.:** «Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment», *Richmond Journal of Law & Technology*, 2017, 23 (2).
- BONET NAVARRO, J.:** «El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional», *Diario LaLey* 2531/2018, 2018, pp. 1-23.
- BORGES, F., BORGES, R. y BOURCIER, D.:** «Artificial neural networks and legal categorization». *Comunicación presentada en la 16.ª Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX'03)*, 2003, pp. 187-208.

- CÁRDENAS KRENZ, R.:** «¿Jueces robots?: Inteligencia artificial y derecho», *Revista Justicia y Derecho*, vol. 4(2), 2021, pp. 1-10.
- CARNELUTTI, F.:** *Sistema de derecho procesal civil* [Traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y SENTÍS MELENDO, S.], UTEAH, Buenos Aires, 1944.
- CCBE-COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE:** *Considerations on the legal aspects of Artificial Intelligence*. CCBE, Bruselas, 2020.
- COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA,** *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, Estrasburgo, de 3-4 de diciembre de 2018.
- COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES DEL PARLAMENTO EUROPEO,** *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, Bruselas, de 27 de enero de 2017.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL:** *Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 27 de febrero de 2014.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.:** *La potestad jurisdiccional: Características constitucionales*, [conferencia pronunciada en la Escuela Judicial], 23 de junio de 1998.
- EDWARDS, L. y VEALE, M.:** «Slave to the algorithm: Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law & Technology Review*, núm. 16, 2017, pp. 18-84.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.:** «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, pp. 89-148.
- GIMENO GAMARRA, R.:** «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *Anuario de derecho civil*, Vol. 6, N.º 1, 1953, PP. 3-80.
- GRUNER, R.:** «Thinking Like a Lawyer: Expert Systems for Legal Analysis», *Berkeley Technology Law Journal*, 1(2), 1986, pp. 259-328.
- GUASP, J.:** *Derecho procesal civil: Procesos especiales y jurisdicción voluntaria*, Vol. 2, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- LAGE-FREITAS, A., ALLENDE-CID, H., SANTANA, O y OLIVEIRA-LAGE, L.:** «Predicting Brazilian court decisions», *arXiv:1905.10348*, 2019, pp. 1-4.
- LEITH, P.:** 'The rise and fall of the legal expert system', *International Review of Law, Computers & Technology*, 30:3, 2016, pp. 94-106.
- LEGG, M. y BELL, F.:** *Artificial intelligence and the Legal Profession: A Primer*, Flip Stream, Nueva Gales del Sur, 2020.
- MAGRO SERVET, V.:** «La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia», *Diario LaLey* 10310/2018, 2018, pp. 1-8.
- MCCARTHY, J.:** «A Proposal for the Dearthmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence». *AI Magazine*, núm. 27, 1955, p.12.
- MCCARTHY, J.:** *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, Stanford, 2007.
- MEZQUITA DEL CACHO, J.L.:** «La función notarial y la seguridad jurídica», en *La seguridad jurídica y el notariado*, Editex, Madrid, 1986, pp. 81-108.

- MUÑOZ RODRÍGUEZ, A.B.:** «El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 36, 2020, pp. 695-728.
- NIEVA FENOLL, J.:** *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- ORTELLS RAMOS, M.:** *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española* [Memoria para el concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura], 1984, pp. 415-458.
- RINCÓN CÁRDENAS, E. y MARTÍNEZ MOLANO, V.:** Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales, *Revista Direito GV*, 17(1), 2021, pp. 1-29.
- ROSADO IGLESIAS, G.:** «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 83-123.
- SANDERS, D.A. y TEWKESBURY, G.C.:** «It Is Artificial Idiocy That Is Alarming: Not Artificial Intelligence», en H. LIU *et al.* (Eds.): *Intelligent Robotics and Applications*, Parte II, LNAI 9245, 2015. Springer International Publishing, Suiza, pp. 1-12.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.:** *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, Barcelona, 2008.
- SIMÓN CASTELLANO, P.:** «Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿Quo vadis, justitia?», *Revista de Internet, Derecho y Política* 33, 2021, pp. 1-15.
- SEARLE, J.:** «Chinese room argument», *Scholarpedia*, 4(8):3100, 2009.
- SUÁREZ XAVIER, R.:** *Gobernanza, inteligencia artificial y justicia predictiva: los retos de la administración de justicia ante la sociedad en red* [Tesis doctoral], Universidad de Málaga, 2020.
- SURDEN, H.:** «Machine Learning and Law», *Washington Law Review* 89(1), 2014, pp. 87-115.
- SUSSKIND, R.:** *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, 2.º ed, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- TURING, A.M.:** «Computing Machinery and Intelligence», *Mind*, LIX (236), 1950, pp. 433-460.
- ZAVRŠNIK, A.:** «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 623-642.

PROCESO PENAL

EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO ANTE EL ANONIMATO DEL CIBERCRIMEN EN LA *DEEP WEB*

Rodrigo Miguel Barrio
Profesor ayudante doctor
Universidad de Burgos

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La cibercriminalidad y la *Deep web*. 1.1. Una aproximación al concepto de *Deep Web*. 1.2. El anonimato como virtualidad de la Red Tor. 1.3. El ámbito objetivo del cibercrimen: el contenido de la de la *Deep Web*. 2. Las medidas de investigación en la *Deep Web*: el agente encubierto informático. 2.1. Concepto y características del agente encubierto físico y virtual. 2.2. Ámbito objetivo del agente encubierto. 2.3. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad. 2.4. El agente encubierto virtual y sus labores en la *Deep (Dark) Web*. 3. A modo de conclusión final. 4. Bibliografía.

0. Introducción

El avance de la tecnología ha propiciado un paralelo incremento de la criminalidad, la cual ha encontrado nuevos caminos para abrirse paso. Las labores de la policía se han venido centrando en la red, siendo necesaria la intervención policial a través del ciberpatrullero o ciberstreo en canales abiertos, y el agente encubierto virtual o informático (ambas expresiones se usarán indiscriminadamente) en canales cerrados. Esta nueva actividad, la cual ha sido denominada como cibercriminalidad (entendiéndola esta desde una visión amplia¹), ha conllevado un uso espurio de las Tecnologías de la Información (en adelante TIC), las cuales se han visto transformadas en instrumentos para la comisión de ilícitos penales o para la facilitación de los mismos.

Tal y como se ha podido ir observando estos años atrás, internet se han convertido en un bastión delictivo, en el cual la cibercriminalidad ha «campado a sus anchas»

1 En este sentido véase MIGUEL BARRIO, R.: «El delito de injurias y las redes sociales. El número de 'followers' y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 36, 2022, pp. 1-13, cita en p. 3. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n36-barrio/492583> [Fecha de consulta: 22/06/2022]: el autor engloba dentro del cibercrimen aquellas tipologías en las que se utiliza un medio tecnológico o hay una determinación específica conforme a un sujeto pasivo afectado, tal y como sucede con las defraudaciones de las telecomunicaciones así como aquellos subtipos de los delitos tradicionales.

aprovechándose del anonimato y de la utilización generalizada de *nicknames* o pseudónimos², así como la amplia capacidad de difusión de los mensajes, hasta tal punto de ser uno de los mayores centros de comisión de crímenes muy variados tales y como abusos, injurias, estafas, tráfico de sustancias ilícitas, *sexting* o infecciones de los equipos a través de la utilización de malware, *ransomware* o inclusive *phishing*, superando este último las tradicionales barreras del correo electrónico.

Esta privacidad gana un peso trascendental dentro de la denominada Internet profunda o *Deep Web*, la cual podría anticiparse como un submundo más dentro del entorno virtual. Es definida como una red oscura o profunda que está compuesta por el contenido que no está indexado en los motores de búsqueda clásicos (*Bing*, *Google* o *Yahoo* entre otros muchos). Se divide a su vez en dos subdivisiones: la parte legal (búsqueda de información, áreas privadas de empresas o universidades); la parte ilegal, conocida popular y erróneamente como *Dark Web*. El presente trabajo va a analizar las dificultades nacientes de la delincuencia acaecida dentro de este internet profundo, que conlleva una mayor labor investigadora por parte de la policía judicial. El primero de los problemas a analizar para la investigación de los delitos es el anonimato que ofrece la red Tor, la cual se desarrolla a baja latencia y superpuesta a internet, dificultando el descubrimiento de la dirección *Internet Protocol* (en adelante IP) del usuario, manteniendo a su vez el secreto de la información que viaja por ella.

Este sistema de enrutamiento (*The Onion Router*) propicia una encriptación de los datos, los cuales viajan por diferentes nodos, lo que provoca que, en caso de interceptación, no se pueda conocer el origen ni el destino de la transmisión. Se observa así que la IP se disemina por diferentes países mientras los datos son transferidos por los nodos, afectando la actividad delictiva a múltiples países, los cuales pueden o no favorecer la cooperación internacional.

El objeto del presente trabajo de investigación centra su interés en el estudio de la medida de investigación del Agente Encubierto Virtual en los canales cerrados de comunicación³, la cual se ha convertido en la diligencia más práctica en España

2 ZAMARRA ÁLVAREZ, C.M.: *La prueba ilegalmente obtenida*, Colex, A Coruña, 2022, p. 300.

3 El término canal de comunicación cerrado es una expresión muy abierta y no definida en la ley que ha sido catalogado por VALIÑO CES, A.: «Las investigaciones en canales cerrados de comunicación: la figura del agente encubierto virtual», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.), *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado: Perspectivas de reforma*, J.M. Bosch Editor Barcelona, 2021, pp. 25-60, cita en pp. 46-47, como aquel en el cual concurren dos condiciones: (a) la existencia de una seguridad para el acceso al mismo que limita así a los sujetos partes, quedando fuera de tal catalogación los simples registros libres para el acceso a redes sociales o foros; (b) una «expectativa razonable de privacidad» respecto a las posibles visualizaciones de terceras personas ajenas al espacio virtual concreto. Es por ello que existe una expectativa de confidencialidad en relación a las comunicaciones llevadas a cabo, requiriendo una «previa invitación para incorporarse». Sobre esta cuestión, BUENO DE MATA, F.: «Comentarios críticos a la conclusión de la figura del agente encubierto virtual en la LO 13/2015», en BUENO DE MATA, F. (coord.), *FODERTICS 4.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)*, Comares, Granada, 2015, pp. 117-123, cita en p. 121, manifestando igualmente que el concepto de canal cerrado de comunicación ha de dejar fuera los contenidos de foros, blogs, chats o redes sociales abiertas al público. Reiterando conceptos, RIZO GÓMEZ, B.: «La infiltración policial en Internet, A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.) y Fernández López, M. (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 98-123, cita en pp. 103-104, manifiesta que un canal cerrado de comunicación se caracteriza por ser aquel en el cual se quiere excluir a terceros del mismo, y basándose en el art. 18.3 CE,

para el rastreo y detención de los ciberdelincuentes de la Red Tor, aun cuando se compagina con otro tipo de acciones como la utilización de malware, las entregas vigiladas, la entrada y registro o el *exploit*. Desde un punto de vista de criminalidad nacional no existirían mayores problemas, pero cuando la misma se establece a nivel internacional, se observa una necesaria cooperación internacional que permita poder conseguir la interceptación de las IP (la red Tor consigue que la misma se transmita aleatoriamente entre países a una velocidad casi irrastreadable) y posteriormente el acceso a los servidores y ordenadores de los delincuentes.

1. La Cibercriminalidad y la *Deep web*

Las tecnologías han propiciado una nueva versión de la delincuencia, encontrándose en las TIC un instrumento perfecto para infringir la ley de una manera inmediata, con mayor repercusión, y desde caso cualquier lugar. En este caso, internet se convierte en el medio apropiado para la delincuencia, y más concretamente, la *Deep Web* ha venido siendo el espacio idóneo para ocultarse de la justicia y actuar impunemente. En el presente apartado va a analizarse qué es el internet profundo, cuáles son las ventajas que ofrece a la sociedad y a los infractores, y qué actividades delictivas se desarrollan en esta internet profunda.

1.1. Una aproximación al concepto de *Deep Web*

Antes de dar comienzo con la definición de ambos conceptos, es necesario llevar a cabo una diferenciación entre los dos tipos de internet existentes, el superficial o aquel que se accede mediante el uso de los navegadores tradicionales, y la *Deep Web* o internet profunda, que es aquella que alberga el contenido no indexado. Aunque es casi imposible determinar cuanta información hay existente en esta parte oculta, se podría indicar que puede su tamaño es 500 veces mayor que el de *Surface Internet*, habiendo otras ideas que lo sitúan en un 96% del total, como se verá más adelante. La terminología de «internet profunda» genera en la ciudadanía una alta expectación, lo que ha propiciado el nacimiento de múltiples teorías acerca de su origen, acceso y contenido. Esta misticidad hacia la misma no es más que un fiel reflejo de la propia condición humana de otorgar un halo místico a todo aquello que desconocemos. Es por ello que la terminología de internet profunda genera fricciones en gran parte de la ciudadanía, siendo asemejada a la comisión de prácticas delictivas o inmorales, algo que no tiene por qué concordar con la realidad.

La *Deep Web* es internet, pero no un internet cualquiera, sino aquél que está oculto y no se puede acceder mediante los métodos tradicionales⁴, y por ello no se encuentra indexado en los motores de búsqueda tradicionalmente utilizados, como Bing, Google o Yahoo. Esto no ha de llevar a pensar ya en un motivo «oscuro» de todo aquello fuera de lo usual, sino que la internet profunda alberga todo tipo de conteni-

se pretende garantizar el secreto de las comunicaciones y la impenetrabilidad de personas ajenas a la comunicación, con independencia de si la red es pública o no. Se excluye así a aquellos dominios indexados en los principales navegadores o incluso a los programas P2P como Emule o μ Torrent, los cuales no tienen un carácter privado y permiten que terceros, ya sea simples usuarios o inclusive la policía, puedan conocer tales datos al no estar amparados por los apartados primero y tercero del art. 18 de la Carta Magna.

4 CHERTOFF, M. y SIMON, T.: *The impact of the Dark Web on Internet Governance and Cyber Security*, Global Commission on Internet Governance, Ontario, 2015, p. 2.

dos, desde aquellos fuera de la legalidad, así como información variada (a modo de ejemplo, la gran totalidad de zonas de usuario y áreas privadas de las universidades o empresas se encuentran ajenas a la indexación en los motores tradicionales de búsqueda). Es por ello que va asociada a la indexación y no al contenido en sí mismo.

Cuando sí que se hace una alusión al contenido, hay que efectuar una doble subdivisión entre el material ilícito y el lícito. Empezando por el primero de ellos, la conocida como *Dark Web*, es entendida como aquel conjunto de espacios web y portales que albergan el contenido de carácter ilegal y cuya difusión supone la comisión de un hecho delictivo. No obstante, la terminología vuelve a ser equivocada con la realidad, porque una correcta conceptualización de *Dark Web* (o *DarkNet*) haría relevancia en la superposición de esta red a la red pública, necesitándose de un software específico, ya sea Tor o sistemas de p2p, para poder acceder a la misma. No obstante, la utilización de ambos softwares no conlleva la búsqueda o comisión de un ilícito, sino que puede utilizarse para el acceso a cualquier portal web o la compartición de archivos totalmente legales (es usual utilizar el sistema Tor para navegar por los portales indexados en Google en aras de potenciar la privacidad del usuario a costa de la velocidad de navegación), siendo más óptima la distinción conforme a la categoría delictiva de su contenido. Su finalidad es la compartición de información y contenidos ilícitos, caracterizándose por una búsqueda máxima del anonimato en los sujetos intervinientes en el sistema⁵ a través de cifrados. Por tanto, es una porción de la *Deep Web* que, de manera intencionada, se oculta aún más a través de un mayor y complejo encriptamiento de sus portales para garantizar la máxima privacidad de sus usuarios⁶. La segunda de las subdivisiones no tiene una terminología como tal, y engloba aquel contenido que no tiene tal carácter ilegal, pero que se encuentra fuera de la indexación por variados motivos, los cuales pueden ser relativos a la propia información y su necesidad de confidencialidad, tal y como pueden ser bases de datos académicas, registros médicos, documentos legales, informes gubernamentales, repositorios, información bajo suscripción e incluso información confidencial utilizada por periodistas, activistas y disidentes políticos para la obtención y difusión de información que usualmente es censurada. Es por ello que desde aquí, y para poder diferenciarle de su versión oscura, vamos a denominar como *Light web* a aquellos paquetes de datos existentes en la *Deep Web* que carecen de contenido delictivo.

La navegación a través de este Internet profundo, y especialmente, de su parte más oscura, se efectúa de muy variadas modalidades, ya sea mediante directorios temáticos, buscadores o redes de anonimato como Tor o *FreeNet*. El portal *Hidden Wiki* se convierte en el mayor directorio de toda la internet profunda, con enlaces hacia tipos de webs de muy variadas categorías⁷, utilizando para ello el navegador

5 Sobre esta materia Bethencourt y otros (BETHENCOURT, J., YONG LOW, W., SIMMONS, I. y WILLIAMSON, M., «Establishing Darknet Connections: An Evaluation of Usability and Security», *Proceedings of the 3rd Symposium on Usable Privacy and Security*, Association for Computing Machinery, New York, 2007, pp. 145-146, cita en p. 145. Disponible en: https://cups.cs.cmu.edu/soups/2007/posters/p145_bethencourt.pdf [Fecha de consulta: 10/07/2022]) han manifestado que la *Dark Web* son redes *friend to friend* en la que el dispositivo anfitrión tiene una conexión con un grupo limitado de dispositivos conocidos y confiables para evitar así una revelación de la existencia del sistema, de la identidad de los usuarios así como de la información transmitida.

6 CHERTOFF, M. y SIMON, T.: *The impact of the Dark Web on Internet Governance and Cyber Security*, op. cit., p. 3.

7 Para poder acceder al contenido de la Internet profunda existen múltiples motores de búsqueda que recorren los diferentes portales del enjambre Tor, como por ejemplo *Onion City*; *Onion.to*; *Not Evil*; *Memex Deep Web Search Engine*; *The WWW Virtual Library*; Colección de *Deep Web Research Tools*; *Surfwax*; *IceRocket*; *Stumpedia*; *Freebase*; *TechDeepWeb*.

Tor (*The Onion Router* o en español, El Enrutador Cebolla), el cual puede ser utilizado para acceder a las páginas indexadas en los navegadores convencionales, así como aquellas que podríamos denominar dentro del sistema de internet profunda. Su origen radica en fecha de 20 de septiembre de 2002 como una red de comunicaciones de baja latencia, la cual se superpone a la *Surface Internet*, mediante la cual se consigue la privacidad y el anonimato de los usuarios a través de un ruteo o encaminamiento de la IP, así como de la información emitida a través de un cifrado. Es necesario y de interés hacer hincapié en que, aunque en la actualidad multitud de Gobiernos luchan para arremeter contra este anonimato ofrecido por el sistema Tor, especialmente los Estados Unidos de América, su origen radica en una evolución del proyecto *Onion Routing* del Laboratorio de Investigación Naval de los Estados Unidos, Gobierno que lo elaboró como una herramienta de espionaje⁸ y lo financió en su totalidad hasta que el proyecto pasó en 2004 a ser propiedad de la organización sin ánimo de lucro *Electronic Frontier Foundation* y posteriormente de la organización *The Tor Project*⁹, quienes dieron un paso más allá en la creación del navegador Tor para facilitar su utilización por cualquier ciudadano.

1.2. El anonimato como virtualidad de la Red Tor

El Proyecto Tor se ha configurado como una herramienta para la lucha contra la vigilancia masiva y conseguir de este modo la máxima libertad de expresión posible en internet. Para ello, la idea en que se basa el enrutamiento de cebolla es promover un internet privado por el cual se enrute el tráfico a través de múltiples servidores, los cuales vayan cifrando el contenido. Se consigue así una protección de la dirección IP al evitarse el rastreo de la información y la vigilancia o censura a través de software. La metodología se traduce en un continuo cifrado y descifrado de la información en la entrada y salida de la red respectivamente, ocultando al emisor, pero no al contenido totalmente, lo cual es una gran virtud para asegurar el anonimato, pero a su vez una debilidad ante la facilidad para la interceptación del mensaje.

Su funcionamiento y garantía de la privacidad se efectúa a través de un complicado sistema de nodos OR (*Onion Router*) y OP (*Onion Proxy*). Los primeros permiten encaminar la información, manteniendo conexión TLS con cada uno de los restantes nodos, abriendo conexión con aquellos que se encuentren inactivos para asegurar la transmisión de nueva información. Los segundos permiten obtener información del servicio de directorio, establecer circuitos aleatorios a través de la red y mantienen conexión con los OR, pudiendo cerrarlas en el momento en el que no exista conexión en el circuito.

No obstante, por su propia configuración, estos motores de búsqueda no son recomendables para garantizar la privacidad de la red *onion*, y es por ello que es más habitual acudir directamente a la Wiki oculta o a los motores *IXQuick*, *DDG* o *Disconnect*.

8 JORGE, M., «Tor fue creado por el gobierno de EE.UU como herramienta de código abierto para el espionaje», Hipertextual, 28/03/2011. Disponible en: <https://hipertextual.com/2011/03/tor-fue-creado-por-el-gobierno-de-ee-uu-como-herramienta-de-codigo-abierto-para-el-espionaje> [Fecha de consulta: 29/06/2022].

9 Sobre esta materia, la página web del proyecto Tor desarrolla que el origen del sistema, tal y como actualmente se conoce, data del año 2006, pero que la idea del enrutamiento de cebolla se remonta a los años noventa, cuando el Laboratorio de Investigación Naval estadounidense buscó un sistema para evitar que se pudiera monitorear las comunicaciones a través de internet. Esta idea fue desarrollada por Roger Dingledine, quien, bautizó al sistema como red Tor y finalizó, junto a su equipo, en el año 2002 como un software libre y abierto con alrededor de 12 nodos, establecidos casi en su totalidad en Estados Unidos.

Su funcionamiento, a grandes rasgos, se efectúa a través del servicio de directorio de nodos OP, el cual establece un circuito de mínimo 3 nodos OR intermedios —los cuales están repartidos por todo el mundo y son recursos cedidos por personas anónimas de todo el globo terráqueo— por los cuales van a circular las informaciones, estableciéndose las claves del cifrado de cada OR, ya sea mediante claves de sesión negociadas o claves de cebolla del host. Se inicia así el cifrado del último OR del circuito, posteriormente del antepenúltimo y así en orden descendiente hasta el primer nodo, el cual va a eliminar su cifrado y enviarlo al siguiente, llegando así hasta el último nodo. Esto permite que ningún nodo pueda hacerse con la imagen completa del circuito, puesto que únicamente tiene información del anterior y el posterior. Es por ello de la denominación de método de encañamiento de cebolla como metáfora del sistema, puesto que se construye un paquete envuelto en varias capas de claves de cifrado como si de una cebolla se tratara. Sólo el último nodo puede ver el mensaje, siendo el cual va a entregar la información al destinatario.

La virtualidad para garantizar la dificultad de acceso es que los circuitos de nodos se construyen de forma telescópica, esto es, el nodo OP negocia las diferentes claves de sesión con los OR, y a su vez provocan un borrado de las claves en el momento en el cual no se operen con ellas, evitando así que sea comprometido el contenido antiguo.



Figura 1. La Red Tor. Fuente: Elaboración propia

Este sistema se convierte en el medio ideal de quien desee «soterrar» su origen y destino a través de un circuito aleatorio de miles de nodos repartidos por muy variados países (véase la figura 2 *Tormap*), los cuales reciben y encriptan la información, no permitiéndose que se conozca la ruta llevada a cabo de cualquier mensaje enviado o cualquier acceso a algún portal utilizándose el sistema Tor, sino únicamente el anterior y el posterior nodo, reiniciándose, cada pocos minutos, los nodos intermedios existentes entre el inicial y el final. Empero, el sistema no es perfecto, pues y aunque ninguno de los nodos intermedios conozca el origen, destino y contenido del mensaje, el último de ellos es vulnerable. El último nodo carece de la protección suficiente ante la necesidad de no seguir ocultando el

mensaje sino de hacerlo llegar ya al destinatario, pudiendo accederse a la información del mismo ya que no existe un cifrado de su contenido, obteniéndose a través de él todo el paquete de datos necesario. El problema radica en conocer quién es el destinatario, para lo cual se necesitan actividades de investigación suficientes para poder delimitar al usuario, y poder, de manera posterior, acceder al último nodo. Esto lleva a los usuarios a la necesidad de garantizar su privacidad con la utilización de los Servicios ocultos que proporciona el Proyecto Tor y además de un sistema de VPN que elabore otra red privada virtual más (sumada a la ya incluida dentro del navegador Tor), redirigiendo el tráfico de internet hacia un «túnel seguro» que oculte la dirección IP del emisor y del receptor, y a su vez ocasione un nuevo encriptado, conllevando la Tormenta perfecta para el anonimato en la red.

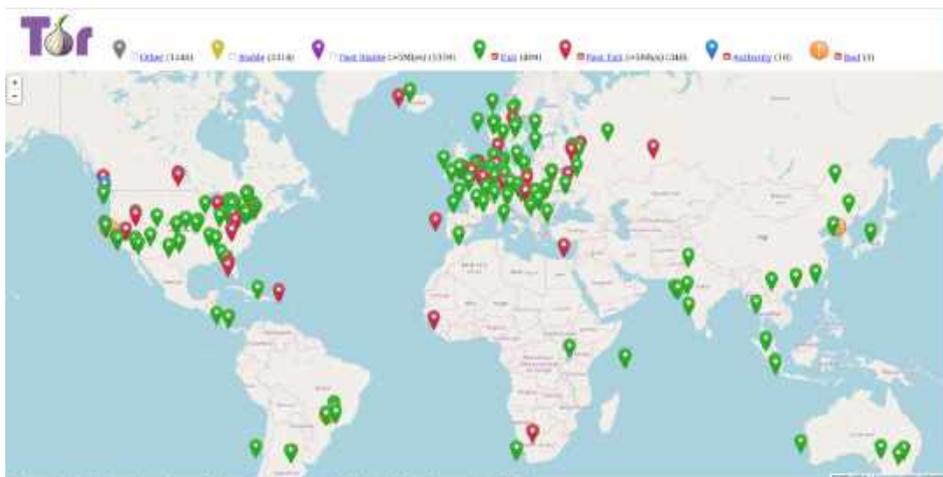


Figura 2. Tormap. Fuente: <https://github.com/kargig/tormap>

De igual manera, es interesante, aun siendo del año 2015, observar el mapa de nodos y partículas realizado por *TorFlow* (Figura 3) mediante el cual puede observarse el tráfico de datos utilizado mediante el Proyecto Tor y las diferentes rutas que siguen los paquetes de datos desde que inician su recorrido en el dispositivo del usuario emisor del mensaje hasta que llegan al dispositivo del usuario destinatario. En él puede delimitarse cómo son utilizados los nodos para provocar «saltos» entre países y jurisdicciones, estableciéndose direcciones aleatorias para paquete de datos. Cada nodo va transmitiendo la información a otro, el cual está establecido en un país diferente, lo que dificulta el seguimiento del mismo, provocando además una mayor inseguridad jurídica al afectar a muy diversas jurisdicciones.

La mayor parte de las transferencias de datos acaecen entre Estados Unidos —país originado del sistema de enrutamiento de cebolla—, Europa y el Oeste de Rusia, que es a su vez donde mayores nodos intermedios y de salida podemos encontrar, siendo el núcleo duro del Proyecto Tor. Esto se debe principalmente a ser los países donde mayores accesos a la red existen, y por tanto, donde residen más personas que pueden utilizar, para el fin que fuere, el navegador y compartir nodos.

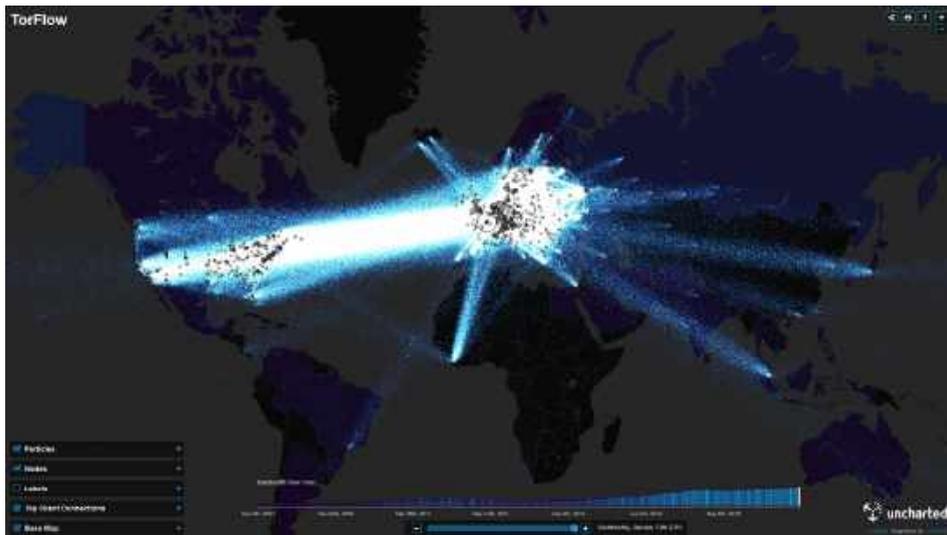


Figura 3. TorFlow. Fuente: <https://torflow.uncharted.software>¹⁰

Tal y como puede valorarse a través del breve resumen emitido sobre el funcionamiento del Proyecto Tor, el encadenamiento (con su posterior cifrado) de nodos lleva al establecimiento de una ruta aleatoria en el envío de la información, la cual fluye por la red sin un aparente rumbo fijo, consiguiendo una amplia seguridad en la garantía de la privacidad de los usuarios. Esto lleva a una evidente dificultad en la determinación de la dirección IP, que a su vez genera una problemática consecuencia inmediata: el desconocimiento acerca de la persona que está detrás del ordenador realizando una conducta determinada y su ubicación física.

Desde un punto de vista jurídico procesal, la *Deep Web*, gracia al sistema Tor, ocasiona múltiples dificultades. La primera de ellas, tal y como ya se ha venido anticipando, es el aspecto del anonimato y la privacidad. La internet Profunda (ya sea mediante Tor o no) se ha convertido en garante de un sistema democrático y expresivo, pero a su vez, y utilizado espuriamente, se comprueba una intencionalidad maliciosa para el libre desarrollo humano. A través de taimadas acciones, cualquier ciudadano puede aprovecharse del sistema para obtener un beneficio, pues la casi imposibilidad de rastreo de la dirección IP va a conllevar un coste no asumible para la detención de pequeñas trasgresiones a los derechos individuales y colectivos (piénsese el «pirateo» de sólo una película o libro, el cual, por el coste del mismo, no merece la pena la iniciación de actuaciones penales para desenmascarar al autor del hecho).

El problema radica cuando el anonimato se utiliza para enmascarar actuaciones delictivas graves y el delincuente se evade de la justicia a través del aprovechamiento de las virtualidades de un sistema de proyección de la libertad de expresión.

10 Se recomienda al lector acudir al siguiente enlace para poder observar todas las rutas tomadas por las «partículas de información» y entender cómo los nodos interactúan con las mismas y entre sí mismos para ir «rebotando el mensaje», dificultando el establecimiento del origen del mismo y la localización de los lugares por donde ha transcurrido. Disponible en: <https://torflow.uncharted.software/#/2016-1-13?ML=-0.3515625,35.53222622770337,3> [Fecha de consulta: 29/06/2022]

La existencia de tales nodos dificulta a la policía judicial poder determinar quiénes son los intervinientes dentro de la cadena delictiva¹¹, puesto que sus direcciones IP quedan ocultas bajo el entramado formado por el sistema Tor.

De manera conjunta, la existencia de tantos y tan dispersos nodos ocasiona problemas de jurisdicción. El cibercrimen no conoce de límites de fronteras, puesto que la utilización de métodos tecnológicos posibilita ampliar la conducta delictiva a muy variados lugares del globo terráqueo. Si a ello le sumamos la *Deep Web*, determinar el órgano competente se convierte en un serio problema. Tal y como se ha podido observar, la información cifrada a través de nodos conlleva que el paquete de datos se distribuya en nodos repartidos por diferentes países, siendo casi imposible determinar donde se ha cometido el hecho delictivo realmente. De igual manera, la utilización de servidores proxy y VPN permiten ocultar las direcciones IP, puesto que la misma se establece en cualquier estado (normalmente pequeños Estados o tiranías que dificultan el acceso a los datos). Ambas situaciones dificultan la determinación del Estado competente para iniciar actuaciones para la investigación y enjuiciamiento del delito.

Será competente el Estado español cuando el hecho delictivo se haya cometido en España (art. 14.2-4 LECrim), y si es de difícil determinación el lugar exacto de su comisión, especialmente por haberse cometido en varios lugares, se tendrá que acudir al lugar donde se haya producido el resultado (teoría del resultado), donde se haya desarrollado la actividad delictiva (teoría de la actividad) o en cualquiera donde se hayan producido los efectos o la ejecución del delito (teoría de la ubicuidad). De igual manera, y conforme el precepto 15 LECrim, subsidiariamente pueden ser aplicados como foros el lugar de descubrimiento de pruebas materiales del delito, lugar de detención, residencia del detenido o, a modo general, cualquiera que hubiera tenido noticia del delito. Desde nuestra perspectiva, nos son de interés los establecidos en el artículo 14, debiendo de predominar el *forum commissi delicti*. No obstante, la pluralidad de lugares donde puede haberse cometido el delito conlleva que pueda valorarse cualquiera de las tres teorías, especialmente la teoría de la ubicuidad, siendo importante que algún efecto del delito se lleva a cabo en España para que los órganos judiciales españoles puedan tener competencia.

1.3. El ámbito objetivo del cibercrimen: el contenido de la *Deep Web*

Los delitos llevados a cabo dentro de la *Deep Web* son aquellos que pueden englobarse dentro del denominado Cibercrimen, vocablo que proviene de la conjunción

11 Es importante reiterar que este anonimato, aun cuando ha sido aprovechado por los criminales para garantizar el delito y su propia persona respecto a las investigaciones policiales, no ha de verse exclusivamente desde un prisma negativo, sino que ha supuesto a su vez ventajas desde un prisma social. El proyecto Tor ha sido considerado en varias ocasiones como un motor de la libertad de expresión en internet, siendo la palanca crucial para la expresión de aquellos disidentes de dictaduras. La casi imposibilidad de averiguación del origen del mensaje, así como de su autoría, permite la libre circulación de la crítica frente a regímenes opresores, facilitando una libertad de información que, de no ser por la red *onion*, esta se vería ampliamente socavada bajo la tiranía. A modo de ejemplo, la Asociación sin ánimo de lucro *Free Software Foundation* otorgó al Proyecto Tor el premio de la edición de 2011 al permitir que 36 millones de personas pudieran haberse expresado libremente en internet bajo un halo de privacidad y anonimato, siendo crucial Egipto e Irán. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20150501135149/http://www.fsf.org/news/2010-free-software-awards-announced> [Fecha de consulta: 30/06/2022]

de los términos anglosajones *cyberspace* y *crime*¹². Se estima que los delitos informáticos suponen pérdidas de 15 mil millones de dólares al año¹³, sin contar aquí las relativas a la utilización de la tecnología para la potenciación del mercado negro de sustancias estupefacientes y armas, entre otras muchas. No existe una regulación específica de la ciberdelincuencia en el Código Penal, permitiendo muy variadas opiniones acerca de la clasificación de estas conductas delictivas, desde aquellos que no valoran que el medio tecnológico modifique la naturaleza del delito como quienes promueven una regulación especial. Así, nuestro ordenamiento jurídico abre dos vías respecto a cómo abordar este tipo de delitos. Por un lado, como un subtipo de las clásicas infracciones penales, y por otro, como una tipificación especial conforme al medio utilizado para la comisión delictiva, tal y como sucede con el *cyberstalking* o la apología al terrorismo por medios virtuales.

El acceso al sistema «cebolla» por sí sólo es ineficaz y peligroso. Para conceder mayor seguridad a los equipos conectados el portal *The Hidden Wiki* se ha convertido en un amplio directorio de páginas web bajo tal dominio *onion* para acceder al contenido que se considere conveniente por el usuario, tanto legal como ilegal¹⁴. Estas páginas webs no tienden a ser de contenido ilegal en su mayoría, sino que, tal y como señala Díaz¹⁵ en su estudio, el 69% del contenido de la *Deep Web/Darknet* es legal, mientras que el 31% es susceptible de tener carácter delictivo. Siguiendo con su estudio, dentro de todo este contenido, se podría subdividir en: (1) el 28% del total se compone sobre mercados negros, ya sea de armas, drogas o cualquier otro producto; (2) el 13% son contenidos de servicios de correo y mensajería; (3) el 12% son páginas personales de los usuarios (4) el 10% está relacionado con el bitcoin y servicios de inversión en criptomonedas¹⁶; (5) los restantes porcentajes, todos inferiores al 7% cada uno, se distribuyen en páginas de hosting o almacenamiento, directorios, pornografía, redes sociales, organizaciones para la difusión de contenido (normalmente activismo político), pornografía infantil y otras actividades delictivas como la experimentación humana¹⁷. Sorprende observar que la pornografía (1%) y la pornografía

12 MIRÓ LLINARES, F.: «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 1-55, cita en p. 23.

13 Datos ofrecidos por Panda Security en la anualidad de 2018-2019. Disponible en: <https://www.pandasecurity.com/es/mediacenter/seguridad/costes-del-cibercrimen> [Fecha de consulta: 27/06/2022]

14 Dentro del portal *The Hidden Wiki* puedes encontrar servicios financieros ilegales (cuentas financieras robadas, tarjetas de créditos clonadas, falsificación de moneda, etc.), explotación sexual, mercado negro de armas, drogas y documentación, servicios de hosting, blogs de todo tipo, servicios de correo y mensajería, activismo político, Secretos de Estado e incluso bibliotecas online, tanto legales como ilegales.

15 DÍAZ, M.: «Algunas estadísticas sobre la Darknet», *Click Jurídico*, 11/07/2018. Disponible en: <https://clickjuridico.es/estadisticas-darknet> [Fecha de consulta: 27/06/2022]

16 Las criptomonedas, aunque no ha de englobarse dentro del tanto por ciento de contenido ilícito, es evidente que tiene una conexión con conductas delictivas. El pago por los servicios delictivos ofertados, ya sea para la compra de drogas o contratación de hackers, se realiza a través de las criptomonedas, las cuales se han venido mostrando como un medio de pago de difícil seguimiento y ajenas al control por las autoridades financieras.

17 Recogen CHERTOFF, M. y SIMON, T.: *The impact f the Dark Web on Internet Governance and Cyber Security*, op. cit., p. 5, que el portal web «The Human Experiment» detalló experimentos médicos efectuados a personas sin hogar, quienes usualmente no tienen documentación legal o registro, en los cuales se realizaron todo tipo de barbaridades en «nombre de la ciencia» hasta que el sitio web fue clausurado en 2011.

infantil (4%) son contenidos con presencia escasa dentro de la red *onion*, aun cuando se suelen plantear como los más usuales en la misma.

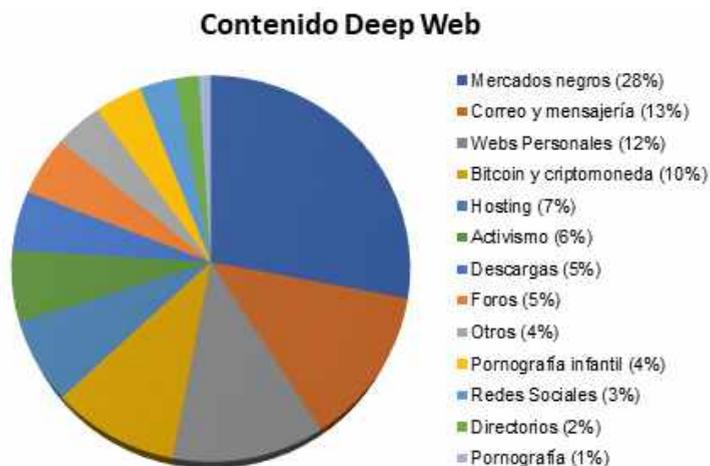


Figura 4. Contenido *Deep Web*. Fuente: Elaboración propia¹⁸

Por su parte, el estudio llevado a cabo por las empresas de inteligencia *Intelliagg* y *Darksum*, manifestó en el año 2016 que, de su «censo de la web oscura»¹⁹, el contenido ilícito de la misma podía variar entre un 48% y un 68% según las muestras y el entendimiento de qué es ilegal. Así, distribuyeron el contenido en: un 29% para el compartimiento de archivos (el cual dependerá de si se trata de contenido ilícito o no²⁰), un 28% relativo a la filtración de secretos estatales e informaciones; un 12% para el fraude financiero; un 10% del contenido es relativo a noticias de medios de

18 En base al estudio de DÍAZ, M.: «Algunas estadísticas sobre la Darknet», *op. cit.*

19 Tal y como manifiestan en el informe, se ha realizado un censo «de la web oscura utilizando el *Darksum* 'software de recolección', un "spider" o software que sigue los enlaces a través de la web con el fin de elaborar un índice de sus páginas, y el 'sistema de clasificación inteligente de aprendizaje-máquina de Intelliagg' - complejos algoritmos que son "entrenados" por seres humanos y luego enviados para clasificar automáticamente los datos [...] nuestro sistema de clasificación ha sido 'entrenado' usando los datos resultantes de la clasificación manual de 1.000 sitios de la Dark Web. Se procedió a clasificar los datos que quedan automáticamente sin supervisión humana. Este método automatizado resultó ser un 94% tan preciso como hubiera sido si este proceso se hubiera hecho totalmente a mano, lo que significa que 9 de cada 10 veces nuestros algoritmos llegaron a la misma conclusión que un analista experimentado». *DeepLight. Shining a light on the Dark Web, An Intelliagg report in 2016*, p. 6. Disponible en: <https://onyxcomms.com/wp-content/uploads/2017/01/intelliagg-deeplight-report.pdf> [Fecha de consulta: 29/06/2022]

20 En este apartado se incluye la compartición de material pedófilo, ya sea a través de descarga directa o links p2p. Tal y como manifiesta ZARAGOZA TEJADA, J.I.: «La modificación operada por la Ley 13/2015. El agente encubierto informático», *Ponencias de formación continuada - Ministerio Fiscal*, 2006, p. 16. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentación> [Fecha de consulta: 26/06/2022], las redes Tor se han confeccionado como un instrumento utilizado por los usuarios para la compartición de técnicas de evasión de la ley, ocultando sus datos personales y almacenando y compartiendo sus colecciones de pornografía infantil a través de instrumentos de cifrado y software para el ocultamiento y eliminación de los datos que les pudieran incriminar en tales actuaciones.

comunicación; un 6% anuncios y publicidad; un 5% foros de discusión; un 4% sobre las drogas y su mercado; un 3% relativo a internet, ordenadores y tecnología; el mismo porcentaje relativo esta vez en medidas para hackear o contratar un hacker; un 1% pornografía; y un 0,3% armas. Tal y como se observa, los porcentajes son muy dispares, y se manifiesta que, en el momento de la realización de tal estudio, las criptomonedas no tenían tal auge todavía, no apareciendo en las estadísticas. Se entiende así que dependerá del estudio y la muestra obtenida para fijar el desglose del contenido, así como de la época y circunstancias vividas.

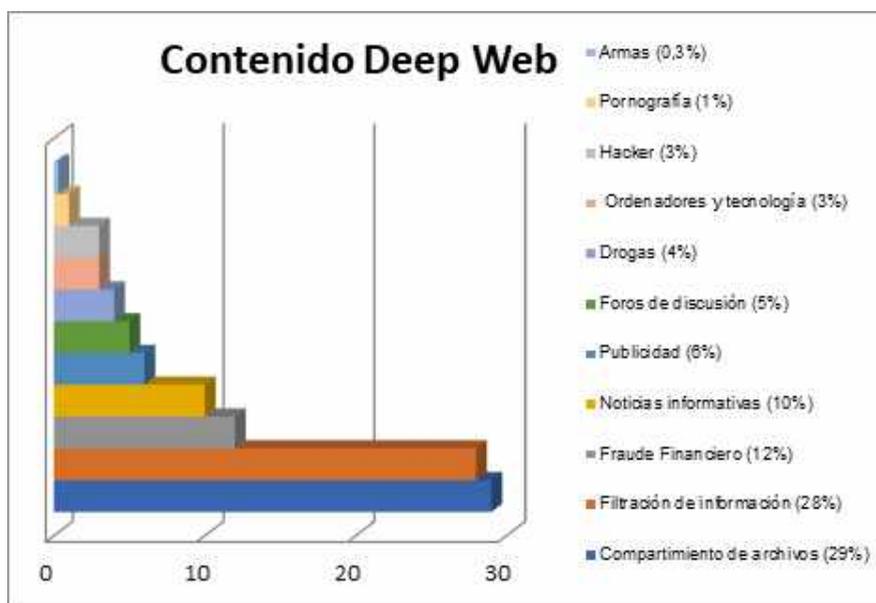


Figura 5. Contenido *Deep Web*. Fuente: Elaboración propia.

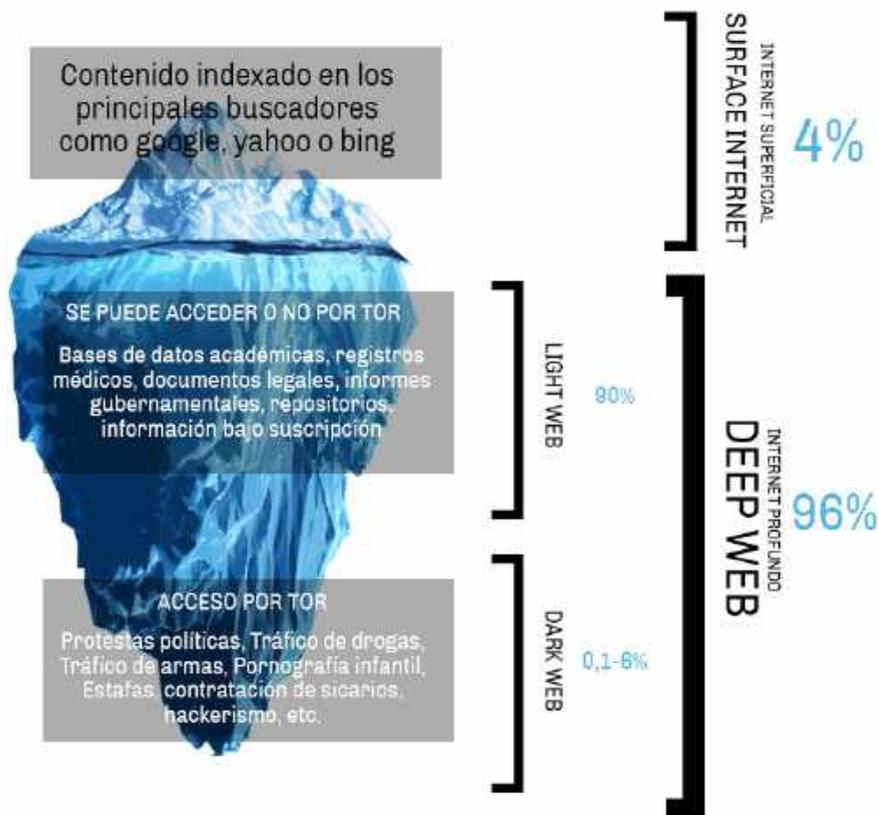
Realmente es casi imposible determinar el tanto por ciento de páginas delictivas existentes en la *Deep Web* ante la imposibilidad de su cuantificación real; recordar que gran parte del contenido se encuentra cifrado, por lo cual su acceso está restringido. Los breves estudios que aquí se han expuesto quedan limitados ante un determinado número de páginas; exactamente el censo llevado a cabo por *Intelliagg* no llegó a más de 30.000 páginas web. Para ponerlo en contexto, según datos de *Internet Live Stats*, el *World Wide Web* o red informática global estaría formada, en el momento de la escritura de esta página (la cifra es muy variable y va *in crescendo* cada segundo) por un total de 1,967,846,108²¹ sitios web (casi 4.000 millones conforme el registro de *World Wide Web Size*²²). Si, tal y como se estima, este internet superficial —todo aquel internet comúnmente utilizado por los usuarios²³— es un 4% del total y la *Deep Web* es el restante 96% (que habría que subdividirlo a su vez

21 Disponible en: <https://www.internetlivestats.com> [Fecha de consulta: 17/07/2022]

22 Disponible en: <https://www.worldwidewebsize.com> [Fecha de consulta: 17/07/2022]

23 SÁNCHEZ PÉREZ, C. y JORDÁ SANZ, C.: «La investigación a través de Deep Web y Dark Web: un estudio exploratorio empírico», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 64, 2021, pp. 73-93, cita en p. 76.

en la que aquí hemos denominado *Deep Light Web* —90%— y en la *Dark Web*, la cual esta última sería entre un 0,1 y un 6% del total, tal como se observa en la Figura 6), podemos hacernos a la idea de lo lejos que tales estudios han quedado respecto a la realidad.



Rodrigo Miguel Barrio
rmiguelt@ubu.es

Figura 6. *World Wide Internet*. Fuente: Elaboración propia

Lo que sí que se ha podido observar es que la criminalidad es parte de la *Deep Web*, y más concretamente, de su parte más oscura. Desde páginas personales hasta mercados de armas, ese es el contenido tan amplio que alberga y administra el internet profundo. Así, y desde su óptica delictiva, tal y como ya se ha venido evidenciando, el anonimato y la dificultad de perseguir las conductas delictivas allí desarrolladas por su componente tecnológico marcan el interés procesal en la materia. Una amplia gama de conductas ilícitas como la venta de documentación falsa, servicios de cibercriminales (hacker y *hacktivismo*), venta de armas, de drogas, tráfico de órganos, distribución de pornografía, con especial preocupación aquella de carácter infantil, contratación de sicarios a sueldo, malware, estafas, promoción de hábitos peligrosos para la salud, promoción de autolesiones y suicidios, proliferación de sectas, ritos dañinos para la persona o la sociedad, extremismos, robo de datos personales e

íntimos, lavado de bitcoins, apología del terrorismo y, en general, cualquier perversión humana imaginable²⁴.

Es por ello que estos chats, foros y portales webs alojados en los *hosts* de la internet profunda y que su utilidad se enfoca en la promoción del delito y su facilitación han de ser considerados como organizaciones criminales²⁵. El mundo de la intranet difiere del mundo físico y, por tanto, es necesario reestructurar el concepto de organización criminal y adaptarlo a esta realidad tecnológica. A pesar de existir jurisprudencia contraria a considerar a un foro como un grupo criminal²⁶, no es menos cierto que la mayoría de pronunciamientos tienden a este nuevo establecimiento²⁷. La presencia de una pluralidad de sujetos que conforman una estructura jerárquica con una dirección operativa ya acerca a la idea de organización criminal, debiendo de tenerse en cuenta las acciones individuales de los restantes usuarios. Es válido que la red esté mínimamente estructurada, esto es, que permita, a través de los medios que disponen, poder desarrollar un plan delictivo por parte de los integrantes, suponiendo una facilidad en la lesión del bien jurídico protegido. Estos integrantes serán todas aquellas personas que voluntariamente hayan pedido el ingreso en el portal web.

La justificación a este planteamiento reside en que, para poder ser usuario de los mismos, es necesario el registro mediante una invitación de uno de los usuarios, normalmente un moderador o administrador del sitio web, y en algunas circunstancias,

-
- 24 Tal y como expone una noticia del periódico ABC (ESPINOSA, J.L.: «Los peligros de Deep Web, la internet profunda», *ABC*, 13/07/2015. Disponible en: <https://www.abc.es/tecnologia/redes/20150708/abci-deepweb-secretos-internet-oculta-201507072005.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.es%2F> [Fecha de consulta: 24/06/2022]) la actividad delictiva tiene un gran impacto en la parte oscura de internet, estimándose que el «32% de los bienes que se comercializan en gran parte de las tiendas está relacionado con cannabis y venta de drogas [...] por 5.900 dólares se puede obtener la ciudadanía estadounidense en un lugar de Deep Web especializado en proporcionar pasaportes [...] por solo 100 dólares se pueden comprar cuentas robadas de plataformas como eBay o PayPal [...] se pide 180.000 dólares por cometer un asesinato».
- 25 El art. 570 bis del Código Penal en su apartado primero entiende por organización criminal «la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos». Esta definición es considerada como insuficiente, y por ello LÓPEZ MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 52, manifiesta la necesidad de incluir «el *modus vivendi*» de este tipo de grupos criminales como podría ser el «servirse de su posición de fuerza y potencial intimidatorio que proporciona su estructura reticular para conseguir el acatamiento de sus pretensiones comerciales, económicas, políticas o [...] para llevar a buen término el plan trazado con anterioridad, lícito o ilícito, sin que necesariamente tenga que utilizar la violencia, la conminación, o la extorsión, todo ello bajo un mutismo generalmente emanado del miedo a la represalia o venganza». Si bien es verdad que todas estas características pueden responder a la actuación diaria de una organización criminal, no es menos cierto que el autor parece enfocar su definición en conductas mafiosas.
- 26 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 913/2006, de 20 de septiembre, ECLI:ES:TS:2006:5630 FD. 7-8, en la cual se duda acerca de la asignación del término de organización criminal a un foro/chat en la red, lo cual considera el Tribunal como desorbitado y contrario al concepto típico. Para ello se basa en el término de colaboración, el cual es una acción basada en una previa concertación, algo que el órgano judicial manifiesta imposible en el supuesto de personas que no se conocen entre ellas, no siendo equiparable a lo que usualmente ha sido entendido como organización, la cual exige una estructura, coordinación y reparto de tareas y formas de actuación bajo una jerarquía.
- 27 A modo de ejemplo véase la Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 1095/2001, 16 de Julio de 2001, ECLI: ES:TS:2001:6202; N.º 1719/2003, 17 de diciembre de 2003, ECLI: ES:TS:2003:8155; N.º 1444/2004, de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2004:8000.

la demostración de «buena fe» a través de la realización de una actuación en favor del foro —a modo de ejemplo, en los chats de compartición de material pedófilo, para el acceso se exige aportar material pornográfico de menores de edad—. Concurren en los mismos las notas clásicas de organización criminal: (a) estructura jerárquica, puesto que el foro se establece a través de diferentes rangos de usuarios; (b) medio para la facilitación de la comisión de un hecho delictivo, puesto que el portal web permite una comunicación y compartición de archivos de manera casi instantánea; (c) grupo de sujetos coordinados, los cuales, aunque no se conozcan, actúan de manera más o menos coordinada para la comisión del acto delictivo, aprovechándose de las ventajas de la *Darkweb* para ocultar sus datos personales y dificultar su investigación. En este tipo de foros y chats se confeccionan un conjunto de normas para los usuarios, que establecen así un código de conducta y de actuar, similar al que puede tener una organización criminal física, haciendo a todos los usuarios en integrantes del «grupo» formado²⁸, interviniendo todos ellos de manera sincrónica en aras de su objetivo común.

2. Las medidas de investigación en la *Deep Web*: el agente encubierto informático

Hubo una época en la cual la internet profunda parecía inexpugnable, era el espacio perfecto para la ocultación de aquellas personas que no querían ser identificadas, ya fuese por miedo o por búsqueda delictiva. La caída de *Silk Road*, tanto I como II, ponía en alerta a los mercados negros, y abría la incertidumbre acerca de la «irrompibilidad» de la red Tor²⁹. De igual manera, sus herederos en el negocio oscuro del tráfico de cualquier sustancia prohibida, ya sea armas, drogas o incluso órganos, tuvieron un destino similar, y así *Evolution*, *AlphaBay* y *Hansa* caían ante las detenciones de sus administradores y las incertidumbres generadas. Y, tal y como sucedía con la mitología griega, si cercenas una cabeza, dos crecían en su lugar, siendo fundadas nuevas plataformas, como el portal ruso Hydra, el cual apareció para ocupar el espacio de sus predecesoras en el mercado negro, llegando a tener 17 millones de clientes, 19.000 vendedores registrados, y facturando 1.230 millones de euros al año, hasta que fue clausurada recientemente gracias a las investigaciones criptográficas realizadas a la plataforma *Bitcoin Bank Mixer*, portal utilizado para ofuscar el rastro de las transacciones digitales mediante el uso de *Bitcoins*.

La *Deep Web* es parte de la actividad de los órganos jurisdiccional de España³⁰. Para llevar a cabo tales investigaciones, se han realizado muy diversas actuaciones,

28 BUENO DE MATA, F.F.: «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?», en PÉREZ GIL, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 311-330, cita en p. 317, ha denominado como «grupo formado» a aquella asociación que cumple los requisitos del art. 282 bis LECrim bajo un marco de actuación que interconecta a millones de personas en una sitio web bajo unos intereses comunes.

29 TAYLOR, S.: «Is Tor Trustworthy and Safe?», *Restore Privacy*, 14/12/2021. Disponible en: <https://restoreprivacy.com/tor> [Fecha de consulta: 10/07/2022]

30 SÁNCHEZ PÉREZ, C. y JORDÁ SANZ, C.: «La investigación a través de Deep Web y Dark Web: un estudio exploratorio empírico», *op. cit.*, p. 82-84. Ambas autoras recogen en su estudio que, hasta el año 2021, en 44 resoluciones judiciales se detectó la *Deep (Dark) Web* como un instrumento para la comisión delictiva, ya fuera importante (22 resoluciones judiciales), principal (3 sentencias) o accesorio (8 sentencias). Este fenómeno delictual centró casi el 50% de los casos en materia de pornografía infantil, el 34% en terrorismo y los restantes supuestos versaban sobre delitos contra la salud pública, amenazas y estafas.

desde la búsqueda de *exploits* hasta el agente encubierto informático, las cuales han de utilizarse conforme a las circunstancias de cada caso concreto. A modo de ejemplo, el *exploit* es más utilizado para la investigación de los denominados *darknet market*, puesto que a través de los mismos puedes acceder a información personal de los usuarios. Por su parte, el agente encubierto, se ha convertido en el instrumento perfecto para la infiltración en los portales web ante la imposibilidad de acceder directamente a los usuarios o a la información vertida. Sus propias características le llevan a funcionar mejor dentro de chats y foros donde es necesario un registro especial para poder acceder a los mismos, el cual se lleva a cabo mediante invitación o aporte en favor de la comunidad, tal y como sucede en los casos de pederastia, aunque también ha sido primordial en cuestiones de mercados negros virtuales. Así, el objetivo del presente trabajo se articula dentro del agente encubierto, el cual se ha venido demostrando como la diligencia de investigación más adecuada para la identificación de cibercriminales en la *Deep Web* gracias a las características de privacidad y anonimato que ofrecen los nodos mediante el enrutamiento y encriptación de información.

2.1. Concepto y características del agente encubierto físico y virtual

Tal y como ya se ha ido avanzando, el objetivo del presente trabajo es un estudio de las labores de investigación llevadas a cabo por el agente encubierto informático dentro de los foros y chats restringidos de la *Deep Web*. Antes de entrar en el análisis de sus funciones, hay que abordar previamente las características de esta medida de investigación, para así, a través de un estudio general de la figura, poder analizar correctamente un estudio más particular.

La figura del agente encubierto ha sido un pilar básico en la lucha contra la criminalidad organizada —ya sea nacional o internacional—. Se trata de una investigación llevada a cabo por la policía judicial en la cual, para dismantelar actividades propias de la delincuencia organizada, y mediante autorización del juez de instrucción competente o del Ministerio Fiscal —dando cuenta al juez de instrucción competente—, se designa a un miembro del cuerpo de policía judicial para actuar bajo identidad supuesta —otorgada por el Ministerio del Interior por un plazo de 6 meses prorrogables por periodo de igual duración—, interviniendo en la actividad delictiva a través de labores tales y como la adquisición o el transporte de los efectos e instrumentos del delito y auxiliar en su incautación (art. 282bis LECrim)³¹. La jurisprudencia,

Desde nuestra óptica nos parece reseñable observar cómo no existen pronunciamientos judiciales en materia de tráfico de armas o de drogas, los cuales son los contenidos más encontrados en la Red Tor.

- 31 Una perfecta definición sobre la figura es la efectuada por GUZMÁN FLUJA, V.: «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, La Mancha, Universidad de Castilla, 2005, pp. 1-28. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6vicente-guzman-es.pdf> [Fecha de consulta: 22/06/2022]: «medio extraordinario de investigación de determinados delitos cuya comisión se encuadra en la actividad de una organización criminal, que consiste en integrar o incorporar a la estructura de dicha organización a un funcionario de la policía a quien, a tales efectos, se le otorga una identidad supuesta o ficticia, para poder recabar, desde esa posición y ante la dificultades de hacerlo mediante los medios de investigación ordinarios, información y datos sobre los hechos delictivos investigados, así como otros que puedan conducir a conocer la estructura, integrantes, financiación y funcionamiento de la organización criminal que puedan conducir a su dismantelamiento o a lograr su inoperancia. La piedra angular de este medio de investigación reside en la existencia de

lógicamente, no ha sido ajena a tal medida de investigación, y ha ido otorgando un status a tal figura conforme la misma iba siendo desarrollada temporalmente, valorándolo como un instrumento de prevención del delito o de profilaxis social³², con antecedentes³³ en la doctrina y jurisprudencia alemana como agentes «undercover agent»³⁴, esto es, cuya función es actuar en la clandestinidad para reprimir o prevenir el delito, cuando hayan fracasado otros métodos o se hayan mostrado insuficientes para el descubrimiento de la estructura, modus operandi y/o pruebas de la actividad delictiva de la organización criminal³⁵. El Tribunal Supremo se ha mostrado partidario de la utilización de terminologías amplias y metafóricas³⁶ para

un «engaño», desde el momento en que la persona (el agente policial) infiltrado usa una identidad supuesta, distinta de la suya propia, y que sirve para ocultar (y para evitar o dificultar lo máximo posible) que la organización criminal llegue a saber que el nuevo miembro incorporado es, en realidad, un miembro de la policía (pp. 17-18) [...] mediante este «engaño» inicial el agente encubierto puede verse en situaciones concretas en las que, incluso de forma no buscada adrede, sino de forma casual, puede obtener información relevante para el proceso penal [...] De esta forma, cabe concluir que el engaño inicial que subyace a la infiltración no puede significar una cobertura genérica de la actuación del agente encubierto, sino que debe amparar sólo determinadas actuaciones, a la vez que se debe determinar con extremadas prudencia, qué valor puede tener a los efectos del proceso penal la información así lograda (pp. 20-21)».

- 32 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 1570/1984, 15 de noviembre, ECLI:ES:TS:1984:741: «que las fuerzas policiales, tienen entre otras funciones, la de prevenir el delito ejercitando una misión de profilaxis social, y la de descubrir su preparación, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente, con el fin de conocer sus planes, abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y procurar su detención».
- 33 Como acertadamente pone de manifiesto LÓPEZ MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, op. cit., p. 130 sus antecedentes en muchos países, tal y como sucedía en España en la década de los 70, se han basado en adoptar las técnicas operativas que observaban que se llevaban a cabo por cuerpos de policía extranjeros con mayor estructura.
- 34 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 1140/2010, de 29 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7184, FJ. 6: «El término “undercover” o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido o cuando [...] un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis, lo que no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto de lo visto y oído en tiempo anterior».
- 35 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 104/2011, de 1 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1316, FD. 12.
- 36 A modo de ejemplo puede destacarse la actividad camaleónica del agente encubierto, el cual se infiltra en el grupo criminal «mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesoria, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 835/2013, de 6 de noviembre de 2013, ECLI:ES:TS:2013:5453, FD. 1.

su definición, mostrándose siempre como una medida de investigación de carácter preventiva³⁷. Tal y como lo ha delimitado la Fiscalía del Tribunal Supremo, el agente encubierto es un policía infiltrado, que, «ocultando su condición y bajo identidad supuesta, entra en contacto con un grupo de delincuentes llegando incluso a participar de alguna forma en su actividad criminal para lograr descubrir la misma y desarticularla»³⁸.

Desde el año 2015 y ante el fenómeno tecnológico vivido en la sociedad, se incluye en la LECrim su variante informática mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, por la cual se crea esta nueva figura «casi» *ex novo*, puesto que aunque careciese de una expresa regulación, esto no quiere decir que careciese de cobertura legal³⁹. La razón de ser de tal modificación se sitúa en la necesidad de dar respuesta a aquellos cibercrímenes que estaban sucediendo en los canales de comunicación cerrados, por los cuales se ofrecía una privacidad, en ese momento de carácter casi completa, frente a los tradicionales métodos existentes en la red, como la transferencia de archivos ilícitos mediante sistemas P2P o portales web y redes sociales de carácter abierto e indexadas en los principales navegadores. Las redes de pederastas y de tráfico de sustancias ilícitas venían emigrando a estas comunidades cerradas, lo que suponía una dificultad en cuanto a su investigación, viéndose necesario adaptar la figura del agente encubierto a las nuevas realidades nacientes del ámbito tecnológico⁴⁰, y obviar el carácter de organización criminal como ámbito subjetivo de tal diligencia de investigación.

La base del análisis del agente encubierto virtual se sitúa en su homólogo de carácter presencial, sirviéndolo para su desarrollo conceptual. Antes de la nueva regulación, ya se venía practicando, con importantes y necesarias particularidad⁴¹, tales actuaciones en un intento de complementar con la práctica las carencias de la normativa procesal, las cuales sirvieron para detectar tal necesidad y cómo articularla desde un punto de vista legal.

En el presente supuesto informático, tal y como se analizará a posteriori, no es la «identidad supuesta» el aspecto fundamental en torno a la misma, ni así la desarticulación de la organización criminal, sino que su tarea será adentrarse en los canales cerrados de comunicación para la búsqueda de pruebas que ayuden a la represión

37 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 104/2019, de 27 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:658, FD. 2.

38 Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:9365A.

39 ZAMARRA ÁLVAREZ, C.M.: *La prueba ilegalmente obtenida*, op. cit., p. 298.

40 Esta circunstancia ya venía siendo manifestada por diferentes agentes jurídicos. Tanto en el primer como en el segundo Congreso Nacional de Policías Tecnológicas se discutió la necesidad de dar una nueva respuesta a la aparición de foros restringidos que permitían a los delincuentes intervenir anónima e impunemente por la red, siendo necesario regular la figura del agente encubierto (LÓPEZ MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 197), aspecto, que, en el año 2011, volvió a ponerse de manifiesto por el Senado, el cual instó al Gobierno a la regulación de tal figura (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, n. 38, IX legislatura, 28 de marzo de 2011, p. 5) y por la memoria de la Fiscalía del año 2011 (p. 1172).

41 BUENO DE MATA, F. F.: «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?», op. cit., p. 314.

de los delitos allí llevados a cabo⁴². Es una medida de investigación que pretende dar respuesta a los fenómenos tecnológicos, los cuales pueden conseguir, por sus propias virtualidades, la impunidad de las conductas delictivas llevadas a cabo en la red, especialmente en los portales protegidos de la *Dark Web*, de ahí su carácter de instrumento extraordinario⁴³.

Así por tanto, el agente encubierto virtual es, en palabras de RIZO GÓMEZ, «un medio extraordinario de investigación en virtud del cual un funcionario de la policía judicial, habiendo recibido la pertinente autorización judicial, se infiltra temporalmente y bajo una identidad supuesta en un canal cerrado de comunicación, al objeto de recabar información sobre determinados hechos delictivos cometidos precisamente a través de la red»⁴⁴.

2.2. Ámbito objetivo del agente encubierto

Analizando el ámbito objetivo del agente encubierto, vamos a proceder en primer lugar a efectuarlo desde un prisma general, para posteriormente, tal y como venimos realizando en el presente trabajo, abordarlo desde la óptica del agente encubierto informático.

Tal y como pone de manifiesto LAFONT NICUESA⁴⁵, pueden distinguirse dos tipos de operaciones de infiltración: estratégicas y tácticas. La primera de ellas es aquella cuya duración temporal es prolongada, puesto que su finalidad es desarticular la empresa criminal a través de diferentes actuaciones de ascenso en la cúpula de la organización delictiva. La segunda de ellas, la cual es la llevada a cabo en el ordenamiento jurídico español, tiene una visión mucho más limitada, y se centra exclusivamente a un acto criminal específico. Por tanto, su función estará enfocada en acabar con únicamente una actuación delictiva dentro de los delitos establecidos en el art. 282 bis.4: «(a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal; (b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal; (c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; (d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal; (e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; (f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal; (g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal; (h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; (i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada

42 A modo de interés, hay que señalar la posibilidad que, a través del agente encubierto, ya sea presencial o virtual, se puedan obtener informaciones criminales que no tienen relación con el objeto de la investigación. En estos supuestos, deberá el agente poner tales hallazgos en conocimiento de la autoridad judicial competente para que se incoe debidamente un proceso penal conforme a esta *notitia criminis*. Sobre esta cuestión véase ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 96.

43 GÓMEZ DE LIAÑO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, A Coruña, 2004, p. 129.

44 RIZO GÓMEZ, B.: «La infiltración policial en Internet, A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *op. cit.*, p. 102.

45 LAFONT NICUESA, L.: *El agente encubierto policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 27-28.

previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal; (j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal; (k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; (l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal; (m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal; (n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal; (o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Se observa así como el legislador ha querido establecer un *numerus clausus* de tipos delictivos por los cuales se puede adoptar tal medida de investigación para darle un status único al mismo. Y es que, como ya se ha venido manifestando, el agente encubierto ha sido establecido como un instituto jurídico de *ultima ratio*, cuya aplicación práctica va a llevarse a cabo exclusivamente en delitos de gravedad, restringiéndose igualmente a cuando no existan otras medidas, o las mismas hayan fracasado, para poder determinar la conducta delictiva, abortarla y detener a los presuntos autores. No obstante, es verdad que este listado no parece la mejor opción, puesto que puede entenderse como insuficiente el establecimiento de un *numerus clausus*, el cual supone la imposibilidad de aplicar tal medida si el delito se encontrare fuera del mismo. El paso del tiempo puede llevar a la aparición de nuevos tipos delictivos o nuevas necesidades sociales, las cuales quedarían fuera del ámbito objetivo delimitado por el legislador, siendo necesario en estos supuestos una modificación normativa, con las dilaciones temporales que esto supone, para poder aplicar esta técnica a esas nuevas realidades.

Este es el supuesto del agente encubierto virtual, le cual debe de actuar en un entorno muy diferente, el cual es la red. Ya se ha expuesto en apartados anteriores que la jurisprudencia y doctrina han tendido a equiparar como delincuencia organizada a aquellas actuaciones ilícitas desarrolladas dentro de la red, y más específicamente, dentro de chats y foros, al entenderse que sus labores, aun asíncronas inicialmente, tienden a buscar una cooperación entre los usuarios, quienes a su vez se benefician del anonimato de la red y la facilidad para la comunicación y transmisión de archivos. Empero, también puede entenderse, que el apartado sexto del art. 282 bis LECrim engloba una visión más amplia, no quedándose en la limitación establecida por el apartado cuarto del mismo precepto. Es lógico que el agente encubierto virtual, ante una realidad tecnológica en la Net, tenga que afrontar un ámbito objetivo más laxo y sobre materias de poca claridad y de gran dificultad investigadora, y por ello que el establecimiento de un *numerus apertus*, que comprenda también a todos los delitos cometidos mediante el uso de instrumentos tecnológicos e informáticos, sea la solución más lógica. Este tipo de delitos online, los cuales quedaban fuera de la regulación previa al año 2015, se caracterizan por, tal y como manifiesta Valiño Ces⁴⁶, tener un carácter impersonal, anónimo, gran capacidad de difusión⁴⁷, globalidad e inmediatez en cuanto a su transmisión y comisión.

46 VALIÑO CES, A.: «Las investigaciones en canales cerrados de comunicación: la figura del agente encubierto virtual», *op. cit.* p. 43.

47 El Código penal ha optado por ser inflexible ante aquellas conductas en las cuales se utilizan medios tecnológicos para incrementar el daño en la víctima, aprovechando el ciberespacio como instrumento multiplicador de la difusión de la conducta lesiva. Sobre esta cuestión véase MIRÓ LLINARES, F.: «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *op. cit.*, pp. 21-23; AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: «La arquitectura digital de Internet como factor criminológico: estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual», *International*

Se supera así este sistema de escasa operatividad del establecimiento de un listado cerrado, adecuándose a un modelo adaptado al avance tecnológico el cual no tiene en cuenta figuras determinadas y no provoca lentitud legislativa ante nuevas realidades informáticas. Se amplía el margen de actuación⁴⁸ de este instituto jurídico virtual, acabándose con el sistema encorsetado que viene sufriendo su homónimo físico-presencial, normativizándose una medida a los muy variados tipos penales que pueden hacer presencia en la red y que, aun estando alejados del clásico concepto de delincuencia organizada, son merecedores de un tratamiento procesal a través de este instituto jurídico, tales y como sucede con el acoso a menores de edad, distribución de pornografía infantil (la cual puede darse fuera del clásico planteamiento de un grupo criminal estructurado) o el *hacking* o ataques a sistemas informáticos, los cuales pueden ser llevados por un sujeto individual.

2.3. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad

Adentrándonos en el estudio de los requisitos, tal y como ya se ha planteado anteriormente, conforme al art. 282 bis de la LECrim, la autorización para llevar a cabo tal diligencia de investigación, desde una óptica de agente encubierto físico, recae en el «Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez» mediante un auto en el cual justifique tal medida. El otorgarle la posibilidad de adopción al Ministerio Fiscal no ha sido ajeno a críticas conforme a la restricción de derechos de los sujetos pasivos que supone llevarla a cabo, especialmente a la intimidación⁴⁹. El órgano judicial deberá de motivar tal resolución y superar la misma el juicio de proporcionalidad debido, esto es: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵⁰. Esta idea debe de abordarse desde una doble realidad existente —entre el interés público de investigar un delito y el interés privado del investigado— apreciable desde un criterio de medición por el cual se pueda entender la proporcionalidad o no de la medida, evitándose la arbitrariedad y favoreciéndose que la limitación de los derechos de un ciudadano tenga un interés de mayor magnitud⁵¹. Se entiende así como una regla para la resolución de conflictos entre principios de igual jerarquía, siendo ambos igualmente necesarios pero debiéndose otorgar, circunstan-

e-journal of criminal sciences, núm. 3, 2009, pp. 1-31, cita en p. 9; MIGUEL BARRIO, R.: «El delito de injurias y las redes sociales. El número de 'followers' y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *op. cit.*, p. 6.

48 VALIÑO CES, A.: «Las investigaciones en canales cerrados de comunicación: la figura del agente encubierto virtual», *op. cit.*, p. 44.

49 Tal y como manifiesta CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.: «La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción», *Revista Brasileña de Direito Processual Penal*, Vol. 3, núm. 2, 2017, pp. 511-536, cita en pp. 521-522, sería más acorde haber indicado que la medida no es adoptada por el Ministerio Fiscal, sino que le corresponde la propuesta de la misma, esto es, elevar su solicitud al juez competente para que decida sobre la admisión o no. Esto tiene su fundamento en que tal medida supone una diligencia sumarial restrictiva de derechos fundamentales, cuestión que conlleva el acceso a información, datos, hechos y confidencias que forman parte de la intimidad de las personas investigadas.

50 Sobre la necesidad de superar el juicio de proporcionalidad para la intervención en un Derecho Fundamental ya se pronunció, la sentencia del Tribunal Constitucional, N.º 66/1995, de 8 de mayo, ECLI:ES:TC:1995:66, FJ. 5.

51 BLANCO, A.E.: «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 2021, pp. 707-734, cita en p. 716.

cialmente y para el caso concreto, primacía de uno sobre el otro⁵², siendo entendido como una regla de interpretación para el caso concreto de choque de intereses. Se establece una prioridad entre los principios y derechos, elaborándose una regla de lógica deóntica para el establecimiento de la prioridad, que podría denominarse como test, juicio, factor, regla o canon de constitucionalidad⁵³, que establece un precedente para aplicar en cuestiones futuras de índole similar⁵⁴.

Así, la medida adoptada por el órgano juzgador o el Ministerio Fiscal deberá de componerse de tres elementos que determinan su subsidiariedad respecto a otros posibles instrumentos de investigación⁵⁵ que se han mostrado ineficaces ante la criminalidad organizada del caso en concreto⁵⁶: (a) idoneidad o aptitud de la medida para alcanzar el fin; (b) necesidad de la medida y, por consiguiente, la no existencia de otra medida más moderada o menos gravosa para la consecución del propósito con la misma eficacia⁵⁷, debiéndose de utilizar nuevas fórmulas conforme a la estructura criminal investigada⁵⁸; (c) proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la acción sea ponderada o equilibrada. Todo ello deberá acompañarse de una justificación basada en la existencia de indicios razonables y, compartiendo la opinión de CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, el objeto de la investigación y posibles delitos cometidos por los investigados⁵⁹.

En el supuesto del agente encubierto informático, será primordial el cumplimiento igualmente del principio de proporcionalidad, puesto que estamos ante una medida de carácter extraordinario y que opera exclusivamente cuando los medios tradicionales no han resultado suficientes para concretar la investigación. Únicamente se

52 PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 126-127.

53 BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005, p. 221.

54 PRIETO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 194.

55 Esta subsidiariedad ha de basarse en la excepcionalidad de la presente diligencia en base a que el restante de medidas otorgadas por la ley al órgano instructor se muestren incapaces ante la complejidad de la materia o gravedad del crimen, siendo imposible obtener prueba a través de otra vía que no sea la figura del agente encubierto.

56 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado*, *op. cit.*, p. 376.

57 Tal y como delimita CONDE-PÚMPIDO FERREIRO, C.: «Art. 282 bis», en CONDE-PÚMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal. Jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita*, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. II, 2004, p. 1210, citado en SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «El agente encubierto informático», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 118, 2016, pp. 1-10, cita en pp. 1-2): «la necesidad de la actuación no puede ser valorada en términos absolutos y objetivos, puesto que en el orden causal del esclarecimiento de los hechos difícilmente puede establecerse el carácter necesario de una diligencia de investigación, en el sentido de poder afirmar que sin ella los hechos ilícitos o sus autores no se hubieran descubierto. El fin último que se persigue con la infiltración policial es la lucha eficaz contra la delincuencia organizada. El juicio de necesidad ha de establecerse, pues, en forma relativa, tanto en el terreno objetivo de la adecuación de la conducta adoptada para lograr el fin de la investigación como en el subjetivo de estimar el agente, con cierto fundamento, que aquella actividad contribuye al descubrimiento y prueba de los hechos o a identificar a sus autores».

58 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado*, *op. cit.*, p. 377.

59 CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.: «La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción», *op. cit.*, p. 524.

requerirá autorización judicial en el supuesto de actuación en canales cerrados de comunicación, y no así, como es evidente, en canales abiertos⁶⁰, así como una autorización especial para poder intercambiar archivos ilícitos por razón de su contenido (art. 282 bis.6 LECrim), cumpliéndose igualmente el juicio de proporcionalidad. No obstante, es de interés manifestar aquí que la regulación parece ser diferente, puesto que el apartado sexto únicamente hace mención a la figura del órgano judicial y no así del fiscal. Por tanto, de la literalidad del artículo se entiende que, en este supuesto, únicamente el juez instructor tiene competencia para autorizar el uso de esta diligencia de investigación. Siguiendo a VALIÑO CES⁶¹, esta diferenciación tiene su fundamento en el plus de lesividad de los derechos fundamentales del investigado que puede ocasionar esta figura. Así, a través de la autorización judicial se asegurará el respeto de los derechos del investigado, siendo innecesario inclusive la intervención del Ministerio de Interior —puesto que la nueva identidad es únicamente virtual— y excluyendo al Ministerio Fiscal de tales labores autorizadoras, las cuales quedan exclusivamente otorgadas al órgano judicial competente.

2.4. El agente encubierto virtual y sus labores en la *Deep (Dark) Web*

El agente encubierto informático se transforma en el instrumento idóneo para dar respuesta a las nuevas conductas delictivas desarrolladas a través de medios tecnológicos, y más concretamente, aquellos cometidos en los canales cerrados inherentes *Darknet*, a consecuencia de que permite una investigación más eficaz y amoldada a las nuevas realidades presentes. El agente de policía deberá recibir una identidad supuesta que, en líneas generales, se comprende de un conjunto de datos ficticios para hacerle pasar por quien no es, que van desde un nombre, dirección, teléfono, cuenta bancaria, DNI y cualquier otro que le sea de interés para el caso concreto, fijándose las actividades delictivas atribuidas a las organizaciones delictivas estipuladas

60 En aquellos canales abiertos en los cuales no es necesario aportar credenciales o disponer de invitación para acceder, y por lo cual, no tienen restricción al público en cuanto a su visualización o registro, la figura del agente encubierto informático será más sencilla puesto que no se necesita una autorización judicial para llevar a cabo tales tareas y, por consiguiente, estaremos exclusivamente ante un ciberpatrullaje. En este tipo de canales no existe una investigación contra ningún sujeto en concreto, y por ello no existe una participación judicial en la misma ya que no hay que construir una identidad supuesta. El miembro de la policía judicial únicamente navegará por la red haciéndose pasar por un adulto o un menor para poder interactuar con sujetos. Está destinada frente a una pluralidad indeterminada de personas en aras de detectar posibles comisiones delictivas que estén sucediendo en los diferentes canales de comunicación, siendo lícita la actividad que le lleve al contacto con algún delincuente y la obtención por este medio de unas primeras evidencias que, posteriormente, puedan dar lugar al inicio de actuaciones judiciales, siempre y cuando no sea un delito provocado, sino que el contacto con el delincuente sea casual o incluso iniciado por este último (sobre esta cuestión véase Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, N.º 752/2010, 14 de Julio, ECLI: ES:TS:2010:4144, FD. 1). Aunque en el mundo real la suplantación de identidad se considera un acto de traición y de defraudación de la confianza, esto no sucede así en el mundo virtual, en el cual el ciudadano asume la participación de usuarios con un *nickname* falso, no afectando así la confianza del restante de participantes al no desvelar su verdadera identidad (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, Fiscalía General del Estado, 2015, pp. 22-23).

61 VALIÑO CES, A.: «Las investigaciones en canales cerrados de comunicación: la figura del agente encubierto virtual», *op. cit.*, pp. 41-42.

en la ley y aquellas que realizará⁶². Su actividad en tales redes profundas consiste en, a través de su entrada en la misma como miembro de la organización criminal o comprador/vendedor, descubrir, participar y prevenir las conductas que se fueren a llevar a cabo. Por tanto, toda aquella identidad supuesta carece de interés ya que únicamente va a necesitar un *nickname*, esto es, un perfil cibernético falso para el foro o chat donde vaya a intervenir. Esta identidad supuesta no es tan completa en el ámbito virtual, ni por consiguiente se genera un mismo peligro en el agente⁶³. Empero, su utilización será necesario en los supuestos recogidos en el apartado séptimo del art. 282 bis.7 LECrim, en el cual las actuaciones se extienden a lugares «extranet», pudiéndole autorizar el órgano judicial para «la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio». Como va a existir un contacto físico entre el agente encubierto virtual y el ciberdelincuente, es necesario transformar esta figura y adaptarla a los requisitos de la identidad supuesta necesaria para salvaguardar la seguridad de la investigación y del policía judicial.

Esta medida de investigación se ha convertido en un pilar básico como herramienta para combatir la delincuencia informática. Especialmente se ha visto de interés como un instrumento contra la distribución de pornografía infantil. Las redes Tor, las cuales se caracterizan por foros privados —los cuales necesitan invitación— con altas capas de cifrado, se han convertido en los portales perfectos para ocultarse y dificultar el acceso de la policía, permitiendo compartir archivos pedófilos a través de diferentes mecanismos de compartición, ya sea descarga directa o intercambio *peer-to-peer*. Este canal cerrado que ofrece la *Dark Web* es la ventaja para la delincuencia, la cual pretende y consigue mayores medidas de seguridad y cautelas para evitar la persecución policial, creándose diferentes estrategias para garantizar la impunidad de sus actuaciones. Estas son muy variadas, tales y como la necesidad de registro, de invitación⁶⁴ o incluso, de compartición de contenido sensible. Se crea así un círculo hermético, cuyo acceso se denota imposible si no es a través de la medida aquí estudiada⁶⁵.

Es evidente que este tipo de chats, portales web y foros radicados en internet, y especialmente en la *Deep Web*, deben de ser entendidos como organizaciones crimi-

62 BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del derecho y de la justicia: De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 517-518.

63 RIZO GÓMEZ, B.: «La infiltración policial en Internet, A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», *op. cit.*, pp. 121-122.

64 Sobre esta cuestión, BUENO DE MATA, F. F.: «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?», *op. cit.*, pp. 320-321: «Los mecanismos de ciberrastreo como el buscador «Hispalis» o «Gnuwatch» por el que se rastrea e identifica imágenes de contenido pederasta se han quedado cortos a la hora de perseguir dichas conductas. Los ciberrastros están pensados para intercambios de archivos en redes P2P como Emule o Elephant, pero no cuando los criminales se mudan a foros restringidos. En ocasiones el único camino para encontrar a quien crea o trafica con material pornográfico de menores de edad es infiltrarse en dichos foros como usuario del mismo».

65 Sobre la importancia del Agente encubierto en este tipo de delitos puede verse las conclusiones emitidas en la Memoria elevada al Gobierno de S.M. de la Fiscalía General del Estado del año 2011, las cuales, en su p. 1172, manifiesta: «los casos más sofisticados, y cada vez más frecuentes, son los que se producen en comunidades cerradas que comparten este material delictivo. Para estas investigaciones sería necesario utilizar el agente encubierto u otras formas de infiltración que permitieran identificar a los delincuentes y recabar las evidencias digitales para la incriminación de los autores».

nales tal y como ya se ha venido indicando en el apartado relativo a la criminalidad. Estos grupos formados en la web colaboran, de manera muy compleja, para la comisión de los delitos, aprovechando la estructura de la «Net» para, a pesar de la distancia, poder cumplir sus objetivos fácilmente, tal y como ya ha manifestado la jurisprudencia. No obstante, como señala LAFONT NICUESA, la reforma operada en 2015 y por la cual se integra el agente encubierto informático en nuestro ordenamiento procesal penal, «desconecta el ámbito de actuación del AE virtual de una posible conexión con el crimen organizado y evita cualquier problema interpretativo»⁶⁶, facilitando la acción en aras de poder investigar este tipo de delitos llevados a cabo en aquellas redes que mayores dificultades ofrecen para los operadores jurídicos.

Por tanto, este agente encubierto 2.0 se convierte en un instrumento óptimo para perseguir los delitos de la *Darknet*, asumiendo una identidad virtual falsa para poder registrarse en los canales cerrados de comunicación, detectar comportamientos delictivos e incluso intercambiar archivos para poder entrar dentro del «círculo» delictivo y tener contacto directo con los cibercriminales. Así podrá recabar las evidencias electrónicas introduciéndose en foros, portales web y chats, determinando los *nicknames* de los usuarios y, por tanto, facilitando la identidad de todos los sujetos intervinientes en la misma. Cabe diferenciar su actuación conforme el canal en el cual está siendo parte, esto es, intervenga en portales webs que necesitan únicamente registro de aquellos en los cuales el registro es por invitación o siendo necesario un aporte.

Respecto a aquellos portales que únicamente exigen registro para participar, no así para visualizar el contenido, nos estamos refiriendo a los *Darknet markets* o mercados negros. En los mismos, el agente inicialmente puede realizar actuaciones de ciberpatrullaje, pues los mismos no son canales cerrados de comunicación. No obstante, y a pesar de este último detalle, será necesaria autorización judicial para que el agente encubierto virtual pueda realizar diferentes actuaciones en aras de una integración en el mercado, ya sea como comprador o vendedor, y así tener contacto con los delincuentes. Por líneas generales, las actuaciones de los cuerpos de policía en estos mercados ha sido la simulación de vendedor, ya sea de armas, drogas, órganos o incluso venenos⁶⁷, a través de los cuales se ponen en contacto con futuros compradores y les transfieren un material inocuo. Así y a través de este sistema, pueden localizar, a través de la dirección que les proporcionan, al comprador o a la red, pudiendo hacer un rastreo de la circulación. Es de utilidad conjuntar este instrumento con la diligencia de circulación y/o entrega vigilada de sustancias prohibidas. Igualmente, el agente encubierto puede utilizar una identidad falsa y hacerse pasar por comprador, y así poder determinar quién es el sujeto que está vendiendo la mercancía a través del estudio del lugar de procedencia, determinando así el domicilio legal de la persona o empresa traficante que está ocultándose a través de la privacidad otorgada por la red Tor⁶⁸.

66 LAFONT NICUESA, L.: *El agente encubierto policial*, op. cit., pp. 27-28.

67 Tanto el FBI como la justicia inglesa han venido desmantelando redes de compra-venta de venenos en la *Deep Web*. A través de la figura del agente encubierto virtual, miembros del FBI se han hecho pasar por traficantes en las *Darknet markets* para poder contactar con este tipo de sujetos y darles captura, vendiéndoles sustancias inocuas. No han sido pocos los detenidos por la venta de veneno o por su compra, siendo la ricina el material más solicitado, tal y como sucedió en el año 2015 cuando se condenó a prisión a una persona que compró la suficiente ricina para poder acabar con la vida de casi 1400 personas (véase la noticia PENNINK, E.: «Man ordered enough deadly poison on the Dark Web to kill 1,400 people, court hears», *Independent.ie*, 21/07/2015. Disponible en: <https://www.independent.ie/irish-news/courts/man-ordered-enough-deadly-poison-on-the-dark-web-to-kill-1400-people-court-hears-31392729.html>. Fecha de consulta: 06/07/2022)

68 A modo de ejemplo puede observarse cómo es usual este método para la detención de traficantes y compradores de armas. El portal Agora, el que fue considerado durante varios

Aunque, tal y como ya se ha venido manifestando durante el desarrollo del presente trabajo, su principal virtualidad reside en su integración en aquellos foros o portales cerrados, en los cuales es necesario realizar algo más que el simple registro en el mismo, necesitándose una invitación personal. En estos supuestos, el agente ha de ganarse la complicidad de algún miembro para que poder acceder al portal y descubrir la actividad delictiva, pudiendo tomar la misma determinación que en un *black market*, y dedicarse a simular una actividad de compra-venta de una sustancia para poder determinar el origen o destino del producto ilícito y, de esta manera, la autoría del vendedor o comprador. Es cada vez más usual que, en pequeñas escalas, sean foros privados los lugares donde exista un mercado negro de armas, drogas, órganos, películas, libros o cualquier otro material. Su «explosión» ha llegado a través de la clausura de otros portales de mayor amplitud y abiertos al público, conllevando la idea de necesitar una mayor encriptación para salvaguardar estas conductas y su anonimato.

Empero, de mayor trascendencia tienen aquellas actuaciones tendentes a la detención de casos de pedófilos, en los cuales el policía judicial necesita realizar un intercambio de archivos para poder ser miembro de la red⁶⁹. Los consumidores de pornografía infantil, ante las vulnerabilidades de las redes P2P y de las Redes Sociales, han emigrado a portales restringidos, en los cuales únicamente permiten el acceso a las personas que consideran de su confianza. Así, el agente que consigue infiltrarse en la «ciberpágina» restringida puede tener acceso a estas redes de creación divulgación del contenido e identificar a las víctimas menores de edad, así como a los criminales (tanto quienes realizan el video como quienes lo distribuyen).

Para ello, en los archivos compartidos por los agentes encubiertos, es usual la utilización de «trampas» o «anzuelos», por los cuales, una vez que son descargados por el pedófilo, su dispositivo se infecta de algún tipo de *malware* o *ransomware*. En este tipo de casos, el agente encubierto, tras haberse ganado la confianza del criminal⁷⁰ adjunta un paquete de datos de interés para los restantes usuarios, los cuales desco-

años como el mayor *darknet market* de la Deep web, limitó ampliamente su venta de armas a consecuencia de las múltiples detenciones realizadas por el FBI mediante el uso de la técnica del agente encubierto informático, centrandó sus ventas en aquellos productos por los cuales la justicia no ha mostrado tanto interés en su investigación como narcóticos (existen más de 14.000 resultados de ventas de todo tipo de drogas), cuentas premium de operadores (Spotify, Netflix y otros), falsificaciones de productos, falsificaciones de pasaportes o servicios de hacking, finalizando su servicio ante la posibilidad de que se hubieran descubierto la ubicación de los servidores, pero todo ello venía gracias a la presión que estaba consiguiendo el FBI gracia a la intervención de los agentes encubiertos simulando ser compradores y vendedores. Esto mismo había sucedido previamente con los *Darknet market* como *Silk Road I* y *II*, *Evolution* y posteriormente con *AlphaBay* y *Hansa*.

- 69 Tal y como delimitan SÁNCHEZ PÉREZ, C. y JORDÁ SANZ, C.: «La investigación a través de Deep Web y Dark Web: un estudio exploratorio empírico», *op. cit.*, p. 85, el funcionamiento de estos foros pedófilos tiene una gran complejidad en aras de garantizar la privacidad de los usuarios y la impunidad. Se establecen así fases y privilegios, necesitándose cumplir requisitos de compartición de archivos para poder acceder a los mismos. En caso de inactividad en cuanto al envío de material, se desactivan las cuentas. Así se entiende que únicamente se puede ser miembro del foro y descargar archivos si se comparten, lo que conlleva que en estos casos, estar registrado en un foro pedófilo ya conlleva que ha existido una compartición del material, siendo imposible el mantenimiento en el mismo por un error.
- 70 Sobre la cuestión relativa a «ganarse la confianza del criminal», puede analizarse la operación judicial efectuada contra el Foro la Gran Familia, en el cual muy variadas personas realizaban encuentros con sus hijos menores para mantener relaciones sexuales, siendo el agente encubierto un pilar básico para ganarse la estima del criminal a través de cualquier ardid legítimo que le permite obtener información sobre el delito y la estructura criminal a través de la remisión de material o la profundización en los sentimientos de alguna de las

nocen que el mismo está infectado por un software intrusivo que infecta el dispositivo de los usuarios que lo descargan. Este código malicioso permite a los investigadores adentrarse en el dispositivo de la persona investigada y tener acceso a datos personales del mismo, los cuales se enfocan exclusivamente en la detección de su dirección IP. La localización de estos datos no necesita de autorización judicial, puesto que no se encuentran amparados por los apartados primero y tercero del artículo 18 CE, pero sí es precisa para desvelar la localización física del dispositivo y el titular del mismo⁷¹. A través de esta infiltración en el ordenador del sujeto investigado, y todo ello bajo autorización judicial, se facilita la investigación y determinación de los autores de estas conductas típicas⁷². Este tipo de archivos han de estar siempre identificables a través de la clave alfanumérica o hash que tienen asociados todos ellos, y por los cuales, y a través del análisis de los resultados de los algoritmos aplicables, puedan ser determinados para su eliminación en el momento oportuno, el cual es el registro domiciliario del investigado y la incautación de su dispositivo. Es trascendental este actuar para poder inventariar los archivos que son enviados por el agente encubierto y diferenciarles de aquellos materiales que poseía la persona investigada.

A través de este medio se consigue asegurar la investigación, permitiendo la autorización judicial para la entrada y registro en el domicilio de las personas investigadas, incautación de sus dispositivos, y comprobación a través de esta vía de la existencia del material pedófilo, obteniéndose así las evidencias suficientes para el procesamiento de esa persona y su futura condena. Para evitar que el sujeto pueda alegar en su defensa que no han descargado el contenido intencionadamente, que desconocían que el material era delictivo o incluso que han sido objeto de un hackeo —siendo por tanto una tercera persona quien efectuó tales actuaciones suplantándole la identidad—, las investigaciones centran su atención en comprobar los sistemas de seguridad, la encriptación de su red Wireless, la posible existencia de virus o troyanos que permitan un control remoto de su dispositivo, la visualización del material o incluso su distribución a través de algún tipo de canal de compartición de datos.

Todas estas actuaciones han de conjugarse con otro tipo de medidas llevadas a cabo fuera de la red Tor, en las cuales hay que trazar una identidad hasta la ID que se considera asociada al autor de los hechos, valorándose sus movimientos en la vida

personas implicadas. Sobre esta cuestión, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala segunda de lo Penal, N.º 767/2007, de 3 de octubre, ECLI:ES:TS:2007:6202, FD. 4.

- 71 MARTÍNEZ ATIENZA, G.: *Investigación tecnológica en los cibercrimitos*, Ediciones Experiencia S.L., Barcelona, 2021, pp. 80-83, lo que se determina bajo los preceptos 588 ter. J y k LECrim es que la dirección IP por sí sola no crea una identificación de un sujeto, sino de un dispositivo, pero las subsiguientes investigaciones acerca de la determinación de la persona que está detrás del mismo y su localización física real ha de ser llevada a cabo mediante autorización judicial.
- 72 Los investigadores únicamente rastrean y acusan de tenencia de pornografía infantil a quienes sea distribuidores o tengan tres archivos o más sobre este contenido. La justificación a esta conducta radica en no criminalizar a quien, por error pudiera haberse descargado un archivo con este contenido, ya sea por haber *clickado* erróneamente o por estar buscando otro tipo de material pornográfico y, por desconocimiento, haber descargado el material pedófilo. Así, la simple descarga de 1 o 2 archivos y su tenencia no sería constitutivo de delito, al no iniciar actuaciones la policía judicial. No obstante, a día de hoy, tal y como se ha planteado anteriormente, no se ha producido ningún pronunciamiento absoluto frente a aquellos sujetos que hayan alegado una descarga involuntaria de este tipo de material, puesto que todos aquellos que lo han alegado se encontraban registrados en páginas específicas, las cuales exigían un «gesto» hacia los restantes usuarios, debiendo de mantenerse una periodicidad en la compartición de este tipo de material, siendo imposible alegar el error en la conducta.

real, horas de conexión, correos electrónicos, contraseñas, y detalles que tenga en su apodo virtual que puedan coincidir con cuestiones personales. Es por ello que la cooperación ciudadana, la utilización de algoritmos y otras medidas tecnológicas son fundamentales para que el agente encubierto informático tenga éxito en sus tareas.

3. A modo de conclusión final

La criminalidad parece siempre encontrar el camino para subsistir, y el avance de las tecnologías le proporcionan los medios para mantenerse. En estos supuestos, la *Deep Web* se ha convertido en un «campo» perfecto para que el delincuente pueda actuar fuera de la ley y, amparado por las políticas de privacidad de los portales allí alojados, ocultar su identidad. La Red Tor, la cual mayoritariamente está utilizada como una red de comunicación para eludir la censura y la vigilancia en la red, ha servido para el alojamiento de mercados negros, organizaciones criminales y foros pedófilos entre otros muchos, permitiendo que bajo el anonimato la cibercriminalidad pueda desarrollarse sin ningún pudor.

Ante este auge de la internet profunda, el ordenamiento jurídico debe de dar una respuesta acorde a las necesidades. Las investigaciones judiciales para dismantelar este tipo de actividades realizadas, mayormente, en canales cerrados de comunicación (excepto las llevadas a cabo en los *darknet markets* por el cual proliferan grandes cantidades de tráfico de armas, órganos, drogas e incluso veneno, entre otras muchas sustancias ilegales) han sido muy variadas, desde la utilización de *exploits* para observar las vulnerabilidades de la página web hasta la figura del agente encubierto virtual.

Se ha podido observar que, para «desmembrar» una organización criminal, la infiltración en la misma es básica. Desde un punto de vista de los foros, chats y mercados de la *Dark web*, este sistema es fundamental. El anonimato que ofrece el sistema, así como la necesidad de obtener invitación u ofrecer una garantía (normalmente compartir contenido) para el acceso, conlleva la imposibilidad del ciberpatrullaje, siendo necesaria la diligencia del agente encubierto virtual para poder tener contacto con los usuarios investigados y obtener los suficientes indicios para procesar a los sujetos. Empero, esta figura necesitará una autorización judicial en la cual se valore la proporcionalidad de la medida, esto es, idoneidad o aptitud de la medida para alcanzar el fin propuesto, la necesidad de la figura y su carácter extraordinario, por el cual no pueden obtenerse los mismos propósitos mediante otra diligencia menos gravosa, y su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que existe una ponderación entre los interés investigados y los posibles derechos de los sujetos investigados afectados.

Así, el agente encubierto informático se plantea como una diligencia de investigación a operar preferentemente en los canales cerrados de comunicación, cuya función dentro de la *Deep Web* resulta fundamental para delimitar el objeto del proceso, las conductas realizadas y la identidad IP y/o real de los usuarios. Para ello se introducirá en los foros, ganándose la confianza de los usuarios con diferentes ardides, compartirá archivos anzuelo con malware para poder adentrarse en el ordenador de los restantes usuarios, interaccionará en los chats para obtener información, podrá quedar presencialmente con los investigados y, en general, cualquier actuación para la obtención de evidencias que permitan capturar y procesar a los criminales. Muy importante será su labor para la identificación de los usuarios de foros de pornografía infantil, puesto que sólo a través de esta diligencia se puede acceder a estos portales restringidos y tener contacto con quienes ahí están compartiendo y descargando material pedófilo. De igual manera, en aquellos canales abiertos de comunicación podrá autorizarse su figura para desarrollar actuaciones de compraventa de productos ilegales y así deter-

minar la identidad de los vendedores, compradores, redes de traficantes, mediante un sistema de circulación y/o entrega vigilada de sustancias prohibidas.

Se observa así cómo la Red Tor no es infranqueable. Los ordenamientos jurídicos adoptan cada vez más medidas para acabar con la impunidad que reina en los foros de la internet profunda, siendo el agente encubierto un instrumento primordial para la infiltración en aquellos espacios restringidos y poder dar captura a quienes escapan de la ley aprovechándose de las virtualidades ofrecidas por el enjambre de la cebolla Tor. No obstante, el proceso penal ha de mantenerse alerta ante la aparición de otras redes de igual o mayor peligro como la *Red Riffle* o *Garlic Routing*, las cuales promueven un sistema más privado y rápido a través de mayores fases de encriptación de los mensajes.

4. Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.:** «La arquitectura digital de Internet como factor criminológico: estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual», *International e-journal of criminal sciences*, núm. 3, 2009, pp. 1-31.
- BARONA VILAR, S.:** *Algoritmización del derecho y de la justicia: De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BERNAL PULIDO, C.:** *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005.
- BETHENCOURT, J., YONG LOW, W., SIMMONS, I. y WILLIAMSON, M.,** «Establishing Darknet Connections: An Evaluation of Usability and Security», *Proceedings of the 3rd Symposium on Usable Privacy and Security*, Association for Computing Machinery, New York, 2007, pp. 145-146. Disponible en: https://cups.cs.cmu.edu/soups/2007/posters/p145_bethencourt.pdf [Fecha de consulta: 17/07/2022].
- BLANCO, A.E.:** «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 2021, pp. 707-734.
- BUENO DE MATA, F.:** «Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?», en PÉREZ GIL, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 311-330.
- BUENO DE MATA, F.:** «Comentarios críticos a la conclusión de la figura del agente encubierto virtual en la LO 13/2015», en Bueno de Mata, F. F. (coord.), *FO-DERTICS 4.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)*, Comares, Granada, 2015, pp. 117-123.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.:** «La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 3, núm. 2, 2017, pp. 511-536.
- CHERTOFF, M. y SIMON, T.:** *The impact of the Dark Web on Internet Governance and Cyber Security*, Global Commission on Internet Governance, Ontario, 2015.
- CONDE-PÚMPIDO FERREIRO, C.:** «Art. 282 bis», en CONDE-PÚMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal. Jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita*, Tirant lo Blanch, Valencia, Vol. II, 2004.

- GÓMEZ DE LIAÑO, M.:** *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, A Coruña, 2004.
- GUZMÁN FLUJA, V.:** «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, La Mancha, Universidad de Castilla, 2005, pp. 1-28. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6vicente-guzman-es.pdf> [Fecha de consulta: 22/06/2022].
- LAFONT NICUESA, L.:** *El agente encubierto policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LÓPEZ MUÑOZ, J.:** *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LÓPEZ MUÑOZ, J.:** *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, Madrid: Dykinson, 2019.
- MARTÍNEZ ATIENZA, G.:** *Investigación tecnológica en los ciberdelitos*, Ediciones Experiencia S.L., Barcelona, 2021.
- MIGUEL BARRIO, R.:** «El delito de injurias y las redes sociales. El número de 'followers' y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 36, pp. 1-13. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n36-barrio/492583> [Fecha de consulta: 22/06/2022].
- MIRÓ LLINARES, F.:** «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 1-55.
- PRIETO SANCHÍS, L.:** *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- RIZO GÓMEZ, B.:** «La infiltración policial en Internet, A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en Asencio Mellado, J.M. (dir.) y M. Fernández López (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 98-123.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R.:** «El agente encubierto informático», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 118, 2016, pp. 1-10.
- SÁNCHEZ PÉREZ, C. y JORDÁ SANZ, C.:** «La investigación a través de Deep Web y Dark Web: un estudio exploratorio empírico», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 64, 2021, pp. 73-93.
- VALIÑO CES, A.:** «Las investigaciones en canales cerrados de comunicación: la figura del agente encubierto virtual», en GARRIDO CARRILLO, F.J. (dir.) y FAGGIANI, V. (coord.), *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado: Perspectivas de reforma*, J.M. Bosch Editor Barcelona, 2021, pp. 25-60.
- ZAMARRA ÁLVAREZ, C.M.:** *La prueba ilegalmente obtenida*, Colex, A Coruña, 2022.
- ZARAGOZA TEJADA, J.I.:** «La modificación operada por la Ley 13/2015. El agente encubierto informático», Ponencias de formación continuada - Ministerio Fiscal, 2006. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentación> [Fecha de consulta: 26/06/2022].
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.:** *El policía infiltrado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO: ASPECTOS TEÓRICO-PRÁCTICOS Y ANÁLISIS COMPARADO EN *SOUTH AUSTRALIA*

Federico González Barrera
Contratado Predoctoral FPI
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Aproximación teórica a la figura del agente encubierto informático. 1.1. Evolución histórica del AEI y conceptualización. 1.2. Principales características del AEI. 1.3. Marcos de actuación del AEI. 2. Requisitos de procedibilidad para su aplicación en el marco del proceso penal. 3. Efectos procesales del AEI. 3.1. Fase de instrucción. 3.2. Juicio Oral. 4. La figura del agente encubierto informático en el marco del proceso penal de *South Australia*. 4.1. Regulación de la ciberdelincuencia en *South Australia*. 4.2. Presupuestos de procedibilidad del AEI en *South Australia*. 4.3. *Efectos procesales*. 5. Conclusiones y propuestas de mejora. 6. Bibliografía.

0. Introducción

La ciberdelincuencia se trata de un fenómeno delictivo al alza desde el inicio del s. XXI. Ello se debe a diversos factores como, por ejemplo, la internacionalización en el uso de las herramientas digitales, el acceso a dispositivos electrónicos por cualquier persona a un precio asequible, o bien, por la facilidad y anonimato que ofrecen estos hechos delictivos los cuáles, además, pueden ser cometidos desde cualquier espacio geográfico. Esta situación dificulta la perseguibilidad de los mismos por parte de las autoridades gubernamentales ante las problemáticas que plantea la competencia territorial.

Frente a este auge, los Estados comenzaron a promover herramientas tecnológicas de investigación que facilitan la lucha contra esta ciberdelincuencia, permitiendo la prevención, detección y persecución de esta clase de delitos cometidos a través de Internet.

Pues bien, entre estas diligencias de investigación, cabe destacar la figura del agente encubierto informático (AEI, en lo sucesivo). A lo largo de la presente investigación, se abordará su estudio, teniendo en consideración, en primer lugar, su evolución histórica, así como su conceptualización. Tras ello, se abordarán las principales características que reviste esta diligencia de investigación. Asimismo, se expondrán

los principales presupuestos procesales para su aplicación en el marco del proceso penal, así como los efectos procesales que produce tanto en fase de instrucción como en juicio oral. También, se introducirá una breve aproximación comparativa a la situación de esta figura de investigación penal en el Estado de Australia Meridional (*South Australia*). Finalmente, se realizarán las correspondientes conclusiones y propuestas de mejora.

1. Aproximación teórica a la figura del agente encubierto informático

1.1. Evolución histórica del AEI y conceptualización

Las nuevas tecnologías han traído consigo numerosos beneficios como, por ejemplo, el desarrollo tecnológico de las ciencias de salud, la creación del teletrabajo, también para la educación (por ejemplo, a través del uso de las pizarras inteligentes) o la realización de videoconferencias desde cualquier parte del mundo, entre muchos otros.

Por contraposición, las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC, en lo que reste), también, han tenido consecuencias negativas, en especial, a partir de la creación de un espacio digital en el que se pueden cometer hechos delictivos de diversa índole, comúnmente conocidos como ciberdelincuencia.

A pesar de que la ciberdelincuencia está presente en la sociedad digitalizada desde hace varias décadas¹, en España su reconocimiento desde un punto de vista legislativo no tuvo lugar hasta la introducción de los ciberdelitos en el Código Penal español en el año 2015². De forma correlativa a esta reforma penal, se produjo la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015 para la regulación de determinadas medidas de investigación tecnológicas³. A partir de esta norma, el legislador español desarrolló diversas herramientas de investigación tecnológicas que permiten hacer frente a la delincuencia informática, tal y como ya había desarrollado la jurisprudencia desde años previos⁴.

-
- 1 La primera condena por un ciberdelito registrada a nivel mundial tuvo lugar en el año 1981 cuando Ian Murphy hackeó los servidores informáticos de una compañía telefónica en Estados Unidos produciendo pérdidas millonarias. A pesar de que la ciberdelincuencia no estaba regulada, este ciberdelincuente fue condenado a 1000 horas de servicio comunitario y 18 meses de libertad condicional. Para más información, véase BAUMARD, P.: «The Behavioural Intelligence Paradigm Shift in Fighting Cybercrime: Counter-Measures, Innovation and Regulation Issues», *International Journal on Criminology*, Vol. 2, Issue. 1, 2014, pp. 11-21. Ahora bien, los gobiernos no comenzaron a combatir y establecer políticas legislativas contra este fenómeno delictivo hasta mucho tiempo después. Concretamente, la primera acción gubernativa a nivel internacional para combatir este fenómeno delictivo tuvo lugar a través de la promulgación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest aprobado el 23 de noviembre de 2001.
 - 2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
 - 3 Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOE núm. 229, de 6 de octubre de 2015, pp. 90192-90219.
 - 4 En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 767/2007, de 3 de octubre, ECLI:ES:TS:2007:6202 reconociendo: «*lo cierto es que los agentes de la autoridad, cuando realizan las laborales habituales de vigilancia para prevenir la delincuencia infor-*

A partir de esta reforma, el legislador español propulsó la introducción de la figura del AEI reformando el ya existente art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECRIM en lo que reste— en el que ya se regulaba la figura del agente encubierto en el entorno físico, añadiendo dos nuevos apartados (6.º y 7.º) al meritado precepto. Concretamente, el tenor literal de estas disposiciones asevera cuánto sigue:

«6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

Llegados a este punto, y ante la dicción literal introducida por el legislador, conviene hacer una distinción importante de cara al resto de la investigación. Así, cuando aludimos a la figura del AEI, sólo nos referimos al apartado 6.º del art. 282 bis LECRIM en tanto en cuanto es el único que hace referencia a la figura del agente encubierto informático (en canales privados) mientras que el apartado 7.º se refiere a la posibilidad de que el agente encubierto en el mundo físico pueda captar imágenes, así como grabar conversaciones que mantenga de forma presencial con el presunto autor del hecho delictivo.

Así pues, uno de los graves obstáculos en la regulación de esta medida de investigación tecnológica estriba en que sólo existe un apartado para su completa regulación (definición, características, presupuestos, marcos de actuación del AEI, seguimiento de estas actuaciones, entre otras cuestiones). De esta forma, y tal y como viene señalando la doctrina, es necesaria una regulación más completa y específica sobre la figura del agente encubierto virtual habida cuenta que la regulación tanto en la LECRIM como en las posteriores Circulares de la Fiscalía General del Estado es prácticamente nula⁵.

Al margen de ello, desde un punto de vista conceptual, siguiendo a BUENO DE MATA (2019)⁶, se entiende por AEI aquel: «*empleado o funcionario público que, voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en la Red con el fin de obtener información sobre autores de determinadas prácticas ilícitas producidas a través de la Red y que causen una gran repulsa y alarma a nivel social*»⁷.

mática... realizaron las investigaciones oportunas, y, sólo cuando tuvieron la convicción de estar efectivamente en presencia de hechos presuntamente delictivos, confeccionaron el oportuno atestado que remitieron a la Fiscalía de la Audiencia Provincial...».

5 BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 110-124

6 Vid. BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal...*, *op. cit.*, pp. 110-124.

7 De igual forma, se podría traer a colación la siguiente definición sobre el agente encubierto informático: «*un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, voluntariamente, y mediando la correspondiente resolución judicial, se infiltra en la red con*

Bien, una vez abordada tanto la evolución histórica del AEI, como su definición, a continuación, se procederá al análisis de los principales rasgos distintivos del AEI, así como algunas dificultades interpretativas que plantea su regulación actual.

1.2. Principales características del AEI

En relación con las principales características del agente encubierto, en concordancia con el art. 282 bis LECRIM, caben destacar las siguientes: (i) identidad supuesta, (ii) actuaciones engañosas, (iii) que la actuación sea desarrollada por agentes especializados que pertenezcan a la unidad de la Policía Judicial y (iv) voluntariedad⁸. Al margen de ello, es fundamental tener en cuenta que, al tratarse de una medida restrictiva de Derechos Fundamentales del investigado, se deberá cumplir con los principios genéricos de necesidad y proporcionalidad, así como con el resto de garantías procesales que rigen en el proceso penal español.

En relación con la primera característica, es necesario que se provea al AEI con una identidad falsa o supuesta que le permita operar en la red, así como comunicarse con el investigado a fin de obtener las indagaciones que sean necesarias para que pueda prosperar la investigación siempre que las mismas no excedan de las actuaciones establecidas en el auto por el que se autoriza la diligencia de investigación tecnológica.

Nuevamente, la LECRIM, al menos en el ámbito del AEI, no resulta muy clarificadora en tanto en cuanto se limita a aseverar que *«el juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta...»*. Si se realiza una lectura similar a la figura del agente encubierto en el mundo físico, será el Ministerio de Interior la institución encargada de proveer esta identidad supuesta al funcionario policial encargado de la infiltración.

No obstante, la norma no clarifica qué ha de entenderse por esta identidad falsa en el espacio digital. Entendemos, realizando una interpretación amplia del precepto y a fin de garantizar el buen devenir del proceso, que se tratará de una identidad que permita operar en el espacio digital y, por ende, en cualquier canal cerrado en el que se establezca comunicación con el investigado y/o banda criminal organizada. A pesar

el fin de obtener información sobre prácticas delictivas producidas a través de la misma». Véase ZARAGOZA TEJADA, J. y BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J.: *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 329. También, el Tribunal Supremo ha definido la figura del agente encubierto, aunque en el plano del mundo físico como: *«El término undercover o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento jurídico, será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido»*. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1140/2010, de 29 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7184.

8 En este sentido, véase ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «El ciberagente en la lucha de la pornografía infantil», en MARTÍN OSTOS, J. (dir.), *La Administración de Justicia en España y en América*, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1973-1997.

de ello, y para evitar posibles vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa, resulta fundamental que en el auto que autorice la medida se disponga, al menos, los foros y/o redes sociales en los que operará el AEI⁹. Asimismo, bastará con proporcionar los datos necesarios para la creación del perfil falso, normalmente, será necesaria la creación un correo electrónico, nombre y/o datos del perfil, así como una contraseña para acceder al mismo. Quizá, podría plantear mayor inconveniente con el contenido de las fotografías del usuario falso (especialmente, si se utilizan imágenes de personas en el mismo), aunque las mismas son fundamentales de cara a proporcionar una mayor «autenticidad» al perfil.

Esta identidad falsa (así como la identidad verdadera del agente que realiza la infiltración), al amparo de lo dispuesto en el art. 282 bis LECRIM, será sólo conocida por el Juez de Instrucción, Fiscalía, Ministerio de Interior, así como los policías encargados de realizar la infiltración¹⁰.

Por otro lado, el AEI, para acceder a la vida personal del sujeto investigado, ha de utilizar necesariamente el engaño. A partir de este engaño, el AEI puede comenzar a ganarse la confianza investigado y de su círculo de confianza en el espacio digital y, de esta forma, conseguir acceso al foro o red social en el que se pueda estar cometiendo el hecho delictivo¹¹. En este sentido, señalar que este engaño sólo tendrá lugar, como especifica el propio art. 282 bis LECRIM, cuando la interacción se realice en un canal cerrado, entendiéndose por tal aquel espacio digital en el que el sujeto-investigado ha de aceptar interactuar privadamente con el AEI¹².

Otra de las características exigidas por la LECRIM, aunque sin especificar concretamente los conocimientos técnicos requeridos, es que el AEI debe ser un funcionario policial perteneciente a la Policía Judicial. Consideramos que será necesaria la especialización informática del AEI a fin de garantizar la autenticidad y la cadena de custodia de los datos obtenidos, permitiendo, de esta forma, que los datos obtenidos

9 En este sentido, y en comparación al agente encubierto en el espacio físico, parece que no resulta necesario que la identidad ficticia del AEI sea lo más detallada posible a diferencia de lo que ocurre en el espacio físico. Vid. RIZO GÓMEZ, B.: «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en ASCENIO MELLADO, J.M. (dir), y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 98-123. Así, además, se muestra en la Sentencia de la Audiencia Nacional N.º 3468/2018, de 25 de septiembre, ECLI:ES:AN:2018:3462, en el que se recoge el auto por el que se autorizó la medida del AEI. En el mismo, se muestran las diversas redes sociales a las que se proporcionó acceso, la identidad (carnet profesional) del agente encargado de la infiltración, así como la duración de la medida.

10 Vid. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «El ciberagente en la lucha...», *op. cit.*, pp. 1973-1997.

11 Así, por ejemplo, ocurre con los pedófilos tal y como detalla CAROU GARCÍA, S.: «El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en Internet», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 56, 2018, pp. 2341-3263.

12 En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo reconociendo las redes sociales como canales de comunicación privada en la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1705/2021, de 29 de abril, ECLI:TS:2021:1705, la cual se pronuncia en los siguientes términos: «*Tampoco podemos desbordar los términos en que el recurso de casación ha sido formalizado, adentrándonos en el examen del cumplimiento de los presupuestos de legitimidad que el art. 282 bis 6.º de la LECrim exige para la válida interceptación de comunicaciones en canal cerrado. Y las redes sociales, cuando adaptan su funcionalidad a un diálogo que excluye a terceros, participan, desde luego, de esa naturaleza.*»

puedan configurarse como fuente de prueba electrónica auténtica, íntegra, lícita y válida. Debido a ello, el AEI deberá tratarse de un funcionario de la Policía Judicial perteneciente bien a la Brigada Central de Investigación Tecnológica (B.C.I.T., unidad dependiente de la Policía Nacional) o al Grupo de Delitos Telemáticos (GDT, entidad que forma parte de la Guardia Civil) como órganos especializados en la investigación de delitos tecnológicos.

Finalmente, la última característica a tener en consideración en relación con el AEI resulta la voluntariedad en su actuación. Actuar como AEI a veces puede conllevar la comisión de algún hecho delictivo para obtener la confianza del investigado (del cual, lógicamente, está exento de responsabilidad criminal siempre que no se extralimite de las actuaciones conferidas en el auto que autoriza la medida). Ante la posibilidad de que el agente a lo largo de la infiltración pueda cometer algún hecho delictivo, la LECRIM (en la regulación genérica del agente infiltrado en el mundo físico) exige que el AEI preste su consentimiento expreso para realizar la infiltración. Esta exigencia también deberá ser cumplida en aquellos casos en los que se realice una infiltración de carácter digital.

1.3. Marcos de actuación del AEI

Como se ha señalado con anterioridad, es necesario que el Juez de Instrucción, dentro del marco de una investigación / proceso penal en curso, autorice, en virtud de auto, a un funcionario de la Policía Judicial para que pueda infiltrarse en el espacio digital a fin de obtener información relevante para la aclaración de los hechos que son objeto de investigación.

Ahora bien, la principal duda surge en torno a qué actuaciones puede realizar el AEI. Estas actuaciones, realizando una interpretación extensiva del art. 282 bis LECRIM, han de estar autorizadas y recogidas en el auto que autorice la medida.

Asimismo, el apartado 6.º del art. 282 bis LECRIM, exige que esta diligencia de investigación se apruebe en relación con: *«algunos de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a»*. De esta forma, el AEI sólo podrá actuar en aquellos casos en los que, presuntamente, hayan sido cometidos hechos delictivos a los que se refieren estos preceptos, debiendo ser especificados en el auto por el que se acuerde la medida.

Respecto de las actuaciones que puede realizar el AEI, podrían destacarse, entre otras, el intercambio o envío de archivos de carácter ilícito; examinar y estudiar los archivos que han sido remitidos; realizar capturas de pantalla o grabaciones de las conversaciones y/o archivos enviados para, de esta forma, dar una mayor garantía de veracidad y autenticidad a los datos que han sido remitidos por el investigado¹³.

En relación con la posibilidad de que el AEI remita archivos ilícitos, se ha generado cierto debate en la doctrina en torno a este material ilícito ya que, por ejemplo, en los grupos online de pederastas puede ser que, para alcanzar esa necesaria relación de confianza, pidan material de contenido sexual para poder acceder al foro o canal cerrado. Como bien señala BUENO DE MATA (2019)¹⁴: *«el problema es que en muchas ocasiones los propios investigados... se muestran recelosos a la hora de hablar de estos temas con desconocidos y piden material ilícito con el fin de creer que están hablando con alguien con los mismos fines o gustos que ellos»*.

13 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «El ciberagente en la lucha...», *op. cit.*, p. 1992.

14 BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal... op. cit.*, p. 119.

En este sentido, compartimos su tesis ya que este problema se podría superar con material «camuflado» el cual puede permitir introducir un *malware* en el ordenador del investigado y, a partir del mismo, proceder a obtener todos los datos de relevancia para la investigación. Incluso, podría ser posible que, a partir de las nuevas tecnologías y tal y como ocurre en otros países como Australia, este contenido ilícito sea un material falso creado por parte de los servicios de inteligencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para estos fines concretos.

De cualquier forma, indicar que, en la resolución judicial motivada al amparo de lo dispuesto en el art. 282.6 bis LECRIM, deberá especificarse, al margen de la habilitación para actuar como AEI, la autorización tanto para el envío y/o intercambio de archivos ilícitos por parte del AEI, como el análisis de los resultados de los algoritmos que se han obtenido¹⁵.

2. Requisitos de procedibilidad para su aplicación en el marco del proceso penal

Como se ha adelantado a lo largo de esta investigación, la medida por la que se autoriza la actuación de un AEI ha de revestir, tal y como señala el art. 282 bis LECRIM, forma de auto y, por tanto, ser autorizada por parte del Juez de Instrucción a lo largo de un proceso penal en vigor.

Para que esta diligencia de investigación tecnológica pueda prosperar, resulta fundamental que concurren suficientes indicios de criminalidad y que se trate de una medida acorde y/o idónea para la finalidad que se quiera perseguir (en este caso, obtener suficientes evidencias y/o indicios que en el acto de Juicio Oral permitan enervar la presunción de inocencia del investigado)¹⁶. A lo largo de este apartado, se analizará la resolución judicial que acuerda la actuación del AEI, el control de la medida, así como la duración máxima de la misma. Anticipar que, nuevamente, tenemos que realizar una interpretación amplia de la regulación existente para el agente infiltrado en el espacio físico en tanto que el apartado 6.º del art. 282 LECRIM nada dispone al respecto.

En primer lugar, como hemos tratado a lo largo de la investigación, la medida ha de ser acordada en exclusiva por el Juez de Instrucción, sin que el fiscal esté habilitado para acordarla, a lo sumo podrá solicitarla. A mayor abundamiento, el Anteproyecto de LECRIM de 2020 también dispone que la medida podrá ser solicitada por el Ministerio Fiscal, pero que, en todo caso, deberá ser acordada por el Juez de Garantías¹⁷.

15 Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, R.: «El agente encubierto informático», *La Ley Penal*, núm. 118, Sección de Estudios, enero-febrero 2016, La Ley 842/2016. Disponible en: <https://laley-digital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1C-TEAAiNjAxMzU7WY1KLizPw8WYMDQzMDlyOwQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAMId3nzUAAAA=WKE#15> (último acceso: 15 de septiembre de 2022)

16 BUENO DE MATA, F.: *Las diligencias de investigación penal...* op., cit., p. 116.

17 Vid. Art. 509 Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Asimismo, indicar que el Anteproyecto sí que viene a establecer un régimen específico adecuado para la actuación del agente encubierto informático a lo largo del Capítulo III: «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación», del Título VII: «Las investigaciones encubiertas», abarcando desde los arts. 509 a 513 del meritado Anteproyecto legislativo.

Los requisitos que han de ser expuestos en la resolución judicial motivada son los siguientes¹⁸:

- Hecho delictivo que sea objeto de instrucción, así como su calificación (precepto del Código Penal aplicable), junto con los indicios racionales de criminalidad que justifiquen la adopción de esta medida.
- Sujetos que están siendo investigados (o, al menos, su usuario en la red).
- Extensión de la injerencia, identificando su trascendencia, así como la motivación al amparo de los principios que rigen cualquier diligencia de investigación tecnológica. Es necesario que el auto sea lo más motivado y preciso posible (evitando el uso de modelos) habida cuenta que sólo amparará aquellas actividades específicamente autorizadas y, de esta forma, evitar que los datos obtenidos puedan ser impugnados y/o declarados nulos a lo largo del procedimiento. Asimismo, se deberá señalar los canales de comunicación en los que se desarrollará la medida (es decir, los foros o redes sociales en los que el AEI pretenda infiltrarse).
- Duración de la medida.
- Unidad de la Policía Judicial encargada de desarrollar la diligencia de investigación (y, en su caso, el número de los agentes encargados de realizar la infiltración).
- Control de la medida, en el sentido de la regularidad en la que se informará al Juez de Instrucción sobre el desarrollo y resultados de la infiltración.
- Finalidad y/u objetivos que se pretenden obtener (datos y/o evidencias que se pretenden obtener a partir de la infiltración).

Por otro lado, aunque nada se especifica en el art. 282.6 bis LECRIM, esta medida de investigación, al ser restrictiva de Derechos Fundamentales, debe ser controlada por parte del Juez de Instrucción para asegurar la validez y autenticidad de los datos que han sido obtenidos a efectos de su posible aportación a lo largo del proceso.

Finalmente, de conformidad con lo estipulado para su homólogo en el espacio físico, la actuación del AEI es limitada en el tiempo y, una vez alcanzados los objetivos perseguidos por la misma, debe ser cesada lo antes posible ex. art. 588 bis j LECRIM. Al margen de ello, esta medida podría ser acordada por un máximo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración.

La duración de la medida establecida en la LECRIM parece razonable en tanto en cuanto esta diligencia de investigación no se asimila a una entrada y registro que se puede practicar en un día ya que el AEI debe ganar la confianza del sujeto investigado, así como alcanzar la finalidad perseguida por la investigación, y, por tanto, esto requiere cierto tiempo.

Tras analizar cuáles son los requisitos de procedibilidad para que un AEI pueda actuar en el marco de una investigación criminal, a continuación, se abordará el estudio de cuáles son los efectos que despliega en el marco del proceso penal. En este artículo, solo expondremos aquellos que se producen en fase de instrucción, así como en el marco del Juicio Oral.

18 LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: *Victimización sexual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 157-167.

3. Efectos procesales del agente encubierto informático

3.1. Fase de instrucción

Como bien indica el art. 282 bis, apartado 6.º, de la LECRIM, el AEI deberá trasladar al Juez de Instrucción cuántas indagaciones y/o pesquisas obtenga a lo largo de la infiltración informática. Esta información deberá ser proporcionada en el menor lapso temporal posible desde que se obtenga, bien en forma de atestado y/o informes que puedan ser aportados, posteriormente, al juicio oral.

De igual forma, indicar que no será necesaria declaración alguna del AEI a lo largo de la fase de instrucción en tanto en cuanto el AEI reporta el devenir de su investigación directamente al Juez de Instrucción y, por tanto, éste tiene conocimiento directo de toda la información que ha sido obtenida a raíz de esta infiltración digital¹⁹.

Además, es importante tener en cuenta que la investigación realizada y recogida por parte del AEI en los correspondientes atestados tienen cierto valor probatorio al recoger constataciones objetivas de las actuaciones indagatorias realizadas por parte de un funcionario público²⁰.

Asimismo, especial relevancia tiene la forma en la que se realiza la extracción de los datos por parte del AEI a fin de asegurar la validez y legalidad de la información digital debido a la facilidad de manipulación y alteración de los mismos. En este sentido, existen diversos procedimientos que permiten verificar que la información obtenida no ha sido manipulada²¹.

Por otro lado, una de las principales dudas que surgen es cómo proceder con los datos obtenidos del investigado en aquellos casos en los que se acuerde el archivo de las actuaciones. La LECRIM no realiza ninguna aclaración al respecto, pudiendo suponer un grave perjuicio contra la intimidad y privacidad del investigado. En este sentido, y habida cuenta de la grave afectación de Derechos Fundamentales, es fundamental que la Policía Judicial garantice que estos datos personales son eliminados adecuadamente sin que nadie ajeno a la investigación pueda acceder a esta información personal.

3.2. Juicio oral

En relación con los efectos procesales de las averiguaciones obtenidas por el AEI en el ámbito del Juicio Oral, debemos realizar una doble distinción. Por un lado, los datos electrónicos que han sido obtenidos por el AEI a lo largo de la infiltración digital y, por otro lado, la transcripción de estos datos en forma de atestado y/o informe pericial y su aportación al Juicio Oral.

19 SÁNCHEZ GÓMEZ, R.: «El agente encubierto...», *op. cit.*, *ut supra*.

20 Así, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias como, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 303/1995, de 25 de octubre, FJ 2, BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1993, y antecedentes previos como, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 138/1992, de 13 de octubre, BOE núm. 276 de 17 de noviembre de 1992.

21 En este sentido, alguno de los procedimientos son la copia bit a bit, la utilización de los algoritmos u otras herramientas como *Managet File Transfer* o *File Asignation Table*. Para más información, véase LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: *Victimización sexual y nuevas...* *op. cit.*, pp. 95-97.

Respecto al primer supuesto, para que los datos digitales obtenidos puedan tener algún valor en el Juicio Oral y ser utilizados a fin de obtener una sentencia condenatoria, será fundamental que los mismos, como fuente de prueba, alcancen el valor de prueba electrónica de descargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Para que estos datos tengan la suficiente validez en el acto de Juicio Oral, resulta fundamental el control de la medida a lo largo de la fase de investigación ya que, para que despliegue efectos de posible prueba, es necesario un control exhaustivo que permita asegurar la validez de los datos obtenidos como, también, la autenticidad de los mismos. Por otro lado, en relación con el tratamiento de estos datos y su transcripción, es necesario que los peritos informáticos de la policía realicen una actuación con respeto absoluto de las garantías procesales y derechos del investigado, reflejando los procedimientos seguidos para la obtención de los mismos²².

Al margen del valor probatorio en forma de prueba electrónica de los datos obtenidos durante la infiltración, será obligatorio que se produzca la declaración testifical por parte del agente que se ha infiltrado al amparo de lo estipulado por el artículo 717 LECRIM²³ y la doctrina jurisprudencial asentada por el Tribunal Supremo²⁴.

Llegados a este punto, conviene traer a colación el carácter mixto de prueba pericial/testifical que el Tribunal Supremo ha otorgado a estos informes emitidos por parte de los AEI²⁵ ya que no sólo va a declarar por su condición de testigo (respecto de los hechos y/o comunicaciones que ha intercambiado con el acusado bajo la identidad supuesta) sino que, también, va a ser considerado como un perito-experto al haber sido el encargado de elaborar los diversos atestados de inteligencia en los que ha informado al Juez de Instrucción sobre los avances en las indagaciones, así como sobre los análisis de los datos y/o algoritmos remitidos por el acusado en el curso de dicha diligencia de investigación.

22 Vid. GUZMÁN FLUJA, V.: «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6vicente-guzman-es.pdf>. (último acceso: 10 de septiembre de 2022).

23 Concretamente, este precepto asevera cuánto sigue: «*Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de Policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciadas como éstas según las reglas del criterio racional*».

24 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 575/2013, de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3693.

25 Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo N.º 345/2019, de 7 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:345 en la que se señala cuánto sigue: «*Hay que destacar que tanto en delitos relacionados con terrorismo como en tráfico de drogas la articulación de la prueba pericial de inteligencia ha sido configurada como pericial y testifical en razón a la duplicidad de quien así declara en juicio oral, ya que el agente policial que elabora el informe conoce del contenido de la materia y en consecuencia lo hace por sus conocimientos científicos, pero también actúa como testigo en razón de lo que sabe. Podría llegar a decirse que en estos casos la pericial de inteligencia se puede asemejar a la prueba del testigo-perito... De esta manera, se le puede ubicar dentro de la prueba testifical sin olvidar la esencia de pericia de la que tampoco se puede olvidar su naturaleza en cuanto a lo que el «testigo» declara lo es porque «lo sabe», y esto lo es por su preparación y conocimiento de este tipo de hechos, por lo que es preferible otorgarle un carácter mixto en orden a ubicarla dentro de los medios de prueba en el proceso penal. Así, se declara en la STS 1097/2011, de 25 de octubre, en la que tanto el MF como la propia Sala, reconocen la posibilidad de concurrencia en los funcionarios policiales que elaboran los informes de inteligencia de la doble condición de testigo, directo o de referencia, y perito...».*

Este informe pericial, así como la declaración en juicio del perito informático, resulta más que necesaria en tanto en cuanto las pericias en la obtención de la información, así como el tratamiento de los datos, se trata de cuestiones que forman parte de una ciencia concreta —la informática— de la cual los jueces no tienen un conocimiento suficiente para saber si los datos han podido ser manipulados o si se ha producido alguna ruptura en la cadena de custodia. En este sentido, siguiendo a LÓPEZ JIMÉNEZ (2021)²⁶, los datos obtenidos tendrán que reunir las siguientes garantías:

«La integridad (el soporte que se presenta no ha sido manipulado), la autenticidad (confirmación de la realidad del sujeto al que se atribuye y el contenido que refleja) y la licitud (obtención salvaguardando los derechos y libertades fundamentales)».

Para que la prueba sea íntegra será fundamental que, desde la obtención de los datos, se garantice un tratamiento adecuado de la cadena de custodia²⁷ ya que permitirá garantizar la autenticidad, fiabilidad e indemnidad de los datos que han sido obtenidos y aportados²⁸.

Como se ha señalado, en el Juicio Oral, el AEI testificará como testigo, ratificándose en el informe pericial presentado a lo largo de la investigación y explicará el proceso de elaboración del mismo, los procedimientos científicos seguidos para asegurar la extracción y/o copia de los datos obtenidos, cómo se ha garantizado el tratamiento de la cadena de custodia, así como la valoración científico-técnica de los algoritmos y datos informáticos incluidos en el informe.

La declaración habrá de efectuarse siguiendo los principios generales aplicables a cualquier testimonio prestado en el acto de Juicio Oral (oralidad, contradicción, publicidad e inmediación) a fin de que pueda tener la consideración de prueba. Por ende, el AEI deberá contestar a las pruebas efectuadas por todas las partes personas en el procedimiento, incluyendo a la defensa del acusado.

De esta forma, cuando esta declaración, así como los datos extraídos, cumplan con los requisitos legales y jurisprudenciales expuestos con anterioridad, se constituirá una prueba de cargo suficiente que sirva de base para desvirtuar la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria.

De cara a la valoración de la prueba por parte del juez o tribunal enjuiciador, de conformidad con SÁNCHEZ RUBIO²⁹ es necesaria: *«la adecuación de ciertas reglas procesales ya existentes y la creación de otras nuevas que permitan la entrada del conocimiento científico en el proceso, manteniendo respeto a todas las garantías —presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a los medios de prueba pertinentes y, en definitiva, derecho a la tutela judicial efectiva»*. De esta forma, los

26 LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: *Victimización sexual y nuevas...*, op. cit., pp. 88-95.

27 Por cadena de custodia, el Tribunal Supremo entiende: *«el procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las preocupaciones que se han tomado (sea por la policía judicial, sea por los peritos, sea por el Juez) no es posible el error o la «contaminación» y así es posible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba»*. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 719/2017, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2017:4213.

28 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N.º 250/2017, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2017:1582.

29 SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba científica en la justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 70.

datos obtenidos por el AEI, aportados al proceso penal a través del informe pericial, habrán de ser valorados por el juez o tribunal enjuiciador de conformidad a las reglas de la sana crítica, así como con nuevas especialidades valorativas debido a la complejidad técnica que reviste este tipo de prueba³⁰.

Finalmente, en relación con una posible confesión de culpabilidad obtenida por el AEI en el curso de esta medida de investigación, se debe tener en consideración la doctrina emanada del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 3 de junio de 2015³¹, en la que se afirmó cuánto sigue: «*Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante, evidenciado en la autoinculpación, puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos efectos exclusivos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron*».

Así pues, en caso de que un AEI, por ejemplo, grabe la autoinculpación de un investigado (al reconocer, por ejemplo, que transmite pornografía infantil en la conversación privada que puedan mantener), bastará con que existan otras pruebas de cargo (como sería el envío de imágenes pornográficas infantiles al AEI) para que se pueda enervar la presunción de inocencia. En caso de que sólo se tenga esa confesión de culpabilidad como posible prueba de descargo, al amparo del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³² (LOPJ), la misma no sería suficiente para vulnerar la presunción de inocencia ni tener la consideración de diligencia de investigación legal.

Al margen de todo lo expuesto, resulta imperioso que el legislador introduzca una regulación apropiada y completa de la prueba electrónica en la que se especifique todos los requisitos necesarios que han de seguirse para su conformación adecuada. Ello permitiría no sólo que el juzgador pueda tener conocimiento de cómo ha de ser creada, sino que, también, facilitaría el proceso de obtención de información digital a los peritos-informáticos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

4. La figura del agente encubierto informático en el marco del proceso penal de South Australia

A lo largo de este último apartado de la investigación, se introduce una breve aproximación a la regulación legal del AEI en el Estado de *South Australia* (SA). Por razones de extensión, se realizará un análisis y aproximación comparativa sin llegar a profundizar en todas las cuestiones expuestas hasta ahora. En primer lugar, se expone cuál ha sido la evolución legislativa la ciberdelincuencia y del AEI en este Estado australiano, los presupuestos de procedibilidad para la aplicación de esta diligencia de investigación en el contexto del proceso penal australiano, así como los efectos procesales que produce la información obtenida por el mismo en el proceso penal de SA.

30 Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: *Victimización sexual y nuevas...*, op. cit., pp. 134-137.

31 Pleno no jurisdiccional de la Sala II (Penal) del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015, sobre valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la Policía.

32 Artículo 11.1 LOPJ: «*En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales*».

4.1. Regulación del AEI en South Australia

A pesar de las diferencias existentes entre los sistemas de justicia penal de Australia y España (*Common Law* y *Civil Law*), la figura del agente encubierto informático (*virtual undercover agent*) está reconocida legislativamente en el Estado de Australia Meridional desde el año 2009 tras la aprobación del *Criminal Investigation (Cover Operations) Act 2009*.

Sin embargo, el reconocimiento federal por parte del Gobierno de Canberra de la cibercriminalidad y el establecimiento de medidas para su persecución y erradicación existe desde el año 1995 cuando se introdujeron sendos ciberdelitos federales — así como herramientas de investigación tecnológicas— en el *Commonwealth Legislation of the Criminal Code Act 1995*.

En SA la figura del agente encubierto recibe una regulación autónoma e independiente en una normativa, a diferencia de lo que ocurre en el contexto español donde se regula en un solo precepto de la LECRIM. Desde un punto de vista legislativo, la figura del AEI se define, no como un sujeto que realiza la infiltración, sino como una operación policial cuyo principal objetivo es obtener información de una actividad criminal que se comete a través de internet y que puede suponer un grave riesgo para la comunidad o sociedad³³.

Al igual que ocurre en España, el Estado australiano de SA busca garantizar el buen devenir de la investigación criminal, la detección y persecución de la cibercriminalidad y, en consecuencia, evitar la impunidad de actos delictivos cometidos en la red³⁴.

Además, conviene indicar que, desde el punto de vista jurisprudencial, la justificación en el uso de esta diligencia de investigación recae en que es la propia sociedad/comunidad la que apoya el uso de estas herramientas de investigación tecnológicas para detectar, prevenir y perseguir este fenómeno delictivo a pesar de que se pueda limitar determinados Derechos Fundamentales. A mayor abundamiento, simplemente indicar que en SA existen más medios de investigación tecnológicos que los existentes actualmente en España para la persecución de la cibercriminalidad al existir una regulación completa de, por ejemplo, la Inteligencia Artificial o la minería analítica en el ámbito penal³⁵.

Finalmente, indicar que, a día de hoy, a lo largo de todo Australia existe una red jurídica de cooperación entre las diversas autoridades federales y estatales para la realización de operativos policiales encubiertos que permiten la infiltración de varios agentes de policía de distintos estados en un canal cerrado, obteniendo una mayor cantidad de datos que habilitan la verificación y comprobación de la identidad real del investigado, así como la obtención de más indicios incriminatorios para el acto de juicio oral³⁶.

33 Así se establece en la sección 3(1) definiendo undercover operation como: «*operations (which may include conduct that is apart from this Act illegal) of which the intended purpose is to provide persons who have engage, are engaging or are about to engage in serious criminal behaviour an opportunity to: (a) manifest that behaviour; or (b) provide other evidence of that behaviour*».

34 URBAS, G.: «Substantive and Procedural Legislation in Australia to Combat Webcam-Related Child Sexual Abuse», en VAN DER HOF, S., GEORGIEVA, I., SCHERMER, B. y KOOPS, B.J. (eds.): *Sweetie 2.0: Using Artificial Intelligence to Fight Webcam Child Sex Tourism*, Vol. 31, Springer, Estados Unidos, 2019, pp. 135-182.

35 Vid. *The Queen v. Murray Colin Stubbs* (Higgins CJ), Australian Supreme Court N.º SCC 240, 26 de mayo de 2009.

36 KRONE, T. y SMITH, R.G.: «Trajectories in online child exploitation offending in Australia», *Australian Institute of Criminology: Trends & Issues in crime and criminal justice*, núm. 524, 2017, ISSN 0817-8542.

Antes de proceder a analizar la figura del AEI en el proceso penal de SA, indicar que el proceso penal australiano posee diferencias sustanciales respecto del proceso penal español. A diferencia de España en el que el proceso del jurado suele ser una excepción para determinados hechos delictivos, en SA lo común es que cualquier delito (en especial aquellos que son cometidos contra la *Commonwealth*, es decir, los delitos federales) sea enjuiciado a través de la institución del jurado³⁷. Dada la naturaleza anglosajona de Australia basada en el *common law*, la justicia emana del pueblo, no del Estado, y es por ello por lo que su tradición jurídica se basa en la representación de la comunidad a través de la institución del jurado³⁸.

4.2. Presupuestos de procedibilidad del AEI en SA

En relación con las personas habilitadas para realizar la infiltración electrónica, la norma australiana, a diferencia de España, es más genérica estableciendo que será competente aquella persona que sea designada en la autorización por la que se permite realizar una infiltración digital³⁹. Por ende, no es necesario que la persona que realice una infiltración en el espacio digital sea una persona perteneciente a la Policía Judicial, pudiendo, por tanto, nombrarse a peritos y/o ingenieros privados con especialización en informática.

Otra de las principales diferencias existentes entre el AEI en Australia respecto a la normativa española es que la autorización (*order*) para que se pueda realizar una infiltración virtual no la proporciona el juez de instrucción, ni el fiscal, sino que debe ser autorizada por un «*senior police officer*» perteneciente al cuerpo de la *South Australian Police* (SAPOL, en lo sucesivo)⁴⁰. Esto resulta bastante común en el contexto procesal australiano en tanto en cuanto la mayoría de las investigaciones son dirigidas por la propia policía, salvo en delitos muy graves en los que la investigación la dirige Fiscalía⁴¹.

En este sentido, la legislación de SA busca dotar a la policía de capacidad de actuación e investigación urgente ante ciberdelitos en los que las evidencias pueden ser eliminadas y/o alteradas por parte de los ciberdelincuentes debido a la facilidad de eliminar estos datos en plataformas informáticas. Quizá, al menos en la legislación procesal española, sería interesante introducir esta posibilidad, bajo autorización de Fiscalía, y posterior control por el Juez de Instrucción, cuando se traten de actuaciones muy urgentes ante el riesgo de que determinados datos sean eliminados de internet en menos de 12/24 horas.

37 Article 80, Chapter III (The Judicature) of the Australia's Constitution (creada el 17 de septiembre de 1900), en vigor desde 1901.

38 HORAN, J (7 de marzo de 2019). Juries: why do we actually need them and can they get it 'wrong'? *Monash University, Faculty of Law*. Disponible en: <https://www.monash.edu/law/news/articles/current/juries-why-do-we-actually-need-them-and-can-they-get-it-wrong> (último acceso: 6 de octubre de 2022).

39 Section 3 del *Criminal Investigation (Cover Operations) Act 2009*.

40 Se considera como *senior officer* aquel policía que tenga un rango superior a superintendente. Vid. CHEN, Y.T.E.: «Regulating Undercover Agents': Operations and Criminal Investigations in Hong Kong: What Lessons can be learnt from the United Kingdom and South Australia?, *LW 4635 Independent Research*, Hong Kong, 2012.

41 URBAS, G.: «Substantive and Procedural Legislation in Australia...», *op. cit.*, p. 156.

Respecto de los requisitos que ha de reunir esta orden, caben destacar los siguientes, los cuáles se asemejan a los que se deben detallar en el auto que autoriza esta medida en España⁴²:

- La fecha y hora de la firma de la orden por parte del senior officer, así como el momento a partir del cual surte efecto la orden.
- Las personas autorizadas para participar en la actuación digital encubierta ya sea un perito informático privado o un funcionario policial informático perteneciente a SAPOL.
- Las conductas que los sujetos están autorizados a desarrollar, así como los medios y/o plataformas digitales en los que pueden interactuar con el investigado.
- El período que se concede para realizar la infiltración digital. Este período, a diferencia de España, es de sólo tres meses, con posibilidad de prórroga en función de la complejidad de la actuación y la posibilidad de obtener evidencias⁴³.
- Que se trate de un hecho delictivo grave (aunque la normativa australiana no define que entender por un delito grave).

Al igual que ocurre en el contexto legislativo español, se exime de responsabilidad criminal a los sujetos que se infiltren respecto de las actuaciones que realicen bajo esta orden, siempre que se traten de acciones enmarcadas dentro de la orden que le habilita a ello⁴⁴. Igualmente, las operaciones encubiertas de carácter digital tienen un contenido basado en la voluntariedad del sujeto infiltrado a participar o no en la misma.

Respecto de las actuaciones que puede realizar SAPOL, o bien, los sujetos privados autorizados, en el curso de una infiltración digital, se pueden señalar las siguientes⁴⁵:

- Vigilancia online y encubierta de determinados foros privados en los que se puedan producir hechos de carácter delictivo.
- Compra/venta de productos ilegales (armas, drogas, pornografía infantil, entre otras) a través de la *Deep Web*.
- Infiltración en redes sociales en las que interactuar con el investigado a fin de obtener indicios en la comisión de hechos delictivos graves.
- Engaño online a través del envío y/o recepción de datos y/o archivos informáticos de carácter ilegal con los investigados.

Finalmente, en relación con el debate doctrinal expuesto anteriormente sobre las problemáticas existentes relativas al envío de imágenes y/o archivos ilícitos, interesa destacar que SAPOL está habilitada para la creación de bots, vídeos y/o imágenes ficticias de contenido sexual de niños y/o adultos, denominado «*Sweetie Girl*» (en el caso de infiltración en foros de pornografía infantil o comunicación con pederastas) a fin de ganarse su confianza y, de esta forma, poder acceder a los canales privados de comunicación. Este medio de actuación policial resulta bastante efectivo en

42 Section 4(1), (2) & (3) del *Criminal Investigation (Cover Operations) Act 2009*.

43 Section 9 *Criminal Investigation (Cover Operations) Act 2009*.

44 Section 5(1) del *Criminal Investigation (Cover Operations) Act 2009*.

45 Vid. MURPHY, B.: *Regulating Undercover Law Enforcement: The Australian Experience*, Springer, Singapur, 2021, pp. 79-100.

tanto en cuanto ha permitido localizar a numerosos ciberdepredadores sexuales y ciberpederastas a lo largo del estado australiano⁴⁶.

4.3. Efectos procesales

En relación con los efectos procesales que puede originar el uso del «*online undercover agent*» en SA, los tribunales se encuentran habilitados para excluir aquellas pruebas que hayan sido obtenidas de forma ilegal o sin seguir el procedimiento legal establecido para ello en una vista previa al inicio del *oral hearing*⁴⁷. Por tanto, los tribunales de Australia Meridional pueden excluir aquellas actuaciones del AEI cuando la medida se haya acordado sin cumplir alguno de los requisitos expuestos con anterioridad, o bien, cuando el agente o perito privado infiltrado digitalmente se haya extralimitado en las funciones que podía realizar (de conformidad con la orden que le autorizaba a ello)⁴⁸.

En relación con la fase de investigación, a pesar de que la medida sea autorizada por SAPOL, la posibilidad de que los indicios incriminatorios sean aportados en el acto de juicio oral (*oral hearing*) recae en la fiscalía quien se encarga de analizar estos datos y decidir si tienen suficiente trascendencia para desvirtuar la presunción de inocencia. Por ende, SAPOL, o bien el perito informático privado, una vez que reciban la orden por parte de su superior, deberá proceder a comunicarse con el sospechoso y ganar su confianza para acceder al canal privado.

Una vez obtenidos o extraídos los posibles datos incriminatorios a raíz de esta relación de confianza, deberá garantizarse un tratamiento adecuado de la cadena de custodia que permita asegurar la validez y veracidad de los datos. Finalmente, es necesario que todos los datos, así como las explicaciones y/o procesos científicos ejecutados para su obtención queden reflejados en un acta que deberá ser remitida tanto a la fiscalía (quién decidirá si la aporta o no en el juicio oral) como a la defensa del supuesto criminal para que pueda realizar las impugnaciones que estime oportunas⁴⁹.

En este sentido, para que la cadena de custodia tenga validez en el contexto australiano, se exige que el sujeto que realiza la infiltración tenga la suficiente formación y conocimientos técnicos que le permitan realizar la identificación, preservación, análisis y presentación de los datos obtenidos a través de la infiltración⁵⁰.

46 Vid. ABC (5 de noviembre de 2013). Digital girl 'Sweetie' used by Dutch activist to track 1,000 alleged sexual predators, including Australians. *ABC/Reuters news*. Disponible en: <https://www.abc.net.au/news/2013-11-05/sweetie-digital-girl-activists-internet-sexual-predators/5069434> (último acceso: 5 de septiembre de 2022). O, WALKER, L (21 de octubre de 2014). Computer-Generated 10-Year-Old Girl Leads to Conviction of Online Predator. *Newsweek*. Disponible en: <https://www.newsweek.com/computer-generated-10-year-old-girl-leads-conviction-online-predator-278811> (último acceso: 3 de octubre de 2022).

47 Section 138 del *Evidence Act 1929*.

48 GRABOWSKY, P. y URBAS, G.: «Online Undercover Investigations and The Role of Private Third Parties», *ANU College of Law Research Paper*, núm. 22.4, Canberra, 2022.

49 URBAS, G.: «Substantive and Procedural Legislation in Australia...», *op. cit.*, pp. 162-163.

50 STANFIELD, A.B.: «The Authentication of Electronic Evidence», Doctoral Thesis, Queensland University of Technology, 2016, p. 124. O, URBAS, G.: «Protecting Children from Online Predators: The Use of Covert Investigation Techniques by Law Enforcement», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 26(4), 2010, pp. 410-425.

Además, estos datos deben ser reconocidos como auténticos por las partes, o bien, ser validados por el sujeto que realizó el informe en el que se contienen estos datos de carácter tecnológico a través de su declaración en la vista oral. A pesar de esta declaración, las partes están habilitadas para presentar peritos especializados que puedan refutar dicha autenticidad o validez respecto del contenido de los datos obtenidos, aunque, debido a la especialización por parte del perito informático, no suele ser muy común⁵¹. Asimismo, a lo largo de la declaración por parte del operativo que realizó la infiltración, es necesario que éste explique cómo se establecieron las comunicaciones con el sospechoso, cómo se produjo la transmisión de imágenes y su posterior aseguramiento a efectos de su validez en el juicio oral⁵².

De esta forma, en el contexto australiano, al igual que en el español, para que los datos obtenidos en la infiltración digital sean admitidos, es necesaria la declaración en el juicio del AEI (ya sea policía que ha dirigido el operativo o el perito informático privado) que haya realizado la infiltración»⁵³.

En relación con la valoración de la prueba electrónica, como se ha adelantado con anterioridad, el jurado es la institución que se encarga de dictaminar tanto los hechos probados, valorar las pruebas aportadas y admitidas en el acto de juicio oral por parte del juez, así como valorar si las mismas son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. De esta forma, la valoración de la prueba es de carácter libre, pero debe superar el trámite de admisión de prueba en la vista previa a la celebración del juicio⁵⁴.

Finalmente, no es objeto de esta investigación debatir si la institución del jurado es la adecuada o no para la valoración de la prueba y el enjuiciamiento de los delitos, la tradición jurídica australiana se basa en que el pueblo es el garante de impartir justicia y, como tal, la forma de representación del pueblo o la comunidad para impartir justicia es a través de la institución del jurado. Asimismo, esta tradición jurídica es igualmente respetable que los Estados basados en el *civil law* habida cuenta que Australia es un país que vela y respeta los Derechos Fundamentales, así como los derechos y garantías procesales tanto del acusado como de la víctima⁵⁵.

Por tanto, en caso de que un operativo de infiltración digital no siga las indicaciones expresadas en la orden (la cual ha de cumplir con unos requisitos tasados legislativamente que eviten vulnerar las garantías procesales del acusado), o se extralimiten en sus funciones, dicha actuación no tendrá validez alguna ya que no será admitida como prueba y, por tanto, no podrá ser valorada por parte del jurado en la vista oral. De esta forma, al igual que ocurre en España, es necesario que la actuación del operativo digital encubierto sea lo más escrupulosa posible, dejando constancia del procedimiento que se ha seguido en la extracción de datos y que permita observar cuál ha sido el procedimiento científico-técnico de aseguramiento y no manipulación de estos datos⁵⁶.

51 Vid. STANFIELD, A.B.: «The Authentication of...», óp., cit., pp. 187-188.

52 R v. Costello [2011] QCA 39.

53 Para más información, vid. *Criminal Procedure Act (1921)*.

54 Vid. HOLRH, T.J., CALE, J., LECLERC, B. y DREW, J.: «Assessing the challenges affecting the investigative methods to combat online child exploitation material offenses», *Aggression and Violent Behaviour*, Vol. 55, November-December 2020, 101464.

55 En este sentido, en Australia existen diversas instituciones que velan por el cumplimiento de los Derechos Humanos como, podría ser, la *Australian Human Rights Commission*. Más información disponible en: <https://humanrights.gov.au/>.

56 Así se ha reflejado en algunas sentencias. Entre otras, podrían citarse *Slape v. The Queen* [2022] SASCA 91, 8 de septiembre de 2022 o *Regina v. KB* [2017] ACTSC 344, 16 de agosto de 2017.

5. Conclusiones

La introducción en el marco legislativo del proceso penal español del AEI desde el año 2015 ha de ser valorado positivamente habida cuenta del incremento exponencial de la ciberdelincuencia durante los últimos años. Se trata de una medida de investigación tecnológica que, al fin y al cabo, permite la averiguación de la identidad de cibercriminales, su localización, persecución y, a la postre, su enjuiciamiento.

Sin embargo, como hemos destacado a lo largo de esta investigación, la regulación que existe en la LECRIM sobre este medio de investigación es prácticamente inexistente. A pesar de su reconocimiento legislativo en un único apartado (282.6 LECRIM), existen graves deficiencias y/o lagunas en su regulación en tanto en cuanto hay muchos aspectos que se dejan en el tintero y en los que no se profundizan, pudiendo ocasionar graves perjuicios para el buen devenir de la investigación, así como para los derechos y garantías procesales del investigado.

Entre estos obstáculos, por ejemplo, se ha observado que no se realiza ninguna precisión respecto de los archivos ilícitos que está habilitado a remitir el AEI, la forma en la que se ha de proveer una identidad falsa al funcionario de policía encargado de la infiltración digital, o cómo ha de ser ejecutado el engaño. Para sortear estas problemáticas, tanto la jurisprudencia como la doctrina ha tenido que realizar una interpretación amplia del conjunto del artículo 282 bis LECRIM y, por ende, asimilar al AEI a su figura homóloga en el plano físico. No obstante, y dada la grave inseguridad jurídica que se puede provocar, así como la posible vulneración de Derechos Fundamentales, consideramos fundamental una reforma legislativa que profundice en su regulación, aprobando, para ello, un artículo completo y autónomo que aborde la figura del AEI (o bien, una regulación autónoma, tal y como existe en Australia Meridional).

Al margen de ello, desde el plano práctico, es necesario que los operadores jurídicos que participen en el desarrollo de la diligencia de investigación del AEI sean lo más pulcros posibles en su actuación y posean suficiente especialización en el ámbito de la informática. Asimismo, es necesario que el auto por el que se acuerde esta medida sea lo más completo posible (proporcionando todos los datos necesarios para la creación de la identidad supuesta, duración de la medida, control de la infiltración, remisión de los avances obtenidos al Juez de Instrucción, actuaciones autorizadas a desarrollar por parte del AEI, entre otras cuestiones). Si este auto, así como el posterior control de la medida se adecúan a lo estipulado legislativamente, se garantizará no sólo el respeto de los Derechos Fundamentales del investigado, sino, también, que se consiga una fuente de prueba adecuada que, en el acto de Juicio Oral, permita desvirtuar la presunción de inocencia.

Además, tras realizar una aproximación comparada al contexto de Australia Meridional, se observa en el contexto español la necesidad de que esta diligencia de investigación, en situaciones urgentes en las que el material digital pueda ser eliminado, pueda ser aprobada por parte de la Fiscalía bajo la posterior revisión por parte del Juez de Instrucción. Esto permitiría evitar situaciones de impunidad que, en muchas ocasiones, se producen en el espacio digital.

Por otro lado, a partir de la investigación comparada presentada en esta investigación, sería oportuno la posibilidad de que la Policía Judicial pueda crear *bots* o imágenes falsas que permitan obtener la confianza del investigado y, así, acceder al canal privado en el que obtener los indicios incriminatorios, tal y como ya se ha desarrollado en numerosas investigaciones realizadas por la Policía de *South Australia*. Además, la creación de estos contenidos digitales permitiría evitar los problemas actuales existentes en torno a la transmisión de archivos ilícitos por parte del AEI.

Finalmente, tras la investigación desarrollada, para que esta diligencia de investigación tecnológica tenga una eficacia adecuada en forma de prueba electrónica, parece necesario establecer una regulación completa de la misma en el contexto del proceso penal español en tanto en cuanto ello facilitaría la labor de la policía en numerosos aspectos, en especial, en relación con la validez y autenticidad de los datos obtenidos (cadena de custodia), así como su admisibilidad, licitud y valoración por parte del juez o tribunal enjuiciador.

6. Bibliografía

6.1. Doctrina

- BAUMARD, P.:** «The Behavioral Intelligence Paradigm Shift in Fighting Cybercrime: Counter-Measures, Innovation and Regulation Issues», *International Journal on Criminology*, Vol. 2, Issue. 1, 2014.
- BUENO DE MATA, F.:** *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- CAROU GARCÍA, S.:** «El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en Internet», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 56, 2018.
- CHEN, Y.T.E.:** «Regulating Undercover Agents': Operations and Criminal Investigations in Hong Kong: What Lessons can be learnt from the United Kingdom and South Australia?», *LW 4635 Independent Research*, Hong Kong, 2012.
- GRABOSKY, P. y URBAS, G.:** «Online Undercover Investigations and The Role of Private Third Parties», *ANU College of Law Research Paper*, núm. 22.4, Canberra, 2022.
- GUZMÁN FLUJA, V.:** «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla - La Mancha, 2005.
- HOLRH, T.J., CALE, J., LECLERC, B. y DREW, J.:** «Assessing the challenges affecting the investigative methods to combat online child exploitation material offenses'', *Aggression and Violent Behaviour*, Vol. 55, November-December 2020, 101464.
- HORAN, J.:** Juries: why do we actually need them and can they get it 'wrong'?. *Monash University, Faculty of Law*. Disponible en: <https://www.monash.edu/law/news/articles/current/juries-why-do-we-actually-need-them-and-can-they-get-it-wrong>. (7 de marzo de 2019).
- KRONE, T. y SMITH, R.G.:** «Trajectories in online child exploitation offending in Australia», *Australian Institute of Criminology: Trends & Issues in crime and criminal justice*, núm. 524, 2017, ISSN 0817-8542.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R.:** *Victimización sexual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2021.
- MURPHY, B.:** *Regulating Undercover Law Enforcement: The Australian Experience*, Springer, Singapur, 2021.

- RIZO GÓMEZ, B.:** «La infiltración policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica» en Asencio Mellado, J.M. (dir) y Fernández López, M. (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R.:** «El agente encubierto informático», *La Ley Penal*, núm. 118, Sección de Estudios, enero-febrero 2016, La Ley 842/2016.
- SÁNCHEZ RUBIO, A.:** *La prueba científica en la justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- STANFIELD, A.B.:** «The Authentication of Electronic Evidence», Doctoral Thesis, Queensland University of Technology, 2016.
- URBAS, G.:** «Substantive and Procedural Legislation in Australia to Combat Webcam-Related Child Sexual Abuse», en Van Der Hof, S., Georgieva, I., Schermer, B., y Koops, B.J. (eds.), *Sweetie 2.0: Using Artificial Intelligence to Fight Webcam Child Sex Tourism*, Vol. 31, Springer, Estados Unidos, 2019.
- URBAS, G.:** «Protecting Children from Online Predators: The Use of Covert Investigation Techniques by Law Enforcement», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 26(4), 2010.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.:** «El ciberagente en la lucha de la pornografía infantil», en Martín Ostos, j. (dir.), *La Administración de Justicia en España y en América*, Astigi, Sevilla, 2021.
- ZARAGOZA TEJADA, J. y BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J.:** *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

6.2. Legislación

- The Australia Constitution. Commonwealth of Australia Constitution Act 1901.
- Criminal Investigation (Cover Operations) Act 2009. South Australia Government.
- Evidence Act 1929. South Australia Government.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOE núm. 229, de 6 de octubre de 2015.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281.
- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ministerio de Justicia, 2020.

6.3. Jurisprudencia

6.3.1. España

- Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2, BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1705/2021, de 29 de abril, ECLI:TS:2021:1705.
Sentencia del Tribunal Supremo N.º 345/2019, de 7 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:345.
Sentencia del Tribunal Supremo N.º 719/2017, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2017:4213.
Sentencia del Tribunal Supremo N.º 250/2017, de 5 de abril, ECLIS:ES:TS:2017:1582.
Sentencia del Tribunal Supremo N.º 575/2013, de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3693
Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1140/2010, de 29 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7184.
Sentencia del Tribunal Supremo N.º 767/2007, de 3 de octubre, ECLI:ES:TS:2007:6202.
Sentencia de la Audiencia Nacional N.º 3468/2018, de 25 de septiembre, ECLI:ES:AN:2018:3462.
Pleno no jurisdiccional de la Sala II (Penal) del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015, sobre valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la Policía.

6.3.2. Australia

Slape v. The Queen [2022] SASCA 91, 8 de septiembre de 2022.
Regina v. KB [2017] ACTSC 344, 16 de agosto de 2017.
Regina v. Costello [2011] QCA 39, 11 de marzo de 2011.
The Queen v. Murray Colin Stubbs (Higgins CJ), Australian Supreme Court N.º SCC 240, 26 de mayo de 2009.

6.4. Contenido digital

ABC (5 de noviembre de 2013). Digital girl 'Sweetie' used by Dutch activist to track 1,000 alleged sexual predators, including Australians. *ABC/Reuters news*. Disponible en: <https://www.abc.net.au/news/2013-11-05/sweetie-digital-girl-activists-internet-sexual-predators/5069434>

WALKER, L. (21 de octubre de 2014). Computer-Generated 10-Year-Old Girl Leads to Conviction of Online Predator. *Newsweek*. Disponible en: <https://www.newsweek.com/computer-generated-10-year-old-girl-leads-conviction-online-predator-278811>

INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS EN CANALES CERRADOS DE COMUNICACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM 2020

Juan A. Muriel Diéguez
Máster en Abogacía
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Antecedentes históricos. 1.1. LO 5/1999 (agente encubierto). 1.2. LO 13/2015 (agente encubierto informático). 1.2.1. Regulación legal vigente. 1.2.2. El agente provocador. 2. Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación (ALECRIM 2020). 2.1. Régimen general. 2.2. Solicitud del Ministerio Fiscal. 2.3. Resolución judicial. 2.4. Ámbito de autorización (ampliación). 2.5. Desarrollo de la investigación. 3. LO 7/2021. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

0. Introducción

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) lleva pendiente de aprobación años. Todos los operadores jurídicos coinciden en que es necesario una reforma profunda y completa del original texto decimonónico para actualizarla en concordancia con los tiempos actuales.

Se ha venido echando en falta, de manera especial, una correcta adecuación de su articulado con respecto de los medios tecnológicos actuales, que no solo son utilizados para actividades legales y provechosas, sino también para actos ilícitos. Algo, esto último, que lógicamente no pudo prever el legislador del siglo XIX.

Este vacío legal, en cuanto a las garantías procesales exigibles ante el avance de los medios de investigación tecnológica, fue suplido por parte del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional mediante la construcción de un cuerpo jurisprudencial que sirvió de remedio provisional. A su vez, el legislador fue introduciendo diversas modificaciones legales parciales a través de Leyes Orgánicas que intentaban paliar las deficiencias de la original LECrim, y que, si bien han resultado útiles, no dejan de ser «parches», que no afrontaban el problema real de reformar de manera completa el texto legal.

De manera concreta, al objeto de este capítulo, vamos a realizar un estudio de la regulación prevista para las «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación» en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (en adelante Anteproyecto), con el fin de comprobar que mejoras o cambios se han introducido en la *lege ferenda* con respecto del texto normativo vigente.

1. Antecedentes históricos

Como ya avanzamos en la Introducción, las deficiencias de la LECrim en cuanto a las medidas de investigación tecnológica han intentado solucionarse mediante la aprobación de varias leyes orgánicas, que buscaban adaptarse al imparable avance tecnológico de la sociedad en su conjunto y que provocaba una notable competencia entre el uso de las nuevas tecnológicas para la perpetración de delitos y la utilización de similares y novedosas tecnologías como medio de investigación y obtención de pruebas.

Ahora bien, el problema se suscitaba a la hora de aplicar dichas medidas de investigación tecnológica, por cuanto no existía una norma habilitante para dictarlas y ejercerlas. Esta falta de norma habilitante había sido denunciada en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), al señalar que cualquier medida de investigación que afectase al ámbito de privacidad del investigado debía encontrarse recogida en la Ley, en escrupuloso cumplimiento del Principio de Legalidad¹. Por ello, los operadores jurídicos coincidían en la necesidad de una adecuación profunda de la LECrim a estos avances tecnológicos. Pero dicho consenso se rompía al intentar poner en común las ideas que debían desarrollarse por ser una modificación que afectaba a derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

1.1. LO 5/1999 (agente encubierto)

Para intentar solucionar la inoperancia del anticuado texto normativo en la investigación criminal de organizaciones criminales muy complejas, jerarquizadas y cada vez más sofisticadas se dictó la «Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves», en cuya exposición de motivos se reconocía abiertamente «...la presente Ley parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos»².

Entre esas medidas de perfeccionamiento se encontraba la introducción de un nuevo artículo 282 *bis*, en el cual se recogía la figura del «agente encubierto», otorgándole la necesaria habilitación legal, por considerar muy útil su labor de investiga-

1 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos N.º 11801/85 de 24 de abril de 1990. Casos *Huvig y Kruslin* contra Francia. Así como, DELGADO MARTÍN, J. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018, pág.388. El magistrado Delgado Martín nos recuerda que: «El Estado puede tener acceso en el entorno virtual de una persona, con injerencia en sus derechos fundamentales, siempre que concurren tres requisitos, a saber, que la injerencia este prevista por la ley (legalidad), que su finalidad sea legítima (legitimidad del fin) y, por último, que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de ese fin (necesidad)».

2 Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. (B.O.E. núm. 12 de 14 de enero de 1999. Pág.1737.

ción³. Esta medida de investigación criminal ya era ampliamente conocida en el derecho comparado y se venía solicitando su habilitación legal por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como por la fiscalía desde hacía tiempo. A este respecto, podemos recordar que la figura del «agente encubierto», cuenta con regulación internacional, como por ejemplo en la Convención de Naciones Unidas de Viena, firmada en 1988, así como, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, que se ratificó en Palermo (Italia) en el año 2000. Esto no deja de ser lógico, ya que el ámbito de actuación del «agente», es el de organizaciones criminales de ámbito internacional, es decir, que operan en distintos países, o bien de la colaboración entre bandas de distintos países, en lo que ha venido en denominarse, «transnacionalización de la delincuencia»⁴.

1.2. LO 13/2015 (agente encubierto informático)

Entre las modificaciones que se introdujeron en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la LO 5/1999 se encontraba la figura del «agente encubierto», dentro de unas medidas de perfeccionamiento de la lucha contra las organizaciones criminales de estructura compleja. Esta modificación se hizo teniendo en mente la lucha contra el tráfico de drogas, cuyas organizaciones delictivas se hacían cada vez más difíciles de investigar, más aún de obtener datos, por su opacidad, internacionalización y secretismo. Siguiendo con este objetivo de lucha contra organizaciones criminales; entre las novedades promovidas por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se dio entrada en la LECrim a la especialidad del «agente encubierto virtual», al añadir los puntos 6 y 7 del art. 282 *bis*.

Una de las críticas que en su momento recibió la modificación de la LO 13/2015 fue en lo referente a su sistemática, al dejar fuera ésta figura del «agente encubierto» del título referido a las medidas de investigación limitativas de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 de la Constitución. Entonces ya fue objeto de la atención de parte de la doctrina, que consideró que existía una evidente relación con estas medidas, y por tanto tendría más sentido su inclusión en el art. 588 de la *lege lata*.

Para ello, se introdujo el art. 282 *bis* de la LECrim, que supuso «la habilitación legal del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada»⁵.

Contiene unos supuestos tasados creados para intentar obtener una definición del concepto «delincuencia organizada», por ser estos supuestos los que se consideran habitualmente relacionados con las organizaciones criminales. La utilización de este agente policial con identidad supuesta supone una injerencia en el derecho a la intimidad de las personas investigadas, lo que provoca que deba contar con una cobertura procesal en la correspondiente norma penal, que dé mayor formalismo jurídico a las actividades de investigación de dicho agente en las opacas estructuras criminales.

3 Ley Orgánica 5/1999. Óp. cit. Pág.1737: «se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «agente encubierto» en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada «delincuencia organizada».

4 DEL POZO PÉREZ, M.: «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española», *Revista Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, 2006, p. 270.

5 Ley Orgánica 5/1999. Óp. cit. Pág. 290.

Porque la finalidad última de esta figura es, como nos refiere el propio Anteproyecto, «...la necesidad de averiguar las circunstancias relativas a la propia estructura, características, medios y personas que forman el entramado, en principio opaco y clandestino, de la organización criminal»⁶.

Siguiendo con la explicación que ofrece el propio Anteproyecto, la regulación actual contenida en el art. 282 *bis*, «se ha visto superada por la realidad criminal presente, que ha motivado que organizaciones criminales que atentan gravemente contra la paz social no sean consideradas como tales en la LECrim vigente». La noción de delincuencia organizada consolidada actualmente procede de la LO 5/2010 de 22 de junio. Debido a ello, se considera de aplicación en este caso, la regulación del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011, que no llegó a ver la luz, pero ha servido de inspiración al actual Anteproyecto, en el sentido de unir esta diligencia a la investigación de los delitos protagonizados por organización criminal.

Dentro de estas diligencias de investigación, el agente encubierto, provoca una intromisión en la intimidad de las personas, que solo podrá justificarse por la gran peligrosidad, complejidad u opacidad de la organización investigada, haciendo así extraordinariamente difícil indagar en ella, de ahí la necesidad de regular unos supuestos tasados.

Debido a lo anterior, se considerará excluida la utilización del agente encubierto en los delitos leves, así como los que sean cometidos por «grupos criminales», con la única excepción de los «grupos criminales terroristas»⁷.

Con la modificación promovida por la LO 13/2015, se dio entrada en la LECrim a la especialidad del «agente encubierto virtual», al añadir los puntos 6 y 7 del art 282 *bis*.⁸

1.2.1. Regulación legal vigente

La figura del agente encubierto, codificada en el vigente art. 282 *bis* de la actual LECrim quedaría fuera del objeto de este capítulo, por no tener relación directa con las medidas de investigación tecnológica que caracterizan a las diligencias sobre «canales cerrados de comunicación» del Anteproyecto.

No obstante, consideramos que se ha de realizar una breve referencia a esta figura, como antecedente cronológico del «agente encubierto informático o virtual», de ahí que a este se le empieza a denominar agente tradicional o clásico, para diferenciarlo del cada vez más conocido por su utilización y la importancia mediática que ha adquirido.

El legislador en el momento de dictar la LO 13/2015 consideró oportuno, por razones de sistemática dejar fuera esta figura del Título referido a las medidas de investigación limitativas de los DD. FF recogidos en el art. 18 CE. Aunque de modo personal estoy de acuerdo con parte de la doctrina que critica esta clasificación,

6 ANTEPROYECTO LECRIM 2020, pág. 55.

7 ANTEPROYECTO LECRIM 2020, pág. 56: «Quedará, de esta forma, excluida la investigación mediante agente encubierto cuando la organización criminal se dedique a la comisión reiterada de delitos leves. Y tampoco podrá utilizarse este medio de investigación en relación con los meros «grupos criminales». En este último punto se consigna una sola excepción: los grupos criminales terroristas».

8 DELGADO MARTÍN, J.: *ob. cit.* pág. 475.

creyendo, que existe una evidente relación con estas medidas, y por tanto tendría más sentido su inclusión en el art. 588⁹.

En todo caso, el nuevo Anteproyecto corrige ligeramente esta «distorsionadora» clasificación, al conceder a cada una de las figuras un capítulo propio, el II para el «agente encubierto» y, el III para el «agente encubierto virtual», aunque suponemos que para evitar confusiones o redundancias, se utiliza para titularlo, el término «Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación», haciendo mención al ámbito objetivo de la medida, y prescindiendo del subjetivo, como ya hemos comentado.

Asimismo, estos dos capítulos se encuentran dentro del título VII sobre «Investigaciones encubiertas», que siendo al igual que la actual LO 13 /2015 un encuadramiento ajeno a las medidas de investigación tecnológica, mantienen la lógica relación de hallarse clasificadas dentro del mismo Libro III «De las diligencias de investigación».

En nueve detallados y extensos artículos —del 500 al 508 del Anteproyecto— se detallan el ámbito de aplicación y los delitos tasados que pueden ser objeto de esta medida, así como diversas características y requisitos de la actividad del agente; los sujetos que pueden actuar de forma encubierta— de manera exclusiva, agentes de la policía judicial—, las condiciones que ha de cumplir la solicitud del ministerio fiscal, los requisitos que deberá completar la resolución habilitante del juez de garantías; los límites de actuación de los agentes de la policía judicial en el desempeño de sus funciones; el desarrollo de las mismas; una referencia a la responsabilidad por conductas delictivas durante la infiltración por parte del agente encubierto; la posibilidad de declaración testifical bajo identidad ficticia, así como el uso de los datos recabados por el mismo en otros procedimientos, distintos al que motivo la inicial autorización judicial.

1.2.2. Agente Provocador

El principal problema que presenta la utilización del «agente encubierto clásico» o el «agente encubierto informático», es el conflicto que se produce entre las dos vertientes que contiene la actuación del agente encubierto, tanto el digital, como el analógico o tradicional, ya que no hay que olvidar que, a su condición de funcionario policial, se une la identidad ficticia con la que opera en entornos criminales cerrados.

Debido a ello, en el desarrollo de su personalidad simulada es previsible que se vea obligado a cometer algún acto ilícito propio de la condición de miembro de una organización delictiva, que aparenta ser.

Una de las más evidentes similitudes entre el agente encubierto clásico y el informático es la «la necesaria participación física en el entorno físico o virtual en el que se infiltre»¹⁰. Un ejemplo de ello sería la posibilidad de intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos en relación con su contenido, para disimular así su condición de

9 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* pág. 289: «En efecto, a la evidente vinculación de la figura con las medidas de investigación tecnológica, se une la existencia de ciertos rasgos que la distancian de la figura tradicional del agente encubierto. Asimismo, el hecho de que no se regule en el título VIII del Libro II de la LECrim puede resultar distorsionador, máxime cuando la generalidad de los principios rectores y disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológicas le son de aplicación. En este sentido, el legislador debería haber optado por regularla en dicho título, sin perjuicio de remitir el contenido del art. 282 *bis* LECrim con relación a los aspectos generales».

10 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* pág.301.

funcionario policial —este es un supuesto específicamente reseñado en la vigente LO 13/2015¹¹—, que en la *lege ferenda* ha desaparecido. De igual manera que entendemos que el agente policial que así actúe estará «exento de responsabilidad criminal».

Debido a esta exención se puede llegar a plantear un problema; que sería la indeseable posibilidad de una extralimitación por parte del funcionario policial en el ejercicio de sus funciones. Como señala el profesor Santos Martínez «dicha exención no implica que el agente encubierto disponga de una absoluta libertad para delinquir mientras lleva a cabo su actuación, sino que se limita a aquellos hechos que, en primer lugar, guarda la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación y, por otro lado, no constituyan una provocación al delito»¹².

Según la asentada jurisprudencia del TS, el delito provocado surge cuando la voluntad de realizar un acto delictivo no aparece de manera libre, ni por la propia decisión del sujeto actuante, sino que es resultado de la actuación de otro individuo¹³. La jurisprudencia ha ido delimitando las características que conformarían el delito provocado¹⁴, por el cual este se produciría cuando el agente policial encubierto de manera engañosa crea una situación artificial que induce al sospechoso/ investigado a realizar un acto ilícito que no tenía previsto realizar. Los tres elementos que contempla el TS serían, el elemento subjetivo, consistente en la existencia de una actuación engañosa dirigida a delinquir; el elemento objetivo consistente en la ulterior detención del sujeto víctima del delito provocado, junto a las pruebas de esos supuestos delitos y; por último, el elemento material, que consistiría en la inexistencia en la realidad de una riesgo cierto para un bien jurídico, ya que en todo momento la situación estuvo control del agente provocador¹⁵.

Cabe destacar, que el «agente provocador», no tiene por qué ser necesariamente un funcionario de la policía judicial, sino que es relativamente frecuente, que lo realice un arrepentido o confidente. En estos casos no se daría la utilización de una identidad ficticia ni tampoco sería necesario la previa autorización judicial.

2. Anteproyecto LECrim 2020

La tantas veces pospuesta reforma general de la LECrim recibió un importante impulso en el año 2017, después de un intento que no llegó a consumarse en el 2012 cuando se presentó una propuesta de Código Procesal Penal por parte de la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012¹⁶, que después de ser sometida al pertinente debate e información pública,

11 LO 13/2015. Art.282 bis 6: «El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido...».

12 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* Pág. 303.

13 Sentencia del Tribunal Supremo N.º 4107/2003 de 13 de junio de 2003, ECLI:ES:TS:2003:4107.

14 Sentencia del Tribunal Supremo N.º 2114/2014 de 13 de mayo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:2114; Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1954/2015 de 24 de abril de 2015, ECLI:ES:TS 2015:1954.

15 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* Pág. 304.

16 Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Preámbulo, BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015, pág. 90192.

cristalizó en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, donde se recogía la abundante doctrina jurisprudencial, tanto de los órganos nacionales, como de los supranacionales. Así mismo, buscaba cumplir entre sus objetivos con el fortalecimiento de los derechos procesales de acuerdo con los parámetros exigidos por el Derecho de la Unión Europea. Dicha propuesta no llegó a aprobarse¹⁷, pero algunas de sus novedades, en concreto las referidas a la «investigación tecnológica», fueron recogidas en las modificaciones que se codificaron en la Ley Orgánica 13/2015 de 15 de octubre, por considerarse de urgente necesidad «un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado».

Ese nuevo impulso, para nuestro pesar vino influenciado por el legislador europeo, ya que como admite la propia exposición de motivos del Anteproyecto, «La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español»¹⁸. Es decir, que el objetivo principal de esta reforma sería adaptarse a la Fiscalía europea, y de manera indirecta se producirían mejoras en el resto del texto normativo, en lo que atañe a este capítulo, regular las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen que aún no tenían acomodo en nuestro ordenamiento¹⁹.

2.1. Régimen general

En el art. 509 del Anteproyecto se realiza una rigurosa descripción de la figura del agente encubierto informático, advirtiendo de manera clara de sus límites de actuación. Como en el resto del Anteproyecto, se denota la especial intención del legislador de ser especialmente cuidadoso con el respeto a los principios rectores que deben inspirar su actuación, ya que de esta manera se pondera la afectación de derechos fundamentales del investigado.

En el primer apartado se hace referencia al ámbito de aplicación de la medida, que son aquellos que se detallan en el art. 355 del Anteproyecto. Debido al alto grado de injerencia que supone la implementación de esta medida en el derecho a la intimidad del investigado, por el hecho de hacerse uso del engaño y disimulo en su desarrollo, así como por el hecho de la gravedad de delitos que persigue esta medida, los supuestos a los cuales se aplica, están tasados²⁰. Se aprecia fácilmente que el

17 ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020, PREÁMBULO, PÁG. 1.

18 ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. *Exposición de motivos*. Pág.2, y Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea en las materias propias de su competencia, lo que obliga a adecuar definitivamente nuestro sistema procesal penal para mantener la debida coherencia normativa.

19 MINISTERIO DE JUSTICIA. Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. «Memoria del análisis de impacto normativo». Madrid. Enero 2021. PÁG. 4

20 ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. Art 355: «: a) Delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión. b) Delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de esta. c) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación.

legislador ha procurado conseguir una redacción más concreta y esmerada que en la LECrim vigente, cuyo art. 282 *bis* dedica dos puntos —el 6 y 7—, al agente encubierto informático, en nuestra opinión es una redacción desordenada y deficiente, que produce confusión, por cuanto se refiere únicamente al agente encubierto tradicional y no al informático, produciéndose así una laguna de inseguridad jurídica.

En el punto segundo se detalla de manera concisa a la vez que taxativa el ámbito subjetivo de actuación de la figura, por la cual, sólo podrá desempeñarla un funcionario de la policía judicial, algo que ya advierte de manera tácita el vigente art. 282 *bis*.6.

En el apartado tercero se hace una expresa invocación del principio rector de necesidad, al exigir que, para la adopción de la mencionada diligencia, no exista otro modo o manera de «descubrir la actividad delictiva e identificar a sus responsables». Esta mención expresa al principio rector de necesidad, no aparece como tal en el actual art. 282 *bis*, ni en sus apartados referidos al agente encubierto tradicional, ni en los específicos 6 y 7, aunque bien es cierto que se percibe de manera sutil, del enunciado de algunos apartados como el quinto.

El cuarto punto es una firme advertencia, de no provocar, instigar o promover un delito²¹ por parte del agente en el curso de su actividad indagatoria, como advierte igualmente el art. 282 *bis*. Este precepto viene a intentar reducir los problemas que se han dado en él, transcurso de investigaciones criminales al aplicar la figura del agente encubierto, que en ocasiones ha derivado en una extralimitación por parte de algunos miembros de la policial judicial en funciones de agente encubiertos.

A modo ilustrativo, podemos citar la sentencia de la audiencia nacional N.º 2203/2020 de 20 de marzo de 2020, ECLI:ES:AN:2020:2203, donde los encausados, acusados de captación y adoctrinamiento terrorista del artículo 577.2 del Código Penal; y subsidiariamente, con carácter alternativo, un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 Código Penal, por su supuesta pertenencia al DAESH, fueron absueltos, por considerar la Audiencia que en el transcurso de la investigación la «agente encubierta informática» provocó el delito al incitar al investigado a cometer un delito que no existía previamente, en cuanto a la difusión de propaganda y mensajes radicales de corte islámico, este supuesto estaría previsto en el punto cuarto del Anteproyecto donde, se expresa una firme advertencia de no provocar, instigar o promover un delito, algo ya advierte el vigente art. 282 *bis*.

En el apartado quinto se realiza una mención a los principios de especialidad, idoneidad y excepcionalidad, al señalar que esta diligencia, al desarrollarse mediante medios tecnológicos, debe desarrollarse a distancia de los propios investigado. En el caso de tener contacto con los investigados, la diligencia deberá continuar —se entiende tácitamente que se permite continuar con ella— con arreglo a los requisitos y condiciones recogidos en la figura del agente encubierto tradicional.

Por último, se reseña un límite objetivo material, por el cual y de acuerdo con el ya mencionado principio de especialidad y legalidad²², por el cual, no podrán utilizarse los datos e informaciones recabados durante la investigación en cuestión, para otros procesos penales, todo ello, lógicamente para evitar situaciones arbitrarias o abusivas²³. Esta prohibición tendrá su excepción en el caso de contar con la autorización del juez de garantías que tutele el nuevo proceso que solicite los citados datos o informaciones.

21 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* Pp. 302-303.

22 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* Pp. 45- 46.

23 STEDH *Malone* c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, CE:ECHR:1984:0802DEC869179.

2.2. Solicitud del Ministerio Fiscal

En el art. 510 se codifica la exigencia de solicitar la participación de un agente encubierto informático en el desarrollo de unas investigaciones por parte del fiscal instructor. Figura esta, del fiscal instructor, que asume la instrucción de las investigaciones criminales en el nuevo anteproyecto, cumpliéndose así una petición por parte de parte de la jurisprudencia, doctrina y otros operadores jurídicos, que consideraban una anomalía en nuestro entorno jurídico, que siga desarrollándose la instrucción penal por parte de un juez.

Se hace una mención especial al principio de necesidad, que se le requiere al fiscal para solicitar esta medida al Juez de Garantías, que es el encargado de velar por los derechos fundamentales de los investigados. Fruto de este ánimo tuitivo por parte del legislador, el apartado segundo enumera una serie de condiciones que habrán de cumplirse en la mencionada solicitud.

En el apartado tercero, se regula el supuesto por el cual esta medida de investigación se deba ampliar. De manera que se advierte al fiscal instructor de la imperiosa necesidad de justificar dicha ampliación ante el Juez de garantías. De manera explícita se hace un recordatorio de la obligación de respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, y de manera tácita, del principio de idoneidad.

Para finalizar, se recuerda al fiscal instructor, la obligación de formar pieza separada de la diligencia y decretar el secreto²⁴ total o parcial, de acuerdo, con el ya habitual protocolo de actuación formalizado en este Anteproyecto.

Precisamente a este respecto me gustaría mencionar la sentencia de la Audiencia Nacional 4196/2021, en la cual, los acusados de los delitos «de un delito de captación y adoctrinamiento terrorista del artículo 577.2 del Código Penal; y subsidiariamente, con carácter alternativo, un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 Código Penal», fueron absueltos, alegando que se había producido una «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del auto de 3 de julio de 2018 que abre la pieza separada del agente encubierto informático, y de sus sucesivas prórrogas». Aunque bien es cierto que en este caso el TS rechazó las alegaciones sobre falta de motivación y aplicación de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, la en mi opinión, deficiente redacción de los apartados 6 y 7 del vigente art. 282 bis LECrim, provocan numerosos recursos de este tipo, en defensa de los investigados.

2.3. Resolución judicial

En una muestra más de la minuciosidad que desea el legislador a la hora de implementar este tipo de medidas, el art. 511 enumera una serie de requisitos que deberá cumplir en este caso el Juez de garantías en el momento de dictar la resolución habilitante que permita la investigación mediante el agente encubierto virtual. Una vez más, subyace en el texto del precepto el cumplimiento de los principios rectores que inspiran todo el Anteproyecto.

Como ya avanzamos, al consistir esta medida en simular otra identidad para relacionarse con el sujeto investigado, se ha de utilizar el engaño y esto puede

24 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* pág. 289. La necesidad de declarar secretas las actuaciones que coincidían con los principios rectores ya venían siendo señalada desde la entrada en vigor de la LO 13/2015, en concreto en el art. 282.1 bis: «la resolución será reservada y deberá consignarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad».

provocar una notable indefensión en la persona investigada, con lo cual el legislador ha querido —en mi opinión de manera muy acertada— revestir esta resolución que aprobese esta medida del mayor formalismo posible en aras de garantizar al máximo posible los derechos del investigado. Por ello, se enumeran una serie de condiciones de obligado cumplimiento para el Juez de garantías.

A continuación, se vuelve a mencionar la obligación por parte del Juez de garantías de pronunciarse sobre la posible extensión de la medida de investigación, que habrá solicitado el fiscal. Decidiendo si la ratifica o no, advirtiendo que el fiscal deberá en su resolución tener muy presente los principios de necesidad e idoneidad. Es decir, se debe motivar de manera rigurosa que la extensión de la medida es absolutamente necesaria para el desarrollo de la investigación criminal y no existe otra manera de continuar con la misma que la misma.

La doctrina nos recuerda la importancia inexcusable de esta autorización judicial, ya que «la intervención del policía judicial informático en canales cerrados de comunicación supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y, del derecho a la intimidad»²⁵.

2.4. Ámbito de autorización (ampliación)

En el siguiente artículo, el 512 del Anteproyecto, se vuelve a hacer hincapié en el escrupuloso respeto que debe darse por parte de las autoridades en la aplicación de estas diligencias de investigación tecnológicas por su injerencia en derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE.

En virtud de la rigurosidad de este texto normativo, se exigen que la resolución habilitante que se adopte para el uso de la figura del agente encubierto virtual deberá tener por objeto un caso concreto, evitando así confundir la «prevención de un delito», con el «...indagar a ciegas conductas delictivas...»²⁶. De esta manera queda proscrita la posibilidad de extender la resolución a otros ámbitos objetivos, —diferentes delitos—, ni subjetivos —a otras personas que se relacionen con el investigado—, siempre y cuando, el Juez de garantías, siguiendo el principio de especialidad, concede otra autorización judicial con el fin de investigar esa otra actividad delictiva.

Con este nuevo precepto se pretende corregir la omisión existente en la legislación vigente —art. 282 *bis*—, que no recoge esta posibilidad, relativamente frecuente en el transcurso de investigaciones criminales y, que son conocidas como «actividades conexas», por la cual, en el desarrollo de determinada investigación de un hecho delictivo, se producen o se tienen conocimiento de otros hechos ilícitos pasados o en desarrollo. La posibilidad de que se conozcan hechos o sujetos de estas otras actividades sin resolución habilitante que lo autorice de forma específica, supondría una vulneración de la tutela judicial del investigado.

2.5. Desarrollo de la investigación

Existe un supuesto de gran importancia por lo delicado de su adopción. Este supuesto se encuentra recogido en el art. 513 y, supone en la práctica la adopción de otra medida de investigación tecnológica, que sirve a modo de complemento de

25 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* pág. 293.

26 Sentencia del Tribunal Supremo N.º 1954/2017 de 18 de abril de 2017, ECLI:ES:TS: 2017:1954.

la actividad del «agente encubierto informático». El hecho de llevar a aplicar otra medida de investigación, además de la ya existente frente al mismo sujeto investigado, representa un aumento del grado de injerencia en los derechos fundamentales del sujeto investigado.

Como ya mencionamos en el epígrafe anterior, en estos supuestos, se tiene un especial cuidado de cumplir con el principio de especialidad, por el cual la resolución judicial que habilite la actuación del agente virtual sólo tendrá efectividad para el ámbito objetivo —delito—, concreto para el que se concedió. Se prosigue describiendo el supuesto de esta medida «complementaria», señalándonos que se podrá autorizar «la grabación y obtención de imágenes de las comunicaciones entre el agente encubierto y la persona investigada». Bien es cierto, que esta situación se encuentra ya registrado en el vigente texto normativo, a través de la modificación llevada a cabo por la LO 13/2015²⁷.

La adopción de esta medida complementaria supone una nueva injerencia en los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. El sentido de la regulación de este precepto es dar cobertura legal a una situación que es muy habitual en las investigaciones desarrolladas por el agente virtual, como es la de captar y grabar imágenes y sonido de situaciones en las que tiene participación como parte de la organización criminal en la que se encuentra integrado simuladamente. Es importante recordar que estos supuestos ya se encuentran recogidos en la LECrim vigente, pero sin especificar el caso del agente encubierto virtual, de manera que podría darse la paradoja de que el agente encubierto tradicional cuente con habilitación judicial para estos supuestos, mientras que las actividades indagatorias de su homólogo virtual se encontrarían sin protección procesal²⁸.

Siguiendo con el que será el protocolo habitual de actuación una vez aprobada la nueva LECrim, será el fiscal quién solicite al Juez de garantías esta nueva medida, el cual, en su obligación de tutelar los derechos del investigado, impondrá una serie de requisitos necesarios para que conceda la diligencia de investigación, además de advertir al fiscal que deberá mantenerle informado en todo momento del desarrollo de esta medida por parte del Fiscal. Ahora bien, hemos de reseñar como debe en la *lege ferenda*, la ausencia de un sistema de cumplimiento de esta obligación de seguimiento *in vigilando* por parte del Juez de garantías. Esta inconcreción puede provocar riesgos, ya que se puede caer en situaciones de arbitrariedad o, en el mejor de los casos de agravios comparativos entre situaciones muy similares, resueltas de diferente modo al determinar el precepto que «El fiscal informará al Juez de garantías, en la forma en que este disponga...».

Para finalizar, podemos señalar, que el articulado del desarrollo de la investigación, señala un límite material de actuación, al advertir que esta mediad se realiza con el fin de «asegurar la fuente de prueba», de lo cual podemos inferir, que la mediad «complementaria» de captación o grabación de imágenes y sonido durante la actividad del

27 LO 13/ 2015, art. 282 *bis* 7: «En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio».

28 SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *ob. cit.* pág. 301: «Asimismo, el agente encubierto clásico puede-bajo autorización judicial-, obtener imágenes y grabar las conversaciones que pueda mantener en los encuentros previstos entre el agente y el investigado (art 282 bis), lo que elimina la responsabilidad penal que se pudiera irrogar por la eventual vulneración del derecho a la intimidad. No siendo descartable que esa misma posibilidad se produzca en el ámbito de una investigación desarrollada a través de un agente encubierto informático».

agente encubierto informático, no es el objeto final de este supuesto, sino que se convierte en un acto de aseguramiento de la diligencia principal desarrollada por este²⁹.

En cuanto al posible olvido del legislador de la posibilidad de «... intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos», que sí se encuentra recogida en el vigente art. 282 bis 6, debemos advertir, que no hay tal omisión, sino un simple cambio en la ubicación del supuesto, hallándose, en el caso de Anteproyecto, en el art. 509, apartado 4 *in fine*.

3. LO 7/2021

Como mencionamos en la Introducción de este capítulo, entre los objetivos fundamentales buscados por el Anteproyecto de la LECrim 2020, se encuentra el de conseguir mayor armonización en las medidas de investigación con la legislación de la Unión Europea (en adelante U.E.). Este loable objetivo, se vería comprometido por la falta de aprobación del señalado texto en ciernes. Su entrada en vigor está prevista según la Disposición final octava seis años después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por ello, entre otros motivos, se aprobó con cierta presteza la «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», que muestra una importante influencia en el Anteproyecto LECrim 2020 que estamos tratando, ya que ha servido a modo de adelantado paliativo de determinadas diligencias de investigación que debido a la ya mencionada *vacatio legis*, corrían el riesgo de quedar obsoletas cuando entrasen en vigor.

Especial significación en la LO 7/2021, tiene la transposición de dos reglamentos de la U.E, como advierte el propio preámbulo de la citada Ley Orgánica, El marco normativo resultante consta, principalmente, de dos instrumentos:

«[...] 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), que sustituye a una norma vigente desde hacía más de veinte años, y 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 [...] En consecuencia, esta Ley Orgánica asume la finalidad de lograr un elevado nivel de protección de los derechos de la ciudadanía, en general, y de sus datos personales, en particular, que resulte homologable al del resto de los Estados miembros de la Unión Europea, incorporando y concretando las reglas que establece la directiva».

Esta legislación tiene una importante y directo papel en los «medios de investigación basados en datos protegidos», que cuenta con un título propio —el VIII—, en el

29 Sentencia del Tribunal Supremo N.º 8299/2007 de 15 de noviembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:8299, «la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos (aunque nada impide que lo sea), sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos los que, a la postre, conforman la convicción judicial». DELGADO MARTÍN, J. *ob. cit.* Pág.518.

Anteproyecto, pero de manera indirecta también deja sentir su influencia en otras diligencias de investigación tecnológica, como por ejemplo, los supuestos regulados en la sección segunda sobre «Tratamiento de datos personales en el ámbito de la videovigilancia por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» de la Ley Orgánica 7/2021, cuando en los arts. 15 y siguientes, se regulan los supuestos en los que las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, deben captar o grabar imágenes y sonidos en el curso de sus investigaciones. Es aquí donde se produce la conexión con las investigaciones en canales cerrados de comunicación, ya que como advertimos al tratar sobre el art. 512 del Anteproyecto, es habitual que se produzcan actividades conexas, que hacen que los agentes encubiertos informáticos deban completar sus actividades principales con estas conexas o secundarias.

Por todo ello, aunque el contenido de la LO 7/2021 desborde el objeto de este capítulo sobre los «canales cerrados de comunicación», su relevancia e incidencia en dicho tipo de diligencia aconseja mencionar y tener en cuenta esta Ley Orgánica, además de como ya mencionamos, su efecto de solución temporal ante la prolongada *vacatio legis* del Anteproyecto LECrim 2020.

4. Conclusiones

De manera general el Anteproyecto se muestra más riguroso en la tutela de los derechos de los investigados, ya que cuando haya que implementar medidas de investigación tecnológicas que supongan una importante afectación de derechos fundamentales, se extrema el respeto y aplicación de los principios rectores que inspiran todo el Anteproyecto (Idoneidad, proporcionalidad, especialidad, excepcionalidad y muy especialmente el de necesidad).

Además, existe una loable intención por parte del legislador de solucionar la «parquedad legislativa» vigente en cuanto a la figura del «agente encubierto informático», que se regula de manera muy somera y breve en los puntos 6 y 7 del 282 bis. De esta manera se intuye un especial ánimo tuitivo por parte del legislador al tomar unas medidas que incluyen el matiz del engaño en su transcurso y por ello, las hace más delicadas.

Por último, hay que señalar que se ha aumentado el número de casos que son susceptibles de ser investigados mediante esta medida por parte del agente encubierto clásico, mientras que en el digital o virtual, no se delimita su ámbito de actuación de manera estricta, provocando con ello dudas que pudieran desembocar en inseguridad jurídica; sin olvidar la ya mencionada ausencia de una definición concreta de qué debemos entender por «canales cerrados de comunicación».

Estos serían los aspectos positivos del nuevo Anteproyecto, mientras que como crítica al mismo, debemos mencionar una defecto —en nuestra opinión—, como es la *vacatio legis* de seis años, que establece el propio texto normativo en su disposición final octava, lo cual resulta paradójico en un Anteproyecto que tiene entre sus objetivos principales la modernización de las medidas de investigación, ya que estas evolucionan a gran velocidad y cuando sean publicada en el Boletín Oficial del Estado, algunas de las diligencias aprobadas pueden quedar obsoletas.

5. Bibliografía

ANTEPROYECTO de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (Versión docencia).

ANTEPROYECTO de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (Versión para información pública).

DELGADO MARTÍN, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer España, segunda edición, 2018.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. (B.O.E. núm. 12 de 14 de enero de 1999).

MINISTERIO DE JUSTICIA. Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. «Memoria del análisis de impacto normativo». Madrid. Enero 2021.

DEL POZO PÉREZ, M.: «El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española», *Revista Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M.: *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*. Hospitalet del Llobregat (Barcelona): Wolters Kluwer.2017.

MECANISMOS INTERNACIONALES Y NACIONALES PARA EL PROCESAMIENTO POR CRÍMENES CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CONFLICTO RUSO-UCRAIANO Y A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Emilio Castro Durán
*Doctorando en Derecho Procesal
Universidad de Granada*

SUMARIO: 0. Introducción: la necesidad de una jurisdicción universal y garantías de paz. 1. Mecanismos internacionales y nacionales para el procesamiento por crímenes contra la comunidad internacional. 1.1. El principio de Jurisdicción Universal. 1.2. La Justicia Penal Internacional. 1.3. La Jurisdicción internacional en relación con los crímenes internacionales. 2. Invasión rusa de Ucrania de 2022. 3. La aplicación de la jurisdicción universal en España. 3.1. El artículo 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. 3.2. El proceso de restricción del alcance de la jurisdicción universal en España. 4. La sentencia del tribunal constitucional 140/2018, de 20 de diciembre. 5. Luces y sombras de la jurisdicción universal en España a modo de conclusión. 6. Bibliografía.

0. Introducción: la necesidad de una jurisdicción universal y garantías de paz

Los principales mecanismos para la puesta en práctica de la justicia internacional han sido la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), los tribunales especiales internacionales o internacionalizados creados para situaciones concretas y aquellos tribunales nacionales que aplican el principio de jurisdicción universal para investigar graves violaciones de derechos humanos aunque se hayan cometido en otro país o sus presuntos autores o víctimas tengan otra nacionalidad.

El derecho internacional considera que esos crímenes atroces afectan a toda la comunidad internacional, estén o no incluidos en las legislaciones nacionales. Y para que sus responsables no queden impunes, establece principios como la no prescripción del delito, la prohibición de amnistiar al autor, la amplia responsabilidad penal individual, de quien lo cometa o sea cómplice, lo ordene o induzca, o lo encubra, y la persecución obligatoria por parte de cualquier jurisdicción estatal o internacional.

La existencia de una jurisdicción universal se debe principalmente a la necesidad de proteger los derechos humanos frente a estos delitos. En cuanto a los derechos de las víctimas, la justicia internacional señala tres principios fundamentales: la verdad, para que ellas mismas, sus familiares y la sociedad entera puedan saber lo ocurrido; la justicia, que obliga a los Estados a investigar todos los delitos y procesar a sus presuntos autores en juicios con plenas garantías; y la reparación, para que víctimas y familiares reciban apoyo material y/o psicológico que les permita reconstruir sus vidas.

La necesidad de una justicia universal que tutele los derechos de las víctimas de los conflictos armados se encuentra a la orden del día a la luz de la reciente invasión rusa de Ucrania que ha traído consigo una violación sistemática de lo dispuesto en los principales tratados internacionales. Por ello, hemos decidido en el presente estudio realizar un análisis de los principales mecanismos internacionales y nacionales para el procesamiento de los autores de crímenes internacionales, a fin de determinar la viabilidad de procesamiento de estos criminales por parte de los organismos judiciales internacionales y los españoles especialmente. Remitiéndonos a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998, la legislación española principalmente junto a la doctrina del Tribunal Constitucional, la doctrina científico-jurídica relativa al principio de jurisdicción universal y recurriendo además, a publicaciones periodísticas acerca del conflicto ruso-ucraniano.

1. Mecanismos internacionales y nacionales para el procesamiento por crímenes contra la comunidad internacional

1.1. El principio de jurisdicción universal

El principio de jurisdicción universal, gestado en el ámbito del derecho internacional, ha contribuido a reforzar la idea de comunidad internacional mediante la colaboración de los estados en la persecución de los crímenes más graves que se puedan cometer. La jurisdicción universal es un mecanismo que permite a los estados otorgar competencias a sus órganos judiciales para enjuiciar aquellos delitos que generen una mayor conmoción a nivel internacional, llamados crímenes internacionales, luchando contra la impunidad que se genera sobre los autores de estos crímenes con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor.

La concepción de la jurisdicción universal, cuyos antecedentes doctrinales se remontan al célebre jurista Hugo Grocio en su obra *«De Jure Belli ac Pacis»*. Las justificaciones iniciales del mismo se situaban en la necesidad de asegurar la respuesta debida a delitos cometidos fuera de las jurisdicciones estatales como los de piratería cometidos en alta mar o de ganar eficacia en relación con delitos que suelen conllevar elementos de internacionalidad; cabría decirse que son los antecedentes de lo que más modernamente se ha rebautizado como delincuencia transnacional organizada.

Junto a ello se ha ido afirmando la existencia de una comunidad de intereses entre los Estados o, más recientemente, la existencia de un interés general de la humanidad como fundamentos de este principio.

Actualmente, el proceso de globalización:

«Ha atenuado cualquier distinción radical entre los delitos en función de si se dirigen contra el orden nacional o contra el orden internacional. Lo que se percibe

es una interacción mutua entre ordenamientos nacionales y derecho internacional. Más que de acuerdos entre Estados que permiten activar mecanismos de extensión extraterritorial de la aplicabilidad de las propias normas, la evolución va en la línea de crear espacios lo más amplios posible de jurisdicción compartida entre todos los Estados para la represión de determinados comportamientos criminales»¹.

Existen multitud de definiciones de la concepción de jurisdicción universal. Doctrinalmente se puede entender por jurisdicción universal, en palabras de PRIGAU SOLÉ:

«La capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión y la atribución a sus tribunales de la capacidad, que puede estar o no sujeta a restricciones, de conocer de los mismos»².

La definición normativa de jurisdicción universal la podemos encontrar en multitud de textos internacionales y con distintas acepciones debido a la multitud de delitos perseguidos, siendo el supuesto clásico el de la piratería en alta mar. Sin embargo:

«No existe un criterio uniforme en la práctica convencional según el cual el sistema de jurisdicción universal se aplique a todos los tipos penales internacionales, o se aplique en función de la gravedad de los mismos. De esta manera, por ejemplo, no se recoge en algunos convenios más antiguos relativos al genocidio o la discriminación racial. Sí se recoge, en cambio, de una u otra forma, entre otros, en los relativos a los crímenes de guerra, la captura ilícita de aeronaves o la toma de rehenes»³.

La definición normativa de jurisdicción universal con más peso en la doctrina, quizás sean, en primer lugar, los Principios de Princeton de 2001, en los cuales:

«Se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, prescindiendo del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción».

Y, por otro lado, tendríamos también la recogida en los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, adoptados en marzo de 2002:

«La jurisdicción universal es el derecho del Estado a perseguir y juzgar al presunto autor de un delito, independientemente del lugar del delito, la nacionalidad o el lugar de residencia de su presunto autor o de la víctima».

Con carácter general, la aplicación de la jurisdicción universal es de obligado cumplimiento en lo dispuesto en los cuatro «*Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados*», en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, en lo que se formula ante todo como una obligación de perseguir y juzgar las infracciones graves de dichos convenios. Así, el artículo 146 del IV «*Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949*» relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, dispone lo siguiente:

1 PRIGAU SOLÉ, A.: «La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales». *RxDH Col·lecció recerca per drets humans*, pp. 23.

2 PRIGAU SOLÉ, A.: «La jurisdicción universal y su aplicación en España...», óp.cit., pp. 24.

3 PRIGAU SOLÉ, A.: «La jurisdicción universal y su aplicación en España...», óp.cit., pp. 25.

«Artículo 146. Sanciones penales. I. Generalidades Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente:

"Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes [...]».

No obstante:

«En la mayoría de los convenios multilaterales que articulan la cooperación penal internacional, la jurisdicción universal es facultativa. No hay una referencia explícita a la jurisdicción universal, sino que se utiliza a menudo una fórmula que indica que el texto de la convención no excluye ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales»⁴.

Por tanto, la jurisdicción universal es una herramienta interna de los estados que tiene como fin esencial reducir esos ámbitos de impunidad y de esta forma perseguir las violaciones más graves de Derechos Humanos, independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del presunto autor y de la víctima.

Sin embargo, no todo son luces en la jurisdicción universal, debido a que las grandes potencias miran con recelo a este instrumento debido al desprestigio que ello les podría suponer el mero hecho de que otro estado les abriese una causa de tal modo que la existencia de la jurisdicción universal podría poner en jaque el intervencionismo internacional de las grandes potencias. Por tanto, los países valientes que optan por tener una jurisdicción universal amplia se ven sometidos a fuertes presiones e incluso a sanciones por parte de los países poderosos a fin de que retrocedan en su tesitura de una jurisdicción universal plena.

En definitiva:

«El principio de jurisdicción universal surge porque hay una serie de delitos muy graves, crímenes, que por su gravedad se aprecia que atentan contra la comunidad internacional en su conjunto, y por tanto, aunque se plantee su persecución desde el plano interno, se abre o se extiende la jurisdicción nacional, precisamente para compensar las deficiencias de la justicia internacional, dado que es necesario luchar contra la impunidad»⁵.

1.2. La Justicia Penal Internacional

Como hemos comentado, la jurisdicción universal es la herramienta interna que tienen los estados para perseguir los delitos más graves que se puedan cometer con-

4 PRIGAU SOLÉ, A.: «La jurisdicción universal y su aplicación en España...», *óp.cit.*, pp. 26.

5 ABAD CASTELOS, M.: «La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la Comunidad Internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?», *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, 2012, pp. 69-70.

tra la comunidad internacional. No obstante, la aplicación efectiva de la jurisdicción universal se viene troncada por las presiones de las grandes potencias sobre el resto de las naciones, recelosas de la existencia de un mecanismo que pueda poner en tela de juicio las distintas formas de actuación en el mundo por parte de estas.

Es por ello, que ante la existencia de este tipo de presiones, que surge la llamada Justicia Penal Internacional (en adelante JPI) como una nueva concepción de la jurisdicción universal, constituida por tribunales internacionales encargados de actuar en defecto de las jurisdicciones universales internas de los estados. Como podemos observar, la jurisdicción universal interna de los estados y la JPI comparten la esencia de persecución y enjuiciamiento de crímenes internacionales que atentan contra bienes jurídicos imprescindibles de la comunidad internacional, evitando la impunidad, pero son dos conceptos distintos. Por un lado, la JPI aplica el Derecho Penal Internacional, mientras que la jurisdicción universal aplica el derecho interno como mecanismo de interpretación de la norma doméstica⁶.

La JPI para entenderla se debe concebir desde dos puntos de vista, en palabras de OLLÉ SESÉ:

«En primer lugar desde la vertiente objetiva, es decir, se trata de un conjunto de normas, principios y valoraciones jurídicas internacionales en materia penal que determinan tanto al autor de un crimen internacional como la pena, prevista en la norma internacional y/o en el derecho interno como legítima consecuencia; y desde una vertiente subjetiva, es aplicable tanto por tribunales nacionales como por supranacionales, híbridos, mixtos o internalizados»⁷.

La JPI sería la encargada de aplicar lo que pasaría a denominarse como Derecho Penal Internacional, el cual es definido como:

«Una respuesta de la sociedad internacional en su conjunto a las conductas que más gravemente menoscaban sus valores fundamentales recurriendo para ello a normas penales a través de las cuales se atribuye responsabilidad penal a los seres humanos que, en cuanto sujetos con personalidad jurídica internacional, incurren en dichos comportamientos»⁸.

De esta manera se constituye en una rama derivada del Derecho Internacional Público como una extensión a nivel internacional del Derecho Penal cuyo finalidad es perseguir a aquellos sujetos causantes de crímenes internacionales y que atenten contra como la paz y los Derechos Humanos etc. En este sentido podemos afirmar, que la Justicia Universal se representa a través de dos vertientes diferenciadas. A modo de conclusión, podemos decir que la existencia de dos niveles jurídicos (nacional e internacional) para juzgar estos crímenes, bien a partir de una jurisdicción universal penal, esto es, un órgano internacional especializado en perseguir y sancionar estos crímenes, la actual CPI; o bien, una jurisdicción universal interna o nacional a partir de la cual cada Estado fuese el encargado de perseguir esos crímenes⁹ en nombre de la comunidad internacional.

6 MARTÍNEZ ALCANIZ, A.: «El Principio de Justicia Universal y los Crímenes de Guerra», Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, pp. 45-48.

7 OLLÉ SESÉ, M.: «Justicia Universal para Crímenes Internacionales», *LA LEY grupo Wolters Kluwer*, Madrid, 1.ª ed. 2008, pp. 143-144.

8 OLASOLO ALONSO, H.: «Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas políticos y normativos», *Tirant lo Blanch*, 2017, pp. 49-50.

9 OLLÉ SESÉ, M.: «Justicia Universal...», *óp.cit.*, pp. 238.

1.3. La jurisdicción internacional en relación con los crímenes internacionales

Estos crímenes hicieron su primera aparición a escala internacional en los Principios de Núremberg de 1945¹⁰, y fueron denominados «crímenes internacionales». Estos existen cuando se dan una serie de actos contra la población civil atentando contra valores universales. Además, dicho ataque procede de un Estado, grupo u organización política, y estos perpetradores conocen que ese hecho es un crimen internacional.

La esencia de la jurisdicción universal y de la JPI radica en la necesidad de evitar que queden impunes ciertos delitos que vulneran de forma flagrante los derechos humanos y el derecho internacional en general. Como hemos indicado anteriormente, el principio de jurisdicción universal fue acuñado por doctrinalmente por Grocio, pero no fue hasta la finalización de la II Guerra Mundial cuando un mundo conmocionado por los crímenes cometidos por las potencias del eje, en especial los cometidos por el régimen nazi, se hizo patente la necesidad de juzgar a los líderes del régimen en una serie de procesos judiciales, los Juicios de Núremberg, impulsados por las naciones vencedoras de la II Guerra Mundial contra más de 600 dirigentes, funcionarios y colaboradores de la Alemania Nazi. A los enjuiciados se los acusó por la planificación y desencadenamiento de la guerra, por crímenes de guerra y por crímenes contra la humanidad. Todos los juicios se realizaron en el Palacio de Justicia de la ciudad alemana de Núremberg, donde en 1935 Hitler había hecho aprobar las Leyes de Núremberg, de carácter racista y antisemita. El juicio principal tuvo lugar entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946. Fue presidido por el Tribunal Militar Internacional e integrado por 4 jueces (un británico, un francés, un soviético y un estadounidense), según lo establecido por la Carta de Londres de 1945. Entre 1946 y 1949 se llevaron a cabo 12 juicios adicionales, durante los cuales fueron juzgados jefes de policía, comandantes de los servicios de inteligencia, funcionarios de distintos ministerios, médicos, jueces y otros funcionarios del régimen nazi. La tipificación de los crímenes y abusos realizada por los distintos tribunales de estos procesos junto a los fundamentos de su constitución representaron un avance jurídico que sería aprovechado posteriormente por las Naciones Unidas en el desarrollo de una jurisprudencia específica internacional en materia de guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como para la constitución, a partir de 1998, de la CPI. De esta forma, el proceso Núremberg marcó el inicio de una «*Justicia internacional*».

Tras esta breve y concisa revisión histórica sobre los antecedentes de la relación existente entre jurisdicción universal y crímenes internacionales vamos a analizar la contextualización normativa internacional de éstos, la cual la podemos encontrar en el Estatuto de Roma por el cual se constituye la CPI adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la «*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*».

En dicha conferencia, diversos estados como, los Estados Unidos, Israel y China se conjuraron en contra del estatuto. Pese a esto tanto Israel como los Estados Unidos firmaron pero no ratificaron el tratado. De hecho, la firma por la parte estadounidense la realizó el presidente Bill Clinton solo un día antes de dejar el poder a George W. Bush.

Pese a la experiencia internacional en suscripción de tratados multilaterales, el mismo estatuto fijó un alto quórum para su entrada en vigencia (60 países). Sin embargo, el proceso fue sumamente rápido, partiendo por Senegal hasta que diez

10 NTOUBANDI Z.F., «Amnesty for Crimes against Humanity under International Law», *Martinius Nijhoff Publishers*, 2007, pp. 39 y ss.

países en conjunto depositaron ante la Secretaría General de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación el 11 de abril de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio del 2002. A julio de 2020, la convención cuenta 183 signatorios y 123 ratificaciones,

Los crímenes internacionales más importantes y perseguidos por la jurisdicción universal son, a efectos del art. 5 del Estatuto de Roma por el que se constituye la CPI: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión.

El «*crimen de genocidio*» se encuentra tipificado en el art. 6 y es definido como:

«Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

Se entenderá por «*crimen de lesa humanidad*» según el art. 7 apartado primero a cualquiera de los actos que se relacionan cuando:

«Se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; y por último k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

A los efectos del Estatuto, conforme al art. 8 se entiende por «crímenes de guerra»:

«Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, homicidio, tortura, la confiscación de bienes no justificada militarmente, forzar a los prisioneros a luchar o juzgarlos sin procedimiento o la toma de rehenes entre otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales o no, dentro del marco establecido de derecho internacional».

La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Por último, nos quedaría el «*crimen de agresión*», quizás el más relevante en estos momentos debido a la invasión rusa de Ucrania. El antecedente del delito de agresión fue la definición de los «Crímenes contra la paz» llevada a cabo en 1945 en el Carta de Londres, en el que se describía tales delitos como «*el planteamiento, la preparación, la iniciación o la ejecución de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes*», lo que llevó a poder juzgar este tipo de actos durante los juicios de Núremberg.

Si bien, en la primera redacción del Estatuto de Roma de 1998, el delito de agresión fue reconocido como uno de los crímenes internacionales, su definición quedó pendiente y, con ello, también la capacidad de la CPI de ejercer su jurisdicción. Fue en el año 2010 durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala, Uganda, cuando dicha definición se incorporó a través del art.8 bis. Sin embargo, uno de los acuerdos de la Conferencia de Kampala fue que la CPI no podría ejercer su jurisdicción sino hasta el 1 de enero de 2017.

Conforme a lo establecido en el art. 8 bis de Estatuto, se considera que una persona comete un «*crimen de agresión*» cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

En este sentido, el propio estatuto define en el apartado segundo del art. 8 bis que se entenderá «*acto de agresión*» como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Además, de conformidad con la resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, se considera acto de agresión:

«a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos»¹¹.

2. Invasión rusa de Ucrania de 2022

2.1. Antecedentes

La necesidad de un instrumento eficaz de Justicia Universal se encuentra más que vigente debido a la agresión rusa a Ucrania, el cual es un conflicto armado a gran escala que se inició el pasado 24 de febrero de 2022 y forma parte del conflicto ruso-ucraniano comenzado en 2014. Puede afirmarse con certeza de que se trata del mayor ataque militar convencional en suelo europeo desde las guerras yugoslavas dando lugar a multitud de víctimas mortales, así como la mayor crisis de refugiados en el continente europeo desde la II Guerra Mundial.

11 Art. 8.BIS Estatuto de Roma.

El inicio del conflicto estuvo precedido por una concentración militar rusa en las fronteras de Ucrania que se inició a mediados de 2021. Durante este periodo de tensión diplomática, el jefe del estado ruso, Vladimir Putin, criticó la ampliación de la OTAN posterior a 1997 y los funcionarios rusos negaron de forma sucesiva que Rusia tuviera planes de invadir Ucrania. No obstante, el 21 de febrero, Rusia reconoció a la República Popular de Donetsk y la República Popular de Lugansk, dos estados auto-proclamados en la región de Dombás en el este de Ucrania, y acto seguido envió tropas a esos territorios. Al día siguiente, el Consejo de la Federación de Rusia autorizó por unanimidad a Putin a utilizar la fuerza militar fuera de las fronteras de Rusia¹². El 24 de febrero alrededor de las 06:00 de la mañana, Putin anunció una «operación militar especial» en el territorio de Donetsk y Lugansk; los misiles comenzaron a impactar en varios lugares de Ucrania, incluida la capital, Kiev. Dos horas más tarde, las fuerzas terrestres rusas entraron en el país dando inicio a diferentes ofensivas que a partir de abril pasaron a concentrarse en el Este del país.

La agresión rusa a Ucrania ha sido condenada por los países occidentales, en especial Estados Unidos y miembros de la Unión Europea, que ha impuesto sanciones económicas a Rusia. Otros países, como China, India y Brasil, han evitado condenar la invasión. Tanto antes como durante la invasión, varios de los treinta Estados miembros de la OTAN han brindado su apoyo militar a Ucrania al igual que la Unión Europea cuyas medidas en respuesta a Rusia han aumentado paulatinamente. Entre tanto, se han producido manifestaciones en varias ciudades del mundo en contra de los ataques rusos a Ucrania, donde pedían el fin a la guerra y la búsqueda de alternativas diplomáticas.

2.2. El conflicto desde el punto de vista de la Justicia Penal Internacional

La agresión rusa a Ucrania ha dado mucho que hablar sobre la necesidad de una jurisdicción universal ante las sucesivas violaciones durante el conflicto de las protecciones establecidas por las leyes y las costumbres de la guerra, integradas por las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en este conflicto armado y por las violaciones del Derecho Internacional.

Obviamente, esta agresión viola los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas y constituye un crimen de agresión según el Derecho Penal Internacional; el crimen de agresión puede ser perseguido bajo la jurisdicción universal. Entre otros textos internacionales, destacar que la invasión viola el Estatuto de Roma, que de forma expresa prohíbe cualquier agresión a otro estado. Sin embargo, Ucrania no ha ratificado el Estatuto de Roma y Rusia retiró su firma en 2016.

Como hemos indicado, durante el conflicto se han producido una flagrante violación de los derechos humanos tanto en cuanto se han producido una serie de ataques indiscriminados en áreas civiles por parte de las fuerzas rusas durante la invasión rusa de Ucrania de 2022, que pueden constituir crímenes de guerra. El 25 de febrero, Amnistía Internacional dijo que había encontrado pruebas irrefutables de que Rusia había violado el Derecho Internacional Humanitario y que algunos de sus ataques podrían constituir crímenes de guerra; también dijo que las afirmaciones rusas de que solo usaban armas guiadas de precisión eran falsas. Amnistía y Human Rights Watch dijeron que las fuerzas rusas habían llevado a cabo ataques indiscriminados en áreas

12 «Senado aprueba pedido de Putin de desplegar tropas para establecer la paz». *Deutsche Welle*. 22 de febrero de 2022. Enlace: <https://www.dw.com/es/senado-aprueba-pedido-de-putin-de-desplegar-tropas-para-establecer-la-paz/a-60878203> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

civiles y ataques a hospitales, incluido el lanzamiento de un misil balístico «9M79 Tochka» con una ojiva de bombas de racimo hacia un hospital en Vuhledar, que mató a cuatro civiles e hirió a otros diez, incluidos seis miembros del personal sanitario. El gobierno ucraniano pidió en consecuencia que se investigará el incidente en la CPI. Además, por todo lo expuesto entre otras muchas causas, el 27 de febrero de 2022, Ucrania presentó una demanda contra la Federación Rusa ante la CIJ, acusando a Rusia de violar la Convención sobre Genocidio de 1948. En el mismo sentido, el 2 de marzo, tras la solicitud de 39 países, la CPI anunció que investigaría la invasión rusa a Ucrania, abarcando cualquier denuncia pasada y presente de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por parte de cualquier persona.

Por último, es importante mencionar a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) como mecanismo de resolución de conflictos internacionales para el mantenimiento de la paz. La CIJ situada en la Haya desde 1946, es un órgano judicial establecido por la Carta de Naciones Unidas firmada en 1945, está integrada por 15 jueces quienes deben resolver las controversias jurídicas entre Estados que estén bajo su jurisdicción. La constitución de este organismo se fundamenta en la conciliación pacífica de las discusiones acontecidas en materia Internacional entre estados. A diferencia con la CPI en la cual se juzgan a los autores de crímenes contra la comunidad internacional. Sin embargo, es necesario traer a colación la CIJ debido a que su actuación normalmente viene aparejada de la intervención posterior de la CPI.

2.3. Procedimientos en curso contra la Federación Rusa

El primer procedimiento de gran calado en curso contra la Federación Rusa por la agresión a Ucrania así como los sucesos derivados del conflicto, susceptibles de ser catalogados como crímenes internacionales se está dilucidando en la Corte Penal Internacional (CPI).

El pasado 27 de febrero de 2022, el ministro de Relaciones Exteriores de Ucrania, Dmytro Kuleba, pidió a la CPI que investigara el atentado con bomba contra el jardín de infancia de Okhtyrka. El 28 de febrero, Karim Khan, fiscal jefe de la CPI, dijo que planeaba abrir una investigación sobre las denuncias de crímenes de guerra en Ucrania *lo antes posible* tras el examen preliminar del caso por parte de la CPI. Treinta y nueve estados remitieron oficialmente la situación en Ucrania a la CPI. El 3 de marzo, Khan anunciaría que se estaban recopilando pruebas de presuntos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos por individuos de todos los bandos durante la invasión y que se abriría una investigación completa¹³.

Además, del proceso llevado a cabo en la CPI, existe otro contencioso entre ambos países en la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Dicho procedimiento se presentó por Ucrania contra Rusia ante el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas el 26 de febrero de 2022. Se trata de un litigio cruzado en el que ambas partes se han lanzado acusaciones de genocidio. Por la parte ucraniana se alega la inexistencia de genocidio en las regiones de Lugansk y Donetsk, al este del país, alegado por Rusia y sobre las cuales se ha servido de pretexto para justificar la intervención militar en base a un reconocimiento de la independencia de la República Popular de Lugansk y la República Popular de Donetsk.

13 «Corte Penal Internacional abre caso sobre invasión a Ucrania por pedido de Costa Rica y 38 países más». *Delfino*. 3 de marzo de 2022. Enlace: <https://delfino.cr/2022/03/corte-penal-internacional-abre-caso-sobre-invasion-a-ucrania-por-pedido-de-costa-rica-y-38-paises-mas> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

De esta manera Ucrania presentó una solicitud ante la CIJ buscando que esta determinara que Rusia no tiene base legal para tomar medidas en y contra Ucrania con el fin de prevenir y castigar cualquier supuesto genocidio. Ucrania también acusó a Rusia de planear actos de genocidio en Ucrania y aseguró que las Fuerzas Armadas de Rusia mataron e hirieron gravemente intencionalmente a miembros de nacionalidad ucraniana, de conformidad con el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Por parte de la Federación Rusa se alegó la falta de jurisdicción por parte de la corte para conocer del asunto, circunstancia por la cual los representantes rusos no se presentaron en la audiencia inicial. Sin embargo, lo indicaron y argumentaron por escrito que la cuestión planteada por Ucrania sobre legalidad de su uso de la fuerza no es competencia de la Corte, ya que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no regula las acciones armadas de los estados entre sí. Así mismo, Rusia afirmó haber basado sus acciones principalmente en los artículos de la Carta de las Naciones Unidas sobre el derecho a la autodefensa y el derecho de las naciones a la autodeterminación, e insistió que sus acusaciones de genocidio no fueron primordiales al momento de decidir realizar una operación especial.

El 16 de marzo de 2022, la CIJ dictaminó que Rusia debía suspender inmediatamente las operaciones militares en Ucrania¹⁴ indicando además, todos los jueces por unanimidad que ambas partes se abstengan de cualquier acción que pueda agravar o extender la disputa ante el Tribunal o hacerla más difícil de resolver. La corte resolvió la falta de jurisdicción planteada por Rusia indicando que era competente para revisar casos en virtud del artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que faculta a la Corte para interpretar la aplicación de la convención argumentando la adecuación del citado precepto al caso ruso-ucraniano por el mero hecho de existir una disputa entre ambos contendientes sobre la existencia de un genocidio en las regiones de Donetsk y Lugansk.

La Corte dictaminó que Ucrania era elegible para solicitar el derecho a medidas provisionales. Se determinó que había un vínculo plausible entre los derechos reivindicados por Ucrania en virtud de la Convención y la principal medida provisional que buscaba, esto es, la suspensión inmediata de las operaciones militares de Rusia. La Corte declaró que Ucrania tiene un derecho razonable a no aceptar acciones militares por parte de la Federación Rusa con el fin de prevenir y castigar un supuesto genocidio en su territorio. Al final, la Corte dictaminó que la situación en Ucrania era lo suficientemente urgente como para justificar medidas provisionales.

3. La aplicación de la jurisdicción universal en España

3.1. El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985

La jurisdicción universal española, a partir de la Constitución de 1978, se configuró en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que la recogía su art. 23.4 como una extensión de la capacidad jurisdiccional de los órganos judiciales españoles por parte de la comunidad internacional.

14 «La Corte Internacional de Justicia ordena a Rusia que suspenda inmediatamente las operaciones militares en Ucrania». *Noticias ONU*. 16 de marzo de 2022. Enlace: <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505702> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

En este sentido, a tenor literal de la norma, los órganos jurisdiccionales españoles eran igualmente competentes para:

«Conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

Todos estos delitos habían sido tipificados como crímenes internacionales y, los juzgados españoles se encontraban habilitados para poder perseguir a sus presuntos autores y/o colaboradores sin necesidad de que hubiese algún lazo de conexión con España, que como veremos será el argumento sobre el que pivote el proceso de restricción de la jurisdicción universal en España por parte del legislador en las sucesivas reformas que analizares posteriormente, a saber, la del año 2009 y la del 2014.

La entrada en vigor de la LOPJ trajo consigo la consolidación del derecho internacional humanitario en el estado español cuyo instrumento esencial de defensa y aplicación era la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ.

La consolidación normativa de la jurisdicción universal en España dio luz verde a los distintos actores de la administración de justicia, esto es, jueces y fiscales, para poder conocer de las querellas presentadas por las víctimas de estos graves delitos que violaban los derechos humanos y producían daños atroces e impensables que eran muy difíciles de reparar para las víctimas. Con la apertura de los primeros casos se consolidó en la práctica esa esencia de jurisdicción universal pura y plena que tenía capacidad de conocer de cualquier asunto susceptible de ser investigado por el órgano instructor, con la única limitación de la cosa juzgada.

En la redacción original del precepto, las acciones judiciales podían ser ejercitadas de oficio por los órganos judiciales, a diferencia de las últimas reformas legislativas que entre otras cosas limitan esta capacidad del poder judicial. Además, nos encontramos con una regulación que otorgaba plena competencia a los órganos judiciales españoles, sin traba alguna, para el ejercicio de la acción penal tanto en cuanto no se exigía a la víctima o persona agraviada que se encontrase en España, ni tampoco el presunto responsable se encontrase, aunque claro, posteriormente en la fase de juicio oral sí era obligada la presencia del acusado para poder proceder a la celebración del juicio con todas las garantías procesales debidas, siendo claro ejemplo de ello el caso Pinochet. En este caso, el Juez Baltasar Garzón, emitió el Auto de extradición a las autoridades Británicas, las cuales finalmente desestimaron la pretensión española por las circunstancias personales del procesado.

Además, es importante señalar, que la legislación española permitía perseguir delitos no acogidos en la legislación del país en el que se cometieron de tal manera que se daba también una extensión de la aplicación territorial de la ley española sobre unos delitos cuyos fundamentos arraigan en el derecho internacional.

Como hemos comentado, el legislador, en principio no mostró interés por la nacionalidad ni de la víctima o víctimas ni del supuesto autor o supuestos autores, por consiguiente era la naturaleza del delito la que determina la jurisdicción aplicable en base a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (en adelante TS). La plenitud del

primigenio art. 23.4 LOPJ se completaba con el ámbito de aplicación temporal que establecía carácter retroactivo a la entrada en vigor de la propia ley sin que ello contradijese lo dispuesto en la Constitución Española (en adelante CE) de 1978 debido a que la jurisdicción universal es un mecanismo procedimental incorporado en un texto procesal como es la LOPJ, y en un precepto que indica que delitos se consideran internacionales sin tipificarlos como tal, puesto que ello le corresponde a la normativa penal, que para cuya aplicación solo basta que el delito se encontrara tipificado en el ordenamiento jurídico con anterioridad a su comisión.

El régimen de jurisdicción universal de 1985 permitió a los tribunales españoles proyectar su actividad jurisdiccional a asuntos de otros estados, lo cual desembocó en una alta tensión entre el estado español y aquellos afectados como Chile por el caso de Pinochet. Ante esta escalada de tensiones internacionales con actores cada vez más relevantes e incómodos para los intereses del estado español, llevó a que en la práctica la propia Audiencia Nacional no se mostrase proclive a reconocer tan amplia capacidad de actuación; también el TS llegó a realizar interpretaciones «*contra legem*» del art. 23.4 de la LOPJ, pero el Tribunal Constitucional (en adelante TC) mantuvo su apoyo a configuración inicial del art. 23.4 hasta las reformas del 2009 y 2014¹⁵.

Puede afirmarse que hasta la reforma de 2009, España cumplía con sus obligaciones derivadas de los tratados internacionales a los que estaba suscrita respecto a los crímenes internacionales, a pesar de que en la mayor parte de los convenios no se menciona de forma expresa esa obligación de perseguir dichas actuaciones.

3.2. El proceso de restricción del alcance de la jurisdicción universal en España

Las diversas investigaciones y causas abiertas en la Audiencia Nacional española provocaron fuertes presiones de estados como Israel, debido a que se estaba investigó el ataque aéreo en la franja de Gaza ocurrido en Julio de 2002 que causó la muerte de catorce civiles, provocando que nuestro legislador se mostrase decidido a partir de entonces a modificar la LOPJ para acotar la competencia de los juzgados y tribunales españoles, hecho que se consumó por primera vez en el año 2009.

Los israelíes no fueron a los únicos a los que molestó el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de nuestros tribunales, como hemos indicado anteriormente, a las grandes potencias les desagradan altamente los países cuyos órganos judiciales les investiguen, ejemplo de ello tenemos a China la cual se mostró altamente molesta con España cuando por el procesamiento de altos dirigentes suyos ante la justicia española, acusados nada más y nada menos que por crímenes contra la humanidad. Del mismo modo EEUU comenzó igualmente una campaña de presión contra el gobierno español, tal y como atestiguan las famosas filtraciones realizadas por WikiLeaks en el año 2011. Todos estos sucesos desembocaron en la reforma de la jurisdicción universal española del 2009 a través de la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

El legislador justificó la reforma, de acuerdo al preámbulo de la ley, debido al carácter subsidiario que da el derecho internacional a las jurisdicciones universales, no obstante, es una justificación muy rebuscada ya que el derecho internacional la arti-

15 REMIRO BROTONS, A.: «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Estudio de Política Exterior*, núm. 134.

cula como una jurisdicción complementaria realmente. El carácter de subsidiariedad no fue más que la simple excusa que puso el legislador sobre la mesa a la hora de iniciar la reforma, a fin de camuflar el verdadero objetivo de la reforma que no era otro que conseguir que se archivase como fuere todas esas causas que tanto le molestaban al estado por el alto coste diplomático que ello le suponía y que podían acabar desembocando con toda seguridad en represalias de naturaleza económica principalmente.

Además, la nueva redacción incluyó el delito de lesa humanidad y eliminó el de falsificación de moneda, pero siguió sin incluir el delito de crimen de guerra, por lo que este continuó remitiéndose a los tratados internacionales, ahora art. 23.4.h LOPJ.

La fórmula usada por el legislador fue sencilla en la teoría, esta consistiría en la introducción de una serie de requisitos procesales en materia de competencia para que no se admitiesen a trámite la mayoría de las causas, siendo necesario que se cumpliesen al menos dos de estos requisitos, que se sacaron principalmente de la jurisprudencia del TS surgida del caso Guatemala. Para que puedan conocer los tribunales españoles debía quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

Sin embargo, a pesar de los exhaustivos intentos de acotar el alcance de la jurisdicción universal, esta no se vio detenida ni mucho menos, para desgracia del legislador, y los tribunales encontraron esos recovecos en la ley que necesitaban para seguir teniendo abiertas esas causas tan molestas para el Gobierno de España. Estos intentos forzados de los tribunales de continuar ejerciendo su potestad jurisdiccional más allá de nuestras fronteras llevó a la reforma definitiva de la LO 1/2014.

En la Exposición de Motivos se afirma que el objetivo de la reforma es «*perfilar la competencia de la jurisdicción española*» y así delimitarla de forma clara «*con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica*»¹⁶. Sin embargo, en la misma se producen distintas inconcreciones jurídicas respecto de la extensión y límites que debe de tener la jurisdicción universal. La reforma, realmente, buscaba la forma idónea para restringir la jurisdicción universal imponiendo unos límites a su ejercicio aún más restrictivos que los introducidos por la reforma del año 2009. En este sentido, la exposición de motivos de la reforma nos indica que la justificación de esta es la aplicación efectiva de la jurisdicción universal de tal manera que sólo se podrá invocar cuando el presunto autor se encuentre en territorio español en primer término.

Este nuevo principio de aplicación territorial contradice, a juicio de un sector doctrinal y en contra de lo argumentado por el TC, de manera flagrante lo dispuesto en los principales tratados internacionales suscritos por el estado español, y en contra de lo dispuesto en el art. 96 de nuestra carta magna que dispone de manera muy clara que los tratados internacionales suscritos por el estado español forman parte del ordenamiento interno del estado y, que su modificación debe de llevarse a cabo en los términos previstos por los propios tratados. El legislador argumenta que la reforma busca una aplicación efectiva de la jurisdicción universal debido a que en la mayoría de las causas abiertas por la justicia española no han surtidos efectos reales tanto en cuanto no se han podido juzgar presencialmente a los presuntos responsables. La entrada en vigor de la LO 1/2014 consolidó el giro político del legislador para estable-

16 Exposición de motivos Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

cer una política de lazos de conexión y vinculación con España a la hora de ejercer la jurisdicción universal. De ese modo se pretendía asegurar que las causas que se abriesen a partir de ahora no interfiriesen en las relaciones diplomáticas españolas, además de ampliar los tipos penales que podían ser perseguidos mediante la excepción a la regla general jurisdiccional, es decir, la justicia universal; como se deduce de la exposición de motivos:

«La regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos».

En palabras de BONET ESTEVA hemos pasado de un sistema:

«Jurisdiccional interno con “vis atractiva” por razón de materia se pasa a un sistema internacional restrictivo puro en el cual sólo ante ciertos puntos de conexión con el territorio nacional español será competente la jurisdicción penal de España. España se consolida así en la línea de la jurisprudencia el Tribunal Supremo español como un país de justicia universal con puntos de conexión o elementos de conexión nacionales»¹⁷.

Además, la reforma ha traído consigo la eliminación de la acusación popular. El legislador así lo ha querido bajo el pretexto de evitar que sea utilizada como arma populista en determinadas causas de gran significado político¹⁸:

«La activación de dichas causas, a instancias de una acusación popular, por parte de la Audiencia Nacional entraba en contradicción a la inactividad del gobierno y la justicia españolas ante casos en los que está implicada directamente, generando una situación de hipocresía ante la comunidad internacional y una posición contradictoria en cuanto a crímenes de lesa humanidad de difícil comprensión y legitimación para el público en general»¹⁹.

Siendo además, necesario la interposición de querrela, ya sea por el Ministerio Fiscal o por el agraviado.

Como hemos comentado, la reforma pivota en torno al principio de subsidiariedad, el cual se sustenta en la necesidad de que haya elementos de conexión con España, de tal forma que los sujetos sean españoles o residentes en España junto al tipo de conducta que se persigue, la cual en función del delito, requerirá de una serie de requisitos diferenciados. Por tanto, siendo la LOPJ una norma de naturaleza procesal, en esta se configuran los requisitos de procedibilidad para la aplicación de la jurisdicción universal española de tal manera que los delitos relacionados en el art. 23.4 quedan configurados de la siguiente manera:

En primer lugar, los «*Delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado*». Necesario que se dirija el procedimiento contra un español o un extranjero que resida en España habitualmente, o que se encontrara en España y cuya extradición se hubiese denegado. Por lo que en caso de que la víctima

17 BONET ESTEVA, M.: «Principio de Justicia Universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 LO. Poder Judicial» Instituto Español de Estudios Estratégicos, Boletín Electrónico, núm. 123/2015, pp. 12.

18 BONET ESTEVA, M.: «Principio de Justicia Universal...», óp.cit., pp. 12.

19 BONET ESTEVA, M.: «Principio de Justicia Universal...», óp.cit., pp. 12. Vid. MORALES PRATS F.: “La reforma del principio de justicia universal”, *Derecho y Proceso penal*, núm. 35, 2014.

fuese española y el autor no fuese español o no se encontrase en España, como en el caso Couso, estos hechos no podrían ser perseguidos por la justicia española, quedando desamparada la víctima nacional. Además, para el genocidio esta regulación se tambalea, ya que, por un lado, para que un español sea víctima del mismo es preciso demostrar que no se trata de actos contra esa persona sino contra el conjunto de la Nación española; y por otro, los autores de genocidio utilizan las estructuras del Estado, normalmente del que es nacional, lo que hace imposible que se halle en España.

En segundo lugar, los «*Delitos de tortura y contra la integridad moral*» de los art. 174 a 177 del Código Penal. Necesario que se dirija el procedimiento contra un español o un extranjero que resida en España habitualmente, o que se encontrara en España cuando la víctima sea española.

En tercer lugar, el «*Delito de desaparición forzada*» incluidos en el Convenio internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. Necesario que se dirija el procedimiento contra un español o un extranjero que resida en España habitualmente, o que se encontraran España cuando la víctima sea española.

En cuarto lugar, los «*Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en espacios marinos*». Necesario que España sea parte de un Tratado que haya ratificado e integrado en su ordenamiento jurídico o bien cuando la competencia sea otorgada por un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte.

En quinto y último lugar, los «*Delitos de terrorismo*». Necesario que se dirija el procedimiento contra un español o un extranjero que resida en España habitualmente, o que se encontrara en España cuando la víctima sea española, o que el delito se haya cometido por cuenta de una Persona jurídica con domicilio en España.

Finalmente, el art. 23 de la LOPJ ha sido totalmente despojado de universalidad, debido a los nexos que el legislador impone a cada uno de los delitos, según él, en base a la claridad, a pesar de que el artículo pasa de sus cuatro apartados originales a dieciséis. Estos nexos o requisitos no son aplicados por igual a todos delitos, es decir, cada delito tiene requisitos distintos, sin dar una razón del porqué, provocando una mayor confusión. Estos requisitos se pueden clasificar en: personales, diferencia entre nacionales y extranjeros, residentes y no residentes, es decir, desaparece el principio de personalidad activa en protección de las víctimas; materiales, establece categorías para los distintos tipos de delitos sin seguir un planteamiento coherente y racional jurídicamente hablando; y procesales, excluye la acción popular e impone el principio de subsidiariedad.

4. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre

Ante el carácter restrictivo de la LO 1/2014, el Grupo Parlamentario Socialista promovió un recurso de inconstitucionalidad en el Congreso de los Diputados. El constitucional se pronunció sobre ello en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140, en la cual se desestimó el recurso.

En el recurso presentado se impugnaba la ley en primer lugar por la fórmula seguida para su tramitación, esto es, se tramitó como proposición de ley a fin de evitar el debate aparejado a los proyectos de ley. Crítica en la que además habría redun-

dado tanto el rechazo por la Mesa del Congreso de la solicitud de los recurrentes de remitir la iniciativa al Consejo General del Poder Judicial, a fin de garantizar su rápida tramitación. Sin embargo:

«Los reproches de la demanda relativos al procedimiento legislativo fueron excluidos de su pronunciamiento por el TC que, en aplicación de su consolidada jurisprudencia sobre la materia, concluyó que las quejas a este respecto no se habían traducido en invocación de precepto constitucional alguno que pudiera entenderse vulnerado. Pronunciamiento reiterado en el caso de los argumentos relativos a la regresividad de la ley controvertida considerada en su conjunto (FJ 2.b)»²⁰.

En relación a las cuestiones de fondo por los que los recurrentes impugnaron la ley nos encontramos que la cuestionaron en su totalidad por entender, tal y como venimos anunciando en el resto del presente estudio, que es una normativa totalmente regresiva y restrictiva que afecta en su totalidad a la Tutela Judicial Efectiva. Ejemplo de ello son los requisitos de procedibilidad instaurados para que la jurisdicción universal española pueda entrar a conocer de los delitos relacionados en el art. 23.4 lo cual significa una limitación del acceso a la jurisdicción para los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes en caso de conflicto armado. Así como, acreditar en todos los delitos el elemento de conexión territorial para determinar los casos en los que se «activa la competencia subsidiaria del Estado español»; la exigencia de querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal para iniciar el procedimiento; y la previsión del sobreesimiento de las causas incoadas con carácter previo a la entrada en vigor de la ley.

Sin embargo, el constitucional desestimó las pretensiones materiales a pesar de los esfuerzos de los recurrentes por la involución significaba la regresividad de la reforma:

«En tanto que limitada a un análisis comparado con el régimen precedente y huérfana de cita de precepto constitucional que pudiera reputarse vulnerado, fue también excluida por el TC de su consideración (FJ 2.b). De este modo, en su Sentencia, el supremo intérprete de la CE se limitó a considerar la alegada involución solo en la medida en que la LO 1/2014 hubiera sido directamente conectada con la vulneración de concretos preceptos constitucionales»²¹.

Dicho de otro modo, el TC consideró que el mero hecho de que la reforma supusiere una involución legislativa, esto no es suficiente para argumentar la inconstitucionalidad debido a que realizar una comparación genérica con la anterior regulación no es argumento suficiente para atacar la constitucionalidad de una norma, dado que:

«El legislador pasado no puede vincular al legislador futuro y, por tanto, que no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo»²².

20 MONTESINOS PADILLA, C.: «La jurisdicción universal en regresión: comentario a la sentencia del TC 140/2018, de 20 de diciembre» *Legal Today. Portal jurídico de Thomson Reuters*. Enlace: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/la-jurisdiccion-universal-en-regresion-comentario-a-la-sentencia-del-tc-1402018-de-20-de-diciembre-2019-11-27/#_ftn6 Fecha de consulta: 22 de julio de 2022.

21 MONTESINOS PADILLA, C.: «La jurisdicción universal en regresión...», óp.cit.

22 FJ 2, Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140.

Centrándonos de forma individualizada en las cuestiones de fondo alegadas ante el TC, decir en primer lugar que el TC argumenta que:

«El principio de jurisdicción universal no tiene reconocimiento constitucional en España, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha conectado este principio con el derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24. 1 CE, el TC entiende que el análisis que debe realizar es el de la adecuación de la controvertida ley con el artículo 24.1 CE, leído a la luz del artículo 10.2 CE»²³.

Sin embargo, el TC considera que la interpretación de los derechos fundamentales en base a los acuerdos y tratados internacionales no es una función «hermenéutica» recayendo su propia interpretación en el propio TC²⁴. Por tanto, el tribunal entiende que la Tutela Judicial Efectiva es un derecho prestacional sujeto a diversos presupuestos procesales en función del caso, pudiendo el legislador delimitar los límites de la jurisdicción universal sólo si:

«Respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida»²⁵.

De esta manera el TC argumenta en su sentencia que la cuestión del acceso a la jurisdicción en relación con los acuerdos y tratados internacionales no se encuentra configurada de una forma específica Así, el TC termina constatando que:

«No puede deducirse del derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes»²⁶.

El TC reconoce que:

«La Ley Orgánica 1/2014 restringe el alcance del principio de jurisdicción universal previamente regulado, porque introduce puntos de conexión diversos en relación con cada delito perseguible extraterritorialmente donde la regulación previa no siempre los enunciaba»²⁷.

Sin embargo, no observa que estemos ante indicios de inconstitucionalidad, ya que «La definición de la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español no

23 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz de la STC 140/2017 de 20 de diciembre de 2018: la regresividad escapa al control de la constitucionalidad» *Revista electrónica de estudios internacionales*. 2019, pp. 16. Enlace: <file:///C:/Users/Emilio/Desktop/proyectos%20de%20cap%C3%ADtulos%20de%20libro/Cap%C3%ADtulo%20Justicia%20Universal/Dialnet-LaJurisdiccionUniversalEnEspanaALaLuzDeLaSTC140201-6959564.pdf> Fecha de consulta: 25 de julio de 2022.

24 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz...», óp.cit., pp. 16.

25 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz...», óp.cit., pp. 16. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 20/2012, de 16 de febrero, ECLI:ES:TC:2012:20.

26 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz...», óp.cit., pp. 18. Vid. FJ 5, Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140.

27 FJ 2, Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140.

*viene dada en la Constitución»*²⁸ debiendo determinarse conforma a los tratados internacionales suscritos por España.

En segundo lugar, en su fundamento jurídico 6 el TC atiende a la invocación por parte de los demandantes de una vulneración del art. 96 CE. El conflicto versa sobre «*si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE*». Así, los órganos jurisdiccionales deben garantizar que las disposiciones establecidas en los tratados internacionales no se vean afectadas por las normas internas.

El constitucional entiende que no hay base para estimar este motivo de inconstitucionalidad en tanto que

«Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de fuerza pasiva que el precepto otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por la leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional»²⁹.

Entendiéndolo el tribunal como una cuestión de derecho aplicable, lo cual es competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin perjuicio de que se pueda acudir al TC en amparo para revisar la decisión adoptada por el órgano judicial «*en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE*»³⁰.

Sin embargo, esta argumentación ha sido objeto de amplios debates al entenderse por un amplio sector de la doctrina que este control de la constitucionalidad deriva en inseguridad jurídica al plantearse numerosos problemas dado que:

«Ahora en nuestro país tenemos a todos los jueces con la capacidad de inaplicar cualquier ley por ser contraria a la última de las normas del derecho de la Unión, no sólo tratados y no sólo en el ámbito de los derechos humanos»³¹.

Además, en el recurso de inconstitucionalidad se impugnó la eliminación de la acción popular al entenderse que se vulneraba el art. 125 CE, que contempla la acción popular para activar la jurisdicción extraterritorial, y el art. 24 CE. No obstante, el TC consideró que el legislador está legitimado para regular dicha acción y que:

«La falta de previsión de la acción popular en los supuestos en que se pretenda movilizar la jurisdicción española en aplicación de cualquiera de los principios de extensión extraterritorial de dicha jurisdicción previstos en el artículo 23 LOPJ no supone, en sí misma, vulneración del artículo 125 CE»³².

28 FJ 3-4 Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140.

29 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz...», óp.cit., pp. 19. Vid. a Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 49/1988, de 22 de marzo, ECLI:ES:TC:1988:49 FJ 14.

30 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz...», óp.cit., pp. 19.

31 VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz...», óp.cit., pp. 19. Vid. Intervención de Ricardo Alonso García, I Jornadas Hispano-Mexicanas, UCM-UNAM: «*Los derechos fundamentales: una visión comparada entre Europa y América en los albores del siglo XXI*», <https://tribuna.ucm.es/43/art3653.php#.XLSUKabtai5>.

32 FJ 8 Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140.

El TC considera que la falta de previsión de acción popular no vulnera ningún precepto constitucional alegando la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 185/1987, de 18 de Noviembre, ECLI:ES:TC:1987:185, F.J. 2.º, no existiendo vulneración del art. 125 y 24 CE:

«El derecho a acudir ante un determinado Tribunal deduciendo una pretensión definida sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que ésta ha establecido».

Por último, el TC se manifiesta también a favor de la constitucionalidad del apartado sexto sobre imposibilidad de presentar denuncia y la disposición transitoria que acuerda el cierre de las causas en curso hasta que no se acredite el cumplimiento de los nuevos requisitos.

En relación a la imposibilidad de presentar denuncia, el constitucional argumenta que esta disposición no impide el acceso a la jurisdicción tanto en cuanto perviva la opción de presentar querrela por la víctima o la posibilidad de que un tercero solicite al Ministerio Fiscal la interposición de querrela debido a que el «*ius ut procedatur asiste por igual a los denunciantes y a los querellantes*» y en ambos supuestos (denuncia y querrela) se accede al proceso.

La constitucionalidad o no de la disposición transitoria única por la cual se cierran todos los casos que se encuentran abiertos a la entrada en vigor de la ley hasta que no se acredite el cumplimiento de los nuevos requisitos, el tribunal entiende que los órganos judiciales españoles podrán continuar conociendo de las causas abiertas si cumplen con los requisitos de la ley e indicando así mismo que es plenamente lícito que el legislador quiera poner punto y final a la aplicación de una ley para aquellas causas que deban de cerrarse definitivamente. Además, alega que a la LOPJ le es aplicable el principio «*tempus regit actum*», ya que se trata de una norma procesal y la nueva norma procesal puede aclarar su alcance temporal.

5. Luces y sombras de la jurisdicción universal en España a modo de conclusión

En un principio la configuración de la Justicia Universal en España era un modelo idílico por su amplitud de aplicación, así como, la increíble labor de los jueces que dieron el paso para admitir las querrelas presentadas por las víctimas, a pesar las fuertes presiones políticas a las que se vieron sometidos por las fuertes protestas y quejas que ello ocasiono en las relaciones diplomáticas españolas y, de esta forma cumplir con los imperativos del Derecho Internacional derivados de los tratados internacionales suscritos por España.

De esta manera, España se consolidó como el baluarte de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves gracias a la extensión de los ámbitos de actuación y aplicación del art. 23.4 LOPJ, persiguiendo a los principales criminales internacionales.

La reforma del año 2014 ha sido duramente criticada, entre otros, por las asociaciones de fiscales al instar que vaciará de contenido derechos constitucionales básicos como el acceso a la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos de las víctimas. Además, de cercenar sustancialmente cualquier posibilidad de persecución de los delitos relacionados con las violaciones de derechos humanos aunque haya víctimas españolas o intereses relevantes en juego.

En apretada síntesis, la ley controvertida vino a limitar de forma sustancial los vínculos de conexión de obligada concurrencia para el ejercicio por los tribunales españoles de la llamada jurisdicción universal, quedando los mismos reducidos, con carácter general, por un lado, a los casos reconducibles al principio de personalidad activa y, por otro, y siempre que nuestro país hubiera denegado su extradición, a los supuestos en los que el presunto responsable se encuentre en España³³.

Ahora, la jurisdicción universal se activará en función de la nacionalidad de la víctima, siendo necesario que el autor se encuentre en España. Además, se consagra el principio de subsidiariedad introducido en el año 2009, de tal manera que los delitos internacionales ya no serán perseguibles cuando se hubiera iniciado un procedimiento en un tribunal internacional o ante los tribunales del Estado en el que se hubieran cometido los hechos, o del que fuera nacional el presunto responsable (art. 23.5 LOPJ). Todo ello sin olvidar que el legislador decidió desactivar la acción popular y dispuso el sobreseimiento de las causas abiertas a la entrada en vigor de la reforma, hasta la verificación de los requisitos de procedibilidad previsto en función del delito perseguido.

La conclusión que se obtiene de todo el proceso de reforma legal de la jurisdicción universal que se viene haciendo en España y que finaliza con la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2018, ECLI:ES:TC:2018:140, es que la jurisdicción universal sigue un claro proceso restrictivo de su alcance y aplicación, al haberse sometido España a las presiones e intereses de las potencias extranjeras, obviando de una manera humillante la esencia de la jurisdicción universal, la cual en el respeto de los Derechos Humanos y en la tutela de las víctimas y familiares con independencia del lugar de comisión del delito y la nacionalidad de los perjudicados.

La decapitación de la jurisdicción universal española deja totalmente desamparadas a las víctimas de crímenes internacionales ante la jurisdicción española e impide que los presuntos autores puedan ser juzgados en España e impidiendo que cualquier diligencia abierta por el Ministerio Fiscal pueda prosperar al ser altamente complicado, para el caso de conflictos exteriores, que se cumpla el requisitos de presunto autor español o resida en España.

Ejemplo de ello son las diligencias que instó el Ministerio Fiscal por orden de la Fiscalía General del Estado por la agresión rusa a Ucrania cuyo único objetivo era recopilar la información y pruebas estrictamente necesarias para determinar los hechos y autores con el fin de asistir al tribunal competente, al reconocer la propia fiscalía la alta improbabilidad de que pudiese acabar conociendo del caso un tribunal español.

El Ministerio Fiscal alegó ser competente para investigar de acuerdo a los art. 10.2 y 96.1 CE, así como el art. 31 de la Ley Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que establece que

«Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

Una vez recordados estos artículos la fiscalía se consideró competente para recabar la información necesaria a la luz del art. 23.4 LOPJ y subrayó que solo en su primer apartado se hace una referencia expresa a que las investigaciones sobre genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado quedan limitadas a:

33 SÁNCHEZ LEGIDO, A.: "El fin del modelo español de jurisdicción universal", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Enlace: [file:///Users/carmen/Downloads/Estudio_SANCHEZ_Angel%20\(1\).pdf](file:///Users/carmen/Downloads/Estudio_SANCHEZ_Angel%20(1).pdf) Fecha de consulta: 15 de julio de 2022.

«Un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España». Según argumenta, en el resto de apartados del artículo se trata de “una ausencia o laguna que debe integrarse de conformidad con el espíritu de la norma y, sobre todo, de la Constitución y los tratados internacionales suscritos por España».

Con este razonamiento como telón de fondo, el mensaje de la Fiscal General, Dolores Delgado, fue claro:

«En el presente caso nadie puede dudar de la existencia de víctimas de nacionalidad española, y es precisamente por ello que su identificación y la determinación y concreción de los hechos que les afecten y, por tanto, la tutela y defensa de sus intereses, solo se puede realizar a través de los cauces que las normas nos otorgan: las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal»³⁴.

Finalmente y a pesar de los intentos de la fiscalía, la jurisdicción universal española se encuentra muy restringida, dejando muy poco margen de actuación a sus órganos judiciales y es altamente dudoso que las investigaciones que está realizando la fiscalía sobre el conflicto ruso-ucraniano puedan prosperar ante la falta de comprobación de la existencia de víctimas españolas a pesar del intento de la fiscalía de forzar la investigación más allá de lo posible para intentar dar con la tecla que le permita cumplir los requisitos de procedibilidad y poder trasladar con plenas garantías el caso a los tribunales españoles.

6. Bibliografía

ABAD CASTELOS, M.: «La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la Comunidad Internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, 2012, pp. 69-70.

BONET ESTEVA, M.: «Principio de Justicia Universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 LO. Poder Judicial» Instituto Español de Estudios Estratégicos, Boletín Electrónico, núm.123/2015, pp. 12.

«Corte Penal Internacional abre caso sobre invasión a Ucrania por pedido de Costa Rica y 38 países más». *Delfino*. 3 de marzo de 2022. Enlace: <https://delfino.cr/2022/03/corte-penal-internacional-abre-caso-sobre-invasion-a-ucrania-por-pedido-de-costa-rica-y-38-paises-mas> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

«International court of justice to fast-track ruling on Russian invasion». *The Guardian*. 7 de marzo de 2022. Archivado desde el original el 7 de marzo de 2022. Enlace: <https://web.archive.org/web/20220307181739/https://www.theguardian.com/world/2022/mar/07/international-court-of-justice-to-fast-track-ruling-on-russian-invasion-of-ukraine> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

34 «La Fiscalía española abre una investigación sobre la “guerra injustificada” de Ucrania», *Diario el Confidencial*. Enlace: https://www.elconfidencial.com/espana/2022-03-08/fiscalia-investigacion-guerra-ucrania-rusia_3388023/ Fecha de consulta: 26 de julio de 2022.

«La Corte Internacional de Justicia ordena a *Rusia que suspenda inmediatamente las operaciones militares en Ucrania*». Noticias ONU. 16 de marzo de 2022. Enlace: <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505702> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A.: «El Principio de Justicia Universal y los Crímenes de Guerra», Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, pp. 45-48.

MONTESINOS PADILLA, C.: «La jurisdicción universal en regresión: comentario a la sentencia del TC 140/2018, de 20 de diciembre», *Legal Today. Portal jurídico de Thomson Reuters*. Enlace: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/la-jurisdiccion-universal-en-regresion-comentario-a-la-sentencia-del-tc-1402018-de-20-de-diciembre-2019-11-27/#_ftn6 Fecha de consulta: 22 de julio de 2022.

NTOUBANDI Z.F.: «Amnesty for Crimes against Humanity under International Law», *Martinus Nijhoff Publishers*, 2007, pp. 39 y ss.

OLASOLO ALONSO, H.: «Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas políticos y normativos», *Tirant lo Blanch*, 2017, pp. 49-50.

OLLÉ SESÉ, M.: «Justicia Universal para Crímenes Internacionales», *LA LEY grupo Wolters Kluwer*, Madrid, 1.ª ed. 2008, pp. 143-144.

PRIGAU SOLÉ, A.: «La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales». *RxDH Col·lecció recerca per drets humans*, pp. 23.

REMIRO BROTONS, A.: «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Estudio de Política Exterior*, núm. 134.

SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «El fin del modelo español de jurisdicción universal». *En Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Enlace: [file:///Users/carmen/Downloads/Estudio_SANCHEZ_Angel%20\(1\).pdf](file:///Users/carmen/Downloads/Estudio_SANCHEZ_Angel%20(1).pdf). Fecha de consulta: 15 de julio de 2022.

«Senado aprueba pedido de Putin de desplegar tropas para establecer la paz». *Deutsche Welle*. 22 de febrero de 2022. Enlace: <https://www.dw.com/es/senado-aprueba-pedido-de-putin-de-desplegar-tropas-para-establecer-la-paz/a-60878203> Fecha de consulta: 6 de junio de 2022.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 49/1988, de 22 de marzo, ECLI:ES:TC:1988:49

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 20/2012, de 16 de febrero, ECLI:ES:TC:2012:20

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 140/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:2018:140

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B.: «La jurisdicción universal en España a la luz de la STC 140/2017 de 20 de diciembre de 2018: la regresividad escapa al control de la constitucionalidad», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2019, pp, 16. Enlace: <file:///C:/Users/Emilio/Desktop/proyectos%20de%20cap%C3%ADtulos%20de%20libro/Cap%C3%ADtulo%20Justicia%20Universal/Dialnet-LaJurisdiccionUniversalEnEspanaALaLuzDeLaSTC140201-6959564.pdf>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2022.

LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE PREVENCIÓN SUSCEPTIBLES DE PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA

Andrea Jamaro Lorenzo

*Becaria predoctoral. Fundación Manuel Serra Domínguez
Área de Derecho Procesal. Universidad de León*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La cadena de custodia: estado actual de la cuestión. 1.1. Desarrollo jurisprudencial y plano doctrinal. 1.2. Conjunción dogmática entre la cadena de custodia y la prueba prohibida. 2. Diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria. 2.1. Especificaciones precisas al efecto sobre la prueba preconstituida. 2.2. Ordenación de las diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria. 3. Cadena de custodia y preconstitución de la prueba obtenida de las diligencias policiales de prevención. 3.1. De las diligencias policiales de prevención de carácter técnico-científico. 3.1.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba. a) Los métodos alcoholimétricos. b) Los análisis sobre estupefacientes. c) Las inspecciones corporales. 3.1.2. Presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida. 3.1.3. Cadena de custodia y valoración de la prueba. 3.2. De las diligencias policiales de prevención de carácter digital. 3.2.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba. a) Las grabaciones de videovigilancia. b) La geolocalización. 3.2.2. Presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida. 3.2.3. Cadena de custodia y valoración de la prueba. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

0. Introducción

Tal y como se desprende del título del presente trabajo, en él se analizará el vínculo existente entre las instituciones de la cadena de custodia, por un lado, y la preconstitución de la prueba, por otro, y ello desde la perspectiva de la prueba derivada de los resultados obtenidos de las diligencias policiales de prevención.

Ambas instituciones se encuentran indudablemente ligadas a la fase de investigación criminal (donde se despliega gran parte de la actividad que las componen) y, en concreto, tienen especial vinculación con las diligencias de investigación y las fuentes de prueba. Partiendo de lo anterior, resulta lógico afirmar que ambas figuras se han ido construyendo como respuesta a la evolución de los medios de investigación

utilizados en el proceso penal y, fundamentalmente en los últimos años, asociados al carácter científico¹ de los mismos.

Así, tanto la cadena de custodia como la prueba preconstituida han ido adquiriendo mayor relevancia con la aparición de nuevos medios de investigación basados en el método científico. Se trata de un fenómeno en expansión que se identifica con una mayor presencia de los avances científicos y tecnológicos sobre la actividad probatoria². De esta forma, se manifiesta la «necesidad de ejercer un control reforzado por parte del sistema procesal» sobre esta nueva actividad probatoria, debido a que el origen de las evidencias científicas puede provenir de «elementos intangibles o especialmente sensibles» y ello ha suscitado cierta desconfianza sobre la autenticidad de las muestras³, lo que indudablemente enlaza con la institución de la cadena de custodia.

Con todo, el creciente uso de la prueba científica no refuerza únicamente la necesidad de control sobre la autenticidad de las muestras obtenidas durante la investigación criminal (esto es, sobre la cadena de custodia), sino que conlleva, asimismo, una influencia directa en la construcción de la prueba preconstituida.

Como se dirá más adelante, la prueba preconstituida —en su origen— se entendía vinculada exclusivamente a la prueba documental y, en concreto, al documento privado⁴. No obstante, el avance de la ciencia y la tecnología ha propiciado una nueva construcción de la prueba preconstituida más vinculada a la prueba derivada de las diligencias de investigación con carácter científico⁵.

Todo ello, asimismo, encuentra una cierta vinculación con el ámbito de la actividad policial de prevención, teniendo en cuenta, además, que la policía judicial⁶ y, en concreto, la llamada policía científica, también ha ido alcanzando una mejor prepara-

1 En efecto, la influencia de los avances técnicos y científicos se manifiesta enormemente en el ámbito de la actividad probatoria en el proceso penal, pero no solo en cuanto a la prueba en sentido estricto, sino que esta influencia puede apreciarse también en el ámbito de la investigación policial. *Vid.* DEL POZO PÉREZ, M.: *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2014.

2 SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba científica en la Justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 27 y ss., lo pone de manifiesto ya en la propia introducción de la citada obra, donde expone que, desde la segunda mitad del siglo XX, los avances científicos han tenido una notoria influencia en el desarrollo de las investigaciones penales.

3 SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba científica en la Justicia penal*, *op. cit.*, p. 29.

4 GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 289-292.

5 Al respecto, GIMENO SENDRA ofrece una clasificación actual de las diligencias de investigación que pueden alcanzar valor probatorio como prueba preconstituida. Prestando atención a las concretas diligencias enumeradas, el vínculo entre prueba preconstituida y prueba científica resulta evidente. GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», en GIMENO SENDRA, V. (aut.), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018, pp. 373-374.

6 Acertadamente, comenta GONZÁLEZ I JIMÉNEZ que el origen de la llamada policía judicial está ligado al desarrollo del Estado de Derecho y, fundamentalmente, a la actual CE (principalmente, en virtud del art. 126 CE), donde se le otorga la condición de órgano de investigación criminal y, siendo parte del personal al servicio de la Administración de Justicia, la policía judicial queda «subordinada al control de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y detención de los delincuentes». GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 29-33.

ción para la investigación de los presuntos hechos delictivos, debido a su alto grado de especialización y sus amplios conocimientos técnicos y científicos⁷.

1. La cadena de custodia: estado actual de la cuestión

La cadena de custodia es una de las instituciones procesales que están adquiriendo un gran interés por parte de la doctrina científica en la época actual. Este creciente interés responde, por un lado y fundamentalmente, al alto grado de desarrollo jurisprudencial que se ha alcanzado en la actualidad —ya que, precisamente, ha sido la jurisprudencia la encargada de desarrollar los caracteres de esta institución—; y, por otro lado, aunque en menor medida, al interés a nivel legislativo que sobre esta figura se ha manifestado en los últimos años —interés que viene motivado, asimismo, como respuesta a su amplio desarrollo jurisprudencial—.

Y digo en menor medida puesto que, a nivel legislativo, la cadena de custodia encuentra una práctica total ausencia de regulación. No obstante y pese a ello, este interés legislativo se exterioriza en los siguientes hitos: en primer lugar, mediante la introducción expresa del término *cadena de custodia* en la LECrim con la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal —al, incluir una primera y única referencia a la cadena de custodia en el art. 796.1.7.º de la LECrim—; y en segundo lugar, mediante las propuestas de regulación expresa contenidas en los anteproyectos de LECrim (en adelante ALECRim) de los años 2011 y 2020⁸. Estos dos hitos —aunque no hayan aportado el éxito legislativo que merece la institución de la cadena de custodia— reflejan una realidad: y es que la cadena de custodia está presente en los intereses legislativos actuales.

En relación con lo anterior, ciertamente resulta curioso que la introducción del término *cadena de custodia* en la LECrim provenga de una reforma operada, precisamente, en el CP (aunque con incidencia en la LECrim), a través de la disposición final primera que, efectivamente, introduce algunas modificaciones a la LECrim. La introducción del término *cadena de custodia* en la LECrim (en su art. 796.1.7.º) se efectúa vinculándola al ámbito de la seguridad vial y, en concreto, a las pruebas de alcoholemia y detección de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor.

Así las cosas, esta referencia expresa a la cadena de custodia en la LECrim no arroja la claridad deseada en una regulación adecuada de la misma. Al contrario, se limita a la introducción del término sin mayores especificaciones, estableciendo únicamente, y en relación con las citadas pruebas de detección de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes, lo siguiente: «que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia». Es cierto que esta referencia no aporta novedad significativa en la regulación procesal de la cadena de custodia, no obstante, la relevancia de este hito se evidencia en el hecho de que, por primera vez, la legislación procesal se muestra consciente de su existencia.

7 DEL POZO PÉREZ, M.: *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, op. cit.

8 Al contrario de lo que ocurre con los ALECRim de los años 2011 y 2020, el Borrador de Código Procesal Penal del año 2013 no mantiene el propósito de regular de forma expresa la cadena de custodia. A pesar de contener algunas referencias indirectas a la cadena de custodia y reconocerse la importancia del aseguramiento de las fuentes de prueba, lo cierto es que el Borrador de 2013 no ofrece tratamiento específico alguno de la cadena de custodia. Para mayor información al respecto, *vid.* LADRÓN TABUENCA, P.: «La cadena de custodia en el proceso español: revisión normativa», en *op. col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp.35-36.

En la actualidad, esta escasa primera referencia a la cadena de custodia en la LECrim continúa siendo la única (aunque sí existen diversos artículos que, de forma indirecta, guardan relación⁹). Pese a ello, lo cierto es que la tendencia prelegislativa manifiesta un patente interés para el alcance de una regulación concreta, puesto que —tal y como se ha afirmado líneas arriba— ya son dos los ALECrims que han pretendido introducir una regulación expresa de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento procesal penal.

En primer lugar, el ALECrims del año 2011, el cual fue pionero en este intento de legislar la figura de la cadena de custodia y, en segundo lugar, el ALECrims del año 2020 —que no ha innovado en su propuesta de regulación, sino que mantiene una propuesta idéntica a la contenida en su predecesor del año 2011—. Con todo, todavía nos mantenemos a la espera de que se introduzca, finalmente, una regulación expresa de la cadena de custodia en la LECrim.

Finalmente, y a pesar de que a nivel legal las referencias a la cadena de custodia son escasas, existe cierta normativa de diversa naturaleza que contiene normas de actuación, destinadas tanto a la policía judicial como a los técnicos forenses, en relación con las actividades de investigación y tratamiento de las fuentes de prueba obtenidas durante la instrucción de un presunto hecho delictivo¹⁰. Se trata de una serie de normas de naturaleza reglamentaria, protocolos de actuación y demás normativa de carácter sectorial.

1.1. Desarrollo jurisprudencial y plano doctrinal

El origen de la construcción jurisprudencial de la cadena de custodia responde a su introducción en el proceso como una necesaria respuesta a los continuos cuestionamientos de las defensas respecto de la identidad de la prueba pericial¹¹, circunstancia que exige una respuesta adecuada y motivada por parte de nuestros Juzgados y Tribunales, siendo precisamente de esta forma como la cadena de custodia se va introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia no solo ha introducido el término *cadena de custodia*, sino que, a lo largo de los años, lo ha ido perfilando hasta alcanzar su actual consideración de figura jurídico-procesal independiente y vinculada, principalmente, al ámbito del proceso penal. En consecuencia se puede afirmar que la cadena de custodia es una figura de elaboración, esencialmente, jurisprudencial¹². De igual modo, tras el grado de desarrollo y la relevancia adquirida a nivel jurisprudencial, se ha generado, asimismo, un gran interés por parte de la doctrina científica y, aunque quizá en menor grado, también en el legislador.

La construcción jurisprudencial (de origen medianamente reciente) de la cadena de custodia se inicia en el ámbito del tráfico de drogas y, en concreto, en el terreno de la investigación policial de estos tipos delictivos. En este sentido, conviene

9 LADRÓN TABUENCA, P.: «La cadena de custodia en el proceso penal español: revisión normativa», en *op. cit.*, pp. 27 y ss.

10 Para más información sobre este tipo de normativa, *vid.* GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016, pp. 50 y ss.

11 DEL POZO PÉREZ, M.: *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, *op. cit.*

12 GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, p. 21; ESPÍN LÓPEZ, I.: «La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital», *La Ley Penal*, núm. 151, 2021.

señalar que la jurisprudencia ya ha reconocido, en numerosas ocasiones, que se trata de una figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico¹³. De esta forma, el término *cadena de custodia* es, en realidad, un término inicialmente empleado por la policía judicial¹⁴ en la investigación de los delitos de tráfico de drogas, con el que se hacía referencia a la sucesión de actos por los que transcurre la sustancia intervenida (ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega¹⁵) hasta ser analizada para determinar su condición, pesaje, pureza y riqueza de la droga¹⁶, así como su posterior incorporación como medio de prueba al juicio oral.

Partiendo de su inicial uso en el ámbito policial, son nuestros Juzgados y Tribunales quienes incorporan esta expresión al vocablo jurídico. Así, se introduce el término en el proceso penal partiendo de una concepción inicial muy vinculada a la fiabilidad de la prueba pericial que, no obstante, ha ido evolucionando a lo largo de los años hasta alcanzar una construcción más rigurosa de la figura de la cadena de custodia, la cual ya ha dejado atrás esta primera vinculación en exclusiva a la prueba pericial derivada de los análisis de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Se puede concluir, por tanto, que actualmente el concepto jurisprudencial de la cadena de custodia es independiente a cualquier tipo delictivo, guardando relación con las fuentes de prueba y las diligencias de investigación con carácter general.

De forma tal que ha sido posible alcanzar una adecuada conceptualización jurisprudencial de la figura de la cadena de custodia. En suma, la cadena de custodia puede definirse como el «conjunto de actos que tiene por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, debiéndose cumplir una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. La integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacio-

13 SAP Madrid 77/2003, de 29 de enero, ECLI:ES:APM:2003:1113; SAP Girona 320/2005, de 17 de marzo, ECLI:ES:APGI:2005:509; STS 6/2010, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2010:542; entre otras. Y más recientemente, SAP Pontevedra 94/2021, de 16 de marzo, ECLI:ES:APPO:2021:614; STSJ Extremadura 28/2021, de 29 de junio, ECLI:ES:TSJEXT:2021:650; SAP Guipúzcoa 117/2021, de 10 de septiembre, ECLI:ES:APSS:2021:1455; SAP Madrid 204/2022, de 21 de marzo, ECLI:ES:APM:2022:3896; entre otras. También GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español, op. cit.*, pp. 35 y ss., donde reconoce que la cadena de custodia es ajena al ámbito propiamente jurídico, si bien ostenta cierta repercusión en la esfera del proceso.

14 Por parte de la doctrina se habla también de *cadena de custodia policial*, en tanto que son los funcionarios de la policía judicial (y especialmente la policía científica) los encargados de custodiar aquello que ha sido localizado durante la investigación policial de los presuntos hechos delictivos. FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», *La Ley Penal*, núm. 84, 2011. Al respecto y entre otras, la SAP Cádiz 103/2003, de 7 de noviembre, ECLI:ES:APCA:2003:2005, hace referencia a la cadena de custodia en los siguientes términos: «lo que policialmente se denomina cadena de custodia», lo que evidencia sus orígenes policiales.

15 Al respecto, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: «La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas», en *op. col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 81 y ss. efectúa una revisión sobre el tratamiento ofrecido a la cadena de custodia de las sustancias intervenidas en el ámbito del tráfico de drogas.

16 Por ejemplo, la SAP Madrid 77/2003, de 29 de enero, ECLI:ES:APM:2003:1113.

nados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá el juicio del tribunal es lo mismo»¹⁷. Esto es, garantiza la *mismidad* de la prueba¹⁸.

Y, por consiguiente, se trata de un «sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias». No siendo prueba en sí misma, «la infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial»¹⁹.

Por tanto, de la construcción jurisprudencial de la cadena de custodia pueden derivarse las siguientes características: en primer lugar, es una figura de carácter instrumental²⁰ que no goza de valor probatorio, siendo su objetivo el de garantizar la *mismidad* de la fuente de prueba desde que es recogida hasta que es analizada; en segundo lugar, no siendo prueba en sí misma, se configura como un presupuesto de fiabilidad y no de validez y, por consiguiente, afecta a la llamada *verosimilitud* de la prueba²¹; en tercer lugar, y partiendo de la premisa de que la cadena de custodia se manifiesta como una sucesión de actos desde la obtención de la fuente de prueba y hasta su incorporación como prueba al juicio oral, nace el deber (subsanable) de documentación del recorrido seguido por la fuente de prueba²²; y, en último término, la irregularidad de la cadena de custodia no implica, por sí misma, ni vulneración de DDFF ni ilicitud de la prueba²³.

-
- 17 Al respecto y entre otras, STS 201/2022, de 3 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:918.
- 18 La *mismidad* de la prueba es una expresión acuñada por la jurisprudencia de nuestros Juzgados y Tribunales y que alude a la condición de que lo recogido durante la investigación penal es lo mismo que «aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes». SSTS 1190/2009, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; 6/2010, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2010:542.
- 19 Así se recoge en la sentencia del famoso Caso Bretón, la STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086.
- 20 SSTS 1190/2009, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; 129/2011, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1308; 1/2014, de 21 de enero, ECLI:ES:TS:2014:53; SAP Valencia 310/2015, de 30 de marzo, ECLI:ES:APV:2015:1944; SAP Granada 23/2018, de 26 de enero, ECLI:ES:APGR:2018:256; SAP Ávila 69/2022, de 2 de junio, ECLI:ES:APAV:2022:159.
- 21 SAP Barcelona 132/2009, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719; SAP Madrid 70/2011, de 14 de julio, ECLI:ES:APM:2011:9546; SAP Vizcaya 17/2013, de 20 de marzo, ECLI:ES:APBI:2013:2054; STS 777/2013, de 7 de octubre, ECLI:ES:TS:2013:5677; STS 726/2017, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:3957; STS 1026/2021, de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:978; entre otras.
- 22 Al respecto, la SAP 132/2009, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719, recoge ciertas recomendaciones para la toma de muestras de drogas incautadas y, en relación con la cadena de custodia, se establecen unas pautas que deben regir el correcto desarrollo de la cadena de custodia y, entre ellas, cabe destacar la necesidad de informe detallado (en el caso concreto, se habla de «descripción, numeración, pesaje, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc.», así como de «adoptar las medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras»). Se manifiesta, por tanto, a través de ese *informe detallado* la necesidad de documentar los actos que integran la cadena de custodia, a fin de facilitar su posterior acreditación.
- 23 Al respecto, resulta muy ilustrativa la STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086, entre otras, donde se recogen las consecuencias que pueden derivarse de la ruptura de la cadena de custodia, en función de la gravedad de las irregularidades producidas en la misma.

Entrando ya en el plano doctrinal, como se ha afirmado, la institución de la cadena de custodia, también ha ido alcanzando un creciente interés, a raíz precisamente de la relevancia que se le ha otorgado por parte de la jurisprudencia. Naturalmente, parte de este interés se ha concretado en la persistente búsqueda de un concepto adecuado.

La doctrina es crítica a la hora de abordar la cuestión de la cadena de custodia. Son muchos los autores que exponen la necesidad de una regulación sistematizada y completa sobre la recogida, custodia y análisis de las evidencias²⁴, que contemple las exigencias propias para el correcto desarrollo de la cadena de custodia, así como las consecuencias derivadas de la ruptura de la misma. En definitiva, los autores insisten en la necesidad de una regulación que permita asentar los principios y características de la cadena de custodia en nuestro sistema procesal, de forma que se evite perjudicar la seguridad jurídica en torno a esta figura.

En la actualidad, la doctrina procesalista reconoce el papel fundamental que juega la cadena de custodia en la valoración de la prueba introducida al proceso penal, y ello debido a que cada vez resulta más habitual que las defensas cuestionen la integridad de la cadena de custodia²⁵ de una fuente de prueba, como vía para el impedimento de la valoración del medio de prueba introducido al proceso. Como consecuencia de lo anterior, la necesidad de una regulación expresa es cada vez mayor.

Conviene señalar que doctrinalmente se ha seguido la concepción de la cadena de custodia desde una doble perspectiva²⁶.

En primer lugar, la cadena de custodia puede identificarse con el «conjunto de prácticas de carácter material que tienen como finalidad recoger vestigios o efectos materiales dejados en el lugar del delito, custodiarlos, analizarlos y garantizar su mismidad»²⁷. Así, desde esta visión, la cadena de custodia es entendida como una sucesión de actos procedimentales, donde todas las actuaciones integrantes de este proceso deben de permanecer interconectadas entre sí²⁸ (principio de tracto sucesivo), sin que se pueda detectar ningún vacío o interrupción. Asimismo y dentro de esta vertiente, también resulta habitual encontrar definiciones que vinculan la cadena de custodia con un procedimiento documentado²⁹, de modo que se manifiesta el

24 EIRANOVA ENCINAS, E.: «Cadena de custodia y prueba de cargo», *Diario la Ley*, núm. 6863, 2008; FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», *op. cit.*; RICHARD GONZÁLEZ, M.: «La cadena de custodia en el proceso penal español», *Diario la Ley*, núm. 8187, 2013; ESPÍN LÓPEZ, I.: «La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital», *op. cit.*

25 DEL POZO PÉREZ, M.: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013.

26 GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, pp. 25 y ss., plantea esta doble perspectiva al identificar la cadena de custodia, por un lado, con el «proceso técnico específico de ocupación, custodia y análisis para asegurar la indemnidad e identidad de la trazabilidad de las fuentes de prueba» y por otro, como un «instrumento procesal imprescindible para otorgar verosimilitud a la prueba pericial y por tanto determinante en su valoración».

27 GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, p. 25 y ss.

28 MESTRE DELGADO, E.: «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en *op. col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 69.

29 En similares términos a las definiciones anteriores, RICHARD GONZÁLEZ, M.: «La cadena de custodia en el proceso penal», *op. cit.*; y FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de las pruebas y cadena de custodia», *op. cit.*, aportan una definición que otorga el carácter de documentado al procedimiento de la cadena de custodia.

deber de documentar el desarrollo de la cadena de custodia para la garantía de la misma.

Desde una segunda perspectiva se contempla la vertiente procesal (en la misma línea que la elaboración jurisprudencial³⁰), entendiendo la cadena de custodia como un instrumento procesal indudablemente vinculado y al servicio de la fiabilidad de la prueba³¹.

No cabe duda de que son diversos los autores que aportan una definición de la cadena de custodia. Doctrinalmente esta figura ha sido definida por RICHARD GONZÁLEZ como un «conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal, que tienen por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba»³² o, en muy similares términos, FIGUEROA NAVARRO la define como el «procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas»³³. Por otro lado, DEL POZO PÉREZ la identifica con el «procedimiento, convenientemente documentado, controlado, que se aplica a los indicios, trazas, objetos y vestigios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar Justicia y que tiene como fin constatar la identidad, integridad y autenticidad de los mismos, garantizando y acreditando que lo recogido y analizado es lo mismo que lo que se somete a juicio»³⁴. Finalmente, también puede apreciarse cierta vinculación —todavía— con la prueba pericial. En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES define la cadena de custodia como un «procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las precauciones que se han tomado, no es posible el error o la contaminación y así, es factible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba»³⁵.

Siguiendo las líneas anteriores, pero con mayor profundización, GUTIÉRREZ SANZ define la cadena de custodia como una «concatenación de actos de recogida, custodia y análisis de los vestigios obtenidos en una investigación penal, realizados por personal cualificado con la diligencia debida para garantizar la indemnidad y la identidad entre los vestigios aprehendidos y los que son la fuente de prueba sobre las que lleva a cabo la actividad probatoria. La integridad de la cadena de custodia debe estar suficientemente documentada o poder ser acreditada mediante cualquier medio que fehacientemente manifieste que en ningún momento se ha producido una quiebra en esa conexión interna entre los diversos actos que la conforman»³⁶.

30 Recordemos que jurisprudencialmente se ha venido entendiendo la cadena de custodia como un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias y que afecta directamente a la verosimilitud de la prueba.

31 GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, pp. 26-30.

32 RICHARD GONZÁLEZ, M.: «La cadena de custodia en el proceso penal español», *op. cit.*

33 FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de la pruebas y cadena de custodia», *op. cit.*

34 DEL POZO PÉREZ, M.: «La cadena de custodia. Tratamiento jurisprudencial», *op. cit.*

35 CASTILLEJO MANZANARES, R.: «La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal», *Diario La Ley*, núm. 8213, 2013.

36 GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, p. 30.

A pesar de las diferencias habidas entre los conceptos ofrecidos doctrinalmente, lo cierto es que todos ellos son acepciones afines e inciden en los mismos aspectos, poniendo el acento en los siguientes caracteres: en primer lugar, se vincula al proceso penal y, en concreto, a la obtención de fuentes de prueba durante la investigación criminal; en segundo lugar, se trata de un instrumento procesal al servicio de la identidad, integridad y autenticidad de las fuentes de prueba; en tercer lugar, se manifiesta como un conjunto de actos³⁷ iniciados con la obtención de la fuente de prueba y que finalizan con su introducción al proceso como medio de prueba; y, finalmente, está indudablemente vinculada a la valoración de la prueba.

1.2. Conjunción dogmática entre la cadena de custodia y la prueba prohibida

Cadena de custodia y prueba prohibida son dos instituciones, indudablemente, muy diferenciadas que, no obstante, en algunas ocasiones manifiestan límites difusos entre ambas. Es por ello que la delimitación dogmática entre cadena de custodia y prueba prohibida es uno de los temas de mayor interés en relación con la cadena de custodia.

Este interés deriva de la continua vinculación que entre ambas instituciones pretenden hacer valer las partes (fundamentalmente las defensas) en el proceso penal. Esta circunstancia puede apreciarse desde el mismo momento en que se inicia la construcción jurisprudencial de la cadena de custodia, al localizarse ciertas argumentaciones que enlazan cadena de custodia con prueba prohibida al cuestionar la licitud de la prueba en relación con la presunta ruptura de la cadena de custodia.

En base a lo anterior, se puede afirmar que —aunque ambas figuras conviven en ciertos momentos— la delimitación entre una y otra debe ser clara e indudable.

En este sentido, la introducción de las nuevas tecnologías en el proceso penal ha enfatizado el punto de encuentro entre ambas instituciones. Al respecto, no resulta novedoso afirmar que las llamadas nuevas tecnologías están cambiando el mundo en general y el mundo jurídico en particular. De esta forma, las inquietudes que se plantean en el Derecho Procesal, derivadas de la incorporación al proceso de las nuevas tecnologías, se evidencian —fundamentalmente— en la actividad probatoria.

La primera preocupación que plantea el impacto de las nuevas tecnologías en la actividad probatoria es la referida a las exclusiones probatorias³⁸, pues la obten-

37 DEL POZO PÉREZ ha diferenciado el procedimiento de la cadena de custodia en dos etapas (muy vinculadas a la prueba pericial): una primera etapa que transcurre desde la obtención de la fuente de prueba hasta su traslado al laboratorio encargado de su posterior análisis, e integrada por las fases de recogida, embalaje y transporte de la fuente de prueba; y una segunda etapa que transcurre desde la recepción en el laboratorio y hasta su remisión a la autoridad judicial, abarcando la fases de recepción, tratamiento para la investigación (donde se realizan los oportunos estudios y análisis que se incluirán en el informe pericial), embalaje y transporte hasta la sede judicial (teniendo como objetos vinculados el oficio de remisión a la autoridad judicial y el informe pericial resultante). *Vid.* DEL POZO PÉREZ, M.: *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, *op. cit.*

38 En este punto conviene señalar que la doctrina ha venido justificando la aplicación de la regla de exclusión en todos los órdenes jurisdiccionales en base a los siguientes motivos: primero, la prueba prohibida fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico —en virtud del art. 11.1 LOPJ— como respuesta a la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TC:1984:114 (sentencia que deriva de un procedimiento laboral); segundo, el art. 11.1 LOPJ no delimita un ámbito concreto de aplicación de la prueba prohibida, sino que

ción de la fuente de prueba digital encuentra un primer obstáculo en la posibilidad de interferencia en los DDFF de los ciudadanos³⁹ y, especialmente, en los siguientes: derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), llegando a afectar incluso al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en casos muy concretos⁴⁰.

Otra de las grandes inquietudes se evidencia en el aseguramiento de las fuentes de prueba de carácter digital debido a la volatilidad que caracteriza a este tipo de pruebas, lo que sin duda ha suscitado, entre los diversos operadores jurídicos, cierta desconfianza sobre la veracidad de los datos introducidos en el proceso y ello debido a la facilidad de una posible manipulación⁴¹ de este tipo de pruebas. Si bien es cierto que también existe la posibilidad de que las pruebas más tradicionales puedan ser objeto de cierta manipulación, esta se manifestará mediante técnicas muy distintas, por ello, es razonable suponer que los métodos que garantizan la cadena de custodia deben variar en función de si se trata o no de una prueba de carácter digital⁴², precisamente en atención a las diferentes técnicas empleadas en su manipulación.

Ambas circunstancias plantean serios problemas en el mantenimiento de una correcta cadena de custodia y, asimismo, se identifican como dos de los retos actuales que han de resolverse en la materia. Por ello conviene enormemente realizar un esfuerzo delimitador entre cadena de custodia y exclusiones probatorias.

se aplica indistintamente en todos los órdenes jurisdiccionales; y tercero, su aplicación ha sido reconocida en normas procesales extrapenales (en el art. 287 LEC como en el 90.2 LRJS). *Vid.* SIMARRO PEDREIRA, M.: «Exclusiones probatorias en el ámbito digital», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, núm. 3, 2020, pp.418-419.

- 39 En el ámbito de la prueba prohibida, la relevancia que se desprende de la utilización de las nuevas tecnologías en la actividad probatoria reside en que se puede ocasionar una mayor intromisión en la intimidad de la persona afectada, de modo que se genera mayor probabilidad de interferencia con los DDFF de los ciudadanos (SIMARRO PEDREIRA, M.: «Exclusiones probatorias en el ámbito digital», *op. cit.*, pp. 416 y ss.).
- 40 *Vid.* GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Problemas específicos del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil», en *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, Madrid, 2020, pp. 248 y ss.; MESTRE DELGADO, E.: «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos» en *op. cit.*, p. 51, donde identifica esta posible interferencia con los mencionados DDFF como una problemática propia de la cadena de custodia de los elementos probatorios de carácter electrónico.
- 41 Esta fácil manipulación de las pruebas digitales o tecnológicas es entendida como uno de sus caracteres definidores. No obstante y pese lo anterior, hay que tener en cuenta que también las pruebas tradicionales pueden ser objeto de manipulación o falsedad. *Vid.* al respecto ARRABAL PLATERO, P.: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 43 y ss.
- 42 La doctrina empieza a hablar, precisamente, de la posibilidad de aplicación de tecnología *blockchain* como medios para garantizar la cadena de custodia de la fuente de prueba de carácter digital, en tanto que ofrece un alto nivel de trazabilidad digital de las transacciones, de modo que «puede tener repercusiones sobre la autenticidad de la prueba digital e informática que se incorpora al proceso penal». *Vid.* GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Prueba digital y derechos fundamentales» en GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (auts.), *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 484-487. A su vez, específicamente relacionado con la utilización de códigos hash, SÁNCHEZ RUBIO, A.: «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en *op. col.* BUENO DE MATA, F. (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 289-299.

En este sentido, se puede afirmar que en el análisis de la cadena de custodia se suman, por un lado, los problemas derivados de la conservación de la fuente de prueba⁴³; y, por otro, los problemas de la ilicitud probatoria —siendo esta última problemática compartida entre ambas instituciones—. Lo relevante en este punto es que la cadena de custodia se inicia en el momento de obtención de las fuentes de prueba, siendo justamente ahí donde confluyen prueba prohibida y cadena de custodia.

Partiendo de lo anterior, la delimitación dogmática entre ambas instituciones resulta de gran interés debido, entre otras cosas y principalmente, a dos factores: en primer lugar, al hecho de que la propia elaboración de la prueba prohibida continúa en constante evolución —generalmente esta reflexión se retoma con ocasión de alguna decisión judicial concreta⁴⁴—; y, en segundo lugar, al hecho de que la doctrina de la cadena de custodia está todavía en ciernes.

Aunque ciertamente se ha afirmado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia penal que la cadena de custodia no tiene incidencia directa en los DDFF⁴⁵ —de modo que su ruptura no implica directamente vulneración de los mismos—, sí se ha reconocido jurisprudencialmente la posibilidad de que, en función de la gravedad que ostente la irregularidad en la cadena de custodia⁴⁶, pueda derivarse cierta afectación a ciertos DDFF.

-
- 43 Hay que tener en cuenta, al respecto, que en la propia custodia de las diversas fuentes de prueba de carácter digital pueden producirse alteraciones o modificaciones de las mismas —aún de manera inconsciente—, llegando incluso a ocasionar, en ocasiones, alguna vulneración de DDFF (circunstancia que puede ocurrir con ocasión de algún análisis o estudio de los archivos digitales). Y de esa forma, resulta plausible que devenga ilícita la prueba lícitamente obtenida. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S.: «Cadena de custodia y prueba tecnológica», en *op. col.* VILLEGAS DELGADO, C. y MARTÍN RÍOS, P. (coords.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 52 y ss.
- 44 *Vid.* al respecto GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Restricción de derechos y libertades y prueba prohibida: la deriva de las exclusiones probatorias» en GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (auts.), *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 449 y ss., donde ofrece, en síntesis, los pasos seguidos en la evolución jurisprudencial del tratamiento que se ofrece a la prueba prohibida.
- 45 Al respecto: STS 1349/2009, de 29 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:8605; STS 347/2012, de 25 de abril, ECLI:ES:TS:2012:3484; STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086; STS 507/2020, de 14 de octubre, ECLI:ES:TS:3191; entre otras. También, entre otros, GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; DEL POZO PÉREZ, M.: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial», *op. cit.* (autora que, no obstante, se muestra crítica con el tratamiento jurisprudencial ofrecido a la ruptura de la cadena de custodia, considerando que la misma puede incidir directamente en diversos DDFF, tales como el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa).
- 46 Al respecto, hay que señalar que la jurisprudencia penal —STS 587/2014, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086, entre otras— ha creado un sistema gradual de irregularidades en relación con la cadena de custodia, por el cual una irregularidad en la cadena de custodia puede conllevar diferentes consecuencias en función de su gravedad: por un lado, podrán verse afectados los DDFF a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia —principalmente— cuando el Tribunal haya valorado una prueba sobre la que se haya probado una irregularidad grave en la cadena de custodia; por otro lado, ciertas irregularidades en la cadena de custodia pueden ser subsanadas mediante otros medios que permitan acreditarla (por ejemplo, mediante la testifical de los agentes intervinientes en la misma).

Esta diferenciación, no obstante, es completamente necesaria, en tanto que la prueba prohibida nunca podrá ser objeto de subsanación, mientras que ciertas irregularidades presentes en la cadena de custodia sí podrán ser subsanadas mediante otras técnicas que acrediten la regularidad de la misma. Con todo y en definitiva, ciertamente el debate sobre la cadena de custodia debe centrarse en la fiabilidad de lo analizado y no en la validez de la prueba.

Volviendo al vínculo entre DDFF y cadena de custodia, éste debe analizarse desde dos perspectivas procesales distintas: por un lado, en el plano de la obtención de la fuente de prueba; y por otro, desde la perspectiva de la prueba lícitamente obtenida que deviene ilícita por vulneración posterior de DDFF.

En ambos supuestos la prueba debe ser excluida del proceso por vulneración de DDFF. Ello es así en virtud de la regla de exclusión contenida en el art. 11.1 LOPJ (fundamento de la prueba prohibida). Con todo, la manifiesta diferencia entre ambos planos procesales, en relación con la cadena de custodia, se evidencia en atención al desarrollo procedimental de la misma.

Considerando lo anterior, la problemática asociada a la cadena de custodia —y que deriva de la injerencia en DDFF— se revela de desigual modo. En el primero de los supuestos, la cadena de custodia se halla en su acto inaugural: de modo que, en el plano de la valoración de la prueba y una vez aceptado que la misma se ha obtenido con vulneración de DDFF, la exclusión de la prueba se efectuará sin mayores inconvenientes en relación con la cadena de custodia (esto es, la prueba será excluida del proceso sin entrar a valorar el desarrollo procedimental de la cadena de custodia, en tanto que la misma se encuentra en su acto inicial). En el segundo supuesto, y superada esta fase inicial de obtención de la fuente de prueba, la vulneración de DDFF se produce durante el transcurso de los restantes actos que integran la cadena de custodia, de modo que la misma se encuentra —en cierto modo— más presente, resultando más complicada la relación entre prueba prohibida y cadena de custodia en este punto.

2. Diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria

2.1. Especificaciones precisas al efecto sobre la prueba preconstituida

La prueba preconstituida tiene su origen dentro del ámbito de la prueba documental y va evolucionando hasta la consideración actual de la misma, más vinculada a la prueba científica. Así, es preciso señalar que los orígenes de la prueba preconstituida se remontan al pasado siglo XIX, de la mano indiscutible de BENTHAM⁴⁷, a quien se atribuye la producción científica de la misma⁴⁸.

BENTHAM realiza una primera alusión a la prueba preconstituida al introducir una clasificación de los diferentes tipos de pruebas existentes. Al respecto, una de las

47 BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales* (trad. OSSORIO FLORIT), Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971., cuyo original data del año 1827.

48 GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 289.

clasificaciones ofrecidas es la que diferencia entre pruebas por escritos casuales, por un lado, y pruebas por escritos preconstituídos⁴⁹, por otro. Esta primera introducción doctrinal de la prueba preconstituida está muy vinculada al proceso civil, en general, y a la prueba documental, en particular.

En relación con lo anterior, BENTHAM sostenía que la prueba casual se identificaba con aquella que nace ajena a la posible futura existencia del proceso, mientras que la prueba preconstituida la entendía como aquella derivada de un «escrito auténtico, que ha sido hecho con arreglo a ciertas formas legales para ser empleado eventualmente con el carácter de prueba jurídica». En definitiva, BENTHAM entendía la prueba preconstituida como aquella de creación anterior a la existencia de un derecho u obligación, cuya conservación devenía necesaria a fin de exhibirla —en su caso— como prueba «para el mantenimiento de ese derecho o de esa obligación»⁵⁰.

Un segundo paso en la evolución de la prueba preconstituida se sitúa en las décadas de los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo, con autores tales como GÓMEZ ORBANEJA⁵¹ o SENTÍS MELENDO⁵², vinculándola una vez más a la prueba documental.

Lo que actualmente entendemos por prueba preconstituida dista enormemente del sentido inicial que se le otorgó a la misma, muy vinculada al proceso civil⁵³ en sus inicios y, en concreto, a las fuentes de prueba documental. A lo largo de los años, esta conceptualización ha ido evolucionando hasta el momento actual, en el que —si bien todavía no se ha alcanzado la unanimidad doctrinal y jurisprudencial deseada— la prueba preconstituida encuentra una vinculación más fuerte con el proceso penal y, en concreto, en relación con los diversos actos de investigación que pueden llegar a adquirir, de forma excepcional y cuando se cumplan ciertos requisitos, valor probatorio pleno.

En consecuencia, la prueba preconstituida en la actualidad se presenta como un elemento de gran complejidad⁵⁴ en el proceso penal. Esta complejidad deriva directamente de dos factores: por un lado, de la ausencia de regulación sobre la misma; y

49 BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales*, op. cit., pp. 32-33.

50 Esta distinción es especialmente nítida con los ejemplos ofrecidos por BENTHAM. En primer lugar, la prueba casual podían constituirlos los siguientes documentos: cartas, notas, diarios privados, etc.; en cambio, los documentos de carácter preconstituido, entre otros, se identificaban con el libro de comercio o los contratos. Vid. BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales*, op. cit., pp. 32-33 y pp. 233 y ss.

51 GÓMEZ ORBANEJA, E.: «La prueba preconstituida», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo II, 1950, pp. 85 y ss.

52 SENTÍS MELENDO, S.: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

53 De hecho, en las décadas de los años 40 y 50 diversos autores se mostraron críticos con la derivación de esta figura al proceso penal. Entre ellos, GÓMEZ ORBANEJA sostenía que la admisión de la prueba preconstituida en el orden penal perjudicaba el derecho fundamental a la presunción de inocencia del encausado. Tal es así, que en sus propias palabras defendía que la prueba preconstituida «es una creación jurisprudencial que sólo sirve para reducir la eficacia de la presunción de inocencia». GÓMEZ ORBANEJA, E.: «La prueba preconstituida», op. cit., pp. 85 y ss.

54 GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 289.

por otro, de la discordancia doctrinal en torno a su elaboración conceptual⁵⁵ que, en esencia, se desprende de la propia dificultad de su estructura.

Estos obstáculos son diversos y, en particular, provienen de su identidad dual. Esto es, el fenómeno de la preconstitución probatoria ostenta una dualidad identitaria en su propia configuración: puesto que puede llegar a ser, por un lado, actividad investigadora y, por otro, actividad probatoria.

En definitiva, los obstáculos derivados de su concreta estructura se identifican con los siguientes: primero, se desarrolla en la fase de instrucción, donde tiene lugar el fenómeno de la preconstitución de la fuente de prueba⁵⁶; segundo, la prueba preconstituida tiene carácter de prueba y, en consecuencia, le son aplicables los principios inspiradores de la actividad probatoria⁵⁷; y tercero, su práctica se concibe como un acto de investigación, si bien le son exigibles ciertas garantías específicas en previsión de que, en un futuro, pueda adquirir valor probatorio si se cumplen los presupuestos para su incorporación a la fase de juicio oral.

En la actualidad, la prueba preconstituida puede ser entendida como aquella fuente de prueba material⁵⁸ respecto de la cual, y como consecuencia de los caracteres que le son inherentes⁵⁹, se manifiesta la imposibilidad de repetición en la fase de juicio oral⁶⁰, por lo que su práctica se produce de forma extemporánea, y excepcionalmente, como acto de investigación durante la fase de instrucción penal. Por ende, la prueba preconstituida podrá alcanzar valor probatorio pleno (como prueba de cargo o descargo válida) siempre que se cumplan los requisitos para la preconstitución de la

55 Esta discordancia doctrinal se manifiesta en las diferentes posturas que se han sostenido en torno a la concreción conceptual de la prueba preconstituida. En síntesis, se pueden identificar tres posturas doctrinales diferenciadas: en primer lugar, un grupo minoritario que ofrece un tratamiento similar a prueba anticipada y preconstituida; en segundo lugar, un sector doctrinal que distingue ambas instituciones en función de la autoridad judicial competente y del momento procesal de su práctica; y, finalmente, un último grupo que sostiene que la clasificación entre prueba anticipada y preconstituida debe, necesariamente, efectuarse en virtud de los caracteres propios de la fuente de prueba en cuestión. *Vid.* JAMARDO LORENZO, A.: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Diario la Ley*, núm. 8906, 2017.

56 Muy acertadamente GUZMÁN FLUJA sostiene que la preconstitución de la prueba afecta a las fuentes de prueba, en tanto que el medio de prueba no existe al margen del juicio oral. *Vid.* GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 285 y ss. En este sentido, la prueba preconstituida no es más que un instrumento para la incorporación al proceso de ciertas fuentes de prueba que no pueden ser reproducidas en la fase de juicio oral.

57 Efectivamente, en un principio, los principios inspiradores de la actividad probatoria le son aplicables a la prueba preconstituida (en tanto que, sin duda alguna, tiene carácter de prueba). No obstante y pese a ello, ciertamente y en ocasiones, no resulta posible la vigencia estricta de estos principios, dado su práctica extemporánea a la fase de juicio oral. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S.: «La prueba anticipada y preconstituida. Los principios inspiradores de la actividad probatoria», en GINENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (auts.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 337 y ss.

58 CALAZA LÓPEZ, S.: «La prueba anticipada y preconstituida. Los principios inspiradores de la actividad probatoria», en *op. cit.*, pp. 327-347.

59 JAMARDO LORENZO, A.: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *op. cit.*

60 GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», en *op. cit.*, p. 373, donde, además, califica la prueba preconstituida como prueba documental.

prueba, por un lado; y los presupuestos para su posterior incorporación a la fase de juicio oral de la prueba ya preconstituida, por otro⁶¹.

Por tanto, el análisis sobre la institución de la prueba preconstituida en el proceso penal debe recaer, necesariamente, sobre los dos aspectos fundamentales ya mencionados y que derivan de su estructura. Así, el procedimiento probatorio propio de la prueba preconstituida se divide en dos fases procedimentales: por un lado, los requisitos para la preconstitución de la prueba; por otro, los presupuestos para la incorporación a juicio oral de la prueba ya preconstituida. Esta división procedimental supone un gran acierto y ello debido a que, en su virtud, se establece un sistema probatorio en el que se mantiene vigente la separación entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral⁶².

2.2. Ordenación de las diligencias policiales de prevención susceptibles de preconstitución probatoria

De forma previa a justificar la clasificación ofrecida en el presente trabajo, conviene señalar qué se entiende por actividad policial de prevención —puesto que es ahí donde se pondrá el acento en el desarrollo del mismo—.

En primer lugar, la policía judicial encuentra acomodo constitucional en el art. 126 CE, donde se establece que *la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca*. Partiendo de este precepto, la actuación de la policía judicial tiene dos funciones esenciales: por un lado, la averiguación del delito; por otro, el descubrimiento y aseguramiento del delincuente⁶³. Si bien, posteriormente, se le ha atribuido también (art. 282 LECrim) como función fundamental la protección de la víctima⁶⁴.

En este sentido, la policía judicial puede intervenir en el proceso penal de oficio (esto es, a prevención) o a instancia de la autoridad judicial y bajo sus órdenes. Es el primero de los casos el que aquí interesa por ser objeto de análisis en el presente trabajo, se trata de la instrucción preliminar de la policía judicial (arts. 282 y ss., art. 770 y ss. y art. 796 LECrim)⁶⁵.

Así las cosas, las diligencias policiales de prevención se identifican con aquellas cuya autoridad de ejecución es la policía judicial, *motu proprio*, cuando deba actuar sin la intervención de la autoridad judicial, ante el conocimiento de un presunto hecho delictivo, por razones de urgencia o necesidad⁶⁶, para el alcance de los objetivos de

61 JAMARDO LORENZO, A.: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *op. cit.*

62 JAMARDO LORENZO, A.: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *op. cit.*, donde ya se reconoce esta concreta división procedimental de la prueba preconstituida.

63 GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

64 CALAZA LÓPEZ, S.: «La fase de instrucción», en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (auts.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 244.

65 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «La fase de instrucción o de investigación» en MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (auts.), *Derecho Procesal Penal*, 10.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 224-226.

66 En este punto y en relación con lo expresado en el texto principal, conviene subrayar que las diligencias policiales de prevención hacen referencia a aquellas actuaciones que, por razón de urgencia, no pueden demorarse el tiempo necesario para alcanzar la intervención

averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente o la protección de la víctima⁶⁷.

Para la formulación de la estructura elegida, como paso previo, ha sido necesario delimitar sobre qué tipo de diligencias de investigación se encuadra el objeto de estudio. A este respecto, la decisión de delimitarlo en el ámbito de las diligencias policiales de prevención responde a dos factores: en primer lugar, debido a la manifiesta problemática en el cumplimiento de los requisitos para la preconstitución de la prueba, por un lado, y los presupuestos para su incorporación al juicio oral, por otro; y en segundo lugar, debido a que también se ha observado cierta problemática en relación con el estudio de la cadena de custodia de los resultados probatorios obtenidos tras la práctica de este tipo de diligencias. Todo ello derivado de la ausencia de control por parte de las autoridades judiciales.

Una vez determinado el tipo de diligencias objeto de estudio y utilizando como base la estructura ofrecida por GIMENO SENDRA en relación con la prueba preconstituida⁶⁸, se ha procedido a la configuración de una estructura propia que aporte una visión más enfocada en la problemática propia de la cadena de custodia.

Para ello, se ha estructurado agrupando las distintas diligencias policiales de prevención en relación con las características que les son propias y que derivan en ciertas desigualdades a la hora de mantener una correcta cadena de custodia. Esto es, la estructura empleada se ha realizado atendiendo a las peculiaridades que —para el mantenimiento de una correcta cadena de custodia— derivan de los caracteres que les son propios a cada una de estas diligencias según el ámbito específico atribuido en función de su carácter científico.

Ciertamente es innegable que la evolución de las técnicas de investigación ha propiciado la aparición de nuevos métodos contenidos en el ámbito del conocimiento científico y tecnológico. En este sentido y para el análisis de los extremos que se plantean a lo largo del trabajo, se requiere la diferenciación, por un lado, de las diligencias de carácter técnico-científico, en general, y las diligencias de carácter tecnológico-digital, en particular. Esto es así, porque indudablemente las diligencias contenidas en la categoría digital tienen, asimismo, carácter científico⁶⁹.

judicial, sino que deben ser desarrolladas en el justo momento en que nace la necesidad de practicarlas. GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 374

67 CALAZA LÓPEZ, S.: «La fase de instrucción», *op. cit.*, pp. 244-246.

68 Concretamente, la clasificación ofrecida por GIMENO SENDRA en relación con la prueba preconstituida basa su distinción en función de la autoridad que realiza la diligencia de investigación en concreto. De este modo, clasifica la prueba preconstituida en tres grupos: primero, la prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención (métodos alcoholimétricos, análisis sobre estupefacientes, inspecciones corporales, cámaras de videovigilancia y geolocalización); segundo, la prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial (circulación y entrega vigilada de drogas, escuchas telefónicas, intervención de los datos electrónicos de tráfico y los identificadores obtenidos a partir de las muestras de ADN); y tercero, la prueba preconstituida del juez de Instrucción (la recogida y conservación del cuerpo del delito, el reconocimiento judicial, las inspecciones e intervenciones corporales, la entrada y registro y la intervención de las comunicaciones). *Vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, pp. 373-374. La relevancia de esta clasificación doctrinal se ha puesto de relieve al haber sido citada por la jurisprudencia española, por ejemplo, en la STS 494/2020, de 8 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3215.

69 Al respecto, *vid.* SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba científica en la Justicia penal*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

En efecto, el continuo avance de la ciencia y las mejoras que ello conlleva en el método científico, han propiciado una evolución en la investigación criminal al introducirse al proceso diferentes técnicas de investigación que derivan del avance científico⁷⁰. Por ello, la división enunciada anteriormente responde a esta evolución, la cual ha favorecido la introducción de estos nuevos (o ya no tan nuevos) medios de investigación especializados y que se formulan a partir del empleo de diversas técnicas científicas. No obstante, la ciencia también ha mantenido un continuo avance en las últimas décadas, propiciando asimismo la aparición de nuevos medios que, científicos, se distancian de estos primeros, en tanto que tienen un carácter digital.

De esta forma, finalmente la estructura empleada se presenta de la siguiente manera: en primer lugar, las diligencias policiales de prevención de carácter técnico-científico (los métodos alcoholimétricos, los análisis sobre estupefacientes y las inspecciones corporales); y, en segundo lugar, las diligencias policiales de prevención de carácter digital (las grabaciones de videovigilancia y la geolocalización).

Conviene señalar aquí que la clasificación ofrecida no agota todas las posibilidades⁷¹, sino que es plausible la incorporación de nuevas diligencias policiales de carácter preventivo derivadas de los avances de las nuevas tecnologías con incidencia en el proceso⁷².

La formulación de una estructura cuya base es la diferenciación entre el carácter técnico-científico, por un lado, y el carácter digital, por otro, de las diligencias objeto de estudio en este trabajo no se ha efectuado arbitrariamente, sino que se ha formulado en atención a la naturaleza de las mismas. Así, la estructura utilizada responde a lo afirmado líneas arriba: la tecnología digital también sigue un método científico, aunque se distancia ciertamente del método utilizado por los medios más tradicionales.

Resulta innegable que la prueba científica tiene una especial relevancia tanto en la prueba preconstituida como en la cadena de custodia. Ambas instituciones se manifiestan cada vez más necesarias con la evolución de los nuevos métodos de investigación que se van introduciendo en el proceso penal. El desarrollo de estos métodos de investigación de carácter más técnico o científico propicia la evolución de la prueba preconstituida hacia un concepto cada vez más consolidado, tal y como la entendemos hoy en día, y ello tiene una consecuencia directa en la necesidad de acreditar que lo finalmente introducido en juicio se corresponde con lo que se ha obtenido en un primer momento (esto es, enlaza con la cadena de custodia).

70 SÁNCHEZ RUBIO, A.: *La prueba científica en la Justicia penal*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

71 A este respecto, GIMENO SENDRA ya reconoce la posible incorporación de la diligencia de entrada y registro policial por causa de flagrante delito. GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 374.

72 La doctrina procesalista, en la actualidad, ya ha puesto de relieve el potencial de los drones como herramienta de investigación policial, sin obviar, no obstante, los riesgos que pueden desprenderse de una posible injerencia en los DDDF de los ciudadanos al utilizar este tipo de dispositivos como medio para la persecución de los delitos. *Vid.* ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Garantías procesales en el uso de drones en la investigación penal», en *op. col.* FUENTES SORIANO, O. (dir.), *Era digital, sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 321-340. Por otro lado, BUENO DE MATA, F.: «La utilización de drones como diligencia de investigación tecnológica: consecuencias probatorias», *Diario la Ley*, núm. 16, 2018, hace referencia a los problemas que pueden derivarse en la conservación de la información obtenida mediante el uso de drones. Finalmente y a pesar de que estos dispositivos todavía no hayan podido desplegar todo su potencial como herramienta de investigación, ciertamente plantearían nuevos retos en el estudio y análisis tanto de la preconstitución de la prueba como de la cadena de custodia de la misma, por ello, una vez más se puede afirmar que los avances científicos y tecnológicos aportan nuevas diligencias que pueden ser incorporadas en el análisis y estudio de los extremos planteados a lo largo de este trabajo.

En último término, conviene subrayar que una de las preocupaciones actuales que mayor atención recibe por parte de la doctrina procesalista en relación con la cadena de custodia es, justamente, el mantenimiento de la cadena de custodia de las fuentes de prueba de carácter digital⁷³. Y es por ello que resulta un acierto encuadrar el objeto de estudio de este trabajo en relación con la clasificación aportada.

3. Cadena de custodia y preconstitución de la prueba obtenida de las diligencias policiales de prevención

Conviene señalar, como paso previo, que la vinculación entre prueba preconstituida, cadena de custodia y diligencias policiales de prevención responde a una unión natural, que se desprende de la propia esencia de cada uno de estos elementos.

A continuación se analizarán, partiendo de la estructura ofrecida en el punto anterior, los requisitos para la preconstitución de la prueba, en primer lugar; los presupuestos para su posterior incorporación al juicio oral, en segundo lugar; y la cadena de custodia en relación con la valoración de la prueba obtenida, en último término.

3.1. De las diligencias policiales de prevención de carácter técnico-científico

3.1.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba

Cabe advertir, de forma previa al análisis del punto que aquí se desarrolla, que los requisitos para la preconstitución de la prueba son propios a cada concreta diligencia de investigación y no generales a todas ellas⁷⁴. Con todo, sí existen ciertos elementos compartidos según la clasificación ofrecida líneas arriba.

Las diligencias policiales de prevención de carácter técnico-científico guardan en común los siguientes requisitos: en primer lugar, la autoridad competente para la ejecución de las diligencias es la policía judicial y los resultados obtenidos mediante su práctica serán reflejados en el atestado policial.

A continuación se analizarán individualmente los requisitos para la preconstitución de la prueba de las siguientes diligencias: en primer lugar, los métodos alcoholimétricos; en segundo lugar, los análisis sobre estupefacientes; y en tercer lugar, las inspecciones corporales.

a) Los métodos alcoholimétricos

Los métodos alcoholimétricos, dentro de las diligencias policiales de prevención, son —quizá— de las más comunes de entre todas. Al respecto, es habitual que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado efectúen ciertos controles de alcoholemia, en colaboración con la Jefatura de Tráfico, a fin de identificar a posibles infractores.

En este sentido, cuando del resultado de la práctica de esta diligencia se desprende que el límite impuesto en la legislación penal a tal efecto ha sido superado (en

73 CALAZA LÓPEZ, S.: «Cadena de custodia y prueba tecnológica», *op. cit.*, pp. 39-61.

74 JAMARDO LORENZO, A.: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *op. cit.*

virtud de la tasa de alcohol establecida en el art. 379.2 CP), posteriormente podrá ser incorporado al juicio oral el resultado obtenido —y como medio de prueba— cuando se hayan cumplido las exigencias para la preconstitución de la fuente de prueba.

Por métodos alcoholimétricos puede entenderse aquella diligencia efectuada —a través de una medición en el aliento, una toma de saliva o una intervención corporal de la persona afectada— a fin de determinar el grado de alcohol ingerido⁷⁵. Por tanto, los métodos de detección alcohólica constituyen un acto de investigación de la policía judicial.

Partiendo de la premisa anterior, es preciso el cumplimiento de una serie de requisitos para que la fuente de prueba derivada de este acto de investigación (el resultado obtenido) pueda llegar a alcanzar valor probatorio (en virtud de la preconstitución de la prueba). Al respecto, hay que señalar que la regulación procesal en la materia remite a la legislación en materia de seguridad vial⁷⁶ (art. 796.1.7.ª. LECrim).

Finalmente y en cuanto a los requisitos propios para la preconstitución de la prueba, estos pueden sintetizarse en los siguientes: en primer lugar, la autoridad competente para la práctica de estos métodos alcoholimétricos es la policía judicial (y, en concreto, la policía de tráfico)⁷⁷; en segundo lugar, habrán de superarse los obstáculos propios de la prueba prohibida⁷⁸; en tercer lugar, es imprescindible reflejar documentalmente la práctica de esta diligencia y resultado obtenido en el atestado policial⁷⁹.

b) Los análisis sobre estupefacientes

Los análisis sobre estupefacientes constituyen otro de los actos de investigación preventiva de la policía judicial. No obstante y a diferencia de los controles de alcoho-

75 Oportunamente señala GIMENO SENDRA que la práctica de los métodos de detección alcohólica se efectúa en el transcurso de una detención o privación momentánea de la libertad deambulatoria. GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 374., donde —además— sostiene que se trata de una prueba preconstituida de carácter pericial. GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, pp. 200 y ss., reconoce la práctica de esta diligencia mediante los oportunos análisis de sangre, orina, aire espirado o a través de etilómetros autorizados.

76 Para mayor información al respecto, *vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, pp. 375 y ss.

77 Se posibilita la solicitud de prueba de contraste, tanto a petición del interesado como por orden de la autoridad judicial.

78 En este sentido, la práctica de las diligencias de detección alcohólica puede incidir en los DDFF a la libertad (art. 17.1 CE), a la integridad física (art. 15 CE) y al derecho de defensa, en todas sus manifestaciones (art. 24 CE). En concreto, podrán verse afectados los anteriores DDFF cuando la medida no sea proporcionada o exceda el tiempo de detención necesario para la práctica de esta diligencia. Asimismo y en relación con el derecho de defensa, es preciso que los agentes policiales cumplan escrupulosamente con el deber de información a los afectados por la medida. *Vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, pp. 376-377; GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, pp. 205 y ss.; GUILLÉN PÉREZ, V.: «Análisis crítico de la retención policial en torno a las pruebas de detección alcohólica desde una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Público UNED*, núm. 111, 2021, pp. 215 y ss.

79 No olvidemos que, en un principio, el atestado goza únicamente de valor de denuncia.

lemia, la regla general conlleva que la práctica de esta diligencia sea ordenada por el juez de instrucción. Partiendo de lo anterior, la policía judicial está legitimada (por sí misma) a intervenir la droga cuando sea necesario por razones de urgencia, debiendo ser posteriormente el Juez de instrucción quien ordene la práctica de los análisis sobre las sustancias estupefacientes intervenidas⁸⁰, remitiéndose dichas sustancias al organismo oficial correspondiente (muy relevante, asimismo, en el ámbito de la cadena de custodia).

Partiendo de lo expuesto líneas arriba, la posibilidad de que se produzca la práctica de esta diligencia —en su totalidad— en el marco de la actividad policial de prevención está muy limitada, por lo que, asimismo y consecuentemente, también resultará de mayor dificultad la formulación de la prueba preconstituida derivada de la misma.

No obstante y para el caso de que se presente tal posibilidad, los requisitos para la adquisición de valor probatorio se sintetizan en los siguientes: primero, su práctica debe haber sido efectuada en el marco de los juicios rápidos (art. 796.1.6.º LECrim); segundo, únicamente se posibilitará la práctica de estos análisis por parte de la policía judicial ante la imposibilidad de derivar la sustancia a los organismos oficiales pertinentes a tal efecto⁸¹ (por tanto, podrán actuar únicamente con carácter subsidiario); tercero, la práctica y resultado de la diligencia deberá documentarse fehacientemente en el correspondiente atestado policial (desde su incautación hasta su análisis).

Pese a lo anterior, es preciso subrayar que la realización de estos análisis por parte de la policía judicial goza únicamente de valor de denuncia, siendo especialmente difícil la adquisición de valor probatorio de los mismos a través de la institución de la prueba preconstituida (en tanto que lo realmente interesante a fin de remitir como prueba será el resultado de los análisis periciales efectuados por los organismos oficiales, tales como el Instituto Nacional de Toxicología).

c) Las inspecciones corporales

Previo al análisis de la diligencia de inspección corporal, es necesario aclarar que, en este caso, se hace referencia únicamente al registro corporal externo⁸², ya que es aquel que puede ser ejecutado por las autoridades policiales en su actividad de prevención por ser el que no incide en los derechos fundamentales de los ciudadanos⁸³ (se refiere al coloquialmente llamado *cacheo*). En palabras de GIMENO SENDRA,

80 GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, pp. 379-380.

81 Resalta GIMENO SENDRA que se ha establecido legalmente una preferencia de los análisis realizados por los organismos oficiales sobre aquellos que pueda efectuar la policía judicial, motivo por el que únicamente se legitima a la policía para la práctica de los mismos ante la imposibilidad de remisión a los organismos correspondientes y, asimismo, limitado al ámbito de los juicios rápidos. *Vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 380.

82 DUART ALBIOL sostiene que, desde la perspectiva de las intervenciones corporales, los cacheos responden a la finalidad exigida para la delimitación conceptual de tales medidas, identificando tal finalidad en relación al descubrimiento del cuerpo del delito. DUART ALBIOL, J.J.: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, p. 55.

83 MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E.: «Intervenciones corporales», en *op. col.* GIMENO SENDRA, V. y MARCHAL ESCALONA, N. (dir.): *Código procesal penal para la policía judicial*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 378.

«por inspección corporal cabe entender el reconocimiento externo, efectuado por un tercero, del cuerpo humano»⁸⁴.

Las garantías que deben seguirse para la práctica de esta diligencia son las siguientes⁸⁵: primero, que existan indicios racionales de que su práctica conducirá al descubrimiento de ciertos elementos relevantes para la investigación criminal; segundo, no puede incidir en modo alguno en el derecho a la intimidad de la persona afectada; tercero, el registro debe ser efectuado por un agente del mismo sexo que la persona registrada; cuarto, debe cumplir con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; y, por último, debe documentarse en el oportuno atestado policial cualquier descubrimiento relevante para la investigación criminal.

3.1.2. Presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida

Para la posterior incorporación al juicio oral de las diligencias policiales que puedan alcanzar valor probatorio, siempre que su práctica se haya desarrollado respetando los requisitos concretos para la preconstitución de la prueba de la diligencia en cuestión —los explicados anteriormente—, el siguiente paso en el desarrollo del procedimiento de preconstitución probatoria, es el de examinar si se cumplen los presupuestos para su incorporación al juicio oral.

El primer presupuesto para la incorporación de la prueba al proceso es, precisamente, que la preconstitución de la fuente de prueba haya transcurrido con respeto a sus requisitos específicos y sin impedimento alguno⁸⁶.

Partiendo de lo anterior, la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida se efectuará a través del oportuno atestado policial. Así, el atestado puede definirse como el reflejo documental⁸⁷ de la actividad investigadora preliminar de la policía judicial y cuya finalidad está «dirigida, con carácter urgente y provisional, a la averiguación del delito, al descubrimiento e identificación de su autor, al auxilio de la víctima, al aseguramiento del cuerpo del delito y a la adopción de determinadas medidas cautelares penales y provisionales»⁸⁸. Conviene subrayar que el contenido del atestado, en relación con las distintas diligencias practicadas por la policía judicial, implica la incorporación al mismo de las actas de tales diligencias y no únicamente el relato de las mismas⁸⁹.

En este punto, no se debe olvidar que el atestado tiene valor de denuncia (art. 297 LECrim)⁹⁰, por lo que éste no puede constituir el único presupuesto para la

84 GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 380.

85 Para mayor detalle, *vid.* GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, pp. 2016 y ss.

86 GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 328.

87 GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, p. 283.

88 GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía Judicial», *Revista catalana de Seguretat pública*, núm. 22, 2010, pp. 65 y ss., donde aporta una definición propia de atestado.

89 GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, pp. 285-286.

90 No obstante, el valor de denuncia se predica únicamente del propio atestado, por lo que éste no se traslada necesariamente a todos aquellos actos que lo integran. CALAZA LÓPEZ, S.:

incorporación de la prueba al proceso, sino que se requiere el cumplimiento de unas exigencias a mayores.

Una de las condiciones que han de cumplirse para la incorporación de la prueba preconstituida al juicio oral es la vigencia de los principios inspiradores de la actividad probatoria⁹¹ (inmediación, contradicción, publicidad y oralidad) y, fundamentalmente, en relación con los principios de intermediación judicial y contradicción de las partes.

Atendiendo al literal del art. 730.1 LECrim («podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral») puede requerirse —como presupuesto para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida— la lectura de las actas de las diligencias practicadas (en este caso, las actas de las diligencias policiales de prevención contenidas en el atestado policial). Para ello, será necesario también que el correspondiente atestado sea reiterado y ratificado en juicio oral por parte de los agentes firmantes del mismo, en aras a garantizar la efectividad del principio de contradicción en la introducción de la prueba preconstituida en juicio.

Vista la posibilidad contenida en el citado precepto de la LECrim, GUZMÁN FLUJA sostiene que el art. 730 LECrim es, en realidad, el reflejo de un medio probatorio⁹². De asumir esta interpretación, se parte de un medio de prueba concreto (la lectura de las actas) para la introducción al juicio oral de la fuente de prueba derivada de las diligencias de investigación policial (esto es, el resultado obtenido tras la práctica de tales diligencias). Entendiendo la lectura de las actas como medio probatorio, resulta razonable argumentar que —con la práctica de tal medio de prueba en el juicio oral— se cumple con la vigencia de los principios inspiradores de la actividad probatoria, en tanto que tales principios se mantienen vigentes durante el total desarrollo del acto del juicio oral.

«El inicio del proceso penal», en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (auts.): *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 210, esta diferencia ha sido, asimismo, claramente trazada por la jurisprudencia constitucional y del TS, de forma que ciertos documentos que acompañan al atestado no pueden ser considerados únicamente como mera denuncia. De esta forma, la doctrina constitucional reconoce tal posibilidad en base de dos vías diferencias: en primer lugar, el atestado podrá alcanzar valor probatorio cuando sea reiterado y ratificado en juicio mediante la declaración testifical de los agentes firmantes; en segundo lugar, el atestado podrá alcanzar valor probatorio por sí mismo cuando contenga datos objetivos y verificables, esto es, las concretas diligencias en él contenidas (actas de constancia, croquis, planos, etc.) podrán adquirir valor de prueba documental o pericial cuando se introducen en calidad de prueba preconstituida a través de la lectura de los documentos, con el respeto a los principios procesales en materia de prueba y, en concreto, en relación a posibilitar la efectiva contradicción de las mismas. GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.: *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, *op. cit.*, p. 288-289.; JAMARDO LORENZO, A.: «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *op. cit.*

91 Al respecto, GUZMÁN FLUJA diferencia entre las garantías propias del juicio oral, y que únicamente se manifiestan en tal fase procesal, de las garantías propias de la instrucción que pueden ser convalidadas a fin de entender cumplida con el presupuesto de vigencia de las garantías propias del juicio oral. Esto quiere decir que, para el cumplimiento de las garantías propias de la actividad probatoria, habrá que atender a los puntos comunes que puedan vincular éstas con los principios propios de la fase de instrucción. En este punto, por ejemplo, GUZMÁN FLUJA expone que la intermediación judicial no es —ni debe ser— lo mismo en la fase de instrucción que en la fase de juicio oral. *Vid.* GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 328 y ss.

92 GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 339.

Conviene, ahora, referirnos a los principios esenciales de la actividad probatoria que han de ser analizados a fondo en el procedimiento de preconstitución probatoria.

En primer lugar, es necesario aludir al principio de intermediación judicial. Naturalmente (dada la condición de las diligencias tratadas en este trabajo), la vigencia de la intermediación judicial en la práctica de estos actos de investigación resulta inviable. Y ello debido a que, tal y como se expuso en anteriores líneas, la actividad policial de prevención se desarrolla sin necesidad de control por parte de la autoridad judicial⁹³. En virtud de lo anterior, y para la garantía de la intermediación judicial, la solución ofrecida se manifiesta exclusivamente a través de la lectura o reproducción de las actas de las diligencias de investigación. De este modo, el juez sentenciador no podrá apreciar de forma directa la práctica del acto de investigación concreto, pero sí podrá conocer directamente los resultados obtenidos. No cabe duda, por tanto, de que la exigencia de intermediación judicial se suaviza para el caso de la prueba preconstituida.

En segundo lugar, es necesario aludir al principio de contradicción de las partes. Una vez más, dada la naturaleza propia de las diligencias objeto de estudio en este trabajo, será difícilmente viable la vigencia del principio de contradicción, en sentido estricto, durante la práctica de las mismas, en tanto que no se habría iniciado todavía el proceso penal. No obstante, la exigencia de contradicción en estos supuestos se manifiesta por dos vías diferenciadas: primero, respecto del respeto del derecho de defensa durante la práctica de la diligencia de investigación⁹⁴; segundo, respecto de la posibilidad de contradicción posterior en el acto del juicio oral⁹⁵.

3.1.3. Cadena de custodia y valoración de la prueba

Es conveniente dejar claro que la cadena de custodia se inicia en el momento de la obtención de la fuente de prueba, por lo que en este caso hablamos de que la cadena de custodia se inicia con la obtención de los resultados de la diligencia policial practicada, y se dilata hasta el momento de aportación de la prueba al juicio oral.

A pesar de que su presencia se limita al recorrido señalado, ciertamente —al estar vinculada a la *verosimilitud* de la prueba— el estado en que se haya desarrollado la cadena de custodia incide directamente en la valoración de la prueba aportada.

93 Con todo, de ser posible la presencia del juez de instrucción en la práctica de las diligencias de investigación de carácter policial (fundamentalmente, en aquellas que se efectúan con control judicial y no en las de carácter preventivo), esta presencia no podría derivar en la vigencia del principio de intermediación judicial; sino que se estaría hablando de la intermediación *instructoria*, que puede ostentar la capacidad para garantizar la legalidad del acto, pero no es suficiente para sustituir la necesaria intermediación del juez sentenciador. Vid. GUZMÁN FLUJA, V.: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 342-343.

94 Al respecto de esta primera vía para la garantía del principio de contradicción, esta hace referencia a la exigencia de que la práctica del acto de investigación se lleve a cabo con el debido respeto a todas las garantías de la persona y, en concreto, respetando el deber de información.

95 Tal y como se ha afirmado anteriormente, la efectividad del principio de contradicción debe ofrecerse a través de la lectura de las actas en presencia de todas las partes, por un lado, y mediante la práctica de la declaración testifical de los agentes firmantes del atestado policial, por otro. De esta forma se ha de garantizar la posibilidad de que las defensas puedan ejercer sus derechos respecto de la prueba aportada, por ejemplo, pudiendo interrogar a los agentes firmantes del atestado.

En este punto, y dado que se refiere a la cadena de custodia de diligencias que no gozan de carácter digital, se manifiesta un control de la cadena de custodia más tradicional. En este sentido, debe acreditarse el recorrido de las muestras obtenidas por medio de la documentación de la cadena de custodia y, en caso de insuficiencia de la misma, mediante la testifical de los agentes intervinientes en los actos que la integran, tal y como se ha señalado en el punto 1.1. (desarrollo jurisprudencial y plano doctrinal de la cadena de custodia) del presente trabajo.

Es importante tener en cuenta que, de acreditarse una correcta cadena de custodia, se verá reforzada la fiabilidad de la prueba preconstituida y, en consecuencia, la valoración de la misma como prueba de cargo (o descargo) válida que quedará respaldada por la garantía de la cadena de custodia. Al contrario, convine recordar —una vez más— que, de apreciarse irregularidades en la cadena de custodia, habrá de atender a la entidad de las mismas, a fin de determinar si son suficientes para afectar, o no, a la fiabilidad de la prueba aportada en el proceso.

3.2. De las diligencias policiales de prevención de carácter digital

3.2.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba

Dentro de las diligencias policiales de prevención de carácter digital se han identificado las grabaciones de videovigilancia y la geolocalización.

En puntos anteriores, se ha afirmado que los requisitos para la preconstitución de la prueba son propios a cada una de las concretas diligencias y no generales a todas ellas, es por ello que —en este punto— se analizarán separadamente los requisitos exigidos para que las grabaciones de videovigilancia, en primer lugar, y la geolocalización, en segundo lugar, puedan alcanzar valor probatorio.

a) Las grabaciones de videovigilancia

Las grabaciones de videovigilancia constituyen otro acto más de investigación policial y hacen referencia a la posibilidad que se otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la utilización de videocámaras con la finalidad de obtener grabaciones de imagen y sonido en lugares públicos, ya sean abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento a fin de, entre otros, prevenir la comisión de delitos e infracciones conectadas con la seguridad pública (art 1.1 LO 4/1997).

El empleo de este tipo de dispositivos en el marco de la actividad policial de prevención está regulado en la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En este sentido, tal y como se reconoce en el preámbulo de la citada norma, esta LO tiene por finalidad la regulación del uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los medios de grabación de imagen y sonido, para el aseguramiento de las garantías que sean necesarias para el alcance del equilibrio entre el ejercicio de los y derechos y libertades reconocidos en nuestra CE y la defensa de la seguridad pública.

En virtud de lo anterior, la policía judicial tiene competencia para la instauración de cámaras de videovigilancia a fin de garantizar la seguridad y prevenir la comisión de hechos delictivos, previa autorización administrativa, siempre y cuando los dispositivos empleados afecten únicamente a espacios públicos. En caso contrario, se prevé la exigencia de autorización judicial específica que, motivadamente, autorice la fijación de cámaras cuyo objeto de filmación pueda afectar a la propiedad privada y/o

la intimidad de las personas⁹⁶, debido a su confrontación con los derechos fundamentales de los afectados por la medida.

La instalación de estas cámaras debe efectuarse con el debido respeto al principio de proporcionalidad y respeto al derecho a la intimidad de los ciudadanos, en tanto que no dejan de ser grabaciones de carácter administrativo (motivo por el cual, asimismo, se vincula únicamente a la filmación de espacios públicos).

Los requisitos propios para la preconstitución de la prueba son los siguientes: primero, la grabación debe efectuarse en espacios públicos; segundo, se requiere autorización administrativa previa a la instalación de las cámaras; tercero, debe ponerse a disposición judicial del material grabado en un lapso de tiempo breve y no superior a 72 horas; cuarto, se requiere la aportación del material íntegro en los soportes originales, para que la autoridad judicial pueda ejercer el debido control sobre su autenticidad⁹⁷, con la incorporación del soporte electrónico donde se contengan las grabaciones al atestado policial (art. 7 LO 4/1997).

b) La geolocalización

La geolocalización accede al proceso penal, como medio de investigación derivado de la actividad policial de prevención, con la aparición de aquellos dispositivos tecnológicos que, como el GPS, permiten la localización espacial de las personas⁹⁸.

El art. 588 *quinquies b* apartado 4 prevé la posibilidad de ejecutar esta medida en el marco de la actuación policial de prevención, limitada a razones de urgencia que impliquen la sospecha de que, de no procederse de forma urgente, se perjudicará el buen desarrollo de la investigación. Será ejecutada por la policía judicial, quien deberá informar al juez en un plazo máximo de 24 horas y, posteriormente, la medida debe ser confirmada por el juez. En caso de ser rechazada, deberá cesarse de inmediato en el ejercicio de esta diligencia y los resultados obtenidos no podrán alcanzar efecto alguno en el curso del proceso (ni como prueba preconstituida ni como medida de investigación).

Fuera del concreto ámbito de la actuación policial preventiva, se regula en el art. 588 *quinquies b* y *c*, donde se recogen los requisitos para su ejecución y la duración de la medida. El empleo de esta medida en este ámbito, se condiciona a la concurrencia de razones de necesidad y cumplimiento del principio de proporcionalidad y, asimismo, a la necesaria autorización proveniente del juez competente, donde, además, deberá especificarse el medio técnico que será utilizado.

3.2.2. Presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida

En el punto 3.1.2. del presente trabajo (relativo a los presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba preconstituida derivada de las diligencias policiales de prevención de carácter técnico-científico) ya se han expuesto los presupuestos para ello, por lo que me remitiré a lo ya mencionado en tal apartado, procediendo

96 GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 377-378.

97 GIRALDO PÉREZ, S.: «Diligencias de investigación (II)», en *op. col.* GIMENO SENDRA, V. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Código procesal penal para la policía judicial*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 275-276.

98 GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *op. cit.*, p. 384.

—a continuación— a exponer las peculiaridades en la incorporación al juicio oral de la prueba preconstituida derivada de las diligencias policiales de prevención de carácter digital.

Así y en síntesis, ambos tipos de diligencias comparten, como presupuestos, la necesaria incorporación a través del correspondiente atestado policial (como medio para la introducción en el juicio oral de los resultados obtenidos de las diligencias policiales de investigación), con la posterior reiteración y ratificación en juicio oral por parte de los agentes firmantes del mismo.

No obstante, la peculiaridad en la introducción de la prueba preconstituida analizada en este punto y que deriva de su carácter digital, hace referencia a la posibilidad de reproducir en juicio los medios tecnológicos donde se contienen los resultados de la diligencia practicada en la investigación criminal (todo ello en virtud de lo expuesto en el art. 730 LECrim).

Se trata, por tanto, de dar cumplimiento al presupuesto de lectura de las actas donde se reflejan los resultados de la diligencia, no obstante, esta «lectura» se manifiesta —por la propia naturaleza digital del medio empleado— en la posibilidad de reproducción de los mismos. En este sentido, y de la misma forma que ocurría anteriormente, la reproducción de los medios tecnológicos en el acto del juicio oral se efectúa en cumplimiento de los principios inspiradores de la actividad probatoria, y especialmente en relación con los principios de inmediación judicial y contradicción de las partes.

3.2.3. Cadena de custodia y valoración de la prueba

En cuanto a la problemática específica de la cadena de custodia de la prueba derivada de las diligencias policiales de carácter digital deriva de la volatilidad de estos elementos, lo que propicia un mayor riesgo para el aseguramiento de su identidad e integridad, manifestándose la necesidad de acudir a novedosos mecanismos capaces de acreditar la cadena de custodia de los elementos digitales.

A mayores, se presenta también una vinculación más fuerte con una posible injerencia en los DDFF⁹⁹, de modo que habrá de tener especial cuidado en el desarrollo de la cadena de custodia en estos supuestos, debido a que, como ya se ha visto, existe la posibilidad de injerencia en DDFF en un momento posterior al de la obtención de la fuente de prueba, lo que determinará, igualmente, la nulidad de la prueba¹⁰⁰. En este sentido, es necesario subrayar que, en el caso de la fuente de prueba digital, este riesgo de injerencia en DDFF se manifiesta más notorio durante el desarrollo de la cadena de custodia, puesto que —tal y como se ha mencionado anteriormente— se evidencia una mayor vinculación con los siguientes DDFF: el derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), principalmente.

Por tanto y en atención a lo anterior, una vez más la cadena de custodia juega un papel fundamental en la valoración de la prueba preconstituida (derivada de las diligencias policiales de prevención de carácter digital), en tanto que —como ya se ha expuesto en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo— la cadena de custodia afecta directamente a la *verosimilitud* de la prueba y, en consecuencia, se configura como un presupuesto de fiabilidad.

99 MESTRE DELGADO, E.: «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en *op. cit.*, pp. 39-79.

100 CALAZA LÓPEZ, S.: «Cadena de custodia y prueba tecnológica», en *op. cit.*, pp. 39-61.

En este sentido y en atención al carácter digital de las diligencias estudiadas en este punto, se enfatiza nuevamente la necesidad de que la corrección de la cadena de custodia quede acreditada a través de mecanismos capaces de garantizar la *mis-midad* de los elementos digitales. Esto permitiría alcanzar un grado de fiabilidad adecuado para que el Juez o el Tribunal sentenciador confíe en la integridad y autenticidad de la prueba digital en el momento de su valoración y, en consecuencia, ésta sea tenida en cuenta como prueba de cargo válida sobre la que fundamentar la sentencia de condena (o, en caso contrario, como prueba de descargo cuando así se haya configurado).

4. A modo de conclusión

La vinculación entre cadena de custodia y valoración de la prueba preconstituida resulta razonable, dadas las características que le son propias a cada una de estas instituciones. Al inicio de este trabajo se expuso la idea —ampliamente reconocida doctrinal y jurisprudencialmente— de que la cadena de custodia afecta a la llamada *verosimilitud* de la prueba.

Partiendo de esta premisa, resulta lógico pensar que la cadena de custodia ostenta un vínculo directo en la valoración de la prueba preconstituida, puesto que la valoración de la misma y la confianza sobre la identidad de los resultados aportados como prueba y provenientes de las diligencias policiales de prevención, dependerá en gran medida del buen desarrollo de una correcta cadena de custodia.

En este sentido, la prueba preconstituida derivada de la actividad policial de prevención podrá alcanzar valor probatorio y adquirir la condición de prueba de cargo (o descargo) válida cuando se superen los tres planos —puestos de relieve a lo largo de este trabajo— siguientes: en primer lugar, con el cumplimiento de los requisitos específicos para la preconstitución de la prueba obtenida de cada concreta diligencia de investigación; segundo, respecto de los presupuestos para la incorporación al juicio oral de la prueba ya preconstituida; y tercero, en lo relativo a la valoración de la prueba preconstituida (que ya ha accedido al proceso como medio de prueba válido) en virtud del grado de fiabilidad que ostente dicha prueba en atención al desarrollo de la cadena de custodia de la misma.

5. Bibliografía

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: «La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas», en *op.col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 81-106.

ARIZA COLMENAREJO, M.J.: «Garantías procesales en el uso de drones en la investigación penal», en *op.col.* FUENTES SORIANO, O. (dir.), *Era digital, sociedad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 321-340.

ARRABAL PLATERO, P.: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. I (trad. OSSORIO FLORIT), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

BUENO DE MATA, F.: «La utilización de drones como diligencia de investigación tecnológica: consecuencias probatorias», *Diario la Ley*, núm. 16, 2018.

- CALAZA LÓPEZ, S.:** «La prueba anticipada y preconstituida. Los principios inspiradores de la actividad probatoria», en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (auts.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 327-347.
- CALAZA LÓPEZ, S.:** «La fase de instrucción», en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (auts.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 223-246.
- CALAZA LÓPEZ, S.:** «El inicio del proceso penal: actos de iniciación, de imputación y de defensa», en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (auts.): *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 201-222.
- CALAZA LÓPEZ, S.:** «Cadena de custodia y prueba tecnológica», en *op.col.* VILLEGAS DELGADO, C. y MARTÍN RÍOS, P. (edits.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39-61.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.:** «La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal», *Diario la Ley*, núm. 8213, 2013.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.:** «La fase de instrucción o de investigación», en MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (auts.), *Derecho Procesal Penal*, 10.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 219-234.
- DEL POZO PÉREZ, M.:** *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2014.
- DEL POZO PÉREZ, M.:** «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013.
- DUART ALBIOL, J.J.:** *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014.
- EIRANOVA ENCINAS, E.:** «Cadena de custodia y prueba de cargo», *Diario la Ley*, núm. 6863, 2008.
- ESPÍN LÓPEZ, I.:** «La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital», *La Ley Penal*, núm. 151, 2021.
- FIGUEROA NAVARRO, C.:** «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», *La Ley Penal*, núm. 84, 2011.
- GIMENO SENDRA, V.:** «La prueba preconstituida de la policía judicial» en GIMENO SENDRA, V. (aut.), *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2.ª edición, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018, pp. 371-386.
- GIMENO SENDRA, V.:** «La prueba preconstituida de la policía Judicial», *Revista catalana de Seguretat pública*, núm. 22, 2010, pp. 34-67.
- GIRALDO PÉREZ, S.:** «Diligencias de investigación (II)», en *op.col.* GIMENO SENDRA, V. y MARCHAL ESCALONA, N. (dir.), *Código procesal penal para la policía judicial*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 269-290.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.:** «La prueba preconstituida», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, Tomo II, pp. 83-115.

- GONZÁLEZ GRANDA, P.:** «Problemas específicos del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil», en *op.col.* GONZÁLEZ GRANDA, P. (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, Madrid, 2020, pp. 241-283.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.:** «Restricción de derechos y libertades y prueba prohibida: la deriva de las exclusiones probatorias», en GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (auts.): *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 449-464.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J.:** «Prueba digital y derechos fundamentales», en GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. (auts.): *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 465-490.
- GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A.:** *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014.
- GUILLÉN PÉREZ, V.:** «Análisis crítico de la retención policial en torno a las pruebas de detección alcohólica desde una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Público UNED*, núm. 111, 2021, pp. 191-224.
- GUTIÉRREZ SANZ, M.R.:** *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016.
- GUZMÁN FLUJA, V.:** *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- JAMARDO LORENZO, A.:** «La preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Diario la Ley*, núm. 8906, 2017.
- LADRÓN TABUENCA, P.:** «La cadena de custodia en el proceso penal español: revisión normativa», en *op.col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 19-38.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E.:** «Intervenciones corporales», en *op.col.* GIMENO SENDRA, V. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Código Procesal Penal para la policía judicial*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 369-398.
- MESTRE DELGADO, E.:** «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en *op.col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 39-79.
- RICHARD GONZÁLEZ, M.:** «La cadena de custodia en el proceso penal español», *Diario la Ley*, núm. 8187, 2013.
- SÁNCHEZ RUBIO, A.:** *La prueba científica en la Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ RUBIO, A.:** «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en *op.col.* BUENO DE MATA, F. (dir.), *FODERTICS 7.0: Estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 289-299.
- SENTÍS MELENDO, S.:** *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

SIMARRO PEDREIRA, M.: «Exclusiones probatorias en el ámbito digital», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, núm. 3, 2020, pp. 405-427.

LAS MUJERES VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA: ESTUDIO DESDE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Mónica María Bustamante Rúa
Profesora en la Universidad de Medellín

SUMARIO: 0. Breve reseña del origen del conflicto armado en Colombia: la mesa de diálogos de La Habana y los puntos del Acuerdo de Paz. 1. ¿Qué es la Justicia de Transición y cuáles son sus elementos? 2. ¿Cómo se configura la Jurisdicción Especial para la Paz? 3. Retos del proceso penal en la JEP. 4. La mujer víctima del conflicto armado y el enfoque diferencial en la JEP. 5. La práctica y valoración de la prueba con víctimas de violencia sexual. 6. La Paz como principio orientador y clave de lectura en el proceso penal aplicado por la JEP. 7. Bibliografía.

0. Breve reseña del origen del conflicto armado en Colombia: la mesa de diálogos de La Habana y los puntos del Acuerdo de Paz¹

Para referirse a las causas y el origen del conflicto armado en Colombia es importante centrarse de manera especial en el informe presentado el día 10 de febrero de 2015 por la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. En este documento de 809 páginas se plantean cuestiones complejas sobre la génesis y los efectos de la guerra en Colombia². La Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y sus Víctimas fue creada por la Mesa de Diálogos de La Habana, mediante Acuerdo del 5 de agosto de 2014. La Comisión la integraron doce expertos y dos relatores, elegidos en conjunto por las partes negociadoras, y se les encomendó la tarea de «producir un informe sobre los

-
- 1 Estas ideas parten de un estudio previo: BUSTAMANTE RÚA, M., PABÓN GIRALDO, L. y TORO GARZÓN, L.: «La Justicia de transición en Colombia: Breve estudio desde la dimensión procesal», *Justicia Transicional*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, pp. 108-111.
 - 2 Se sugiere hacer una lectura completa del documento: COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS: *Contribución al entendimiento del Conflicto Armado en Colombia*, febrero de 2015.

orígenes y las múltiples causas del conflicto, los principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a su persistencia, y los efectos e impactos más notorios del mismo sobre la población». En total se reunieron catorce documentos con visiones heterogéneas y disímiles sobre el origen, desarrollo y las consecuencias del conflicto colombiano. Así, los relatores en la presentación del informe precisan:

«Desde 1958 hasta la organización de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV), por parte de la Mesa de Conversaciones de La Habana, funcionaron en Colombia numerosas comisiones de estudio e investigación sobre el fenómeno de la violencia (doce de carácter nacional y tres locales), así como algunas comisiones extrajudiciales para casos específicos, creadas por decisiones gubernamentales, sin que ninguna de ellas haya tenido el carácter de una Comisión de la Verdad»³.

Este informe es el primero que surge a partir de la Mesa Diálogo y no solo por una voluntad gubernamental o política de carácter unilateral. Del informe se observa que no existe un acuerdo generalizado sobre el período de inicio del conflicto armado colombiano, pero se pueden identificar tres hitos concretos: i) en el primero se plantea que el origen del conflicto se enmarca en el período comprendido entre 1929-1930 y 1957-1958, dado que allí se adoptaron decisiones importantes para la historia de Colombia que generaron enfrentamientos violentos por la disputa de tierras; ii) la segunda postura ubica el inicio del conflicto a principios de la década de los ochenta con el fortalecimiento del narcotráfico; iii) y en la tercera visión se plantea que el inicio del conflicto se da en el período conocido como *La violencia*. De otro lado, tampoco existe una voz unívoca sobre los factores que determinaron el surgimiento del conflicto armado en Colombia, entre los cuales se pueden identificar los siguientes: 1) el factor agrario, 2) el capitalismo, 3) el papel de Estados Unidos, 4) la revolución cubana y la expansión del comunismo, y 5) las debilidades institucionales del Estado (que en el informe uno de los relatores denomina *fallas geológicas*).

Ahora bien, un paso trascendental que permitió definir las causas y origen del conflicto armado en Colombia, fue el *Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, que fue suscrito el día 26 de agosto de 2012 en La Habana, Cuba, por los representantes del Gobierno de la República de Colombia y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), en el que se acordó el inicio de conversaciones directas e ininterrumpidas con el fin de «alcanzar un acuerdo final para la terminación del conflicto que contribuyera a la construcción de la paz estable y duradera». Así, en la agenda se plantearon y se cumplieron como puntos de diálogo los siguientes: 1) la política de desarrollo agrario, 2) la participación política, 3) el fin del conflicto como proceso integral y simultáneo, 4) la solución al problema de las drogas ilícitas, 5) las víctimas, y 6) la implementación, verificación y refrendación del Acuerdo.

Finalmente, el Acuerdo de Paz se suscribió en la ciudad de Cartagena el día 24 de agosto de 2016 y fue sometido a plebiscito el 2 de octubre de 2016, y ante su no aprobación por parte de la ciudadanía, debió ser sometido a un exhaustivo examen y revisión que permitió incorporar algunos cambios y aclarar algunos puntos que llevaron a la versión del Acuerdo Final del 24 de noviembre de 2016⁴.

3 COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS: *Contribución al entendimiento del Conflicto Armado en Colombia*, febrero de 2015.

4 GOBIERNO DE COLOMBIA Y FARC-EP: Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016. Consultado en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

1. ¿Qué es la Justicia⁵ de Transición y cuáles son sus elementos?⁶

Sobre los orígenes de la «justicia transicional moderna», Ruti Teitel, en su trabajo titulado *Genealogía de la Justicia transicional*, plantea que estos orígenes se remontan a la Primera Guerra Mundial, sin embargo, observa el autor, la justicia transicional comienza a ser entendida como «extraordinaria e internacional» en el período de la posguerra, después de 1945. Así, precisa Teitel, existen las siguientes fases sobre los orígenes modernos de la justicia transicional: fase I, o fase de la posguerra, que inicia en 1945, y cuyo símbolo más conocido son los juicios de Núremberg, «refleja el triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del derecho internacional»; fase II, o de la posguerra fría, que comienza en 1989 con el colapso de la Unión Soviética; fase III, o estado estable de la justicia de transición, que se asocia con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que fijan las bases para delimitar como normal «un derecho a la violencia»⁷.

Para hacer un acercamiento al concepto de **justicia de transición**, se parte de una definición del profesor Kai Ambos, para quien

«El concepto se ocupa de justicia en sociedades en transición, sea **luego del conflicto o durante un conflicto en curso**; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno»⁸.

Para Ruti Teitel, la justicia transicional se puede definir como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político⁹. Por su parte, Elizabeth Salmón expone que «se ha denominado justicia transicional al proceso de transición política que enfrentan sociedades salidas de períodos de violencia en que se han cometido graves violaciones de los derechos humanos y en las que se busca llegar a una reconciliación nacional»¹⁰.

5 «La noción de Justicia es radicalmente polisémica y admite una enorme multiplicidad de adjetivaciones. La justicia se dice de muchas maneras: moral, legal, penal, estatal, internacional, distributiva, retributiva, social, humana, divina, etc.». VELASCO, J.C.: «Justicia Global: Un nuevo marco global para la justicia social», *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Editorial Atelier, 2010, p. 193.

6 Las ideas que se exponen parten de un trabajo previo, véase: BUSTAMANTE RÚA, M., PABÓN GIRALDO, L. y TORO GARZÓN, L.: «La Justicia de transición en Colombia: Breve estudio desde la dimensión procesal», *Justicia Transicional*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, pp. 108-111.

7 TEITEL, R.: «Genealogía de la Justicia Transicional», *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, F. REÁTEGUI, editor. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia, 2011, pp. 137-139.

8 AMBOS, K.: «El marco jurídico de la justicia de transición», *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, editores. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2009, p. 23 (el resaltado es nuestro).

9 TEITEL, R.: «Genealogía de la Justicia Transicional», *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, F. REÁTEGUI, editor. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia, 2011, p. 135.

10 SALMÓN, E.: «Algunas reflexiones sobre derecho internacional humanitario y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana», *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, F. REÁTEGUI, editor. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia, 2011, p. 227.

Hablar de justicia de transición implica reflexionar en torno a una constante y compleja paradoja que destacan los expertos en el tema: de un lado, el abstenerse de una persecución penal y/o del castigo como condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación y, de otro, que no sea seguro que a través de la impunidad de algunos crímenes (amnistías e indultos) se llegue efectivamente a la reconciliación e incluso a una paz sostenible. En ese sentido, el profesor Kai Ambos invita a no perder la perspectiva, al expresar con claridad que

«Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta; un análisis puramente jurídico pierde de vista estas circunstancias en su mayor parte sociopolíticas y la dimensión moral de la justicia de transición. Es crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia tomando en consideración todos los intereses en juego»¹¹.

De allí, se plantea el autor, la justicia de transición supone asegurar al mismo tiempo «Justicia» y «Paz», y, precisamente, facilitar la transición pacífica implica la abstención de la persecución penal y del castigo a través de la aplicación de las amnistías e indultos. Se destaca que el elemento **justicia** tiene como punto de partida el deber de perseguir crímenes internacionales de conformidad con lo estipulado en los artículos 6 (Genocidio), 7 (Crímenes de lesa humanidad) y 8 (Crímenes de Guerra) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que conduce necesariamente a la prohibición de amnistías y de otras medidas de exención. Al respecto, Ambos afirma que se exige una visión más sofisticada del concepto amplio de justicia aplicable en la justicia de transición, lo que implica dos retos importantes: primero, que el interés de justicia debe ser complementado con los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales nucleares, que incluyen los derechos a la verdad, justicia y reparación y, segundo, que se deben desarrollar y aplicar alternativas a la persecución penal, en particular comisiones de la verdad efectivas.

Ahora bien, en la delimitación conceptual también resulta importante precisar los elementos de la transición, entre los que se suelen relacionar: la temporalidad para la construcción de paz, la excepcionalidad (adaptación de las instituciones), la territorialidad (demarca la necesidad de transformar los territorios), y la participación.

La **temporalidad** significa que un conflicto de más de medio siglo no se resuelve en brevedad, sino que implicará un espacio temporal adecuado y suficiente para construir la paz a través de la participación de todos los actores y como garantía de la consolidación de la democracia.

La **excepcionalidad**, por su parte, implica la adaptación de todo el sistema jurídico y de las instituciones a las cuestiones que demandan un preciso equilibrio entre los valores de paz y justicia, lo cual involucra una normativa especial y excepcional, la creación y puesta en marcha de una jurisdicción especial para la paz y otras acciones encaminadas a la desmovilización con garantías de las FARC-EP y a la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Todo ello acompañado de la necesaria **transformación de los territorios**, puesto que debe valorarse que en cada región el conflicto ha tenido sus propias características y se ha desarrollado en diferentes niveles, lo que invitará a la población y las autoridades locales a delimitar con claridad las necesidades de cada territorio para su transformación y construcción de la paz. La transformación de los territorios deberá

11 AMBOS, K.: «El marco jurídico de la justicia de transición», *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, editores. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2009, p. 33.

ir acompañada de acciones efectivas de restitución de tierras, reparación de víctimas, creación de espacios para la integración de los desmovilizados en proyectos productivos, etc.

Y, finalmente, un elemento esencial de la transición es la **participación** consciente de todos y cada uno de los actores del conflicto, así como la voz de las víctimas, sin la participación de todos los colombianos no es posible la consolidación de la democracia y la construcción de la paz.

En ese sentido, es importante destacar cuál es la finalidad de la Justicia Transicional, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, declaró la constitucionalidad de la normativa demandada del Marco Jurídico para la Paz, al señalar que:

«La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)»¹².

Para cumplir con este objetivo central, la Corte Constitucional precisa que es necesario desarrollar unos objetivos especiales que se sintetizan así: el **reconocimiento** de las víctimas y de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como la garantía de no repetición; el **restablecimiento** de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron, esto es, el restablecimiento y el respeto del Estado de Derecho; la **reconciliación**, que implica la superación de las violentas divisiones sociales, la confianza social y la solidaridad, para fomentar una cultura política democrática; el **fortalecimiento** de la democracia, restaurando una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para que los ciudadanos participen en sus instituciones políticas.

2. ¿Cómo se configura la Jurisdicción Especial para la Paz?¹³

A partir de la mesa de negociación y su consecuente Acuerdo de Paz, se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, integrado por: a) la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), b) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y c) la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas. A su vez, se definió que la Jurisdicción Especial para la Paz estaría integrada por el Tribunal para la Paz¹⁴. A esta instancia jurisdiccional se le asignaron las funciones de: a) juzgar e imponer sanciones a los responsables de delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado,

12 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013.

13 Las ideas expuestas en este punto parten de un trabajo previo: BUSTAMANTE RÚA, M.: «El Proceso Penal en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Escenario de respeto de los derechos humanos», *Derecho Procesal del Siglo XXI. Visión Innovadora*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2018, pp. 291-316.

14 Hay que tener en cuenta que el Acuerdo Final del Paz, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP (diciembre de 2016), fue incorporado a la Constitución Política de Colombia mediante el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, «Por medio del cual se crea el título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una paz estable y duradera».

b) proferir sentencias, para quienes reconozcan su responsabilidad, fundadas en las conductas reconocidas, c) llevar a cabo un juicio contradictorio para quienes no reconozcan responsabilidad, y d) fijar y verificar las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción¹⁵.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 del 04 de abril de 2017, se establece que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición parte de los siguientes principios: de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos, de reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido, de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron directa o indirectamente en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición¹⁶.

Al mismo tiempo se establece que uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que, preferiblemente, busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto. En este sentido, dicha jurisdicción:

«[...] tendrá competencia para conocer de crímenes internacionales más graves (genocidio, crímenes de lesa humanidad) y de crímenes individuales (toma de rehenes, tortura, desplazamiento forzado, violencia sexual), con plena conformidad con el Derecho Internacional (artículo 6, inc. 5: Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra)»¹⁷.

La JEP se sujetará a un régimen legal propio, con plena autonomía administrativa, presupuestal y técnica, y, en particular, administrará justicia de forma transitoria, conociendo de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva las conductas cometidas con anterioridad al 1.º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en él, en especial respecto de conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos (artículo transitorio 5.º).

Entre los objetivos de esta jurisdicción se trazan los siguientes: satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto interno.

En cuanto a su configuración, el artículo transitorio 7.º del citado acto legislativo define que la Jurisdicción Especial para la Paz¹⁸ tendrá la siguiente composición:

15 Sobre las funciones del Tribunal Especial para la Paz se puede consultar su página web oficial: <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Tribunal-Especial-para-la-Paz.aspx>

16 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: Acto Legislativo 01 del 04 de abril de 2017, «Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones», *Diario Oficial*, N.º 50.196, 4 de abril de 2017, artículo 1.º transitorio.

17 BUSTAMANTE RÚA, M., PABÓN GIRALDO, L. y TORO GARZÓN, L.: «La Justicia de transición en Colombia: Breve estudio desde la dimensión procesal», *Justicia Transicional*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, p. 130.

18 «La Jurisdicción Especial para la Paz no hará parte de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, se establecieron algunos instrumentos o mecanismos de armonización entre ambas juris-

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas, Sala de Amnistía o Indulto, Tribunal para la Paz, Unidad de Investigación y Acusación, Secretaría Ejecutiva¹⁹.

Con respecto al **Tribunal para la Paz**, se establece que es el órgano de cierre y la máxima instancia de la JEP, el cual fue integrado por dos secciones de primera instancia: una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia. El Tribunal está compuesto por magistrados colombianos titulares y juristas expertos extranjeros que podrán actuar en calidad de *amicus curiae*.

Las salas de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, de Definición de las Situaciones Jurídicas, y de Amnistía o Indulto las conforman magistrados colombianos y, además, juristas expertos extranjeros.

La **Unidad de Investigación y Acusación (UIA)** realizará las investigaciones correspondientes y adelantará el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz, para lo cual podrá solicitar la colaboración de la Fiscalía General de la Nación y establecer con ella acuerdos de cooperación.

Finalmente, se establece que todas las sentencias del Tribunal para la Paz, así como las resoluciones de las Salas de la JEP que definan situaciones jurídicas, harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad.

el artículo 13.º transitorio del Acto Legislativo 01 establece que las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad primordial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz, y deberán tener la función restaurativa y reparadora del daño causado siempre en relación con el grado de verdad y responsabilidad.

En cuanto al plazo para la conclusión de las funciones de la JEP, consistentes en la presentación de acusación por la UIA, de oficio o como consecuencia de las resoluciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las Conductas, será de 10 años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de todas las salas y secciones, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo último que, de ser necesario, podrá ser prorrogado a través de ley para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP.

Al respecto, el Estado tiene autonomía para configurar sistemas jurídicos especiales, de conformidad con lo que define la Carta de las Naciones Unidas en respeto a la soberanía y libre autodeterminación de las naciones y con lo establecido en el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. En armonía con los instrumentos internacionales y la propia Constitución Política, en la Jurisdicción Especial para la Paz se concentrarán los casos más graves y representativos, y esta Jurisdicción tendrá facultades para organizar sus tareas, acumular casos semejantes, trazar criterios de priorización y selección, *graduar* «las sanciones dependiendo del grado de participación determinante en las conductas más graves y representativas» y analizar «la participación

dicciones». BUSTAMANTE RÚA, M., PABÓN GIRALDO, L. y TORO GARZÓN, L.: «La Justicia de transición en Colombia: Breve estudio desde la dimensión procesal», *Justicia Transicional*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, p. 127.

19 Para consultar sobre la configuración de la JEP, magistrados por salas, véase su página oficial <https://www.jep.gov.co/Paginas/organigrama.aspx>

determinante y la responsabilidad de mando con base en el criterio de control efectivo de la respectiva conducta»²⁰.

3. Retos del proceso penal en la JEP²¹

Hay que tener en cuenta que el componente de justicia del sistema, esto es, la Jurisdicción Especial para Paz, tiene tres objetivos centrales: la satisfacción de los derechos de las víctimas, la contribución al logro de una paz estable y duradera, y la seguridad jurídica para quienes participaron en el conflicto armado. Así, con el propósito de armonizar los derechos de las víctimas y la meta de alcanzar una paz estable y duradera, la JEP se orienta por la justicia restaurativa, en la cual el énfasis de atención son las necesidades de las víctimas y de los autores o responsables del delito, con el fin de procurar alcanzar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

Ahora bien, este procedimiento especial para la paz seguirá tres criterios orientadores, a saber:

«a) Centralidad de las víctimas. A través de su activa y amplia participación, directamente o a través de sus representantes.

b) Rendición de cuentas. Los victimarios tienen el compromiso de esclarecer los hechos, reconocer responsabilidades y reparar a las víctimas, sea de forma individual o colectiva, deben aportar verdad plena sobre lo sucedido.

c) Respeto irrestricto de los derechos de los procesados. Las personas comparecientes y las que voluntariamente se acojan a esta jurisdicción, gozarán de todas las garantías y derechos sustanciales y procesales, incluidos el debido proceso, la seguridad jurídica, el derecho de defensa y contradicción».

En definitiva, el proceso penal especial que se seguirá ante la JEP es *sui generis*, porque prevé varias entradas y salidas de la Jurisdicción, de acuerdo con el caso y las actuaciones y funciones del órgano correspondiente; se configuran, además, dos procedimientos mixtos: uno **restaurativo (dialógico)** y otro **retributivo (adversarial)** con enfoques étnico, territorial, diferencial y de género.

En esa medida, el componente de justicia es flexible, dinámico y dual, el carácter que adopten las decisiones de la JEP —**restaurativo o retributivo**— dependerá del grado de cooperación y reconocimiento de las personas que comparezcan ante la Jurisdicción. En cuanto a la escogencia del procedimiento, la JEP es dual, porque valora los hechos, conductas y actuaciones de los comparecientes en las diferentes etapas del proceso para adecuar su comportamiento al procedimiento aplicable —**dialógico o adversarial**—, según cada caso en particular.

20 BUSTAMANTE RÚA, M., PABÓN GIRALDO, L. y TORO GARZÓN, L.: «La Justicia de transición en Colombia: Breve estudio desde la dimensión procesal», *Justicia Transicional*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, p. 141. Véase también: ZULUAGA TABORDA, J.E.: «Justicia transicional y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal», *Justicia de transición y constitución II, análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Temis, 2015, pp. 47-78, y PATIÑO, M.C.: «La construcción de contextos y la priorización de casos: un cambio de paradigma en la cultura investigativa colombiana», *Proceso Judicial y Cultura. Una mirada global*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013, pp. 243-258.

21 BUSTAMANTE RÚA, M.: «El Proceso Penal en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Escenario de respeto de los derechos humanos», *Derecho Procesal del Siglo XXI. Visión Innovadora*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2018, pp. 291-316

En casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad el procedimiento se caracteriza por una naturaleza dialógica, restaurativa de los derechos de las víctimas —no adversarial—. Se trata de un escenario de encuentro y reconciliación entre las víctimas y los victimarios de los crímenes más graves y representativos, y da lugar a sanciones propias. Y en los casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, se acude subsidiariamente a un proceso de carácter adversarial, en el cual se formula acusación por parte de la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP, se imponen medidas de aseguramiento —de llegar a proceder las mismas—, y se adelanta un juicio oral y público para, finalmente, proferir un fallo absolutorio o condenatorio bajo sanciones de tipo alternativo. Los procesos tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años u ordinario, de 15 a 20 años.

De otro lado, la Jurisdicción Especial para la Paz deberá ponderar en sus procesos algunos principios propios de una justicia de transición, entre ellos: la centralidad de las víctimas con visión de justicia restaurativa; el doble carácter de la justicia transicional: restaurativo y retributivo; la prevalencia de la justicia restaurativa; la verdad restaurativa; el procedimiento dialógico; la gradualidad de las sanciones; los enfoques diferenciales y la diversidad territorial; *pro homine* y *pro víctima*; el enfoque de género; el enfoque interseccional, y la integración. Igualmente, este procedimiento se caracteriza por que aplica criterios de selección y priorización de casos, con el fin de concentrar el ejercicio de la acción penal transicional en la persecución de los responsables por la comisión de los crímenes más graves y representativos.

El constitucionalista Humberto Sierra Porto plantea que la Constitución es norma de aplicación directa y es criterio de interpretación del resto del ordenamiento, por lo que, en su reflexión, la aplicación de un derecho paralelo o excepcional, que parte del contenido del Acuerdo de Paz suscrito entre las Farc y el Gobierno Nacional, y que tiene un efecto similar a la Constitución, tendrá dificultades, porque se podrá aplicar sin que sean necesarios desarrollos legales de los Acuerdos por parte de los jueces: «Aplicar directamente los Acuerdos de paz en casos concretos, sin necesidad de leyes, puede generar una justicia de caso concreto, lo que sin duda generará que el Derecho no obedezca a criterios generales, así como un importante grado de impredecibilidad.»²²

En ese sentido, Sierra Porto considera que los principales retos jurídicos en la implantación y en el funcionamiento de la citada jurisdicción de paz y en especial del Tribunal de Paz serán los mismos que se presentan como tendencia en el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria: a) facultad oficiosa en materia probatoria, b) el contenido de la sentencia y las clases de órdenes, c) la aplicación del principio de oportunidad, d) la posibilidad que tiene el juez de prescindir de etapas procesales, e) el manejo del contexto de la realidad sobre la que se está decidiendo para tomar decisiones eficaces, etc.²³, y, además, d) el abordaje adecuado de los enfoques diferenciales, de género y de territorio.

22 SIERRA PORTO, H.: «Los retos del proceso de paz colombiano», *Reconciliación y Derecho Procesal*, R. BEJARANO GUZMÁN, P. MORENO CRUZ, M. RODRÍGUEZ MEJÍA, editores. Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 94.

23 SIERRA PORTO, H.: «Los retos del proceso de paz colombiano», *Reconciliación y Derecho Procesal*, R. BEJARANO GUZMÁN, P. MORENO CRUZ, M. RODRÍGUEZ MEJÍA, editores. Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 95.

Estos desafíos responden también a la inevitable encrucijada de: ¿juzgar o perdonar?, ¿excluir o incluir a los victimarios?, ¿priorizar políticas públicas o el respeto del Estado de Derecho?, ¿enfoque centrado en las víctimas o en los victimarios?, ¿olvidar o recordar? De donde se plantea que el proceso penal que se tramitará ante la Jurisdicción Especial para la Paz deberá asumir los retos que vinculan el juzgamiento del delito, la inclusión de las víctimas, la coherencia con el respeto de los derechos humanos, y con enfoque de prevalencia a los derechos de verdad, justicia y reparación.

Y, por supuesto, uno de los principales desafíos de la Jurisdicción Especial para la Paz, como jueces internos, será llevar a cabo un estricto control de convencionalidad en el contexto del principio de subsidiaridad, que regula el reparto de competencias entre la justicia interna y la internacional. De tal manera que, en principio, cuando la JEP, y en particular el Tribunal para la Paz, aplique debidamente el contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia que ha trazado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de debido proceso y protección de los derechos de las víctimas, evitará que los casos lleguen a conocimiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos²⁴.

4. La mujer víctima del conflicto armado y el enfoque diferencial en la JEP

En la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), con corte a 31 de mayo de 2022²⁵, se encuentran registradas como víctimas del conflicto armado 9.294.225 personas, de las cuales 4.668.712 son mujeres, 4.620.489 son hombres, 4.352 son personas LGBTI, 371 son personas intersexuales, mientras que de 301 personas no se dispone de información. Del total de víctimas reconocidas por el Registro Único de Víctimas (RUV), 1.448.869 son personas que pertenecen a algún grupo étnico, infortunadamente, en los datos públicos de la UARIV no se cuenta con un dato específico sobre la cantidad de niñas, mujeres y personas con orientaciones sexuales o identidades de género diversas con pertenencia indígena, afrocolombiana, negra, raizal palenquera o rom que hayan sido reconocidas en dicho registro. Esta situación evidencia que los problemas específicos de las personas, comunidades o pueblos étnicos no se visibilizan.

En el RUV se reportan 16 hechos victimizantes, de acuerdo con la información registrada por los diferentes sistemas misionales, a saber: 1. Abandono o despojo forzado de tierras; 2. Acto terrorista / atentados / combates / enfrentamientos / hostigamientos; 3. Amenaza. 4. Confinamiento; 5. Delitos contra la libertad y la integridad sexual en desarrollo del conflicto armado; 6. Desaparición forzada; 7. Desplazamiento forzado; 8. Homicidio; 9. Lesiones personales físicas; 10. Lesiones personales psicológicas; 11. Minas antipersonal, munición sin explotar y artefacto explosivo improvisado; 12. Pérdida de bienes muebles o inmuebles; 13. Secuestro; 14. Tortura; 15. Vinculación de niños, niñas y adolescentes a actividades relacionadas con grupos armados; 16. Sin información.

24 OTEIZA, E.: «Corte Interamericana y Cortes Superiores. El control difuso de convencionalidad *ex officio*», *La Jurisdicción y la Protección Internacional de los Derechos*, Sello Editorial de la Universidad de Medellín, 2011, pp. 207-229.

25 GOBIERNO DE COLOMBIA: Unidad para las Víctimas, Reportes: Víctimas por hecho victimizante (fecha de corte: 31 de mayo de 2022). Consultado en <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

De las 16 categorías de hechos victimizantes en el marco del conflicto armado, al revisar la información se observa que, para el total de mujeres registradas, el 97 % de ellas se identifican como víctimas de desplazamiento forzado, homicidio, amenaza, desaparición forzada y pérdida de bienes muebles o inmuebles. Asimismo, del total de personas LGBTI, el 95 % son víctimas de desplazamiento forzado, amenaza, delitos contra la libertad y la integridad sexuales en desarrollo del conflicto armado, homicidio, tortura y acto terrorista / atentados / combates / enfrentamientos / hostigamientos.

En el Acuerdo de Paz se establece como principio orientador la igualdad y el enfoque de género, y se reconoce a las mujeres como ciudadanas autónomas, sujetos de derechos que, con independencia de su estado civil, relación familiar o comunitaria, tienen acceso en condiciones de igualdad con respecto a los hombres a la propiedad de la tierra, proyectos productivos, opciones de financiamiento, infraestructura, servicios técnicos, formación, etc., en atención a las condiciones sociales e institucionales que les han impedido acceder a activos productivos y bienes públicos y sociales. Este reconocimiento implica adoptar medidas específicas en la planeación, ejecución y seguimiento de los planes y programas contemplados en este Acuerdo, para que en su implementación se tengan en cuenta las necesidades específicas y condiciones diferenciales de las mujeres, de acuerdo con su ciclo vital, afectaciones y necesidades.

El Acuerdo de Paz señala que desde el enfoque de género se pondrá especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes, quienes han sido afectados por las acciones de grupos armados relacionados con el Acuerdo. Este enfoque tendrá en cuenta los riesgos específicos que enfrentan las mujeres contra su vida, libertad, integridad y seguridad y se adecuará a dichos riesgos.

Igualmente, en la normativa que desarrolla la JEP se identifican los principios básicos que integran el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). En él se establece que en la Jurisdicción se debe implementar el enfoque de género, que implica identificar de forma diferenciada las causas y consecuencias de la afectación del conflicto armado a las mujeres, niñas, niños y personas con orientaciones sexuales e identidad de género diversas, como también reconocer que las diferencias entre hombres y mujeres son un producto social y no resultado de la naturaleza, así como la exacerbación de esquemas de exclusión y discriminación por razón de la pertenencia étnica (indígenas, rom, negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras), las condiciones de discapacidad, la edad o las situaciones de vulnerabilidad que se dan en los territorios. Por ello, la JEP analiza las situaciones ocasionadas por el conflicto armado desde una mirada de la complejidad y de la comprensión de las múltiples discriminaciones.

Analizar el conflicto armado interno desde los enfoques de género, étnico-racial y diferencial visibiliza estrategias y formas de violencia particulares sobre los cuerpos y vidas de las mujeres, niñas y personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, que tuvieron afectaciones distintas sobre sus vidas, y así se reconoce y valora un aspecto de la guerra y de la violencia pocas veces visibilizado, pero sí normalizado y naturalizado.

A partir del compromiso para esclarecer la violencia sexual contra las mujeres y personas con orientaciones sexuales diversas, el Acuerdo de Paz reconoce que se trata de uno de los delitos más graves cometidos con ocasión del conflicto armado por todos los actores que participaron en él. Asimismo, resalta que la investigación de la violencia sexual conlleva la necesidad de identificar patrones de victimización en contextos. Por eso, el análisis complejo de las violencias en el marco del conflicto armado implica tener en cuenta lecturas multidimensionales que le permitan a la Jurisdicción contar con elementos que conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la satisfacción integral de los derechos de las víctimas.

Así las cosas, a partir de lo que describe su Ley Estatutaria²⁶, la JEP observará en todas sus actuaciones, procedimientos, decisiones y controles, enfoques diferenciales de acuerdo con la diversidad territorial y con ocasión de la condición de discapacidad; la orientación sexual o la pertenencia a la población LGBTI; la raza o etnia; la religión o creencia; la pertenencia a la tercera edad; ser niños, niñas y adolescentes; entre otros. Este principio de diversidad se traduce en la obligación de adoptar medidas adecuadas y suficientes a favor de los sujetos de especial protección constitucional. Asimismo, desde el enfoque de género, se establece que la JEP dará aplicación y observancia plenas a los derechos de las mujeres reconocidos en la Constitución, los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados y la ley. En particular, el derecho a una vida libre de violencias y discriminación, acceso a la justicia, participación en la construcción y consolidación de la paz, y a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Ahora bien, a la fecha de presentación de este trabajo, la Jurisdicción Especial para la Paz ha dado apertura a siete casos²⁷. Veamos: a) Caso 01: Toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad cometidas por las FARC-EP; b) Caso 02: Situación territorial en Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño); c) Caso 03: Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado; d) Caso 04: Situación territorial de la región de Urabá; e) Caso 05: Situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca; f) Caso 06: Victimización de miembros de la Unión Patriótica; g) Caso 07: Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado.

Igualmente, a inicios del 2022, a través del Comunicado 012, la JEP convocó a víctimas y defensores con la finalidad de dar apertura a tres nuevos macrocasos:

- «i) Concentración nacional de crímenes cometidos por las extintas FARC-EP que investiga violencia sexual y basada en género, homicidios, masacres, desplazamiento forzado, desaparición forzada, tomas a poblaciones, uso de armamento indiscriminado y otros crímenes no amnistiables,
- ii) Crímenes cometidos por miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado o en asociación con grupos paramilitares y terceros civiles que investiga violencia sexual y basada en género, asesinatos, masacres, desapariciones forzadas, torturas, desplazamiento forzado y despojo de tierras y
- iii) Concentración de crímenes cometidos contra Pueblos y Territorios Étnicos que investiga masacres y asesinatos selectivos e indiscriminados contra autoridades, lideresas e integrantes de pueblos étnicos, destrucción a la naturaleza, territorio y daño socioambiental y otros repertorios de violencia asociados como violencia sexual y desaparición forzada cometidos por todos los actores del conflicto comparecientes obligatorios y voluntarios ante esta Jurisdicción»²⁸.

Como ya se dijo, las medidas de reparación y restauración en el marco de la JEP deben tener un enfoque de género, lo cual implica que deben reconocer los sufrimientos especiales y diferenciados de las mujeres y personas LGBTI y que, en los casos de

26 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: Ley 1922 de 2018, «Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz». *Diario Oficial*, N.º 50.658, 18 de julio de 2018.

27 JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: *Los grandes casos de la JEP*. Consultado en: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/index.html>

28 JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: Comunicado 012, de 18 de febrero de 2022. Consultado en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-reitera-su-decisi%C3%B3n-indeclinable-de-abrir-tres-nuevos-casos.aspx#:~:text=>

violencias basadas en género, las víctimas deben ser consultadas sobre los proyectos restaurativos que presenten los comparecientes. Asimismo, para las reparaciones se debe adoptar un enfoque transformador que apunte a: acabar con la situación de exclusión que generó o potenció la victimización, cambiar las relaciones desiguales de género que fueron instrumentalizadas, exacerbadas y acentuadas en el marco del conflicto armado, y destruir los estereotipos machistas. Esto constituye un reto particular para la JEP, que le exige promover la construcción de proyectos restaurativos que apunten a transformar la situación de desigualdad de género (que es estructural en la sociedad) y que, a la vez, los puedan desarrollar los responsables sin afectar los derechos de las víctimas.

La JEP debe concentrar el ejercicio de la acción penal en las personas que tuvieron participación determinante en hechos graves y representativos en el marco del conflicto armado, aplicando los criterios de selección y priorización establecidos en el marco jurídico y en la guía de *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*²⁹. En virtud de tales criterios, es claro que la JEP debe priorizar y seleccionar los hechos que hayan afectado a víctimas en condiciones de vulnerabilidad, o que requieran la adopción de medidas diferenciales de protección, como las mujeres y personas LGBTI, por haber sufrido patrones históricos, sociales y culturales de discriminación relacionados con el género.

Asimismo, de acuerdo con el principio de centralidad de las víctimas, la JEP debe reconocer que las violaciones de los derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario son más graves cuando son dirigidas a grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, niñas y personas LGBTI. Adicionalmente, al desarrollar sus análisis de priorización y selección, se debe enfocar de manera particular en la sistematicidad, los patrones criminales y la magnitud de la victimización contra mujeres, niñas y personas LGBTI.

En atención a esto, en varios de los casos o situaciones priorizadas, como los casos 004 (Situación territorial de la región de Urabá), 005 (Situación territorial de norte del Cauca y sur del Valle del Cauca), 006 (Victimización de miembros de la Unión Patriótica por parte de agentes del Estado) y 007 (Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado), la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas ha tomado en consideración las violencias basadas en género o las violencias sexuales contra mujeres, niñas o personas LGBTI en el marco de su análisis de priorización. No obstante, la JEP no ha abierto un caso específicamente sobre violencias basadas en género, que incluya las violencias sexuales y reproductivas y los delitos motivados por prejuicios relacionados con la orientación sexual o identidad de género de las víctimas, cometidos en el marco del conflicto armado.

En todas las actuaciones y diligencias que desarrolle, la JEP debe reconocer la importancia de la participación de las mujeres y disponer lo necesario para garantizar que sea efectiva desde un enfoque de género. Adicionalmente, las víctimas de violencias basadas en género tienen derecho a no ser confrontadas con su agresor. Para ello, la JEP debe poner en funcionamiento las medidas judiciales y logísticas (disposición de espacios, medios de comunicación efectivos, etc.) necesarias para garantizar que las víctimas puedan participar de manera efectiva sin ser confrontadas con sus agresores y sin que ello resulte en menoscabo de sus derechos.

29 JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: Criterios y Metodología de Priorización de Casos y Situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, 25 de junio de 2018, Bogotá. Consultado en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

Además, la JEP cuenta con la Comisión de Género, integrada por seis magistrados y magistradas de las secciones y salas de justicia. Su objetivo es promover la implementación efectiva del enfoque de género, la igualdad de género y la no discriminación de personas LGBTI en la administración de justicia. Además, funciona como un órgano consultivo en materia de violencia contra mujeres y personas LGBTI. Los conceptos que la Comisión de Género elabore en el ejercicio de su labor de consulta deben estar en concordancia con lo establecido en el marco jurídico constitucional e internacional sobre violencias basadas en género y derechos de las mujeres, niñas y personas LGBTI.

Un referente importante para la JEP es la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **Caso Jineth Bedoya vs Colombia**. Jineth Bedoya es periodista, escritora y activista colombiana contra la violencia de género. Fundadora de la campaña «No es hora de callar», que denuncia la violencia sexual y la violencia de género.

El día 27 de abril de 2000, la periodista del periódico **El Tiempo**, Jineth Bedoya, reportó la muerte de manera sistemática de 32 reclusos al interior de la cárcel La Modelo como consecuencia del enfrentamiento entre paramilitares y miembros de la delincuencia común. Desde esa fecha la periodista y sus compañeros fueron amenazados en múltiples ocasiones por su labor, relacionada con investigaciones de denuncias sobre el rol de los paramilitares y la fuerza pública en hechos de violencia.

La noche del 24 de mayo del mismo año, la periodista Bedoya recibió una llamada de un individuo, quien le informó que una persona recluida en la cárcel La Modelo, conocida como El Panadero, quería entrevistarse con ella en la sede de la cárcel. Al día siguiente, 25 de mayo del 2000, fecha en que ocurrieron los hechos, cuando Jineth se encontraba al frente de la cárcel La Modelo fue abordada por dos sujetos que de manera violenta la secuestraron hasta una bodega cerca de la cárcel, donde fue sometida a actos de tortura y acceso carnal por varios hombres, entre los que se destacaban sujetos uniformados, por un tiempo aproximado de 10 horas, y posteriormente fue dejada a un lado de una carretera en el municipio de Villavicencio, departamento del Meta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia declaró la responsabilidad del Estado colombiano y ordenó la reparación integral con enfoque de género bajo las siguientes medidas de satisfacción y garantías de no repetición:

«- El Estado deberá garantizar la difusión del programa tras-media «No es hora de callar», durante 5 años desde su primera emisión, en los términos del párrafo 179 de la presente Sentencia.

- El Estado creará e implementará, en el plazo de dos años, un plan de capacitación y sensibilización a funcionarios públicos, fuerzas de seguridad y operadores de justicia para garantizar que cuenten con los conocimientos necesarios para identificar actos y manifestaciones de violencia contras las mujeres basadas en el género que afectan a las mujeres periodistas

- El Estado creará el «Centro Investigativo No es Hora de Callar», centro de memoria y dignificación de todas las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado y del periodismo investigativo con un reconocimiento específico a la labor de las mujeres periodistas.

- El Estado diseñará inmediatamente e implementará en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra periodistas, así como de violencia basada en género contra mujeres periodistas.

- El Estado creará un Fondo destinado a la financiación de programas dirigidos a la prevención, protección y asistencia de mujeres periodistas víctimas de violencia basada en el género»³⁰.

Las Reglas de Brasilia establecen que se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta que, basada en su género, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica. Igualmente, establecen que se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos y lograr la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, mediante la ejecución de mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

En relación con el derecho del acceso a la justicia, instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, han afirmado el derecho de las mujeres a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz, que cuenten con las debidas garantías cuando denuncian hechos de violencia, así como la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos hechos.

5. Práctica y valoración de la prueba con víctimas de violencia sexual³¹

Según la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), la violencia sexual se define como la forma de violencia contra las mujeres y de género, consistente en cualquier acto, tentativa o amenaza de naturaleza sexual que se realice contra la voluntad de una persona. Es siempre un delito que lesiona la integridad sexual, física, psicológica y espiritual (sobre todo para integrantes de pueblos indígenas y grupos étnicos). Aunque es un acto de violencia, no implica necesariamente el uso de la fuerza física, pues esta puede ser ejercida de manera verbal, psicológica o mediante amenazas. La violencia sexual, en todas sus expresiones, ha sido una de las violencias contra las mujeres más utilizadas en el conflicto armado y también es de las que tienen mayores niveles de impunidad (95 %). En las últimas décadas, el derecho internacional y el derecho nacional han generado jurisprudencia para lograr que las víctimas tengan mayor acceso a la justicia y que haya procesos más efectivos para sancionar a los perpetradores; incluso, los delitos sexuales en las guerras han sido definidos como crímenes de guerra, de lesa humanidad o de genocidio, cuando tienen determinadas características.

El Estatuto de la JEP establece que a las víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado colombiano se les debe garantizar el derecho a la intimidad y evitar posibles situaciones de re-victimización, absteniéndose la Jurisdicción transicional de realizar prácticas de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Bedoya Lima y Otra vs Colombia*, Sentencia de 26 de agosto de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas). Consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf

31 Las ideas que se exponen en este acápite parten de un trabajo previo, véase: BUSTAMANTE RÚA, M. y TORO GARZÓN, L.O.: «La Prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz», *La Prueba: Teoría y Práctica*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2019, pp. 333-366.

En cumplimiento de lo dispuesto en instrumentos internacionales para los hechos de violencia sexual, se introducen como normas de procedimiento aquellas disposiciones especiales sobre práctica de pruebas que contempla el Estatuto de Roma³². Al respecto, el Estatuto introdujo como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra algunos delitos que se refieren a la violencia sexual, entre ellos: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable³³. De otro lado, la Corte Constitucional recuerda que los elementos del crimen y sus respectivas reglas de procedimiento y prueba, aprobados por la Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional del 10 de septiembre de 2002, fueron ratificadas por Colombia mediante la Ley 1268 de 2008, y que además tuvieron revisión de constitucionalidad por medio de la Sentencia C-801 de 2009.

Estas reglas son entonces pautas de orientación para la recolección y valoración de la prueba, conforme a la incorporación realizada a través de las leyes: 1146 de 2007 (Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente); 1448 de 2011 (Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones), y la 1719 de 2014 (Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones). Se reitera que así lo recuerda y referencia la Corte Constitucional en la Sentencia C-080 de 2018.

En concreto, en el Estatuto de Roma se destaca la Regla 70 que define los principios de la prueba en los casos de violencia sexual, ellos son:

«a) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo»³⁴.

De otro lado, para la valoración y juzgamiento de los delitos sexuales, con el fin de determinar la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, se establece que debe prestarse atención al contexto de intimidación generalizada causado por el conflicto armado.

Se debe destacar que la Corte Constitucional ha definido la protección especial de la dignidad humana y la intimidad de las víctimas de delitos sexuales dentro del pro-

32 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: Ley 742 de 2002, «Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)». Declarada constitucional por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-578 de 2002.

33 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018.

34 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: *La Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2000. Consultado en <http://hrlibrary.umn.edu/instrree/S-iccrulesofprocedure.html>

ceso penal, lo que, en consecuencia, se extiende al procedimiento especial de la JEP. Estos derechos se pueden sintetizar así: 1) el derecho de acceso a un recurso legal efectivo para asegurar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, 2) el derecho a ser escuchadas, 3) el derecho a que se les comuniquen las decisiones que pueden afectar sus derechos, 4) el derecho a ser tratadas con respeto durante el proceso judicial y evitar la revictimización, 5) el derecho a que se valore el contexto de ocurrencia de los hechos sin prejuicios contra la víctima, 6) el derecho a solicitar a las autoridades jurisdiccionales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas que puedan generar una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad, y 7) el derecho a una investigación penal orientada por la verdad y la justicia³⁵.

Además, la Corte Constitucional, a través de los autos 092 de 2008 y 009 de 2015³⁶, ha establecido algunas reglas en la materia, tales como: i) la presunción de conexidad de la violencia sexual contra mujeres, niñas, adolescentes y adultas mayores y el conflicto armado, especialmente en territorios de mayor conflicto; ii) la especial vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres víctimas del conflicto para ser revictimizadas a través de la violencia sexual por causa o con ocasión del conflicto armado, y iii) la prohibición de inferir consentimiento por parte de las mujeres en contextos de conflicto armado³⁷.

Es importante señalar que la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004³⁸, sobre el desplazamiento forzado en Colombia, insistió en que las autoridades judiciales y administrativas tienen la obligación constitucional de aplicar el principio *pro persona* en caso de duda respecto a si un hecho victimizante se vincula o no con el conflicto armado. También la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-781 de 2012, precisó en cuanto a la expresión «con ocasión del conflicto armado» que el conflicto armado contemplaba múltiples situaciones ocurridas en su contexto:

«[...] las organizaciones armadas comparten y disputan territorios similares, ejercen control territorial sobre determinadas zonas, establecen relaciones de confrontación, o de cooperación dependiendo de los intereses en juego, participan de prácticas delictivas análogas para la financiación de sus actividades, así como de métodos, armamentos y estrategias de combate o de intimidación a la población, generando tanto enfrentamientos armados como situaciones»³⁹.

Asimismo, recuerda la Corte Constitucional que en su propio desarrollo jurisprudencial ha reconocido el valor de las disposiciones contenidas en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, relacionadas con la prohibición de inferir el consentimiento de las víctimas de agresiones sexuales como pauta interpretativa para la práctica probatoria en Colombia⁴⁰. Destaca que lo dispuesto en los mencionados estatutos es pauta de orientación para los casos colombianos, de lo que se deriva que el consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza o la coacción hayan disminuido su

35 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia T-458 de 07 de junio de 2007.

36 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Auto 092 de 14 de abril de 2008; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Auto 009 de 27 de enero de 2015.

37 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018.

38 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004.

39 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

40 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018.

capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; igualmente, que el consentimiento no puede inferirse del silencio o la falta de resistencia de la víctima, y que la utilización de la prueba de consentimiento de la víctima como defensa del agresor «debe ser restrictiva». También llama la atención en torno a la regla que señala que la credibilidad de la víctima o un testigo no se puede inferir de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o testigo, y precisa como regla la exclusión de preguntas sobre el comportamiento sexual anterior u ulterior de la víctima a efectos de la corroboración de su declaración. Asimismo, señala que se deben rechazar los argumentos de falta de precisión del relato cuando se busca precisión en detalles o fechas con el objeto de desestimar la versión del testigo-víctima. Todo ello, en procura de contrarrestar la revictimización, que fue una constante en la práctica judicial colombiana.

6. La Paz como principio orientador y clave de lectura en el proceso penal aplicado por la JEP⁴¹

«La paz es una aspiración universal de entrañable raíz humana. Es una aspiración fundada en una idea común a todos los miembros de la especie humana. Constituye un valor, un principio y un objetivo.»⁴²

El Artículo 22 de la Constitución Política de Colombia establece que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Entre los antecedentes de consagración de la paz como derecho, se encuentran las experiencias de África y Japón. La primera de ellas, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, indica en su artículo 23: «*Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional...*» y la segunda de ellas, la Constitución de Japón de 1947, conocida también como la Constitución de La Paz o de la posguerra, establece en su preámbulo:

«Nosotros, el pueblo japonés, deseamos una paz duradera y, profundamente conscientes de los altos ideales que controlan las relaciones humanas, hemos resuelto preservar nuestra seguridad y existencia, confiados en la justicia y la buena fe de los pueblos amantes de la paz [...] Reconocemos que todos los pueblos de la tierra tienen el derecho de vivir en paz, libres de temor y de necesidades»⁴³.

Con todo, la paz como derecho humano y derecho fundamental en el Estado constitucional, se convierte en un límite al ejercicio del poder del Estado. De esta manera, el derecho a la paz como principio orientador deberá ser la clave de lectura del Acuerdo de Paz para interpretar y aplicar la legislación de paz y, en especial, para la actuación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

La adecuada comprensión de la paz como principio orientador será la que permita ponderar los intereses del Estado, la sociedad, las partes y los intervinientes en el proceso penal que se seguirá ante la Jurisdicción Especial para la Paz. La paz como

41 BUSTAMANTE RÚA M.: «El Proceso Penal en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Escenario de respeto de los derechos humanos», *Derecho procesal del siglo XXI. Visión innovadora*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2018, pp. 291-316.

42 GROS ESPIELL, H.: «El derecho humano a la paz», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo 2, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, p. 519.

43 LA CONSTITUCIÓN DE JAPÓN (de 03 de mayo, 1947). Ficha informativa sobre Japón. Consultado en: https://www.cu.emb-japan.go.jp/es/docs/constitucion_japon.pdf

clave de lectura permitirá armonizar el derecho al debido proceso para los desmovilizados, con los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto armado colombiano, consideradas de manera individual y colectiva.

Todo ello implica abordar la paz como derecho humano y derecho fundamental, como un derecho integral y límite a los poderes del Estado (judicial, legislativo y ejecutivo) desde un concepto de *paz negativa* —limitación del ejercicio de la guerra o el conflicto— y de *paz positiva* —desde la necesidad de superación de las injusticias presentes en el Estado y la sociedad—, de tal manera que se pueda eliminar y contrarrestar toda forma de violencia para la construcción de La Paz: estable, duradera y sostenible.

En coherencia, todos los operadores de la Jurisdicción Especial para la Paz se enfrentan a un gran desafío: deberán interpretar las normas pertinentes y tomar sus decisiones teniendo como principio orientador que la paz, como derecho síntesis, es condición necesaria para el ejercicio y disfrute de todos los demás derechos. En este sentido, el Acuerdo Final será parámetro obligatorio de interpretación de las normas que rigen la Jurisdicción Especial para la Paz en cuanto a los procedimientos aplicables por ella.

7. Bibliografía

- AMBOS, K.:** «El marco jurídico de la justicia de transición», *Justicia de Transición. In-formes de América Latina, Alemania, Italia y España*, K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, editores. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2009, pp. 23-129.
- BUSTAMANTE RÚA, M., PABÓN GIRALDO L. y TORO GARZÓN, L.:** «La Justicia de transición en Colombia: Breve estudio desde la dimensión procesal», *Justicia Transicional*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017, pp.108-141.
- BUSTAMANTE RÚA, M.:** «El Proceso Penal en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Escenario de respeto de los derechos humanos», *Derecho procesal del siglo XXI. Visión innovadora*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2018, pp. 291-316.
- BUSTAMANTE RÚA, M. y TORO GARZÓN, L.O.:** «La Prueba en la Jurisdicción Especial para la Paz», *La Prueba: Teoría y Práctica*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2019, pp. 333-366
- COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS:** *Contribución al entendimiento del Conflicto Armado en Colombia*, febrero de 2015. Consultado en <https://www.jairoestrada.co/libros/capitulos-de-libro/informe-de-la-comision-historica-del-conflicto-y-sus-victimas>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA:** Ley 742 de 2002, «Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)», *Diario Oficial*, N.º 44.826, 7 de junio de 2002.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA:** Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, «Por medio del cual se crea el título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una paz estable y duradera», *Diario Oficial*, N.º 50.196, 4 de abril de 2017. Consultado en: <https://jepvisible.com/observatorio/que-es-observatorio/73-normatividad/127-acto-legislativo-01-del-4-de-abril-de-2017>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: Ley 1922 de 2018, «Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz», *Diario Oficial*, N.º 50.658, 18 de julio de 2018.

CONSTITUCIÓN DE JAPÓN, LA (de 03 de mayo, 1947). Ficha informativa sobre Japón. Consultado en: https://www.cu.emb-japan.go.jp/es/docs/constitucion_japon.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Bedoya Lima y Otra vs Colombia*. Sentencia de 26 de agosto de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas). Consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia T-458 de 07 de junio de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Auto 092 de 14 de abril de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-579, de 28 de agosto, 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Auto 009 de 27 de enero de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018.

GOBIERNO DE COLOMBIA y FARC-EP: *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016. Consultado en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

GOBIERNO DE COLOMBIA: Unidad para las Víctimas, Reportes: Víctimas por hecho victimizante (fecha de corte: 31 de mayo de 2022). Consultado en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

GROS ESPIELL, H.: «El derecho humano a la paz», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo 2, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, pp. 517-546. Consultado en: <http://corteidh.or.cr/tablas/R21744.pdf>

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: *Los grandes casos de la JEP*. Consultado en: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/index.html>

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: Criterios y Metodología de Priorización de Casos y Situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, 25 de junio de 2018, Bogotá. Consultado en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: *Comunicado 012*, de 18 de febrero de 2022. Consultado en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-reitera-su-decisi%C3%B3n-indeclinable-de-abrir-tres-nuevos-casos.aspx#:~:text=>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: La Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2000. Consultado en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/S-iccrulesofprocedure.html>

OTEIZA, E.: «Corte Interamericana y Cortes Superiores. El control difuso de convencionalidad *ex officio*», *La Jurisdicción y la Protección Internacional de los Derechos*, Sello Editorial de la Universidad de Medellín, 2011, pp. 207-229

- PATIÑO, M.C.:** «La construcción de contextos y la *priorización* de casos: un cambio de paradigma en la cultura investigativa colombiana», *Proceso Judicial y Cultura. Una mirada global*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013, pp. 243-258.
- SALMÓN, E.:** «Algunas reflexiones sobre derecho internacional humanitario y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana», *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, F. REÁTEGUI, editor. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia, 2011, pp. 227-263.
- SIERRA PORTO, H.:** «Los retos del proceso de paz colombiano», *Reconciliación y Derecho Procesal*, R. Bejarano Guzmán, P. Moreno Cruz, M. Rodríguez Mejía, editores. Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- TEITEL, R.:** «Genealogía de la Justicia Transicional», *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, F. REÁTEGUI, editor, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia, 2011, pp. 135-171.
- VELASCO, J.C.:** «Justicia Global: Un nuevo marco global para la justicia social», *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010.
- ZULUAGA TABORDA, J.E.:** «Justicia transicional y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal», *Justicia de transición y constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, K. Ambos, Ch. Steiner, coordinadores. Editorial Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015, pp. 47-78.

DERECHO PARAPROCESAL

LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Almudena Valiño Ces

Investigadora Postdoctoral de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La aplicación de las tecnologías a las ADR: los mecanismos de resolución en línea. 2. La mediación electrónica. 2.1. Con carácter preliminar. 2.2. Marco normativo. 2.3. Fortalezas o beneficios. 2.4. Debilidades o inconvenientes. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Resulta indudable que en una sociedad se producen conflictos de diversa naturaleza, lo que genera un gran tráfico jurídico. Para tratar de solucionarlos, los ciudadanos han recurrido tradicionalmente al proceso judicial como la vía habitual utilizada en el Derecho español. Con todo, ante una realidad que muestra que el proceso resulta, en no pocas ocasiones, ineficiente, no puede considerarse éste como la única vía para lograr la tutela efectiva, sino que han ido surgiendo una variedad de formas para tratar de solucionarlos, que «*van desde unas muy primitivas y simples hasta procesos altamente especializados y regulados*»¹. Buen ejemplo de ello son los métodos alternativos de resolución de conflictos, o *Alternative Dispute Resolution* (ADR) como habitualmente se denominan. Entre estos podemos destacar la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje, en tanto constituyen modalidades convencionales de resolución de conflictos de carácter extrajudicial —en algún caso también intrajudicial— que han aportado numerosos beneficios al complejo marco de las relaciones personales.

Estas modalidades, que se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad, representan una prioridad política para la mayor parte de países e instituciones hasta el punto de que, durante más de una década, la Unión Europea y las Naciones Unidas han dirigido sus esfuerzos a dotarlas de un marco normativo armonizado. Además, son denominadas «alternativas», sin embargo, en realidad son «complementarias» a la jurisdicción. Esto es así en tanto ofrecen diferentes mecanismos para solucionar controversias, no sustitutivos ni excluyentes del sistema judicial, siempre

1 RIVERA MORALES, R.: «La Mediación Electrónica como forma alternativa de solución de conflictos», *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección Derecho digital / A fondo, mayo de 2017, Wolters Kluwer, p. 2.

que se trate de materias de libre disposición, de modo que permiten dar una respuesta adecuada al dinamismo de la realidad actual, en un contexto de múltiples y complejas interacciones personales, sociales y económicas.

Entre algunas de las características más relevantes de las técnicas ADR² podemos mencionar, por un lado, que la participación de las partes involucradas en el conflicto debe ser absolutamente voluntaria y, por el otro, que se requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto, cuyo grado de participación variará en función del específico método: bien acercar las posiciones de las partes o bien emitir una decisión. Esta decisión puede consistir en una simple recomendación no obligatoria, en una recomendación forzosa para una sola parte o, por el contrario, preceptiva para ambas partes, como sucede en el arbitraje. Además, este tercero puede ser una autoridad pública, aunque en la mayor parte de los casos, es un órgano privado.

Pese a la existencia de diversas ADR³, cabe resaltar la importancia de la mediación. Se trata de un mecanismo de carácter voluntario en el que un tercero neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más personas inmersas en un conflicto a encontrar una solución consensuada que le ponga término. Es numerosa la doctrina que ha definido esta institución. Así, VINYAMATA la concibe como un «proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial y neutral, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto»⁴. Para FOLBERG y TAYLOR, «la mediación es una alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La forma más útil de observar la mediación es considerarla como una intervención de solución de problemas dirigida a una meta. Tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones [...]. Tanto la resolución de desavenencias como el manejo del conflicto son metas complementarias y realistas de la mediación»⁵. Por su parte, para LEDERACH existe media-

2 Son fruto del análisis de diversas resoluciones de la Comisión y del Parlamento Europeo sobre las ADR. Entre las numerosas resoluciones que existen en este contexto, cabe citar: la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000; la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE); el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil» (2003/C85/02) de 8 de abril de 2003; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3 Para profundizar sobre otros métodos véase: VALIÑO CES, A.: «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», *Cader-nos de Dereito Actual*, núm. 11, 2019.

4 VINYAMATA CAMP, E.: *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 17.

5 FOLBERG, J. y TAYLOR, A.: *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996.

ción «*Cuando un tercero, preferiblemente imparcial y neutral, facilita un proceso que posibilita la resolución de un pleito, entre dos o más personas. Siempre es un proceso voluntario, es decir, los querellados por su propia voluntad deciden probarlo y aceptan al tercero en el papel de mediador*»⁶.

Por su parte, la legislación también ha previsto una definición de la mediación. Así, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la define en su artículo 3 a) como un «*procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*». Continúa señalando que «*Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*». De igual modo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles⁷ prevé su definición en el artículo 1: «*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*».

A la vista de estas definiciones, cabe destacar que, fundamentalmente, la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos voluntario en el que un tercero, imparcial y neutral, ayuda a las personas a buscar por sí mismas una solución por la vía del acuerdo mutuo, de forma que se satisfagan las necesidades e intereses de cada una de ellas. De ello se colige que toda mediación debe contar con tres elementos indispensables: la existencia de un conflicto, las personas que son partes y un tercero que no toma decisiones, pero que facilita los acuerdos. En puridad, el mediador no es juez ni árbitro y, por ello, no impone soluciones. Su labor se dirige a aproximar a las partes y a dirigir un proceso de comunicación encaminado a que éstas alcancen una solución que sirva para satisfacer sus necesidades.

La mediación proporciona a las partes un espacio tranquilo y neutral, en el que se pueda dialogar acerca del modo de solventar sus diferencias, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo una vía para que puedan seguir relacionándose en el futuro. Así, no cabe duda de que este procedimiento otorga un gran protagonismo a las partes⁸, lo que acostumbra a implicar un incremento de su satisfacción psicológica, además de aumentar su autoestima e impulsar conductas de ayuda a los demás, elementos todos ellos esenciales para el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria.

En suma, sin agotar todas las características de la mediación, podemos señalar, *grosso modo*, que esta institución se configura como un procedimiento voluntario, confidencial, recíproco y basado en el diálogo, que además devuelve el poder a las partes para trabajar desde sus propias potencialidades, pues son ellas las que controlan las decisiones de su propia vida y tienen la oportunidad de crear soluciones acordes a sus necesidades. Así, nos encontramos ante un procedimiento y no un proceso. A juicio de BARONA VILAR, esto es así, porque considera que para poder hablar de proceso tiene que existir una función heterocompositiva. De esta manera, si ésta no tiene lugar, lo que existe es una sucesión de actuaciones que revisten la forma de pro-

6 LEDERACH, J.P.: *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992.

7 En adelante, LM.

8 Para lograr dicho protagonismo, los ciudadanos han de aprender una serie de habilidades y destrezas sociales y emocionales que les capaciten para gestionar los conflictos correctamente.

cedimiento. Por consiguiente, técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación y no de proceso⁹.

Habida cuenta de todo lo expuesto, el interés por la mediación en España, en los últimos años, ha aumentado exponencialmente, emergiendo como una institución que se configura como una pieza clave del modelo de Justicia del siglo XXI. Este hecho se debe a diferentes motivos, entre los que cabe destacar las ventajas que presenta respecto al sistema judicial: es menos costosa, más ágil y flexible que el arbitraje y constituye una herramienta útil para facilitar una solución real a las partes y para preservar las relaciones. Además, su utilización se ha visto notablemente potenciada no sólo por el deseo de crear una sociedad mejor, más pacífica y basada en el Derecho, sino también por la decepción de los ciudadanos al no ver satisfechos sus intereses ni sus necesidades a través de la vía judicial.

Buena muestra del gran interés que la mediación ha experimentado ha sido el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, presentado en enero de 2019 con el fin de consolidar una cultura de mediación y el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia —aprobado el mes de abril de este año 2022—, en el que se incluyen los medios adecuados de solución de controversias (MASC), entre ellos la mediación, con el objetivo de recuperar la capacidad negociadora de las partes.

1. La aplicación de las tecnologías a las ADR: los mecanismos de resolución en línea

Las ADR surgen como una respuesta segura a las necesidades de un número de conflictos, en los que se busca la satisfacción de los intereses de las partes de manera rápida, sencilla y económica. Esto resulta fundamental para garantizar la efectividad de los derechos y para generar la confianza entre las personas inmersas en el conflicto sin tener que renunciar a la protección jurídica y al acceso a la Justicia.

Ahora bien, en los últimos tiempos, internet se ha erigido en el espacio de la información, en un ámbito adecuado para la celebración de contratos cibernéticos internacionales y, por ello, en un ámbito proclive para la aparición de conflictos. Es por ello que, junto a los mecanismos alternativos de resolución de disputas: *Alternative Dispute Resolution* (ADR), aparecieron los mecanismos de resolución en línea: *Online Dispute Resolution* (ODR), como aquellas modalidades en línea que se caracterizan por desarrollar su actividad, ya sea total o parcialmente, por vía electrónica y sin la intervención directa de los tribunales.

Este tipo de mecanismos nace en Estados Unidos donde han tenido un gran éxito las ADR y los operadores jurídicos, conscientes de las oportunidades que ofrecían las nuevas tecnologías de la comunicación relacionadas con internet, decidieron trasladar distintos procedimientos —negociación, mediación y arbitraje— al entorno cibernético¹⁰. En este sentido, GARCÍA y REYES consideran que el enorme crecimiento

9 BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 103. Esta idea se respalda con lo previsto en la Exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al señalar: «Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales».

10 CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: «El auge de la mediación electrónica en la resolución de conflictos», en GARCÍA MAYO, M. (Dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Madrid, Bosch, 2020.

de la utilización de las tecnologías de la información por parte de la ciudadanía, la economía digital y los negocios a través de medios electrónicos son el origen de la mediación en línea¹¹.

Concretamente, el origen de los ODR se encuentra en las transacciones económicas realizadas en Internet en los primeros portales de venta de bienes y servicios, como por ejemplo eBay, PayPal, etc. Han sido estos portales los que, ante la falta total de medios de resolver conflictos derivados de las compras y ventas que se realizaban por internet, han generado la necesidad de trabajar sobre tales formas de resolver las disputas que se planteaban. En consecuencia, el término ODR ha sido popularizado en Estados Unidos a mediados de los noventa vinculado al desarrollo del *e-commerce* en un intento de buscar la confianza de las partes a través de mecanismos que ofrecen nuevas formas de resolver los conflictos mediante la aplicación de la tecnología. En definitiva, las ODR nacen on line para solucionar controversias en este medio¹².

Las ODR, por tanto, se utilizan habitualmente para designar sistemas de gestión y resolución de conflictos que operan en un entorno electrónico. Esta categoría, que parte *ab initio* de las modalidades ADR, comprende hoy además una extensa variedad de procesos electrónicos que permiten a las partes resolver sus disputas de manera eficiente, rápida y económica. Buena prueba de ello es la Plataforma de resolución de litigios en línea en materia de consumo, impulsada institucionalmente desde la propia Unión Europea, la cual lleva varios años en funcionamiento demostrando su utilidad para obtener una solución alternativa y extrajudicial a las controversias de manera remota e íntegramente telemática¹³.

Con todo, el hecho de que las ODR sean modalidades que se desarrollan en el entorno electrónico, no supone necesariamente que la controversia tenga su origen en una transacción electrónica. En principio, la resolución de litigios en línea se utilizaba para gestionar controversias que surgían del comercio electrónico y otro tipo de transacciones que tenían lugar en internet. Se entiende que resulta particularmente adecuada para los conflictos que surgen en este tipo de comercio, generalmente entre partes separadas geográficamente, pues es lógico utilizar para su resolución el mismo medio (internet) en el que surgieron. Sin embargo, no hay motivos que impidan acudir a la resolución de litigios en línea para disputas que surgen tanto fuera de la red, como para personas que comparten la misma localización geográfica¹⁴. Además, cabe puntualizar que no existe una total correspondencia entre los modos alternativos de resolución que se desarrollan de manera presencial y los que se utilizan en línea, toda vez que los segundos tienen un ámbito de aplicación mayor, debido al entorno que ofrece internet. Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) proporcionan nuevas formas de gestión y estrategias de resolución de controversias que no encuentran correspondencia en las ADR.

11 GARCÍA SALAZAR, L.F. y REYES SÁNCHEZ, A.M.: «Resolución alternativa de conflictos: Mediación en línea como protección a los derechos del consumidor electrónico», *Iustitia*, 14, 2016, pp. 117-131.

12 BARRAL VIÑALS, I.: «La regulación de las Online Dispute Resolution (ODR) en el ámbito del consumo», en VV.AA., *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Zaragoza, ADICAE, 2016, pp. 32 y 33.

13 Disponible para consumidores y empresas *e-commerce* en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.complaints.screeningphase>. Se encuentra regulada en el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

14 ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, Reus, 2013, pp. 24 y 25.

De este modo, debe afirmarse que ADR y ODR no son, en consecuencia, acrónimos intercambiables¹⁵. Los segundos se nutren de la experiencia ADR y aprovechan las ventajas de las TIC para mejorar sus funcionalidades. Concretamente, las ODR añaden valor a las ADR en tanto aportan nuevos elementos de facilitación. En primer lugar, la reducción de costes, por el simple hecho de que evitan los desplazamientos porque no hace falta que las partes coincidan en el tiempo, ni en el espacio. En segundo lugar, porque aportan rapidez a los procesos: la técnica ayuda a las partes o al tercero, de manera que los procesos se agilizan aún más que con las ADR. Y, en tercer lugar, la tecnología puede desempeñar un rol decisivo en la solución de la controversia. En cualquier caso, el origen de las prácticas ODR está unido indisolublemente al desarrollo del comercio electrónico y a la aplicación de la tecnología a las ADR¹⁶, por lo que resulta fundamental, en todo el proceso en línea, una buena comprensión de los principios que rigen los mecanismos y modalidades tradicionales.

Sea como fuere, debemos de tener en cuenta que las ADR y las ODR pueden «servir» a la Justicia, mejorarla, complementar las vías exclusivamente públicas, pero sin olvidar que el eje sobre el que debe moverse es siempre «la persona», su tutela, y no una finalidad económica¹⁷.

2. La mediación electrónica

2.1. Con carácter preliminar

La integración del uso de las TIC se ha incluido ya en todos los sectores de la Administración. Buena prueba de ello es que, siempre que la situación lo permita por la existencia de medios adecuados, se tratará de impulsar su empleo en la mediación, por cuanto favorece la agilidad, la inmediatez y el menor coste. Además, esta posibilidad no hace sino facilitar que personas que se encuentran distantes físicamente puedan encontrar una solución a las discrepancias que las enfrentan, lo cual resulta sumamente útil en los supuestos de conflictos transfronterizos. Supuestos que cada vez son más frecuentes y extendidos en el panorama contemporáneo de relaciones personales, profesionales, comerciales y sociales.

Así, surge la mediación electrónica como aquel instrumento de resolución extrajudicial de conflictos, que respetando los principios de toda mediación —voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, etc.— tiene como característica fundamental la utilización de las nuevas tecnologías en todo o parte del procedimiento, de modo que todas o algunas de las sesiones pueden llevarse a cabo de manera virtual a través de medios electrónicos. En esta línea, PÉREZ GURREA señala que la mediación electrónica se va a llevar a cabo en una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos, a través de una web, por lo que presenta el mismo concepto, principios y características esenciales de la propia mediación, introduciendo únicamente una

15 Se han producido confusiones respecto a qué es y qué no es mediación electrónica, así, por ejemplo, se la ha vinculado a la gestión documental; se la confunde con la negociación asistida; se la ha asociado con resolución de conflictos en el ámbito de consumo; o se la ha asimilado a otras ODR de forma absolutamente incorrecta.

16 BARRAL VIÑALS, I.: «La regulación de las Online Dispute Resolution (ODR) en el ámbito del consumo»..., *op. cit.*, p. 37.

17 BARONA VILAR, S.: «Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI», *La Ley, Mediación y Arbitraje*, núm. 1, Sección Tribuna, Segundo trimestre de 2020, Wolters Kluwer España, p. 8.

especificidad en cuanto al medio del que se sirven mediador y partes para desarrollar el procedimiento de mediación¹⁸.

Por consiguiente, lo que la diferencia del concepto tradicional de la clásica mediación es que las distintas sesiones que la presiden, en todo o en parte, serán realizadas mediante el uso de herramientas TIC y en línea. Es por ello por lo que la calificación de un procedimiento de mediación como «*mediación electrónica*» viene dada, indiscutiblemente, por la utilización en alguna de sus fases de algún tipo de TIC que implica la realización telemática de alguno de sus trámites. En este sentido, cabe hacer referencia a una clasificación, que diferencia entre aquellas que se desarrollen totalmente on line —con independencia del soporte electrónico utilizado, que puede ir desde un simple correo electrónico y el intercambio informático de documentos hasta la celebración de la mediación en salas telemáticas virtuales—, de aquellas otras que mezclan actuaciones on line y actuaciones off line. En consecuencia, se podría hablar de modelos de mediación on line virtuales frente a modelos de mediación on line semipresenciales¹⁹.

A este respecto, cabe recordar que la mediación electrónica está englobada dentro de las ODR que, a su vez, están integradas en las ADR, pero con la particularidad de que se llevan a cabo a través de medios electrónicos. A este respecto es claro FRANCO CONFORTI, cuando afirma que la mediación electrónica debe entenderse como una «*especie*» dentro del «*género*» ODR²⁰. Igualmente, para MARTÍN DIZ, situaríamos «*la mediación electrónica como subespecie o subtipo de la mediación con la especificidad del empleo de mecanismos telemáticos y tecnológicos en el procedimiento de resolución del conflicto a través de esta forma complementaria de Administración de la Justicia*»²¹.

2.2. Marco normativo

Centrándonos ya en la mediación electrónica y en su marco normativo, la LM se refiere a ella cuando regula las instituciones de mediación en su artículo 5.2: «*Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias*».

De igual modo, su artículo 24 prevé la posibilidad de llevar a cabo una mediación a través de medios electrónicos. Concretamente, este precepto dispone:

«1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

18 PÉREZ GURREA, R.: «Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica», *Revista Digital Facultad de Derecho*, Dialnet, núm. 6, 2013, pp. 194 a 223.

19 MARTÍN DIZ, F.: «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación», *Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, Sección Estudios, noviembre-diciembre de 2012, Editorial La Ley, pp. 6 y 7.

20 FRANCO CONFORTI, O.D.: «Mediación electrónica (e-Mediación)», *Diario La Ley*, núm. 8519, Sección Tribuna, 15 de abril de 2015, Editorial La Ley, pp. 2 y 6.

21 MARTÍN DIZ, F.: «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación»..., *op. cit.*, pp. 4 y 5.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes».

Tal y como señalamos anteriormente, uno de las características fundamentales del procedimiento de mediación es la flexibilidad, la cual permite no solo pasar de una tramitación presencial a otra electrónica y al contrario, en función de las necesidades de las partes, sino también realizar procesos mixtos, con unas actuaciones presenciales y otras desarrolladas de forma electrónica. En consecuencia, puede suceder que, no siendo inicialmente un procedimiento por medios electrónicos, sin embargo, las partes convengan que todas o algunas de las actuaciones de mediación se desenvuelvan a través de ellos, ya sea por videoconferencia, ya por otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen.

Esta posibilidad, tal y como vimos *supra*, se regula en el apartado primero del artículo 24, conforme al cual se permiten los medios electrónicos en todas y cada una de las fases que integran el procedimiento de mediación, desde la más inicial —la sesión constitutiva— hasta la fase final o de acuerdo. Ahora bien, esta posibilidad viene condicionada a que siempre se asegure la identidad de los que intervienen y el debido respeto a los principios que rigen la mediación y que contempla la Ley.

Por su parte, el apartado segundo de este precepto determina la cantidad necesaria para que se pueda acudir a este tipo de procedimientos. Junto a la posibilidad de que las actuaciones del procedimiento de mediación se lleven a cabo a través de medios electrónicos, se contempla una segunda regla para el desarrollo de la mediación en los supuestos de reclamación de escasa cuantía. Concretamente, cuando a través de la mediación se reclame una cantidad que no exceda de seiscientos euros, y sea posible para las partes, se llevará a cabo de forma preferente por medios electrónicos. Por ese motivo, podemos decir que estamos ante una norma de aparente imperatividad, aunque se matiza posteriormente.

Como es sabido por todos, la LM tiene su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LM²². Justamente, es su Capítulo V el que está dedicado al procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos y se encuentra dividido en dos secciones: la primera, sobre normas generales —artículos 30 a 35— y la segunda, sobre normas de tramitación —artículos 36 a 38—.

De acuerdo con este RD el procedimiento simplificado se desarrollará preferentemente para reclamaciones de cantidad que no excedan de seiscientos euros o de otro interés cuya cuantía no supere dicha cantidad, salvo que el empleo de los medios electrónicos no sea viable para alguna de las partes o cuando éstas acuerden un procedimiento distinto. Este procedimiento será posible siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de Derecho objetivo, esto es, no puede haber discordancia en el hecho de que se debe una cantidad. Por tanto, en el momento en que una de las partes, normalmente el deudor, ponga en duda la obligación de pago, el procedimiento simplificado quedará excluido, lo cual no implica que el ordinario también, ni tampoco la mediación electrónica en general²³.

En todo caso, se observa que el RD 980/2013 no contiene una regulación acabada y completa de este procedimiento simplificado, sino más bien se centra en la concre-

22 En adelante, RD 980/2013.

23 PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, M.P.: *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 272.

ción mínima de los aspectos que aseguren que este procedimiento se desarrolle con las garantías necesarias. Así, esta norma contempla, entre otros aspectos, su ámbito de aplicación, las obligaciones y la responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación con relación a este procedimiento, la acreditación de la identidad y de la condición de usuario, las reglas relativas a la aportación de la documentación y a la formación del expediente, o el compromiso de acceso.

2.3. Fortalezas o beneficios

Con la opción de las ODR, en general, y de la mediación electrónica, en particular, no solo se amplían las vías de acceso a la justicia, puesto que no todo el mundo puede permitirse pagar las costas de un proceso, sino que también ofrece una serie de beneficios que la hace particularmente apropiada frente a otras formas de resolución de conflictos: su rapidez, eficiencia, bajo coste, deslocalización y especialización²⁴.

En primer lugar, en cuanto a la rapidez, cabe destacar que las partes y el experto pueden entrar en contacto a través del procedimiento de mediación y abordar el conflicto de modo inmediato. La práctica evidencia que la reducción de tiempo en esta modalidad electrónica es considerable en una comparativa con los procesos judiciales. Además, esta rapidez en el transcurso del procedimiento es debida a que éste debe de ser sencillo, breve y directo entre los intervinientes y con la asistencia del mediador a través del uso de mecanismos y aplicaciones telemáticas en cualquier soporte de información y comunicación²⁵.

En segundo lugar, la eficiencia se muestra en varios órdenes. En la fase aplicativa, los asuntos se gestionan por personas o instituciones especializadas y las nuevas tecnologías permiten acudir a instrumentos novedosos que facilitan la comunicación, la prueba y la reconstrucción de los hechos. En la fase ejecutiva, la experiencia revela que los acuerdos suelen ser respetados por las partes en un porcentaje muy significativo. En el plano de la eficacia, asimismo, los acuerdos de mediación pueden adquirir efectos ejecutivos y expresar las circunstancias que han de concurrir en la toma de acuerdos para que adquieran tales efectos.

En tercer lugar, en cuanto al coste de la mediación electrónica, es necesario manifestar que este método prescinde de costosos traslados, tanto de las partes, como de la documentación, toda vez que la comunicación entre las partes y entre éstas y el experto que administra el procedimiento puede desarrollarse por medios telemáticos. El hecho de no necesitar la intervención de terceras personas que representen a las partes reduce considerablemente los costes.

Por el mismo motivo, y, en cuarto lugar, la mediación por medios electrónicos puede llevarse a cabo en cualquier lugar (deslocalización) y a través de expertos imparciales de muy diversas disciplinas (especialización). En consecuencia, la solución de las controversias puede darse en cualquier momento y sin la necesidad de tener una sede física²⁶.

24 VILALTA NICUESA, A.E.: «La resolución de conflictos en línea», en VV.AA., *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Zaragoza, ADICAE, 2016, pp. 16 y 17.

25 MARTÍN DIZ, F.: «Litigiosidad extrajudicial en sedes electrónicas: planteamientos y nuevas realidades», en FONTSTAD PORTALÉS, L. (Dir.) y CARO CATALÁN, J. (Coord.), *La globalización del derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 436 y 437.

26 VILALTA NICUESA, A.E.: «La resolución de conflictos en línea»..., *op. cit.*, p. 17.

Por tanto, esta modalidad de mediación favorece que el procedimiento se adapte a las condiciones de vida de las personas mediadas, permitiendo que las sesiones se realicen donde cada parte se sienta más cómoda y a cualquier distancia, por lo que rompe el impedimento de la distancia geográfica. De esta forma, se amplían las posibilidades de reunión, de cómo hacerlas, dónde y cuándo, es decir, se gana velocidad y tiempo; permite, en definitiva, una mayor flexibilidad en cuanto a las sesiones, en cuanto a horarios y disponibilidad de cada uno de los mediados. De hecho, puede ser sincrónica —en el mismo momento— o asincrónica, es decir, la conexión entre dos personas puede darse en momentos diferentes, sin necesidad de hacerlo a la vez o en el mismo espacio, es decir, los litigantes no tienen necesidad de coincidir ni verse cara a cara²⁷. Este hecho permite a las partes involucradas reflexionar sobre sus mejores alternativas para un acuerdo negociado, de modo que puedan pensar mejor las respuestas y responder en el momento que consideren más adecuado. Con ello se evita la natural predisposición a sobredimensionar las expectativas, se incrementan las concesiones mutuas y se consigue frenar la escalada del conflicto. Y es que, en ocasiones, se entiende que en un entorno virtual las personas se desinhiben, se aprecia más igualdad y es menos probable que durante el conflicto haya situaciones de violencia y escalada. Se considera que la distancia reduce la hostilidad entre las partes²⁸.

La falta de presencialidad se sustituye en algunos casos con la obligación legal de que los servicios en línea dirigidos a los usuarios dispongan de departamentos o servicios especializados de atención al cliente a fin de que puedan dirigirse a estos para resolver quejas y reclamaciones. Asimismo, permiten el acceso a mayor y mejor información, lo que facilita que la posición de las partes sea más flexible y las predispone a escuchar, a cambiar de opinión si es preciso y a situarlas en una mejor posición en el momento de buscar y proponer soluciones. Finalmente, el hecho de presentar por escrito la comunicación electrónica permite su consignación y que ésta resulta accesible para su posterior consulta, en tanto el documento telemático es reconocido internacionalmente.

En definitiva, las modalidades que se desarrollan en un entorno electrónico, como sucede en el caso de la mediación, manifiestan ciertas especialidades que pueden favorecer la confidencialidad, el secreto, la seguridad y la comunicación. Ahora bien, debido a que hacen un uso recurrente de tecnología, su utilización debe garantizar la igualdad tecnológica de las partes, de manera que ambas dispongan de las mismas oportunidades logísticas para participar activamente y de las mismas condiciones tecnológicas en cualquier mecanismo de resolución on line.

2.4. Debilidades o inconvenientes

Lo cierto es que todos los beneficios mencionados permiten que la mediación se erija como una vía de resolución de controversias todavía más competitiva respecto de la alternativa judicial. Sin embargo, a pesar de tales bondades de la mediación

27 A juicio de BUENO DE MATA, se crea un espacio virtual para la resolución de una disputa. De este modo, se deja de lado la mediación «cara a cara» para pasar a un sistema de mediación llevado a cabo a distancia y de forma virtual a través de una serie de posibilidades distintas (BUENO DE MATA, F.: «Mediación electrónica e inteligencia artificial», *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección A Fondo, enero de 2015, p. 2).

28 ALARCÓN GARCÍA, S.: «A propósito del COVID-19: ¿Sería recomendable para Chile la mediación familiar en línea?», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), 2020, pp. 93-119. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.57339>. Y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R.: «Mediación en Línea», *Revista de Mediación*, 1(1), 2008, pp. 6-15. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-en-lineal>.

on line, también son numerosos los inconvenientes o debilidades que presenta. Lo que, sin duda, no configura a esta modalidad de mediación como la mejor opción en muchos casos.

En primer lugar, sea presencial o en línea, la mediación tiene unos principios, y estos no cambian: imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad, etc. En mediaciones en línea necesitamos fortalecer los principios de la mediación. Es por ello que los principales inconvenientes se predicen de las eventuales confrontaciones que, para la igualdad entre las partes, la seguridad jurídica y la confidencialidad²⁹, puedan entrañar. No se puede mediar online por e-mail. Uno o 20 e-mails o mensajes de WhatsApp no convierten a un procedimiento de resolución de conflictos en mediación online, pues no podemos evitar la suplantación de identidad y además porque, como comentaba, podemos estar en riesgo la confidencialidad, privacidad y seguridad. De igual modo, con carácter general, no podemos mediar online con plataformas de videoconferencia como Zoom o Skype porque no garantizan la seguridad y privacidad de las comunicaciones.

A la vista de ello, una de las mayores dificultades que existen se da a la hora de garantizar la identidad de los que intervienen, cuestión que viene impuesta por ley, tal y como se dispone en el artículo 24.1 *in fine* LM. De ahí que surja la necesidad de autenticar la identidad de las partes, para evitar, por un lado, suplantaciones y, por el otro, y como consecuencia de ello, que alguno de los participantes pudiera oponerse al cumplimiento de un acuerdo, alegando que «no fue él» quien prestó su conformidad. Para garantizar la identidad de las personas que intervienen, se propone como un sistema adecuado la utilización del DNI electrónico, que simplemente exige a la persona usuaria la instalación de un lector. Por su parte, el artículo 32 RD 980/2013 contiene una triple vía para la acreditación de la identidad: a) firma digital b) presencia ante el mediador, c) sistema de mutuo acuerdo entre las partes y el mediador. Con todo, la firma electrónica no constituye un sistema infalible, en tanto se puede ceder a otra persona. Además, existen aplicaciones y plataformas digitales donde a pesar de incorporar el sistema de firma electrónica, se da la circunstancia de que son muchos los mediadores que carecen de tales herramientas, quizá porque no llevan a cabo con frecuencia la mediación electrónica o, igual, porque la estructura y organización de su puesto de trabajo no les da acceso a una de esas plataformas. Para solventar esta dificultad, los mediadores pueden acordar con las partes cualquier forma de validar su identidad, como determinar una contraseña alfanumérica para incluir al principio o al final de los mensajes, por ejemplo, o asignar a cada cliente, y hasta que concluya el procedimiento, una cuenta de correo ligada a un servidor administrado por los mediadores, pasando por todas las opciones que permiten las operaciones en la nube³⁰.

En segundo lugar, las mediaciones on line se consideran adecuadas para conflictos que no tienen gran escalada emocional, en tanto permite que las partes se expresen y dialoguen. No obstante, con carácter general, en este tipo de mediaciones resulta más complicado localizar las emociones en las partes cuando perdemos la comunicación no verbal, por lo que es difícil empatizar, además al no hacerse presencialmente, puede malinterpretarse lo que se dice. Se le reprocha, en esencia, la falta de inmedia-

29 En cuanto a la confidencialidad, para reducir los problemas causados en las mediaciones on line, se deberá garantizar la identidad de las partes y determinar los requisitos técnicos en dos niveles: por un lado, programas informáticos y, por el otro, privacidad física en el espacio donde se realiza la sesión en línea, por la posible aparición de terceros (ALARCÓN GARCÍA, S.: «A propósito del COVID-19: ¿Sería recomendable para Chile la mediación familiar en línea?»,..., *op. cit.*, p. 98).

30 CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.: «El auge de la mediación electrónica en la resolución de conflictos»,..., *op. cit.*

tez en la mayoría de los supuestos, la falta de interpretación del lenguaje corporal y la gestión emocional. Es por ello que se entiende que el encuentro presencial es mejor valorado frente al encuentro en línea. Se considera que las negociaciones cara a cara son más propensas a prosperar que la virtual.

En tercer lugar, debido a la utilización de los medios electrónicos, para ser una persona mediadora en línea, es necesaria una formación específica y adecuada. El entorno digital presenta múltiples desafíos para el mediador, además de saber cómo sobrellevar incidencias durante la práctica de la mediación online (problemas de conectividad, superar el desconocimiento de la plataforma de los clientes, etc.), debemos sumarle la «frialdad» y el «déficit» en áreas como la interpretación del lenguaje no verbal o la gestión emocional, por tanto, la formación de calidad del mediador es esencial.

En consecuencia, para una mejor calidad de los servicios, se les exige a los mediadores que estén familiarizados con las herramientas electrónicas y sean capaces de hacerlas comprensibles y útiles a los individuos. Igualmente, es necesario que los expertos posean determinadas competencias, conocimientos y habilidades propias de esta especialidad que proceden de la aplicación de las TIC a los medios de resolución³¹. Se les exige que tengan un buen dominio de la comunicación asíncrona, del lenguaje, de los registros lingüísticos y de la comunicación escrita. Con la tecnología actual, el lenguaje no verbal queda relegado a un segundo plano, toda vez que resulta complejo reproducir un encuentro presencial en el entorno virtual, aun cuando se produzca de manera síncrona. Por tal motivo, los expertos en mecanismos en línea deben esforzarse en mantener un tono ligeramente formal y equilibrado en sus comunicaciones. De este modo, las partes perciben que el experto no toma partido ni se inclina a favor de ninguna de ellas y que les ofrece las mismas oportunidades de ser escuchadas.

El experto también debe garantizar que la comunicación sea fluida y continuada, así se evitarán los retrasos innecesarios que provocan ansiedad a las partes, máxime cuando el silencio en el entorno en línea se interpreta con frecuencia de modo muy negativo. Relacionado con ello está la necesidad de que las comunicaciones sean breves, concisas y claras, porque utilizar un lenguaje ambiguo o poco claro puede ser causa de mayores desavenencias. Además, en estos casos, cabe recordar que el lenguaje no verbal no acompaña para aclarar dudas sobre las intenciones del interlocutor.

Por último, aun cuando la mediación en línea experimentó un gran auge con la llegada de la pandemia³², la realidad derivada de tal situación demostró que, a pesar del desarrollo actual en cuanto a medios tecnológicos, no había una preparación adecuada para una situación como la que se vivió. Trasladar toda la actividad presencial a la telemática requería una formación específica en herramientas TIC. Por tanto, a raíz de esta situación, resulta fundamental que la persona mediadora tenga conocimiento de las tecnologías digitales, además de tener acceso a internet y disponer de una buena conexión, todo ello para evitar el problema de la brecha digital. El uso de las TIC no puede suponer un problema para las partes y el conflicto. Debemos tener en cuenta qué herramientas quieren usar las personas mediadas, pues de lo contrario corremos el riesgo de perder el principio de voluntariedad y equidad entre las partes, por el desconocimiento y la falta de acceso a medios electrónicos. Por ello, deviene preciso que el experto garantice que las partes gozan de las mismas oportunidades de acceso para su participación y, en su caso, contribuya a facilitar los medios necesarios que permitan superar las posibles diferencias.

31 VILALTA NICUESA, A.E.: «Una prospectiva europea en materia de mediación y arbitraje electrónicos»..., *op. cit.*

32 *Vid.* CARPIO MIRÓ, A.: «Mediación en línea en tiempos de COVID-19», *Revista de Mediación*, 2021, 14 (1), e6.

3. Conclusiones

No hay duda alguna de que la incorporación de las nuevas tecnologías al servicio de la mediación contribuye a dotar de flexibilidad al procedimiento y, al tiempo, a favorecer su accesibilidad, además de ofrecer la posibilidad de adaptarse a la materia objeto del litigio, al ámbito del derecho sobre el que versa, a la disponibilidad de los intervinientes y a las previsiones específicas del mediador respecto al conflicto. Efectivamente, estas particularidades la convierten en una gran alternativa para seguir desarrollando en orden a resolver conflictos y contribuir a desatascar el sistema judicial.

Ahora bien, un rasgo propio de la mediación es que las sesiones son presenciales, lo que favorece la confianza entre las partes y la mejora de sus relaciones. Ello no obstante, y dado el carácter flexible de este procedimiento, el artículo 24 LM contempla la posibilidad de que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos. Tal posibilidad se sitúa en un contexto en el que destaca la importancia de las TIC, como elemento clave para modernizar y agilizar el sistema judicial. Lo cierto es que estos avances tecnológicos se convierten en un estímulo para la institución de la mediación, lo que, indudablemente, fomenta su utilización por los particulares a fin de lograr acuerdos que solucionen sus controversias.

En realidad, la mediación electrónica supone una forma diferente de resolver nuestros conflictos cotidianos, aportando numerosas mejoras que solicita la sociedad actual y encajando en diversos ámbitos. Sin embargo, a pesar de todos los beneficios que este tipo de mediación implica, no todo es positivo, por lo que lo más apropiado sería analizar en cada caso si la mejor opción es la mediación en línea.

Junto con ello, huelga decir que el escenario generado por la pandemia significó para todos los operadores jurídicos un punto de inflexión en la concepción tradicional de la Administración de Justicia. Incluso se pudo comprobar que el ordenamiento jurídico no está totalmente preparado, pues todavía faltan recursos —sobre todo tecnológicos— para que la mediación electrónica se pueda llevar a cabo con todas las garantías.

En consecuencia, podemos afirmar que aún queda un largo camino por recorrer, toda vez que lo adecuado será que esta modalidad de mediación se adapte a la realidad actual, debiendo coordinar sus principios con el cambio de contexto que han supuesto las nuevas tecnologías. Y, además, es necesario fortalecer la legislación en materia de mediación y contar con el apoyo político para fomentarla.

Sea como fuere, el tiempo nos dirá si realmente la mediación por medios electrónicos acaba por consolidarse y convertirse en una buena opción para resolver los conflictos.

4. Bibliografía

- ALARCÓN GARCÍA, S.:** «A propósito del COVID-19: ¿Sería recomendable para Chile la mediación familiar en línea?», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), 2020, pp. 93-119. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.57339>.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R.:** «Mediación en Línea», *Revista de Mediación*, 1(1), 2008, pp. 6-15. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-en-linea/>.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.:** *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, Reus, 2013.

- BARONA VILAR, S.:** *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BARONA VILAR, S.:** «Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI», *La Ley, Mediación y Arbitraje*, núm. 1, Sección Tribuna, Segundo trimestre de 2020, Wolters Kluwer España.
- BARRAL VIÑALS, I.:** «La regulación de las Online Dispute Resolution (ODR) en el ámbito del consumo», en VV.AA., *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Zaragoza, ADICAE, 2016.
- BUENO DE MATA, F.:** «Mediación electrónica e inteligencia artificial», *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección A Fondo, enero de 2015.
- CARPIO MIRÓ, A.:** «Mediación en línea en tiempos de COVID-19», *Revista de Mediación*, 2021, 14 (1), e6.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C.:** «El auge de la mediación electrónica en la resolución de conflictos», en GARCÍA MAYO, M. (Dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Madrid, Bosch, 2020.
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A.:** *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996.
- FRANCO CONFORTI, O.D.:** «Mediación electrónica (e-Mediación)», *Diario La Ley*, núm. 8519, Sección Tribuna, 15 de abril de 2015, Editorial La Ley.
- GARCÍA SALAZAR, L.F. y REYES SÁNCHEZ, A.M.:** «Resolución alternativa de conflictos: Mediación en línea como protección a los derechos del consumidor electrónico», *Iustitia*, 14, 2016, pp. 117-131.
- LEDERACH, J.P.:** *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992.
- MARTÍN DIZ, F.:** «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación», *Práctica de Tribunales*, núm. 98/99, Sección Estudios, noviembre-diciembre de 2012, Editorial La Ley.
- MARTÍN DIZ, F.:** «Litigiosidad extrajudicial en sedes electrónicas: planteamientos y nuevas realidades», en FONTESTAD PORTALÉS, L. (Dir.) y CARO CATALÁN, J. (Coord.), *La globalización del derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, M.P.:** *Conflicto y técnicas de gestión. En especial, la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su versión electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- PÉREZ GURREA, R.:** «Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica», *Revista Digital Facultad de Derecho*, Dialnet, núm. 6, 2013.
- RIVERA MORALES, R.:** «La Mediación Electrónica como forma alternativa de solución de conflictos», *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección Derecho digital / A fondo, mayo de 2017, Wolters Kluwer.
- VALIÑO CES, A.:** «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 11, 2019.

VILALTA NICUESA, A.E.: «Una perspectiva europea en materia de mediación y arbitraje electrónicos», *Journal of Conflictology*, núm. 4, abril de 2013.

VILALTA NICUESA, A.E.: «La resolución de conflictos en línea», en VV.AA., *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Zaragoza, ADICAE, 2016.

VINYAMATA CAMP, E.: *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003.

APORTES DE LA JUSTICIA PROPIA EN LA RECONSTRUCCIÓN DEL TEJIDO SOCIAL AFROCOLOMBIANO¹

Hingrid Camila Pérez Bermúdez
Doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo
Universidad de Medellín

SUMARIO: 0. Introducción. 1. La interrelación de la justicia propia con el pluralismo jurídico. 1.1. Pluralismo jurídico. 1.2. Justicia propia afrocolombiana. 2. La justicia propia como identidad. 3. La justicia propia como aporte a la reconstrucción del tejido social afrocolombiano y los buenos vivires. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

«Hasta que los leones tengan sus propios historiadores, las historias de cacería seguirán glorificando al cazador» Proverbio africano.

Sumario: Repensar los procesos de justicia en perspectiva del territorio y la cultura, aporta a identificar alternativas a las formas tradicionales sobre cómo dirimir conflictos, siendo estas últimas elaboradas desde occidente y con distanciamiento de las realidades, así como los contextos de las comunidades. Por tanto, la justicia propia, comprendida desde el saber ancestral que se aplica en la comunidad afrocolombiana, aporta a la solución de conflictos desde una mirada transversal, donde predomina la costumbre, la interculturalidad, así como la autoafirmación territorial por aplicar una práctica autónoma que repara de manera integral.

0. Introducción

La justicia propia como práctica autónoma de las comunidades afrocolombianas, no se encuentra constituida a través de la Constitución Política de Colombia², la cual, si bien señala el reconocimiento étnico y cultural, no quedó previsto para estas

1 Este capítulo hace parte la investigación doctoral titulada: «LA JUSTICIA COMUNITARIA A PARTIR DEL DIÁLOGO ANCESTRAL DE SABERES PROPUESTO POR LAS MUJERES AFROPUTUMAYENSES. Propuesta de garantía para la reconstrucción de las formas autónomas, interculturales y de gobernanza para la solución de conflictos» financiada por medio de una Beca en el Programa de Becas de Excelencia Doctoral del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Investigación que se encuentra adscrita al Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Colombia.

2 La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo séptimo señala: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana».

comunidades, como sí para los pueblos indígenas, una jurisdicción propia desde la cual diferentes elementos culturales confluyen para dirimir sus conflictos. Y solo de manera muy reducida, desde la Ley 70 de 1993³, y a través de los consejos comunitarios afro, ha quedado previsto el nombrar amigables compondores para la solución de controversias; dejando a las comunidades afrocolombianas excluidas de este reconocimiento constitucional.

Por lo que, el análisis que se propone, se desarrolla tras la triangulación de la información recolectada en la investigación titulada: *la justicia comunitaria a partir del diálogo ancestral de saberes propuesto por las mujeres afroputumayenses. Propuesta de garantía para la reconstrucción de las formas autónomas, interculturales y de gobernanza para la solución de conflictos*. La cual, desde el estudio de las entrevistas aplicadas a los habitantes afro del municipio de Orito — Departamento de Putumayo, se evidenció la importancia de esta práctica de justicia territorial que propone estrategias de reconciliación en el territorio, armonización, paz y reparación integral.

Desde el presente capítulo, se derivan elementos temáticos de análisis que permiten la configuración de la justicia propia, como autoafirmación del territorio afro, a partir de una perspectiva de garantías interculturales, que proponen ellos y ellas al interior de sus comunidades.

Para este caso, se desarrollan tres afirmaciones imprescindibles obtenidas de la observación de la investigación: I) La interrelación de la justicia propia con el pluralismo jurídico, entendido este último, en afirmación de Correas, como «la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio»⁴, el cual, desde la perspectiva de la justicia propia, legitima esta práctica territorial fundamenta en la aplicación del saber ancestral para la solución de controversias, presentadas al interior del territorio afro. II) la justicia propia como identidad, la cual, en línea teórica con Zibechi, se presenta la creación de diferentes culturas e identidades, «en cada proceso aparecen formas diferentes, no hay homogeneidad ni puede haberla porque cada sector de la sociedad que se organiza tiene puntos de partida distintos y modos de caminar también diferentes»⁵ los cuales, aportan a la configuración de lenguajes vivos y prácticas autónomas para convivir en dignidad. Y finalmente, III) la justicia propia como aporte a la reconstrucción del tejido social afrocolombiano y los buenos vivires, los cuales, en perspectiva de la aplicación del procedimiento oral que emplea la comunidad afro, se identifican y relacionan elementos característicos que derivan en la posibilidad de reconstruir el tejido social, dialogar en la creación de fórmulas de solución de conflictos alternativas pedagógicas y sociales, con efecto de no repetición.

3 El Congreso de la República de Colombia promulga la ley 70 de 1993, por medio de la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución. La cual, tiene como objetivo: La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

4 CORREAS, Ó.: “La teoría general del derecho frente a la antropología política”, Revista Pueblos y fronteras digital, núm. 6, 2011, pp. 89-115.

5 El autor realiza una contextualización importante sobre los movimientos sociales, el impacto de los mismos en los procesos locales, así como el reconocimiento plural de sus costumbres. ZIBECCHI, R. “Movimientos sociales en América Latina. El mundo otro en movimiento”, Desde abajo, 2017.

Afirmaciones que, en suma, aportan a la autocomprensión del territorio, distinguiendo una cultura de otra⁶ en clave del buen vivir, así como de la dignificación del ser, al reconstruir de manera autónoma su saber propio, incluyendo, lo que Sousa y Serna han reconocido como «gramáticas de dignidad a partir de los diferentes sentidos de lo humano que emergen de los contextos en que se viven»⁷.

1. La interrelación de la justicia propia con el pluralismo jurídico

Analizar, desde una comprensión amplia las diferentes prácticas (no estatales) que se pueden desarrollar de justicia en los territorios afrocolombianos, evoca inicialmente a emplear una categoría de interpretación alrededor de la territorialidad. La cual, y siguiendo las palabras de Escobar, «el territorio es simbólico, biofísico, episódico, desde el entendido que hace parte de un proceso de apropiación sociocultural»⁸. Este permite en su interior, confluencias de saberes, identidades, cosmovisiones, culturas, que, en suma, comprenden representaciones comunitarias apropiadas a la pluralidad del mismo.

Delimitados en el marco conceptual de la territorialidad, se desarrollarán dos comprensiones teóricas: primero, el pluralismo jurídico, que reconoce la diversidad de formas de justicias apropiadas a las comunidades, para emplear actos de juridicidad desde la identidad de cada territorio y, en segundo lugar, la justicia propia, como práctica ancestral que resuelve conflictos en el territorio afro.

1.1. Pluralismo jurídico

Afirma Torrado, que el valor denominado «pluralismo» está unido de raíz al valor de la dignidad de la persona⁹, con ello, representa una fórmula integral de reconocimiento de la otredad y respeto por las diferencias, que se ve reflejado en la apropiación de la identidad de una colectividad, y hace parte de su buen vivir. Para lo cual, pluralidad, contraría el panorama monocultural que ha reducido por décadas la posibilidad de interpretar la multiplicidad de prácticas que se lideran en comprensión identitaria y autoafirmación de una comunidad.

6 Como referente importante de los procesos culturales, afirma Panikkar que «Cada cultura es una galaxia que alberga la experiencia y percepción del mundo a partir de los cuales surge la autocomprensión, las preguntas que distinguen una cultura de otra y que definen lo que es significativo para una colectividad: los criterios de verdad, de bondad y de belleza, así como los límites del mundo y la manera de posicionarse». PANIKKAR, R.: "Decálogo: cultura e interculturalidad", Cuadernos Interculturales Universidad de Playa Ancha Chile, núm. 4, 2006, pp. 129-30.

7 Desde el aporte del Sur Global, los procesos de dignidad deben ser reinventados, según manifiesta Sousa y Sena, a fin de generar gramáticas pluralistas y acorde a los contextos y realidades sociales. SOUSA SANTOS, B. y SENA MARTINS, B.: "El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad", Akal epistemología del sur, 2019.

8 ESCOBAR, A.: "Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia.", Universidad Autónoma Latinoamericana, 2017.

9 TORRADO, J.: "El fundamento de los derechos humanos", Argumenta Journal Law, núm. 16, 2012, pp. 223-246.

El pluralismo jurídico hace parte entonces, en palabras de Wolkmer, de «las prácticas existentes interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no, y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales»¹⁰ de un territorio. «favoreciendo la radicalización de un proceso comunitario participativo, definiendo mecanismos plurales de ejercicio democrático y viabilizando escenarios de reconocimiento y de afirmación de derechos humanos»¹¹.

Por tanto, pluralismo se interpreta como indica Mouffe, en la «condición de la posibilidad de ser»¹² y complementando, ser y estar en un territorio diverso que no es discriminado por emplear sus prácticas propias, como respuesta a la solución de las controversias que en su interior se generen, por lo que, «la pluralidad aporta a la cohesión de cada grupo étnico para relacionarse y conservar la diferencia»¹³.

Desde esta línea de comprensión teórica, y en el análisis de esta investigación, la pluralidad jurídica permite tres aspectos en concreto: I) reconocimiento de las diferentes formas en las que el actuar humano, puede emplear procesos jurídicos no estatalizados, los cuales, permiten resolver conflictos de manera integral, atendiendo a sus propias idiosincrasias y con la finalidad de resarcir el daño y retejer las relaciones comunitarias del territorio. II) identidad, desde la construcción de la diferencia, fortalece la comprensión de imaginarios colectivos que vincula las representaciones sociales del grupo, su cultura, comportamientos y elementos que fortalecen sus propias tradiciones y, III) un rescate del etnosaber, el cual, desde la justicia propia afro, se emplean diferentes saberes que devienen de los ancestros, transmitidos por medio de la oralidad, de generación en generación, y hacen parte de su manifestación colectiva. Por ello la etnia, derivada desde la cultura, rescata memorias y prácticas que permiten el fortalecimiento del bien vivir en sus comunidades.

El pluralismo jurídico, integra elementos que coexisten con las diferentes prácticas de justicia y juridicidad que pueden presentarse en un territorio con condiciones diferentes, culturas apropiadas a sus imaginarios colectivos y representaciones sociales que se acercan a distinguir distintas prácticas autónomas de autoafirmación comunitaria, las cuales, a la luz de esta teoría, se legitiman y cobran validez para ser desarrolladas como propuestas alternativas, a las judiciales y jurisdiccionales, y con la finalidad de resolver conflictos.

1.2. Justicia propia afrocolombiana

Ahora bien, retomando el concepto de territorio, dentro del cual se concentran diferentes prácticas ancestrales que apropian la cultura del mismo, es a partir de

10 Introducing the contributions of legal pluralism, the author emphasizes that one cannot deny or minimize the State Law, but that what is sought is to recognize the existence of different legal practices valid in a territory. WOLKMER, A.: "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina", Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2003, pp.1-17.

11 WOLKMER, A.: "Pluralismo jurídico, derechos humanos y globalización", Revista de Estudios Jurídicos, 2014, pp. 142-52.

12 «En otras palabras, la diferencia entre la democracia antigua y la moderna no es una diferencia de tamaño sino de naturaleza. La diferencia crucial reside en la aceptación del pluralismo, que es constitutivo de la democracia liberal moderna. Por pluralismo entiendo el fin de la idea sustantiva de la vida buena». MOUFFE, C.: "La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea", *Barcelona: Gedisa S.A.*, 2012.

13 LLANO, J.: "Teoría del derecho y pluralismo jurídico", Criterio Jurídico Santiago de Cali, 2012, pp. 191-214.

este reconocimiento que la justicia propia aún vive en las estrategias autónomas por conservar acciones que direccionan la solución de conflictos en perspectiva de reparación integral. Autores refieren que «en un modelo de justicia comunitaria se da prioridad a la comunidad, destacando su responsabilidad en el control social, al tiempo que se refuerza su capacidad para lograr éste y otros resultados relevantes para la calidad de la vida comunitaria»¹⁴.

Se reconoce así la justicia propia afrocolombiana, como máxima expresión liderada por lo que el territorio afro ha denominado autoridad, que puede ser una madrina, un amigable componedor del consejo comunitario, un mayor o mayora, médico, entre otros, quienes por medio de su saber ancestral, y una vez presentado el conflicto, generan fórmulas de reparación integral, a través del diálogo y la oralidad, promoviendo una decisión que principalmente se enfoca al trabajo social o las acciones pedagógicas. Al respecto, confirma Rúa Angulo que esta justicia se proyecta como una «cantera de alternativas abastecida por la experiencia y el conocimiento acumulado que han ganado las comunidades en sus prolongados procesos de aprendizaje, tratamiento de conflictos y construcción de formas autónomas e identitarias de gobierno propio»¹⁵.

Como se ha expuesto, la justicia propia propone, en analogía con la justicia restaurativa, un diálogo entre los intervinientes (que para la justicia ordinaria sería víctima, ya sea un individuo o la comunidad y victimario) con apoyo de la autoridad (siguiendo la analogía sería el/la juez/a) a fin de que entre cada uno de ellos pueda construirse una decisión con fines de no repetición y reparación integral (sentencia). En este punto de análisis es importante manifestar que, dicha decisión que hace parte de fórmulas de acuerdo, no puede conceptualizarse como una sanción, sino como estrategias pedagógicas y de trabajo social, que afianzan la reconstrucción del tejido común.

Por tanto, hasta aquí, ya empiezan a postularse algunos de los rastros e impactos que va construyendo la justicia propia en su aplicación comunitaria, los cuales abordan un beneficio integrador; donde victimario reconoce la realización de un hecho contrario a los mandatos internos de la población afro, y se le aplica una decisión que, para ellos y ellas, permite una verdadera solución al daño presentado. De este modo, la justicia propia deconstruye los mecanismos tradicionales de emplear el derecho, para fortalecer, a partir de la comprensión ancestral, herramientas de reconstrucción social. Al respecto se afirma:

«De esta manera, la realización de la justicia pretende que las personas y la sociedad, a partir de la conciencia de la justicia, sus formas y desarrollos dentro de la comunidad, construyan una representación de la misma que implique el reconocimiento de los derechos como parte integrante de esta y que su reivindi-

14 KARP, D. y TODD, R.: "Justicia comunitaria: marco conceptual", Universidad Mayor de San Andrés, 2013.

15 En profundización a la propuesta de reparación en perspectiva de la justicia, afirma Rúa: «lo justo comunitario, lo justo étnico o lo justo afrocolombiano es el reflejo del sentido de solidaridad y del principio de igualdad y de equidad real y concreta, y la persona y su dignidad están en el centro del problema. El sujeto, en este caso, es parte vital de la solución y no un problema en sí mismo; la consulta directa, la valoración de su papel en la familia y en la sociedad y el culto a lo sagrado y a los ancestros, a lo aceptado y a lo prohibido han de marcar las claves mediante las cuales la justicia comunitaria y su expresión afro, la justicia afro-colombiana, se diferencie en medio del conflicto armado y de los actos corrientes de injusticia y de impunidad». RÚA ANGULO, C.: "La justicia afrocolombiana se construye en el reconocimiento de la diversidad", Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales Universidad Nacional de Colombia, 2009.

cación y respeto es lo mínimo para lograr la justicia, al igual que la implantación de diversas formas que impliquen la posibilidad de una real transformación de los conflictos»¹⁶.

Solucionar conflictos, desde este imaginario ancestral, modifica el paradigma de la justicia ordinaria y contempla la posibilidad de desarrollar un proceso completamente oral, con elementos restaurativos y componentes interculturales propios de la cultura que los aplica. En coherencia con los aportes de Ardila, «a partir del principio de comunidad deben reconocerse dinámicas de muy variada intensidad, en la que las comunidades en ejercicio de autonomía establecen normas y mecanismos que las regulan y les sirven para la gestión de sus conflictos»¹⁷.

Desde la observación que se ha desarrollado para identificar la forma como se materializa esta práctica ancestral, se logran identificar si quiera tres, de muchos, elementos que hacen parte de esta comprensión holística: I) las culturas: como aquellos rasgos que son exaltados desde la identidad e interculturalidad y permiten el reconocimiento de pautas, valores, códigos de conducta, idiosincrasias y representaciones comunitarias del colectivo. Sierra, precisa que este tipo de justicia crea su propia matriz cultural, para que a partir de esta última, se resuelvan los asuntos, desde estrategias que ni el Estado comprende¹⁸. Prácticas que terminan siendo legitimadas por la misma comunidad que las pone en marcha, derivadas de la ancestralidad y con especial aporte de la identidad afrocolombiana. II) la autonomía: la cual ratifica, a través de del valor de la libertad, la implementación de diferentes saberes generacionales, culturales y propios, que fundamentan la toma de decisión en el proceso oral, hacia la proyección de justicia. Una facultad propia que permite reconocer la diferencia, contrarrestar la imposición colonial del derecho, y apropiarse de procesos independientes con un alto valor ancestral, que cumple efectos de reparación integral.

«Desde aquí, más que con las otras perspectivas los procesos sociales ponen en tela de juicio la esencia del paradigma moderno del monismo jurídico y del monopolio estatal en la administración de justicia. No sólo se trata de personas que reclaman un tratamiento diferente por parte de la administración de justicia oficial, sino sobre todo de comunidades enteras que reivindicán su «derecho» a existir como tales, para lo cual defienden sus propias reglas y sus propias instituciones como parte esencial de la propia identidad y de su autonomía como colectivos»¹⁹.

Los procesos de autonomía vienen acompañados de la autoafirmación territorial por expresar prácticas de identidad, como comunidad afrocolombiana. A fin de que, la dinámica cultural y ancestral perdure en el tiempo. III) como tercer y último elemento se encuentra la resolución de conflictos: al respecto, refiere el Profesor

16 ATEHORTÚA, C.: "Reflexiones sobre algunos problemas para la realización de la justicia". En *Contraste sobre lo justo: debates en justicia comunitaria*", Instituto popular de capacitación de Colombia, 2003, pp. 103-160.

17 ARDILA AMAYA, E.: "Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria" *El otro derecho*, 2004.

18 SIERRA, M.: "Género, diversidad cultural y derechos: Las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria", Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2009.

19 Asegura Ardila que «el derecho local se favorece por ser factiblemente más armónico con la idiosincrasia de una comunidad (en lenguaje, medios, técnicas, medios de prueba y estrategia de manejo de conflictos) ya que las normas y las decisiones se legitiman desde las tradiciones y las propias costumbres». ARDILA AMAYA, E.: "Justicia comunitaria y el nuevo mapa de las justicias", *Criterio Jurídico Santiago de Cali*, 2002, pp. 45-97.

Uprimny que estas formas de justicia deben permitir reducir la violencia²⁰. Desde la justicia propia, existen diferentes contextos, en su proceso oral, a partir del cual se proyecta esta resolución de conflictos. Una primera, relacionada con la comprensión integral del significado de esta práctica de justicia, la cual, en su núcleo, enfatiza en poder restablecer el daño que se ha causado al interior de la comunidad; en segundo lugar, la decisión, la cual, comprende una estrategia de diálogo propuesta por los intervinientes, con fines sociales y pedagógicos; y en tercer lugar, la participación de lo que en la justicia ordinaria se conoce como víctima, que aporta, para este caso de estudio, una construcción dialógica y reparadora, que desde la acción sin daño, interactúa para concentrar acuerdos efectivos e integrales.

Una vez presentados los aportes teóricos sobre los cuales se ha fundamentado el pluralismo jurídico y la justicia propia, así como se indica, la interrelación se evidencia desde los siguientes puntos, que, coexisten para fortalecer esta práctica ancestral de resolución de conflictos:

1. Se interrelacionan, a partir de la existencia como el reconocimiento de la justicia propia en el territorio, desde la autoafirmación territorial que aleja el derecho tradicional de occidente, para dar aplicabilidad a una práctica creada e implementada desde el saber ancestral de la comunidad afrocolombiana. La cual, por medio de la oralidad y una vez presentado el hecho que ha sido generador del conflicto, evalúa y proyecta estrategias de acuerdo, que evocan en una decisión con fines pedagógicos, alternativos y sociales.
2. Asimismo, la justicia propia tiene su fuente primaria, en la implementación de saberes culturales y ancestrales del pueblo afrocolombiano, como reconocimiento de la alteridad de procesos de justicia en perspectiva intercultural, que se emplean al interior de sus diversos territorios.
3. Coexisten desde la posibilidad de democratizar un proceso con participación comunitario, para que sus propósitos colectivos queden condensados en desarrollar una práctica oral con fines de reparación integral y no repetición.
4. Finalmente, la interrelación se conecta con la existencia de un proceso legitimado por la comunidad, con validez en el territorio, quienes son conscientes de los beneficios integrales que les permite activar esta práctica.

Como corolario de lo que se ha expuesto, y tras el análisis del pluralismo jurídico con la justicia propia, se rescatan elementos de fundamentación teórico/práctico, que aportan no solamente a la identificación conceptual de la justicia, sino que, además, permiten visibilizar esta forma autóctona de emplear procesos territoriales de solución de conflictos, desde el componente cultural.

2. La justicia propia como identidad

Legitimado el procedimiento que apoya la empleabilidad de la práctica de justicia propia desde la comunidad afrocolombiana, es imprescindible reconocer que esta contiene un componente que, a su vez, teje el reconocimiento histórico de la misma: la identidad. La cual, en análisis con la autoridad, la oralidad, la decisión y la raza, advierten de la posibilidad de efectivizar en un procedimiento completamente oral, sin manuales o leyes que le guíen, y con efecto de reparación integral a quienes intervienen.

20 UPRIMNY, R.: "¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?", Pensamiento jurídico, núm. 12, 2000.

La identidad

La territorialización de las prácticas propias que reúnen las comunidades, permite desarrollar el concepto de identidad principalmente desde el enfoque teórico y práctico propuesto desde la construcción plural, y alejado de la monocultura, así como de la homogenización y singularización de los comportamientos del ser humano. Por tanto, señalar la apropiación de identidades desde la pluralidad, permite diferenciar los grupos étnicos, sus lenguajes y acciones que comunican los saberes apropiados a sus prácticas. «Es en y a través del diálogo que se pueden modificar las relaciones entre los participantes o crear acciones conjuntas, especificar valores y significados relevantes y orientarse a la construcción de nuevas realidades y tramas sociales»²¹. Identidades que, constantemente aportan al reconocimiento de la idiosincrasia preexistente en las comunidades, toda vez que se rescatan procesos autónomos, democratizados y legítimos, a fin de que no desaparezcan.

Refiere Rateau y Lo Monaco que las «representaciones sociales llevan la marca de la pertenencia social de los individuos que son sus portadores y garantizan su identidad; de otra parte, permiten a esos mismos individuos distinguir a los otros»²². Estas identidades hacen parte de las representaciones vigentes al interior del territorio afro, las cuales, permiten identificar los valores, pautas de comportamiento, acciones diferenciadoras de vestir, cantar con alabaos para reparar, curar con la medicina ancestral, cultivar sus alimentos con el cuidado a la madre tierra, y convivir como familias en un territorio.

Para lo cual, las comunidades afrocolombianas reconocidas desde la multiplicidad de representaciones, emplean para recordar, en palabras de Trujillo, «la identidad de los pueblos para ponerlo al servicio del presente (...) extraer la historia debe tener legitimidad en sí misma, no porque provenga de un recuerdo querido o favorezca determinados intereses»²³. Apropiaciones históricas que fortalecen la permanencia de los procesos culturales instaurados por décadas, para no olvidar la raíz de sus lenguajes plurales. Estas prácticas que desarrollan, se fortalecen en el quehacer diario y el reconocimiento de importantes actores que emplean estrategias para su efectivización. «Los modelos locales también evidencian un arraigo especial a un territorio concebido como una entidad multidimensional que resulta de los muchos tipos de prácticas y relaciones»²⁴.

Para el caso de la justicia propia, como ya se ha mencionado, se presentan diferentes representaciones sociales que hacen parte de la propia identidad afro, y corresponde cada una de ellas al resultado de la observación de campo que se ha realizado y permitido evidenciar en la triangulación de la información. Apropiaciones comunitarias propias que aportan a los rasgos propios de esta práctica autónoma, por tanto, se enuncian:

21 FRIED SCHNITMAN, D.: "Perspectiva generativa en la gestión de conflictos sociales", Revista de Estudios Sociales, núm. 36, 2010, pp. 51-63.

22 RATEAU, P. y LO MONACO, G.: "La Teoría de las Representaciones Sociales: Orientaciones conceptuales, campos de aplicaciones y métodos", Revista CES Psicología, núm. 6, 2013, pp.22-42.

23 TRUJILLO, E.: "Memoria y Narrativa: La puesta del dolor en la escena pública", Estudios Políticos, núm. 21, 2002, pp. 9-28.

24 ESCOBAR, A.: "El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o postdesarrollo?", Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

1. **La autoridad:** se desarrolla un procedimiento oral a través de una autoridad, como actor fundamental en el liderazgo de la aplicación de esta fórmula de acuerdos, siendo esta una de las figuras que identifican la práctica territorial afro. Por tanto, la autoridad emplea diferentes estrategias de reparación integral, tras la consecución de la conducta que contraría, los comportamientos adecuados que ha establecido la misma la comunidad. En este punto de análisis y como manifiesta Kley Meyer,

«La expresión cultural desempeña un papel decisivo en el trazado de los lindes interétnicos y en la conservación de la autonomía y el carácter básico de los subgrupos, manteniendo así el pluralismo étnico de una sociedad determinada y la supervivencia de la cultura»²⁵.

La autoridad, más que una instancia de poder, representa una figura de respeto en la comunidad, por el saber ancestral que ha adquirido y aplica a la solución de conflictos, siendo este uno de los fines esenciales de esta práctica de justicia, direccionado en la efectividad de la reparación del daño, el reconocimiento de la comisión de la conducta y el compromiso de la no repetición, por parte del victimario. Elementos que siguen siendo un tejido articulado entre las características que hacen parte de la identidad de este territorio.

2. **La oralidad:** como característica que se resalta en el procedimiento de justicia propia, se destaca la oralidad del mismo. El cual, bajo la salvedad de la buena fe de quienes intervienen, presentan pruebas, testigos, declaraciones, entre otros, a fin de demostrar la culpabilidad o inocencia, de los hechos que los convocan. La utilización del lenguaje, como de la palabra, permite afirmar que todo el procedimiento es desarrollado desde una perspectiva completamente cultural, afianzando saberes, idiosincrasias y comportamientos que proponen un proceso construido desde el interior de sus comunidades, con la finalidad de resolver el daño ocasionado y continuar en el fortalecimiento comunal; Prácticas que, desde los efectos que cumplen al estar organizados, contribuye a la democratización de sus estrategias territoriales, y el poder popular o del pueblo afro, defino por Fals Borda, así:

«Se define el poder popular como la capacidad de los grupos de base (explotados hoy por sistemas socioeconómicos) de actuar políticamente y de articular y sistematizar conocimientos (el propio y el externo) de tal manera que puedan asumir un papel protagónico en el avance de la sociedad y en la defensa de sus propios intereses de clase y de grupo»²⁶.

La oralidad entonces, involucra valores de la cultura afro, propone participación entre víctima y victimario, y permite un enfoque restaurativo, identitario y ancestral, para dirimir, desde sus imaginarios colectivos, los inconvenientes que presentan como comunidad.

25 Complementa el autor, frete al impacto de las expresiones culturales que ellas, almacenan y transmiten información para preservar la historia local, la ciencia, así como aportar a la delimitación del grupo desde su cultura, sus raíces y en las reflexiones colectivas. KLEYMEYER, C.: "Usos y funciones de la expresión cultural en el desarrollo bas. En La expresión cultural y el desarrollo de base", Abya-Yala Ediciones, 1994.

26 FALS BORDA, O.: "Conocimiento y poder popular", Siglo XXI Editores, 1986.

3. **La decisión:** como respuesta y resultado del procedimiento, se encuentra la decisión o acuerdo, de la cual se destacan los siguientes efectos:

- Un acuerdo con acompañamiento de la autoridad y participación de víctima y victimario, para darles voz a las partes e intervención en la creación de acuerdos que aporten a la reparación integral.
- Una decisión que es pedagógica e involucra, según el caso, el trabajo social para el victimario.
- Una decisión que genera un compromiso con el victimario para aplicar la no repetición.
- Una reparación cultural, en términos de identificar las mejores estrategias de restaurar y comprometer al victimario en el reconocimiento de su responsabilidad.

Por tanto, la decisión corresponde a la identidad afro, como constructo comunitario que permanece y reconoce alternativas en la reparación, desde una práctica ancestral. «Lo que una persona es, y su identificación, dependen del conjunto de sus creencias, valores y normas», manifiesta Olivé²⁷. Por lo que, más que el individuo, se analiza la comunidad afro como colectivo que moviliza diferentes apropiaciones ancestrales, para su buen vivir. Una identidad que, en plural, analiza «un sujeto que es producto de la construcción social construido a partir de procesos sociales comunicativos»²⁸, pero a su vez, propios y comunitarios.

4. **La raza:** como distinción de la identidad, será revisada a partir de la ruptura epistemológica de la diferencia y del proceso intercultural, que se construye a través de los saberes ancestrales de la comunidad afrocolombiana. Sin desconocer, el contenido histórico que la define; «la idea de «raza» y su entrecruce con el discurso de mestizaje y los designios de poder tienen una historia compleja en América Latina desde la invasión europea»²⁹. La cual, como elemento que se describe en la identidad, reconoce la pluralidad de prácticas ancestrales adheridas a la misma. Por ello, para autores como Pisano, ésta ha tenido un aspecto relevante en la construcción identitaria, desde el ámbito continental hasta el nacional y regional³⁰, así como determinante, para Domínguez, quien la define como construcción social³¹ de los diferentes territorios. En efecto, la raza para esta delimitación, existe desde el constructo global de identidades que participan en prácticas comunitarias para salvaguardar su cultura y autoafirmar su territorio como escenario de buen vivir. La raza, para la justicia propia, determina la comunidad que aplica esta práctica y permite reconocer en la otredad, alternativas territoriales para solucionar los inconvenientes que al interior de estas regiones se presentan, desde la fundamentación del saber ancestral.

27 OLIVÉ, L.: "Interculturalismo y justicia social", Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

28 MONGE, L.: "Enfoques y críticas al concepto de identidad", Podium - Universidad Espíritu Santo UEES, 2016.

29 WALSH, C.: "Raza», mestizaje y poder: horizontes coloniales pasados y presentes", Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2010.

30 PISANO, P.: "Liderazgo político negro en Colombia", Universidad Nacional de Colombia, 2012.

31 DOMÍNGUEZ, M.: "Un acercamiento al enfoque interseccional de las opresiones: liberar los monstruos que intersectan", Ciencia, Técnica y Mainstreaming social, 2018.

La autoridad, oralidad, decisión y raza, aportan a la conceptualización de la identidad como elemento fundamental en la práctica de justicia propia, que en efecto permite la reconstrucción del tejido social, al ser aplicado un procedimiento que, desde la oralidad, dialoga y crea fórmulas de acuerdo con efecto de reparación integral, en clave de la no repetición, y con fines esencialmente pedagógicos. Por tanto, estos elementos de identidad, permiten a la comunidad afrocolombiana, desarrollar una estructura cultural en la forma como solucionan sus conflictos, desde el saber de los ancestros.

3. La justicia propia como aporte a la reconstrucción del tejido social afrocolombiano y los buenos vivires

La justicia propia, como ha sido expuesta, coexiste con el pluralismo jurídico al ser desarrollada como práctica autónoma y propia del saber ancestral de las comunidades afro, asimismo, hace parte de la identidad que se teje desde la autoridad, oralidad, decisión y raza, en la construcción de acciones que permiten reparar de manera integral el daño que se ha ocasionado. Por lo que, la relación de esta, con la reconstrucción del tejido social y los buenos vivires, se fundamenta inicialmente desde las siguientes dos premisas: primero, el contenido histórico de las comunidades afrocolombianas, el cual, en palabras de Ferrer Valencia, indica que:

«La modernidad trajo consigo un discurso reglado sobre quiénes encajaban en la categoría ser humano y quiénes no, especialmente sobre la base de varios criterios ordenadores relacionados con la identidad étnico — racial, el género y el estatus socioeconómico. Apelando a esta forma de ordenación social fueron explotados los cuerpos y asaltadas las identidades de quienes no alcanzaban el paradigma de la "humanidad"»³².

De este modo, los hechos que se presentaron tras la esclavitud y el racismo, obligaron a las comunidades afro a olvidarse de su identidad, para ser sometidos a costumbres de quienes «eran considerados humanos», incrustando en sus cosmovisiones, una cultura de occidente ajena a sus prácticas autónomas. Por ello, a partir de esta primera premisa, se cuestiona la trascendencia histórica/participativa, de las comunidades afro, a fin de referir sobre la importancia y significación, de recuperar dentro de sus prácticas, los saberes ancestrales que les han borrado y hacen parte de su legado como territorio plural.

Como segunda y última premisa de fundamentación de la justicia propia hacia la reconstrucción del tejido social y los buenos vivires, se relaciona con la ineficacia actual del derecho occidentalizado, que además de no reconocer la existencia de diferentes prácticas no estatales, que buscan la consecución de la justicia, crea un discurso unidireccional para aplicar de manera positiva, reglas que, además de ser ajenas a las realidades territoriales, persiguen un castigo como resultado, y no repara de manera integral a los intervinientes en el proceso.

«La función social del derecho es regular la convivencia de hombres y mujeres en una sociedad determinada con el fin de promover la realización personal y colectiva de quienes hacen parte de una comunidad, en paz y armonía. Si esto

32 FERRER VALENCIA, S.: "La integración local en zonas urbanas: análisis del marco normativo aplicable a la población afrocolombiana en condición de desplazamiento forzado", En Paz en el territorio. Diálogo intercultural y justicia social. Universidad Nacional de Colombia. Colección Gerardo Molina, 2017.

es cierto, cabe decir que el derecho no ha cumplido con esta finalidad. Leyes que esclavizan a las mujeres, que restringen de diferentes modos de acuerdo a su clase, etnia, raza, edad, habilidad, etc., sus posibilidades de ser y actuar en el mundo, que otorgan más poder económico, político y sexual a los hombres, sólo pueden profundizar una convivencia basada en la violencia y en el temor»³³.

Por ello, retornar a una práctica que se fundamenta en la costumbre ancestral para resolver conflictos, sin codificaciones o una ley que «autorice» su aplicación, no solamente apropia la legitimidad, reconocimiento y participación de la comunidad afro por efectivizar estas fórmulas de solución de conflictos, sino que, además, revierte la teoría positiva del derecho para darle paso a la interculturalidad de los territorios y sus formas propias de convivir, al interior de los mismos.

«En este sentido, podemos asumir como «comunitaria» una política, estrategia o acción política, social, cultural y educativa que promueva vínculos, subjetividades y valores comunitarios; proceso de creación y fortalecimiento permanente del tejido social y de potenciación de la capacidad de agencia de sujetos personales y colectivos sociales unidos entre sí en torno a diferentes factores y circunstancias (territoriales, culturales, generacionales, emocionales, creencias y visiones de futuro compartidas)»³⁴.

La búsqueda de la justicia como un compromiso del ser humano, no debe ser exclusiva de los procesos adelantados en la jurisdicción ordinaria, que terminan con un fallo condenatorio y una irreal resocialización del victimario, una vez cumplida su sanción. Siguiendo las afirmaciones de Salmerón, «una comunidad puede buscar formas de autonomía frente a una sociedad nacional y legislar lo que considere necesario para la supervivencia de su propia cultura»³⁵. En consecuencia, identificados los inconvenientes que se presentan al interior del territorio afro, los cuales devienen de las relaciones propias entre ellos y ellas, se generan, con liderazgo de la justicia propia, fórmulas que remedian las controversias presentadas y fortalecen la comunidad. Esto, hace parte de lo que Segato ha denominado un pluralismo histórico capaz de contener la cultura relativa, para no perder de vista, en afirmación de la autora, «lo único que es insustituible desde el punto de vista de los pueblos: su voluntad de existir como sujetos colectivos de la historia y permanecer bajo el sol remontado de los tiempos»³⁶.

Por lo que, desde estos imaginarios colectivos que se tejen como respuesta a la efectividad de la justicia afro, se aplican diferentes estrategias de reparación integral, que se concentran en fórmulas pedagógicas, donde víctima y victimario son partícipes, con liderazgo de la autoridad, de fórmulas que permitan la reconstrucción social y familiar, siendo uno de los fines últimos de esta práctica. Toda vez que, como expresión de la comunidad afro, manifiestan que es más beneficioso el que existan procesos autónomos, que acudir a la jurisdicción ordinaria que no les comprende sus propias formas de solucionar conflictos, en perspectiva intercultural.

33 FACIO, A.: "Feminismo, género y patriarcado", Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, 2005.

34 TORRES, A.: "El retorno a la comunidad. Problemas, debates y desafíos de vivir juntos", Cinde El Búho, 2013.

35 SALMERÓN, F.: "Diversidad cultural y tolerancia", Paidós, 1998.

36 Refiere la autora que «percibir la raza del continente, nombrarla, es una estrategia de lucha esencial en el camino decolonial». SEGATO, R.: "La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda", Prometeo, 2013.

Como menciona Machado «decimeros, poetas, cantadoras, pujadoras, raperos ponen en escena el derecho a la existencia de todos los seres vivientes. Sus prácticas traen filosofías que han sido silenciadas en la historia oficial»³⁷ debido a que no hacen parte de la estructura de poder colonizada que impone, por una parte, lo que es relevante para la sociedad, y por la otra, aquello que se debe olvidar. Finaliza argumentado el autor que «el ubuntismo, una teoría inmoderada, inclusive profana, que propone significados de la diáspora, apunta claramente al tejido interrelacionar de toda existencia»³⁸. Un rescate cultural africano que ressignifica la importancia del tejido social de esta comunidad, al indicar que «soy porque somos». Una apología a las comprensiones comunitarias que unen los territorios y repelen el individualismo, como el capitalismo, que defiende la mercantilización del ser humano y el rechazo de lo propio y ancestral.

Por lo anteriormente expuesto, cada uno de los argumentos que se han presentado, consolidan el aporte de la justicia propia, como saber ancestral, a la reconstrucción del tejido social, afianzando estrategias de solución de conflictos desde el diálogo y con apoyo de la oralidad, para que con el liderazgo de la autoridad, se desarrolle este procedimiento que le apunta a vivir en armonía y dignidad, como comunidad y familia afrocolombiana.

Ahora bien, tres son las consideraciones que se exponen en relación al impacto de la justicia propia en el buen vivir de la comunidad afrocolombiana:

En primer lugar, la construcción de formas de vida a partir de sus saberes ancestrales, los cuales, han permitido no solamente el retorno a sus tradiciones, impedidas por la occidentalización y colonización del saber, sino que también, el poder local para fortalecer sus procesos internos de diálogo, costumbres e identidades, que aplican desde la perspectiva comunitaria y territorial. Frente a este primer punto, el buen vivir, «se presenta como una oportunidad para construir colectivamente nuevas formas de vida (...) El Buen Vivir forma parte de una larga búsqueda de alternativas de vida fraguadas en el calor de las luchas populares, particularmente de los pueblos y nacionalidades originarios»³⁹. La alteridad de procesos autóctonos, como alternativa del territorio, les permite seguir autoafirmando sus lenguajes, prácticas e interculturalidades.

En segundo lugar, el buen vivir aporta al fortalecimiento de los procesos de participación que integran las voces de la comunidad. Con ello, no se establecen jerarquías de mando y obligatoriedad de poder, sino que, como comunidad y familias afrocolombianas, suman sus iniciativas que lideran al interior de sus consejos comunitarios, entre otros espacios donde democratizan sus propuestas para vivir en dignidad. Unos buenos vivires orientados al «reconocimiento de que existen diversos valores y formas de concebir el mundo, de respeto por todos los seres vivos que integran y conviven en nuestra casa común, la tierra»⁴⁰.

Y finalmente, en tercer lugar, el reconocimiento de la diferencia y armonización con procesos comunitarios y ambientales. El buen vivir atribuye una especial aten-

37 MACHADO, M.: "Luchas del buen vivir por las mujeres negras del Alto Cauca", El otro mundo, 2009.

38 Ibidem.

39 ACOSTA, A.: "El buen vivir más allá del desarrollo. En Buena vida, buen vivir: imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad", Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

40 DE LA CUADRA, F.: "Buen Vivir: ¿Una auténtica alternativa post-capitalista?" Revista Polis, núm. 40, 2015, pp. 7-19.

ción al cuidado de la Pachamama o madre tierra, e integra una cosmovisión de vida que permite reconocer una propuesta alejada del antropocentrismo y las formas instauradas de superioridad del hombre.

«Para su realización se necesita cumplir con los fundamentos de la vida colectiva de la humanidad en la tierra, es decir, la relación con la naturaleza y el reconocimiento de la necesidad de regeneración de la tierra, la producción material de la vida, la organización social y política colectiva y la expresión del sentido y de la ética. El «Bien Común de la Humanidad» se presenta como una meta, un ideal, una utopía, en el sentido positivo del término, destinado a orientar la acción»⁴¹.

Por ello, los buenos vivires, como filosofía de una vida territorial más comunitaria y armónica con la tierra, aporta a las prácticas ancestrales lideradas por los afrocolombianos, a fin de que cada una de sus acciones converjan en coherencia con el valor de la pluralidad, el cuidado de sus familias y la protección ambiental, como casa común para el desarrollo pleno de su vida.

En relación a lo que se ha expuesto, se identifican los aportes que ha realizado la justicia propia a la reconstrucción del tejido social afrocolombiano y los buenos vivires, así:

- Desde el rescate histórico y colectivo de las tradiciones borradas por la colonización del saber y hacer.
- A partir de la legitimación de los saberes ancestrales para ser aplicados al interior de las comunidades, y que éstos tengan validez para cada uno de los miembros.
- Con la aplicación de un procedimiento que tiene fines de restauración y no de retribución.
- El liderar una decisión que se construye desde el diálogo, con apoyo de los intervinientes en el procedimiento oral, a fin de que sus intereses sean escuchados.
- Con la generación de procesos de paz y armonización al interior de un territorio que aplica, desde el reconocimiento plural, prácticas autónomas.
- Desde la construcción comunitaria, que permite concertar el respeto por la vida en el territorio.
- Como identidad colectiva, la cual, a partir de las representaciones sociales, materializa la perspectiva de unidad y comunidad, que protege sus intereses como grupo.

Estos aportes, coexisten entre la práctica de justicia propia y la reconstrucción del tejido social, con efecto al buen vivir, a fin de que, se reconozcan las voces, lenguajes y formas propias de solución de conflictos, dentro de esta territorialidad.

4. Conclusiones

Partir de la premisa «lo que no se nombra, no existe» permite reconocer las propuestas históricas y las memorias vivas que confluyen al interior de los territorios,

41 HOUTART, F.: "El concepto de sumak kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad", ALAI, América Latina en Movimiento, 2011.

que, como procesos de participación democráticos-autónomos internos, han sido nombrados desde imaginarios colectivos y costumbres propias, para emplear estrategias comunitarias que evocan los buenos vivires, en dignidad y armonización del entorno. Por lo que, el desarrollo de la justicia propia, nombrada así por las comunidades afrocolombianas, persiste, ante la colonización del saber, para emplear una práctica completamente oral, sin reglamentaciones positivizadas, que aporta, desde el liderazgo de una autoridad, el desarrollo de diálogos y fórmulas de acuerdo contundentes (decisión), que están direccionadas hacia la pedagogía y el trabajo social. Una expresión máxima de pluralismo jurídico, donde se identifican estrategias territoriales para dirimir conflictos, desde el componente ancestral; reconociendo, entre las diferentes prácticas de juridicidad, a la justicia propia.

La identificación de características en la justicia propia como lo son la autoridad, la decisión, la oralidad y la raza, ponen de manifiesto una estructura consolidada de un procedimiento autónomo, pero que, legitimado por la misma comunidad afro, aporta al ser identitario de ellos y ellas, así como a la autoafirmación territorial, que, en aras de reconocer el dialogo propuesto con fundamento del saber ancestral, permite la reparación del daño, y la no repetición.

Finalmente, y con relación directa a lo anteriormente manifestado, la consecuencia al dar aplicabilidad a esta práctica territorial, tiene su asidero en reconocer los efectos de reconstrucción del tejido social, tras la aplicación de una decisión restaurativa, que repara integralmente y armoniza el territorio, en propuesta del Buen vivir. La justicia propia, propicia un entorno de participación y reconciliación, fundamentado en las voces de los ancestros que defienden la autonomía, el saber propio y la afirmación cultural de sus territorios.

5. Bibliografía

- ACOSTA, A.:** *El buen vivir más allá del desarrollo. En Buena vida, buen vivir: imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- ARDILA AMAYA, E.:** «Justicia comunitaria y el nuevo mapa de las justicias», *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, 2002, pp. 45-97.
- ARDILA AMAYA, E.:** «Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria», *El otro derecho*, 2004.
- ATEHORTÚA, C.:** «Reflexiones sobre algunos problemas para la realización de la justicia». En *Contraste sobre lo justo: debates en justicia comunitaria*, Instituto popular de capacitación de Colombia, 2003, pp. 103-160.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA:** *Constitución Política de Colombia*, 1991.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA:** *Ley 70*, 1993.
- CORREAS, Ó.:** «La teoría general del derecho frente a la antropología política», *Revista Pueblos y fronteras digital*, núm. 6, 2011, pp. 89-115.
- DE LA CUADRA, F.:** «Buen Vivir: ¿Una auténtica alternativa post-capitalista?», *Revista Polis*, núm. 40, 2015, pp. 7-19.
- DOMÍNGUEZ, M.:** «Un acercamiento al enfoque interseccional de las opresiones: liberar los monstruos que intersectan», *Ciencia, Técnica y Mainstreaming social*, 2018.

- ESCOBAR, A.:** *El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o post-desarrollo?*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.
- ESCOBAR, A.:** «Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia», Universidad Autónoma Latinoamericana, 2017.
- FACIO, A.:** «Feminismo, género y patriarcado», *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 2005.
- FALS BORDA, O.:** *Conocimiento y poder popular*, Siglo XXI Editores, 1986.
- FERRER VALENCIA, S.:** «La integración local en zonas urbanas: análisis del marco normativo aplicable a la población afrocolombiana en condición de desplazamiento forzado», En *Paz en el territorio. Diálogo intercultural y justicia social*. Universidad Nacional de Colombia. Colección Gerardo Molina, 2017.
- FRIED SCHNITMAN, D.:** «Perspectiva generativa en la gestión de conflictos sociales», *Revista de Estudios Sociales*, núm. 36, 2010, pp. 51-63.
- HOUTART, F.:** «El concepto de sumak kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad» *ALAI, América Latina en Movimiento*, 2011.
- KARP, D. y TODD, R.:** *Justicia comunitaria: marco conceptual*, Universidad Mayor de San Andrés, 2013.
- KLEMEYER, C.:** *Usos y funciones de la expresión cultural en el desarrollo bas. En La expresión cultural y el desarrollo de base*, Abya-Yala Ediciones, 1994.
- LLANO, J.:** «Teoría del derecho y pluralismo jurídico», *Criterio Jurídico Santiago de Cali*, 2012, pp. 191-214.
- MACHADO, M.:** «Luchas del buen vivir por las mujeres negras del Alto Cauca», *El otro mundo*, 2009.
- MONGE, L.:** «Enfoques y críticas al concepto de identidad», *Podium*, Universidad Espíritu Santo UEES, 2016.
- MOUFFE, C.:** *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, Barcelona: Gedisa S.A., 2012.
- OLIVÉ, L.:** *Interculturalismo y justicia social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- PANIKKAR, R.:** «Decálogo: cultura e interculturalidad», *Cuadernos Interculturales* Universidad de Playa Ancha Chile, núm. 4, 2006, pp. 129-30.
- PISANO, P.:** *Liderazgo político negro en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, 2012.
- RATEAU, P. y LO MONACO, G.:** «La Teoría de las Representaciones Sociales: Orientaciones conceptuales, campos de aplicaciones y métodos», *Revista CES Psicología*, núm. 6, 2013, pp.22-42.
- RÚA ANGULO, C.:** «La justicia afrocolombiana se construye en el reconocimiento de la diversidad», *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales*, Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- SALMERÓN, F.:** *Diversidad cultural y tolerancia*, Paidós, 1998.

- SEGATO, R.:** *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda*, Prometeo, 2013.
- SIERRA, M.:** *Género, diversidad cultural y derechos: Las apuestas de las mujeres indígenas ante la justicia comunitaria*, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2009.
- SOUSA SANTOS, B. y SENA MARTINS, B.:** *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Akal epistemología del sur, 2019.
- TORRADO, J.:** *El fundamento de los derechos humanos*, Argumenta Journal Law, núm. 16, 2012, pp. 223-246.
- TORRES, A.:** *El retorno a la comunidad. Problemas, debates y desafíos de vivir juntos*, Cinde El Búho, 2013.
- TRUJILLO, E.:** «Memoria y Narrativa: La puesta del dolor en la escena pública», *Estudios Políticos*, núm. 21, 2002, pp. 9-28.
- UPRIMNY, R.:** «¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?», *Pensamiento jurídico*, núm. 12, 2000.
- WALSH, C.:** *Raza, mestizaje y poder: horizontes coloniales pasados y presentes*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2010.
- WOLKMER, A.:** *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2003, pp.1-17.
- WOLKMER, A.:** «Pluralismo jurídico, derechos humanos y globalización», *Revista de Estudios Jurídicos*, 2014, pp. 142-52.
- ZIBECHI, R.** *Movimientos sociales en América Latina. El mundo otro en movimiento*, Desde abajo, 2017.

ARBITRAJE INTERNACIONAL: ENTRE EL DESARROLLO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y LOS RIESGOS DE LA CIBERSEGURIDAD EN EL SIGLO XXI

Laura Andrea Flórez Álvarez
*Doctoranda en Derecho Procesal
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 0. Introducción. 1. El arbitraje internacional como opción de justicia frente a los desafíos del siglo XXI. 2. Inteligencia artificial y tecnologías disruptivas: los nuevos retos para el arbitraje internacional. 3. La ciberseguridad en la práctica del arbitraje internacional. 4. Bibliografía.

0. Introducción

Solemos distinguir al arbitraje como uno de los mecanismos de resolución de controversias mayormente conocidos, dentro del abanico de opciones de justicia que ofrecen los ordenamientos jurídicos a lo largo y ancho del mundo, gracias a las notables ventajas que posee, como la confidencialidad, la neutralidad, la flexibilidad, y sobre todo la agilidad del procedimiento. Estas características que desde luego le han permitido hacerse merecedor de reconocimiento y preferencia, le han permitido a la institución perfilarse también como una luz de esperanza, ante el surgimiento de la crisis desencadenada en los sistemas de justicia tradicionales en virtud de la pérdida de credibilidad por parte de los justiciados, y la vulnerabilidad de sus instituciones judiciales en las últimas décadas.

Sin embargo, en ocasiones se olvida, o poco se conoce que el arbitraje, se configura como una de las instituciones jurídico procesales más antiguas e importantes en la historia del derecho, y de la humanidad misma, toda vez que sus orígenes se remontan al mundo antiguo, empezando desde el periodo greco-romano, a pesar de que algunos autores como Teixeira y Andreatta¹, afirmen que su existencia es incluso anterior, identificándolo con el inicio de las formas más incipientes de vida social:

¹ Vid. TEIXEIRA P.C.M. y ANDREATTA, R.M.: *A nova arbitragem: comentários a léi n. 9.307 de 23.09.96*, Porto Alegre, Sintese, 1997, p. 54.

organizaciones primarias en las cuales su práctica estuvo presente para mantener y preservar la identidad de sus miembros.

Su largo recorrido, ha estado marcado por algunos acontecimientos importantes que le han permitido postularse como uno de los mecanismos preferentes por parte de los ciudadanos para resolver sus disputas. Hablamos desde luego, del ideal o *movimiento ADR*² (*alternative dispute resolution*) conocido también como *Appropriate or Amical Dispute Resolution*, surgido a finales del siglo XX en Estados Unidos, en respuesta a los fenómenos que amenazaban con colapsar el aparato judicial de *hyperlexis*, o la *litigation explosion*³, y que se extendió de manera paulatina en gran parte de los ordenamientos jurídicos.

No obstante el proceso de integración de estos nuevos métodos alternos, y el amoldarse a nuevas fórmulas de «administrar justicia», distintas a la conocida *tutela judicial* que de primera mano, ve en el propio órgano jurisdiccional la autoridad responsable de actuar y ejecutar lo fallado, no ha estado del todo privo de tropiezos. En honor a la verdad, las reflexiones acerca de la justificación de los ADR, y en especial del arbitraje han sido una constante, si bien lo que no resulta discutible es la comprensión y extensión que lleva a cabo la garantía constitucional del derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*, que en el caso de España, permite al ciudadano optar válidamente entre la jurisdicción ordinaria, y los ADR para la resolución de sus conflictos.

La fórmula, que inicialmente fue propia de los países de cultura anglosajona, y que representó en principio una tabla de salvación alterna al desgastado modelo tradicional de justicia, ha sabido continuar su cauce incorporándose en los ordenamientos jurídicos de los diferentes puntos cardinales, gracias a las ya mencionadas ventajas, y a la par de su increíble capacidad de adaptación a las nuevas exigencias y necesidades sociales, en un mundo día a día más globalizado. Es por ello, que en pleno siglo XXI hablamos sobre los nuevos desafíos que enfrenta la institución, de cara a su fortalecimiento ante la inminente irrupción tecnológica.

A la fecha, tecnologías como la inteligencia artificial (IA), la cadena de bloques (*blockchain*), el internet de las cosas (IoT), y más recientemente, la computación cuántica, la *datafización*, y las nuevas realidades que se abren en virtud de los complejos

2 La doctrina coincide en fijar el nacimiento de este movimiento (Alternative Dispute Resolution) a finales del siglo XX, con la conferencia titulada: «The Pound Conference: Perspectives on justice in the future» cuyas ideas principales recogían el memorable discurso de R. Pound «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», que llevó a cabo en el año 1906 ante la American Bar Association, dejando entrever la urgente necesidad de orientar el modelo de justicia, y en particular el ordenamiento jurídico hacia un modelo menos rígido y más flexible que tuviera en cuenta las necesidades sociales de la época, evitando caer en prácticas que continuaran a desencadenar el distanciamiento entre el derecho y la realidad. *Vid.* MACHO GÓMEZ, C., Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. *Anuario de derecho civil*, 2014, vol. 67, n. 3, p. 940-941.

3 Después de un largo proceso para lograr el reconocimiento de garantías, derechos y libertades, los problemas crecientes como lo fue la falta de sintonía entre la realidad socio-política imperante en los años 30 y la jurisprudencia eminentemente formalista del Tribunal Supremo, conllevaron a la consolidación del realismo jurídico americano, cuyos ideales perseguían la necesidad de encontrar en el derecho un instrumento facilitador para resolver conflictos, que no desconociera las necesidades, y la realidad que vivía la sociedad para ese momento. Sin embargo, con el nacimiento del estado social de derecho y la inmersión del justiciable, fenómenos como la *hiperjudicialización o jurisdiccionalización* rápidamente salieron a flote, en medio de una cultura litigiosa, que finalmente desembocó en el colapso del sistema judicial, con tiempos prolongados, y por ende, costes elevados para el ciudadano.

procesos de digitalización y automatización, han generado una verdadera revolución social. En efecto, nos enfrentamos a una realidad compleja que exige soluciones rápidas y eficaces que generen confianza en los ciudadanos.

Es por esta razón que *derecho y tecnología deben ir de la mano*, a pesar de que para nadie sea un secreto que en el actual escenario no es así, sabemos que mientras la tecnología avanza a paso de gigante, el mundo jurídico actual apenas comienza a abrirse a la nueva realidad, llevando a cabo una paulatina transformación de viejos paradigmas hacia un rumbo renovado, modernizando por ende sus instituciones.

En este contexto, el arbitraje internacional no ha sido la excepción, ha tenido que amoldarse al devenir tecnológico. De hecho, hoy por hoy hablamos de prácticas modernas, con la aparición de *software especializado* capaz de llevar a cabo predicciones, o contribuir a la gestión y análisis de datos, manejo de casos, pronóstico de costes, automatización de procesos, e incluso algunos hablan de árbitros artificiales y automatizados. Sin embargo, todos estos adelantos, y sus beneficios, se ven amenazados por el *riesgo digital*.

Dicho lo anterior, en este capítulo intentaremos ofrecer al lector un panorama general del arbitraje internacional frente a la disrupción tecnológica, analizando los problemas y repercusiones actuales frente a la gestión de la ciberseguridad, los estándares obligatorios, y finalmente, algunas recomendaciones que creemos necesarias para su ejercicio.

1. El arbitraje internacional como opción de justicia frente a los desafíos del siglo XXI

Uno de los mayores retos que enfrentan las sociedades modernas, y en especial el Estado a través de sus ordenamientos jurídicos, consiste en garantizar el acceso a la justicia de manera efectiva. Conscientes de ello, una buena parte de estos ha dispuesto mecanismos y herramientas útiles⁴, en la búsqueda de materializar la *tutela judicial efectiva*, derecho fundamental de carácter indisponible que acompaña todos los sistemas judiciales modernos alrededor del mundo⁵.

Es en esta dirección en la que se mueve actualmente el arbitraje, sobresaliendo como uno de los mecanismos de carácter extrajudicial predilecto para la resolución de controversias, gracias a las ventajas que ofrece, entre las cuales se cuenta:

- La *neutralidad*, de quienes conocen la controversia y se preparan para fallar a través del laudo;
- La *especialidad*, toda vez que las disputas pueden ser resueltas por decisores expertos;

4 Mas allá de la típica distinción entre la autocomposición y la heterocomposición, vale la pena recordar que en la actualidad nos encontramos frente a un panorama de solución de controversias heterogéneo, con un engranaje que de manera armoniosa permite la materialización de un abanico de opciones y posibilidades que efectivizan el sentido de justicia, sin que en ese sentido los ADR se entiendan necesariamente como opuestos o incompatibles. Sobre el tema, se aconseja, *Vid. DUCHATEAU, M., FIKKERS, S., LANE, L., SCHAGEN, E.V., Evolution in Dispute Resolution: From Adjudication to ADR?* Portland: Eleven International Publishing, 2016, pp. 57.

5 En nuestro ordenamiento, el derecho a la tutela judicial efectiva está garantizada en el artículo 24 de la actual Constitución Española *Vid. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, n. 311, pp. 29313-29424.

- La *confidencialidad y privacidad* de todo el procedimiento, y en particular de la información sensible en cuanto logra mantenerse fuera del ojo público;
- La *agilidad* del mecanismo, pese a que a nuestro parecer aún nos queda un largo camino por recorrer sobre todo en referencia a los temas que se relacionan con la aplicación y el conocimiento de las nuevas disposiciones sobre procedimientos acelerados⁶; y por último,
- La *flexibilidad* que por naturaleza le pertenece, y sobre la cual hablaremos en los próximos epígrafes.

De hecho, las estadísticas publicadas en uno de los últimos informes de la Corte Internacional de Arbitraje, (de aquí en adelante CCI) de fecha enero de 2021⁷, revelaron un aumento significativo y recurrente en la demanda del mecanismo, registrando un total de 853 nuevos casos, de los cuales 840 presentados bajo las reglas de arbitraje de la CCI, y 13 bajo las reglas de la CCI como autoridad nominadora.

Dan fe de igual manera, los resultados del estudio publicado en el mes de marzo de 2022 por parte de la FTI Consulting, en los cuales se observa el crecimiento exponencial alcanzado por el arbitraje en el año 2020, llegando a un 9.9%, lo que significa 6.5 puntos por encima del aumento del 3% que mantenía desde el año 2010 hasta el 2019⁸.

Si bien, estos resultados no son más que el reflejo de la arquitectura y la cultura procesal de los sistemas jurídicos en los últimos tiempos, en un esfuerzo por respaldar mecanismos distintos a la vía judicial tradicional para dirimir conflictos, sin duda una buena parte del éxito del arbitraje internacional, debe atribuírsele al fuerte impacto de la globalización, la evolución del comercio internacional, la pandemia del COVID-SARS-2 y por supuesto la inmersión en la sociedad 4.0., fenómenos todos que han exigido una modernización y la evaluación de un proceso evolutivo y de desarrollo de este tipo de vías alternas y complementarias.

Ahora bien, a sabiendas del complejo y pedregoso proceso que continua enfrentando el arbitraje desde la profunda crisis que se desató en el siglo pasado, y que terminó por afectar la justicia en razón del colapso del aparato judicial, la insatisfacción de los ciudadanos, y la consecuente elección por parte de estos últimos de mecanismos alternos en un intento por lidiar con la falta de oportunidades para acceder a un sistema eficiente de justicia tradicional, es realmente la llegada de la cuarta revolución industrial, lo que hace que se amplíe el panorama para liderar y extender una transformación de los escenarios más próximos de la sociedad, un reto que desde luego, implica el deber de reformular, optimizar procesos, reestructurar sectores, y abrir las puertas a la digitalización e integración de nuevas tecnologías.

6 No solo la CCI proporciona las reglas para un procedimiento de arbitraje acelerado. Otras instituciones como el Centro de Arbitraje de Estambul, la Asociación Americana de Arbitraje, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros, también proporcionan un marco para la regulación del procedimiento.

7 Puede acceder al reporte publicado en la siguiente dirección electrónica: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-unveils-preliminary-dispute-resolution-figures-for-2021/> (Último acceso, noviembre de 2022)

8 *International Arbitration after the pandemic: Economic fundamentals will continue to drive the growth and geographic diversification of international arbitration*. FTI Consulting. Inc. 2022, pp. 1-28. Puede acceder al reporte publicado en la siguiente dirección electrónica: [international-arbitration-after-pandemic.pdf](https://www.fticonsulting.com/international-arbitration-after-pandemic.pdf) (fticonsulting.com) (Último acceso, noviembre de 2022)

Un asunto que a simple vista no presentaría grandes dificultades, excepto porque entre esos escenarios más próximos se encuentra también el sistema de justicia.

Tanto desde el ámbito constitucional, como procesal, el arbitraje se cimenta como una opción de justicia al ser un mecanismo de carácter heterocompositivo que nace a partir de la autonomía de las partes, la libertad y el respaldo del ordenamiento jurídico, que finalmente es el que le permite dotar de valor jurídico las decisiones. En este orden de ideas puede afirmarse que en el panorama internacional el mecanismo contribuye a la resolución de cientos de disputas, con diferentes grados de complejidad, en distintos ámbitos y sectores, así lo testimonia uno de los más actualizados reportes de *Freshfields Bruckhouse Deringer*⁹ que deja en evidencia las últimas tendencias respecto a nuevos tipos de disputas que prefieren ser dirimidas a través del mecanismo, entre las que sobresalen, las disputas comerciales que involucran el sector tecnológico en razón a la necesidad de adecuación de otros campos y segmentos a los beneficios de las nuevas tecnologías, aquellas en materia de construcción y proyectos, y en general, todas las que son derivadas de operaciones societarias, sobre las que se espera aumente aún más su número para los próximos meses.

En estos casos ha sido fundamental el atractivo que ofrece la flexibilidad del mecanismo y la adecuación paulatina que la institución ha llevado a cabo a través de la implementación y el uso de la tecnología tal y como lo analizaremos a continuación.

2. Inteligencia artificial y tecnologías disruptivas: los nuevos retos para el arbitraje internacional

Pensar en tecnologías disruptivas y arbitraje internacional parece ser a primer impacto un *cocktail peligroso*. Con frecuencia, solemos preguntarnos cuál es el verdadero alcance de la tecnología, o que tan cierto puede llegar a ser que dicha inmersión termine por desplazar al ser humano de sus tareas actuales, e incluso llegar a afectar su cotidianidad al permear aquellos sectores más complejos como lo es el ámbito de la justicia, y en particular el segmento que atañe la resolución de las controversias.

Desde luego, la falta de respuestas inmediatas representa para muchos la puerta abierta para dejarse contagiar por el temor y la incertidumbre entre quienes prefieren asociar la revolución tecnológica a la suplantación del árbitro, desconociendo de primera mano los beneficios que la tecnología puede traer consigo, así como el necesario rol que cumple el derecho en la sociedad, pues sería impensable afirmar que este, pueda permanecer inmóvil ante las exigencias diarias, o que la tecnología pueda estar al margen de la realidad que vive la justicia¹⁰.

Concretamente, en el ámbito del arbitraje, la llamada *ciencia de datos*¹¹ adquiere particular trascendencia a la hora de imaginar cual podría ser el futuro de la institución jurídica, en especial en lo que respecta a todas aquellas cuestiones atinentes al

9 *Arbitraje Internacional en 2022: Principales Tendencias*. 2022, pp. 5 ss. Puede acceder al reporte publicado en la siguiente dirección electrónica: [international_arbitration_top_trends_2022_spanish.pdf](https://www.freshfields.com/~/media/FFB/~/media/International_Arbitration_Top_Trends_2022_Spanish.pdf) (freshfields.com) (Último acceso, noviembre de 2022)

10 Se aconseja, *Vid.* FLÓREZ ÁLVAREZ, L.A.: «Los nuevos ciclos de la justicia: transformación y futuro legal inteligente desde las perspectivas procesales *Justicia, proceso y tutela judicial efectiva en la sociedad post pandemia*. Cizur Menor, Aranzadi, 2022. pp. 184 y ss.

11 Sobre el tema, puede consultarse *Vid.* GARCÍA, J., *et al.*: *Ciencia de datos. Técnicas Analíticas y Aprendizaje Estadístico*. Bogotá, Colombia. Publicaciones Altaria, SL, 2018, pp. 13-15.

análisis de la información, la generación de conocimiento para la toma de decisiones, e incluso la predicción de las mismas.

De acuerdo con Foster Provost y Tom Fawcett¹², el término *ciencia de datos* puede definirse como el conjunto de principios fundamentales que respaldan y guían su extracción, teniendo en cuenta los principios de la información, y el conocimiento de los mismos. Es por ello que para los autores el *Data Science* es el puerto que enlaza para su necesario funcionamiento tecnologías de procesamiento de datos (entre ellas el *big data*), y la toma de decisiones basada en estos últimos.

Quizás, entre los conceptos que más se le relacione, podemos identificar la Minería de Datos o *Data Mining*¹³, un subcampo interdisciplinario de la informática y la estadística que se acuñó por primera vez en los años 60 junto con otros conceptos como *data fishing* o *data archeology*¹⁴. Su objetivo principal es el de extraer de forma segura, automática o semiautomáticamente la información (patrones repetitivos, tendencias o reglas) a partir de datos de gran volumen que aún no están procesados. Como resulta lógico, el éxito del proceso dependerá de la recopilación, almacenamiento y el proceso informático de la totalidad de los datos.

Trayendo a colación sus antecedentes para la comprensión del fenómeno, encontramos que fue a finales del siglo XX, cuando la búsqueda por encontrar una solución eficaz para examinar una considerable cantidad de información no pudo retrasarse más, comenzaba a rebasarse la capacidad con la que contaban los operadores para su clasificación y exploración en razón del significativo aumento del volumen y la necesidad de entrelazar el análisis con distintas tipologías de datos (variedad).

Fue esta la principal razón por la cual surgió la aparición del *Big Data*, causando furor y revuelo, toda vez que permitía la apertura hacia nuevas oportunidades y perspectivas en relación con el tratamiento de la información. Desde ese entonces el *Big Data* representa una herramienta de alto valor para analizar, y extraer la información de volúmenes crecientes de datos de manera precisa y ordenada, a través de tecnologías que de forma eficiente y práctica contribuyen a aportar los resultados que se requieren, en el menor tiempo posible.

Ahora bien, aunque se carezca de una definición unívoca del término, algunos autores¹⁵ han preferido asociarlo tanto a grandes volúmenes de datos y su integración con los datos provenientes de bases de datos tradicionales, como a su variedad, y a la velocidad de su procesamiento y acceso (Teoría de las tres V: variedad, velocidad y volumen).

Entre las funciones que lleva a cabo, llama la atención que adicional a la ejecución del análisis de la información para facilitar procesos, con la ayuda de la inteligencia artificial, se hace posible también la extracción de patrones predictivos, contribu-

12 Cfr. PROVOST, F. y FAWCETT, T.: «La ciencia de datos y su relación con Big Data y la toma de decisiones basada en datos» *Big Data*, vol. 1, 1.ª edición, Mary Ann Liebert, Inc., 2013, pp. 51-59.

13 Para ampliar información al respecto, se aconseja *Vid.* HAOXIANG, W. y SMYS, S.: «Big data analysis and perturbation using data mining algorithm». *Journal of Soft Computing Paradigm (JSCP)*, Vol. 3, No1. 2021, pp. 19-28; HAN, J.; PEI, J., y TONG, H., *Data mining: concepts and techniques*. New York, Edit. Morgan kaufmann, 2022, pp. 1-27.

14 Puede consultarse *Vid.* WANG, J. y QIYANG, C.: «Data Mining fundamental concepts and Critical Issues», *Encyclopedia of Artificial Intelligence* New York, Edit. Vol. 1, Information SCI, 2009, pp. 418-419.

15 *Vid.* AGUILAR, L.J.: *Big Data, Análisis de grandes volúmenes de datos en organizaciones*. México, Alfaomega Grupo Editor, 2016, pp. 18 y ss.

yendo a mejorar la toma de decisiones; lo que permitiría desarrollar una herramienta tecnológica, capaz de llevar a cabo labores predictivas en todo el mundo.

En relación con la inteligencia artificial¹⁶, nos haría falta más de un capítulo para elevar algunas reflexiones. No obstante, antes de matizar su influencia en la práctica arbitral internacional intentaremos dedicarle algunas líneas, siendo plenamente conscientes de la importancia que reviste, en los nuevos horizontes de la práctica arbitral internacional. No entraremos a discutir eso sí sobre la dificultad y complejidad que representa intentar definir o comprender exhaustivamente su funcionamiento, resultado de años y años de historia bajo el perfeccionamiento de la matemática, los principios de la lógica, el estudio de la computación y más recientemente la fascinación por intentar explicar y asimilar las capacidades de aprendizaje y comprensión, en la eterna simbiosis máquina-hombre.

Además, creemos que es importante enfatizar que pese a que el término nos sugiera novedad, la realidad es que sus antecedentes podemos situarlos a partir de los mismos aportes que hizo Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), al elaborar sus teorías de lógica y codificación de estilos de razonamiento deductivo, definidas bajo el nombre de silogismos. No podemos dejar de reconocer que otras contribuciones fueron también de gran notoriedad como por ejemplo el trabajo realizado por Ctesibio de Alejandría (285 a. C.-222 a.C.) quien fuese el primero en apostar por el desarrollo de un algoritmo capaz de coadyuvar a la construcción de una máquina autocontrolada para responder y ejecutar instrucciones.

Enseguida, las primeras experiencias de programación fueron las responsables de conducir los primeros planteamientos para el desarrollo de la inteligencia artificial. Con la teoría de Alan Turing en los años 50, se logró proporcionar los elementos necesarios para formular un test capaz de determinar la exhibición o no de un comportamiento inteligente en una máquina, cuya superación dependía de que el resultado fuera la imposibilidad de diferenciar un comportamiento humano de uno no humano.

Aun así, fue hasta la conferencia convocada por John McCarthy y Marvin Minsky, y celebrada en el verano de 1956 en Dartmouth que se acuñaría por primera vez el término de inteligencia artificial. A partir de ese momento, su desarrollo comenzó a ser exponencial, influyendo notablemente en las investigaciones y adelantos científicos alrededor del mundo, hasta los años 90, para retomar nuevamente las investigaciones y su promoción, hasta los inicios del siglo XXI.

En materia de arbitraje internacional, como lo afirmábamos líneas atrás, dos cosas llaman principalmente la atención: la primera, el hecho que la ciencia de datos permita *hacer descubrimientos* dentro de los mismos datos objeto del análisis de forma eficaz, tanto en función de la complejidad, como del tiempo; y la segunda, la posibilidad de efectuar predicciones en base a decisiones que se repiten o no un elevado número de veces, en la medida en la que ambas inciden drásticamente en el desarrollo y evolución del mecanismo, lo que a nuestro modo de ver nos está llevando hacia una nueva experiencia *ultrasensorial*.

En realidad, el aumento significativo de las disputas, su excesiva especialidad, y los problemas surgidos con la crisis generada a raíz de la pandemia del Sars-Cov-2, han sido los precursores de la inevitable transición tecnológica del mecanismo. Hoy en día, nos encontramos en la búsqueda de procesos más eficientes, eficaces y por

16 Para complementar la información proporcionada, se sugiere consultar *Vid.* PHOFEN, R.; ΚΡΙΤΙΚΟΣ, Μ.: «Regulating artificial intelligence and robotics: ethics by design in a digital society». *Contemporary Social Science*, N. 16 Vol.2, 2021, pp. 170–184.; BENKO, A.; LÁNYI, C.S.: «History of artificial intelligence». *Encyclopedia of Information Science and Technology*, Second Edition. IGI Global, 2009. p. 1759-1762.

supuesto lo más transparentes posible, con el objetivo de alimentar la confianza en el ciudadano. Es por ello que parece lógico que desde este punto de vista el mecanismo haya tenido en cierto modo que readaptarse.

Atrás, quedan las carpetas y archivadores físicos, o la larga espera para la extracción de información ordenada o novedosa, para dar paso a la digitalización, al uso de la *blockchain*, de las TICs, la automatización, la inteligencia artificial y en general, la necesaria transformación del proceso arbitral.

En este orden de ideas, no es de extrañar que el arbitraje internacional haya incurrido en la virtualidad¹⁷, una conquista importante, que años atrás hubiese sido impensable. Poco a poco, hemos comenzado a preferir llevar a cabo audiencias a distancia, creando una alternativa a las audiencias presenciales con el objetivo de ahorrar tiempo y costes. No obstante somos conscientes que existe una problemática de base, y es que las partes, y en general los operadores que inicialmente no estaban capacitados, han tenido que demostrar una mayor preparación en el tema relacionado con la logística y la tecnología, a la par de las instituciones, que por su parte han tenido que adaptarse y modernizar el ámbito normativo, para mejorar *the best practices*.

Las audiencias tanto virtuales como híbridas contribuyen a optimizar la experiencia del arbitraje y desde nuestro punto de vista, representan una buena opción cuando de integración a las nuevas dinámicas tecnológicas se trata, dado que a simple vista logran facilitar la consecución de la resolución de las controversias objeto del procedimiento.

Sin embargo, pese a los evidentes beneficios, existe para algunos recelo y desconfianza respecto al funcionamiento del arbitraje mediado por las TICs. De hecho, el uso de entornos virtuales implica que todos los documentos que acompañan el procedimiento sean digitalizados¹⁸, y por tanto, su acceso, almacenamiento, y tratamiento sea de alguna u otra forma intangible con los riesgos que ello representa: alteración, destrucción, accesos no autorizados, violación de la confidencialidad y, por lo tanto, una posible afectación a las garantías procesales y constitucionales.

Aun así, y sin perjuicio de la existencia de otras posibles problemáticas, en defensa de la inmersión tecnológica podemos afirmar que en el escenario de lo arbitral, el uso de las tecnologías antes descritas permite aligerar las cargas y coadyuvar a la realización de tareas que son necesarias para su buen desarrollo, en especial las relacionadas con el análisis de datos.

De hecho, hoy en día es frecuente recurrir a algunas plataformas y software especializado para encontrar soluciones legales que faciliten y agilicen la investigación legal de forma personalizada como *LexisNexis* o *Thomson Reuters Westlaw*. Plataformas que mediante un software actualizado, e interconectado, permiten agilizar

17 En lo que respecta al arbitraje internacional, la transición al procedimiento virtual sugiere, ha sido anticipada, en razón de los beneficios como la reducción de costos y la especialidad y complejidad de las disputas. Se sugiere consultar *Vid. MADYOON, N., «Virtual Hearings in International Arbitration: Challenges, Solutions, and Threats to Enforcement», Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, UK, Edit. Wolters Kluwer Vol. 87, pp. 597-611.*

18 A ello se le suma, las iniciativas de Campaign for Greener Arbitrations, o arbitrajes verdes, que promueven la promoción de prácticas para reducir la huella de carbono, a través de la limitación de aquellas prácticas que impidan un desarrollo más ecosostenible, como los desplazamientos, optando por audiencias híbridas y virtuales, eliminación de copias en papel y promoción de la digitalización, el uso de formas de energía limpia, entre otros aspectos.

tareas respecto a las cuales anteriormente solía emplearse más tiempo, más recursos humanos, y por lo general un incremento de los gastos.

Otra de las tecnologías que llama la atención aunque suscite discusiones, es la cadena de bloques o *blockchain*. A pesar de que su empleo en el arbitraje podría asegurar que la información que viaje o se comparta se haga de forma segura, usando tecnología de registros inalterables la cual entre otras cosas permite elegir, cuando, como, donde, cuanto y con quien puede compartirse la información, —así como el uso obligatorio de claves diferentes para su acceso, por lo general privadas y públicas (criptografía asimétrica)— no obstante, al ser una tecnología de aplicación reciente y que no ha sido del todo explorada, genera sombras y alimenta los prejuicios.

En el campo legal, y en específico en el arbitraje internacional siguen existiendo muchos interrogantes al respecto, principalmente porque no convence del todo si su uso pueda hacerse tan deliberadamente, más aún cuando se trata de asociarla o extenderla hacia la automatización, o a los amplios matices de la inteligencia artificial.

En esta hipótesis debe observarse, que adicional a la adecuada preparación a nivel informático con la que tendrían que contar todos los actores que participen en el arbitraje, particular cautela tendría que tenerse respecto a la posibilidad que se abre para las cláusulas de arbitraje insertadas por ejemplo en un *Smart contract* o contrato inteligente que opta por el uso de la tecnología *blockchain*.

En ese sentido, la pregunta que ya se ha venido planteando es si la ejecución de esa cláusula podría o debería ser automática frente a un posible incumplimiento del contrato, y que efectos tendría desde el punto de vista procesal, ¿podría incluso hablarse de una desnaturalización del instituto? o bien, yendo más allá ¿qué pasaría con el laudo? El temor es que esa mediación de la tecnología *blockchain* pueda hacer posible la elección automática de los árbitros que deben conocer la controversia (disminuyendo o eliminando del todo la potestad natural que tienen las partes para su elección, a menos que no se trate de facilitar la selección de los árbitros brindando información precisa y actualizada sobre cada uno de ellos a través del empleo de IA, caso del software de *ArbitratorIntelligence*), y que el empleo de la inteligencia artificial para llevar a cabo predicciones sobre la suerte del mecanismo o la automatización de la decisión con base en la similitud de los casos ya resueltos, termine por repercutir en el significado y en el rol del árbitro, para acercarse cada vez más a la conversión del árbitro por el árbitro-Robot, ceñido únicamente a la información que percibe, y por tanto completamente alejado de la necesaria percepción humana que le otorga sentido al mecanismo —razonamiento— junto a la ética y la empatía.

Desde luego el empleo que la *inteligencia artificial legal*, puede llegar a tener en el arbitraje internacional, se plantea a partir de una doble connotación, esto quiere decir que o bien, puede usarse para el análisis de datos, llevando a cabo una función asistencial que permita ordenar, o recopilar una determinada información —lo cual nos parece más que una desventaja un beneficio, siempre y cuando se trate con prudencia, y con responsabilidad el manejo de los datos¹⁹; y por otro lado, sin que ello implique que el árbitro pueda abandonarse completamente o fiarse ciegamente de los resultados, desconociendo su sentido intuitivo de justicia, debe tratarse que la herramienta contribuya eso sí a reducir el sesgo de confirmación— o bien, se use para llevar a cabo la predicción legal de algunos asuntos como por ejemplo la probabilidad

19 Nos atrevemos a decir que a nuestro parecer debe hacerse uso de estas herramientas con prudencia, en la medida en la que debemos recordar que una de las ventajas del mecanismo es la privacidad y la confidencialidad. En la medida en la que se trata del manejo de datos es necesario asegurarnos que su tratamiento debe estar libre de tropiezos, como su destrucción, alteración, pérdida, robo, fraude, etc.

de éxito que puede o no una demanda arbitral al ser presentada ante una determinada corte de arbitraje internacional.

Similar a este tipo de predicciones, son las que realiza *Arbilex*, una plataforma integrada que emplea la inteligencia artificial patentada, para identificar con la mayor precisión posible, casos similares y su resolución, con el fin de implementar decisiones estratégicas en el caso concreto, ofreciendo un sistema de clasificación que se encarga de analizar variables y factores al igual que las posibilidades de éxito. En el caso de *Arbilex*, la plataforma recopila datos del arbitraje de inversión que distintamente del arbitraje internacional, no presenta mayores dificultades en relación con la confidencialidad.

Finalmente, en relación con el arbitraje vs. inteligencia artificial, automatización y robótica, tal y como se sugirió anteriormente creemos que pese al increíble desarrollo tecnológico y los beneficios que ofrece, estas tecnologías deben comprenderse como meras herramientas a disposición tanto de los árbitros, como de las partes, y de quienes puedan intervenir. A nuestro juicio, no es posible —a pesar del gran desarrollo que ha tenido especialmente en la última década— separar un mecanismo de resolución de disputas como el arbitraje que desde siempre ha acompañado al hombre, de la razón y el vínculo humano (además porque debemos recordar las limitaciones y las problemáticas que derivan de atribuir la responsabilidad a un código informático inanimado).

A la postre, el vertiginoso avance de esta tecnología ha hecho que la simulación o imitación del comportamiento humano por parte de máquinas ya sea toda una realidad, pese a que aún se encuentre en una fase precoz de su evolución, pues en la actualidad se sigue discutiendo sobre las posibilidades reales de aplicación de la inteligencia artificial en el campo de la práctica legal, y específicamente en el arbitraje así lo testimonia por ejemplo, los resultados alcanzados hasta el momento por la Comisión de Arbitraje de Guangzhou que junto con PCI Technology Group Co., Ltd., han logrado dar vida a la plataforma APEC-ODR, el primer tribunal de arbitraje del metaverso, y el desarrollo del robot inteligente «*Cloud Xiaozhong*» que integra el reconocimiento de identidad, la presentación de casos en línea y la consulta inteligente.

Aun así, y comprendiendo a todas luces que las controversias que se someten al arbitraje son diferentes, a pesar de que puedan tener o no cierto grado de similitud, desde ese punto de vista nos resulta impensable poder imaginar que la ayuda de un robot pueda ser suplida por la labor integral que lleva a cabo un árbitro para disipar el objeto de la controversia en su conocimiento. Es por ello que se espera ampliar el margen de estudio de las nuevas tecnologías, y su incidencia en la actualización del complejo mundo que representa el arbitraje, y su nuevo capítulo en el *metaverso*.

3. La ciberseguridad en la práctica del arbitraje internacional

Como se mencionaba en el epígrafe anterior, la complejidad de las controversias, el aumento de las mismas y el volumen de datos relacionados que viajan a través de plataformas mediadas por tecnologías, así como los nuevos retos que enfrenta el arbitraje al incursionar en la virtualidad, la digitalización, y en general el uso de las nuevas tecnologías, ha determinado que entre los riesgos más frecuentes se encuentre el *riesgo digital*. Un claro ejemplo son los ciberataques perpetrados para lograr un acceso no autorizado a la información a través de malware, la vulneración de la privacidad, o la intromisión ilegal en los sistemas informáticos, etc.

La respuesta ante estas amenazas, se encuentra en la implementación de líneas concretas de ciberseguridad. Entendiendo por esta última el complejo de métodos, procedimientos, herramientas y regulaciones que construyen una realidad multi-forme y multidisciplinaria orientada a mitigar tanto los riesgos como los posibles efectos²⁰. Es por ello que con el paso de los días la ciberseguridad ha ido orientándose hacia la seguridad de red, la seguridad operativa, la seguridad del software desde las etapas del diseño, la capacitación del usuario final quien deberá tener en cuenta una guía de buenas prácticas, y finalmente al establecimiento de líneas concretas para la prevención de riesgos e intimidaciones, como respuesta a un posible ataque dirigido o no, de tal suerte que en los casos en los que haya existido una vulneración a la capacidad operativa, pueda generarse su rápida regularización a la etapa inmediatamente anterior al surgimiento del evento.

En materia de arbitraje internacional la ciberseguridad no es un fenómeno desconocido, algunos ciberataques ya han marcado la historia más reciente de la práctica arbitral, como el perpetrado en el 2015 al sitio de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA), en un procedimiento que se disputaba entre China y Filipinas.

Esta serie de sucesos han incrementado la preocupación de los estados, y en nuestro caso de la Unión Europea que conscientes de los enormes riesgos que ello conlleva y su significado actual, han comenzado a actuar políticas dirigidas a garantizar la seguridad de las redes y la información, la protección de los datos personales y su circulación, la transparencia y la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación entre otras a través de algunos instrumentos como: el Reglamento UE 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior; el Reglamento UE 2016/679 (RGPD) relativo a la protección de las personas físicas, tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los datos; la Directiva UE 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información. NIS; la Directiva 2019/713, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; el Reglamento UE 2019/881 relativo a ENISA y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación; y más recientemente La nueva Estrategia de Ciberseguridad de la UE para el Decenio Digital constituye un componente clave de la configuración del futuro digital de Europa, el Plan de Recuperación para Europa de la Comisión, y la Estrategia de la de la Seguridad de la Unión 2020-2025; además de la ampliación de las nuevas propuestas en materia de ciberseguridad que en la actualidad cursan el trámite correspondiente para su aprobación.

Según el último reporte de la Agencia para la Ciberseguridad de la Unión Europea (ENISA) de noviembre de 2022²¹ el panorama de la ciberseguridad a nivel mundial es preocupante y continua a aumentar sus cifras de riesgo inminente con el crecimiento de fenómenos como el del *Hacker-as-a-service business model* que continua su expansión desde el 2021, la falta de información que encuentra en sí misma un aliado permanente para facilitar los ataques cibernéticos, al igual el crecimiento de las organizaciones distintas que exhiben un mayor interés y muestran una capaci-

20 IBARRA, V. y NIEVES, M.: «La seguridad internacional determinada por un mundo on-line: el Estado ante el desafío del terrorismo y la ciberseguridad», *Memorias del VIII Congreso de Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2016, p. 16.

21 El reporte puede ser consultado en el siguiente sitio web: <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2022>. (último acceso, noviembre de 2022).

dad de suministro cada vez mayor de llevar a cabo ataques en cadena y ataques contra proveedores de servicios administrados (MSP).

Sin embargo en lo relacionado al arbitraje internacional, las exigencias de ciberseguridad han llevado a la publicación del Protocolo de ciberseguridad para arbitraje internacional de la ICCA²²NY Bar²³CPR, edición 2020, cuya meta es la de establecerse como una norma de *soft law*, reconocida para los participantes del arbitraje, en la búsqueda de establecer las medidas necesarias para gozar de una experiencia segura que procure minimizar los riesgos de la ciberseguridad.

Se trata principalmente de orientaciones avaladas por instituciones de reconocimiento y prestigio en el mundo del arbitraje, mediante la aplicación de un protocolo que incluye procedimientos específicos que guían la evaluación de riesgos, y de remedios disponibles (medidas) para implementar. Adicional a ello, plantea la posibilidad de asistencia de apoyo para todos los actores del escenario arbitral (partes, instituciones administradoras, tribunal arbitral etc.), sin dejar de lado la necesaria evaluación de la ciberseguridad que ha de implementarse respecto a terceros, que de una forma u otra tengan o puedan llegar a relacionarse con el procedimiento.

Por último, la tarea que deberá asumirse de forma gradual, previo análisis de las posibilidades existentes para el cumplimiento de este objetivo, invita a que estos compromisos no estén simplemente pactados como si se tratase de un mero cumplimiento de un requisito, sino que se lleven a cabo efectivamente, con el objetivo de respaldar el entero proceso, desde el inicio del mismo, hasta su finalización.

Sobre las disposiciones más importantes que regula, podemos mencionar: el acuerdo de las partes para autoimponerse obligaciones, el examen del intercambio de datos, cifrado de información, la seguridad de las comunicaciones, los controles de acceso, la gestión de posibles incidentes de seguridad de la información y la seguridad de las operaciones. Solamente en el caso en el que las partes no alcancen un acuerdo, o bien porque de manera razonable opten por hacer caso omiso, el tribunal arbitral está facultado a determinar las medidas de seguridad necesarias que cumplan con los estándares mínimos solicitados para llevar a cabo el juicio arbitral. Es más, el protocolo ofrece la posibilidad de disponer de un arbitraje técnico en asuntos que se relacionen a la seguridad de información, entre otras disposiciones que sin duda contribuyen a mejorar la experiencia, disipando obstáculos y los miedos que puedan existir sobre los cuales hablábamos al iniciar este capítulo.

Para concluir, debemos decir que simplemente sorprende, que pese a tratarse de un tema de tal envergadura, las instituciones arbitrales que se encargan de seguir este tipo de procedimientos, no parecen estar del todo a nuestro modo de ver preparadas. Con el solo hecho de la introducción del GDPR²², que se aplica al tratamiento de datos personales las exigencias de protección de datos, y por tanto, la implantación de medidas y sistemas eficientes de ciberseguridad debería ser una constante.

Ahora bien, el impulso de la inmersión tecnológica y de esa transición debe encontrar un apoyo concreto, y para ello es necesario que todos los actores conozcan y comprendan la necesidad de actuación de las normas y protocolos existentes, así como las debilidades y el largo camino que en materia aún nos queda por recorrer, con el único fin de poder plantear soluciones oportunas, y cónsonas para enfrentar de la mejor forma posible, los retos del siglo XXI y de la sociedad 4.0.

22 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016. Consultable en el sitio <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> (último acceso, noviembre de 2022)

4. Bibliografía

- AGUILAR, L.J.:** *Big Data, Análisis de grandes volúmenes de datos en organizaciones*, México, Alfaomega Grupo Editor, 2016, pp. 18 y ss.
- BENKO, A., LÁNYI, C.S.:** «History of artificial intelligence», *Encyclopedia of Information Science and Technology*, Second Edition. IGI Global, 2009. p. 1759-1762.
- BORGES BLÁZQUE, R.:** «Inteligencia artificial y perspectiva de género: programar, investigar y juzgar con filtro morado», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, 2021.
- DUCHATEAU, M., FIKKERS, S., LANE, L., SCHAGEN, E.V.:** *Evolution in Dispute Resolution: From Adjudication to ADR?*, Portland: Eleven International Publishing, 2016, pp. 57.
- ESTÉVEZ MENDONZA, E.:** «Algoritmos policiales basados en IA y derechos fundamentales a la luz de HART y VALCR: garantías versus eficacia», *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- FLÓREZ ALVAREZ, L.A.:** «Los nuevos ciclos de la justicia: transformación y futuro legal inteligente desde las perspectivas procesales», *Justicia, proceso y tutela judicial efectiva en la sociedad post pandemia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022. pp. 184 y ss.
- GARCÍA, J. et al.:** *Ciencia de datos. Técnicas Analíticas y Aprendizaje Estadístico*, Bogotá, Colombia. Publicaciones Altaria, SL, 2018, pp. 13-15.
- HAN, J., PEI, J. y TONG, H.:** *Data mining: concepts and techniques*, New York, Edit. Morgan kaufmann, 2022, pp. 1-27.
- HAOXIANG, W., y SMYS, S.:** «Big data analysis and perturbation using data mining algorithm». *Journal of Soft Computing Paradigm (JSCP)*, Vol. 3, n.1. 2021, pp. 19-28
- HUANG, Q., OUYANG, W.,** «Multi-view of Data for Auto Judge Model in Online Dispute Resolution», *International Conference on Intelligent Computing*, Springer, Cham, 2021. pp. 490-498.
- IBARRA, V. y NIEVES, M.:** «La seguridad internacional determinada por un mundo on-line: el Estado ante el desafío del terrorismo y la ciberseguridad», *Memorias del VIII Congreso de Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2016, p. 16.
- International Arbitration after the pandemic: Economic fundamentals will continue to drive the growth and geographic diversification of international arbitration. FTI Consulting. Inc. 2022, pp. 1-28.
- KATSH, E., WING, L.:** «Ten years of online dispute resolution (ODR): Looking at the past and constructing the future», *U. Tol. L. Rev.*, 2006, vol. 38, p. 19.
- KAUFMANN-KOHLER, G., THOMAS S.:** *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, BV, 2004.
- KING, M., FREIBERG, A.M., BATAGOL, B.M. y HYAMS, R.L.:** *Non-Adversarial Justice*, Segunda edición, Federation Press, 2014.
- MACHO GÓMEZ, C.:** «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa», *Anuario de derecho civil*, 2014, vol. 67, n. 3, p. 940-941.

- MADYOON, N.:** «Virtual Hearings in International Arbitration: Challenges, Solutions, and Threats to Enforcement», *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, UK, Edit. Wolters Kluwer Vol. 87, pp. 597-611.
- MARTÍN DIZ, F.:** «Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (COVID-19)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 2, 2020.
- MONTESINOS GARCÍA, A.:** «Inteligencia Artificial y ODR», *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- PHOFEN, R. y KRITIKOS, M.:** «Regulating artificial intelligence and robotics: ethics by design in a digital society». *Contemporary Social Science*, n. 16 Vol.2, 2021, pp. 170-184.;
- PROVOST, F. y FAWCETT, T.:** «La ciencia de datos y su relación con Big Data y la toma de decisiones basada en datos», *Big Data*, vol. 1, 1.ª edición, Mary Ann Liebert, Inc., 2013, pp. 51-59.
- ROBLES CARRILLO, M.:** «El ciberespacio y la ciberseguridad: consideraciones sobre la necesidad de un modelo jurídico», *Instituto español de estudios estratégicos*, n. 124, 2015.
- TEIXEIRA P.C.M. y ANDREATTA, R.M.:** *A nova arbitragem: comentários a léi n. 9.307 de 23.09.96*, Porto Alegre, Sintese, 1997, p. 54.
- TIERNO BARRIOS, S.:** «Inteligencia artificial y ADR: acceso a la justicia con perspectiva de género», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.5, 2022.
- WANG, J. y QIYANG, C.:** «Data Mining fundamental concepts and Critical Issues», *Encyclopedia of Artificial Intelligence*, New York, Edit. Vol. 1, Information SCI, 2009, pp. 418-419.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Sonia Rebollo Revesado
Universidad Pontificia de Salamanca

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Sobre la justicia restaurativa. 2. Análisis del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en materia de justicia restaurativa. 2.1. Exposición de Motivos. 2.2. Estatuto de la víctima del proceso penal. 2.3. Formas especiales de terminación del proceso penal. 2.4. El procedimiento por delito privado. 2.5. Procedimiento general de ejecución. La sentencia condenatoria. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

0. Introducción

La COVID-19 y sus consecuencias han puesto de manifiesto que la justicia tradicional, tal y como la conocemos, no es eficaz ni resuelve los problemas de los ciudadanos a la vista de la ralentización de la justicia y la hiperlitigiosidad existente en España. Por eso, siguiendo la estela internacional, es el momento de dar paso a formas de resolver las controversias ajenas a las convencionales, pero con la misma efectividad. Actualmente estamos en un proceso de plena transición hacia una justicia integral que supone una evolución del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que permita legitimar y acudir no solo a la jurisdicción, sino también a los métodos adecuados de solución de conflictos o ADR¹, entre los que se ha de incluir a la justicia restaurativa (JR). Sin embargo, si queremos que el sistema de justicia no quede anticuado, y la propuesta de modernización de la justicia sobre la que se está trabajando desde el Ministerio de Justicia, y de la que tanto se habla a nivel institucional, no quede solo en una declaración de intenciones, o no se limite a dar continuidad a los numerosos proyectos piloto de mediación penal intrajudicial que vienen solo apoyados, de forma real y efectiva, por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y algunos Colegios de Abogados, como está ocurriendo hasta ahora; es necesario reconocer, como lo hacen los países de nuestro entorno, que la JR es una realidad y debe ser introducida en nuestro ordenamiento jurídico. Como mecanismo para con-

1 ADR: Acrónimo de la expresión inglesa de *Alternative Dispute Resolution*, hoy también conocidos como *Adequated o Appropriate Dispute Resolution* o métodos alternativos, adecuados o apropiados de resolución/solución de conflictos o disputas, en castellano (MARC O MASCS).

seguirlo, el Plan Justicia 2030, se articula en torno a tres ejes estratégicos, dedicando el segundo de ellos a la «Eficiencia del Servicio Público de Justicia», distinguiendo entre eficiencia organizativa, digital y procesal. En el marco de ésta última, y con el objetivo de adaptar las normas procesales que han quedado jurídicamente obsoletas y desalineadas con el marco europeo, se prevén diferentes actuaciones normativas para la modernización de la justicia aplicada. Dentro de esas propuestas destaca la promoción de los ADR como formas perfectamente válidas para la solución de conflictos sin necesidad de recurrir a la vía jurisdiccional. Uno de los proyectos en los que se materializa la inclusión por primera vez de los ADR en el ámbito penal, en concreto de la JR, es en la nueva propuesta de cuerpo legal de enjuiciamiento criminal de 2020.

1. Sobre la justicia restaurativa

Tanto en el ámbito internacional² como en el ámbito regional europeo se ha definido la JR. La Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, de 3 de octubre de 2018, indica en sus apartados 3.º y 4.º que:

«"La justicia restaurativa hace referencia a cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño a participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado, en lo sucesivo, el facilitador". "La justicia restaurativa consiste en un diálogo (ya sea directo o indirecto) entre la víctima y el ofensor, y también puede implicar, si procede, a otras personas afectadas por un delito directa o indirectamente. Entre ellas, pueden estar personas de apoyo de las víctimas y de los ofensores, profesionales pertinentes y miembros o representantes de las comunidades afectadas. En lo sucesivo, a los efectos de la presente Recomendación, se hace referencia a los participantes de la justicia restaurativa como "las partes"».

La filosofía restaurativa se rige por el diálogo restaurativo, la reparación, la importancia del «empoderamiento» tanto a la víctima como al victimario, la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad y el apoyo y ayuda a las partes para que vean su relación de aproximación como algo valioso para toda la comunidad. Esas ideas estructurales, han ido conformando los principios en los que se basa la JR, siendo definidos en diferentes normas de derecho internacional, y más recientemente en la CM/Rec (2018) 8. Esta norma enumera una serie de principios marco que podrán ser tenidos en cuenta en la redacción de las futuras leyes internas de los países miembros del Consejo de Europa³, cuando regulen las prácticas restaurativas. Son los siguientes⁴: 1.- De la participación de las personas implicadas en la resolución del delito. (Normas 3, 4 y 13). 2.- De reparación del daño, orientado al abordaje y reparación el

2 Así el Manual de Programas de JR de la ONU de 31 de enero de 2006 (disponible en la web: www.coe.int) elaborado por la Oficina contra las Drogas y el Crimen (UNODC) o la Resolución 2002/12, de 24 de julio, del Consejo Económico y Social (ECOSOC), sobre Principios básicos para la aplicación de programas de JR en materia penal definen la JR.

3 El Protocolo de Coordinación Institucional para el Servicio de Justicia Restaurativa de Euskadi (jurisdicción penal) de 2019 se ha adaptado a esta Recomendación, incluyendo prácticas que se han demostrado más restaurativas como son círculos, conferencias, etc.

4 REBOLLO REVESADO, S.: *Prospectiva de la mediación penal. Un análisis de la teoría a la práctica*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 54-55.

daño que causa el delito a los individuos, a las relaciones y a la sociedad en general; así como la reinserción del infractor en la sociedad (Norma 13). 3.- De voluntariedad. (Norma 16). 4.- Principio de libre autonomía de la voluntad de las partes que se interrelaciona con el anterior. (Norma 16). 5.- De libre disposición de la JR en cualquier momento del proceso penal. (Norma 19). 6.- De información sobre el procedimiento. (Norma 16). 7.- De igualdad de las partes mediante la consecución de un diálogo deliberativo, tendente al entendimiento mutuo y respetuoso, evitando la dominación de una parte sobre otra. (Norma 14). 8.- De imparcialidad del facilitador, frente a las necesidades y los intereses de las partes implicadas. (Norma 46). 9.- De equidad procesal, entendido como el no uso de la JR para favorecer los intereses de la víctima o del ofensor por encima de los del otro. (Norma 15). 10.- De neutralidad, materializado con la creación de un espacio neutral, donde se anima y se apoya a las partes para expresar sus necesidades. (Norma 15). 11.- De confidencialidad. (Normas 17 y 53). 12.- De libre acceso a la JR (Norma 18). 13.- De independencia en la intervención de los Servicios de Justicia Restaurativa. (Norma 20).

La JR utiliza métodos autocompositivos de solución de conflictos que se llevan a la práctica a través de varias herramientas. Según el número de intervinientes, de menor a mayor, tenemos: la mediación penal, las conferencias familiares y los círculos restaurativos. Según la R (2018) 8: es posible la mediación entre víctima e infractor, las conferencias restaurativas o conferencias de grupo, los círculos de pacificación, círculos de apoyo y reconciliación. La intervención puede tener carácter proactivo con fines preventivos y también, y este es el uso más extendido, carácter reactivo porque se interviene cuando el delito ya se ha cometido. En esta intervención, que se produce dentro del proceso penal ya iniciado, la JR es de carácter intraprocesal y siempre viene a complementar la vía penal, no siendo en ningún caso un método alternativo de solución de la controversia porque en ningún momento del proceso excluye la vía penal, sino que se configura como un método adecuado y complementario de solución del conflicto de naturaleza delictiva.

La mediación penal es la herramienta más sencilla porque en ella solo intervienen las partes directamente afectadas por el delito, junto al facilitador experto en mediación penal, como así lo recoge la Regla I de la Recomendación N.º R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación en Materia Penal o las Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz (A/66/811, 25 de junio de 2012). En contadas ocasiones intervienen terceros como peritos, familiares, víctimas indirectas, etc.

Siguiendo a Miguel Barrio (2019), las conferencias⁵ suponen dar un paso más allá de la mediación porque aumenta el número de intervinientes introduciendo a policías, abogados, asociaciones de apoyo, familiares, etc. En ellas el infractor ha de aceptar su responsabilidad para iniciar el procedimiento con el fin de crear de un plan de trabajo que desemboque en una reparación y resocialización del victimario. Existen dos modelos: 1.- *Family Group Conference* (FGC). Usadas sobre todo para menores en delitos de mayor gravedad. 2.- Modelo *Wagga* o *Police Led Conferencing* (PLC), el facilitador es policía y se usa solo para delitos leves.

En cuanto a los círculos, afirma Miguel Barrio (2019)⁶, se clasifican en:

1. Círculos de paz (*peace making circles*) o círculos de sentencia (*sentencing circles*). Se centran en la elaboración de un plan de reparación que solucione el conflicto.

5 MIGUEL BARRIO, R.: *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*. Atelier, Barcelona, 2019. pp. 117-135.

6 MIGUEL BARRIO, R.: *Justicia Restaurativa y...*, *op. cit.*, pp. 159-188.

2. Círculos de sanación o de víctimas, donde ésta última puede mostrar su vivencia, su dolor, recibiendo el apoyo emocional necesario para volver a la vida cotidiana. En la práctica, puede acudir a él una vez cometido el delito e iniciado el proceso ante los tribunales en cualquier fase del procedimiento o puede desarrollarse como vía paralela y complementaria al desarrollo de otra práctica restaurativa.
3. Círculos de apoyo (*circles of support and accountability* o círculos CoSA), basan su actuación en la reintegración social del delincuente.

2. Análisis del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en materia de justicia restaurativa

Desde la publicación de la LECr en 1882 ha sufrido setenta y siete modificaciones, cincuenta y cuatro de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución (CE), convirtiéndose en un texto formado *«por una maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales»*, como señala la Exposición de Motivos (I) del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECrim).

El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001 constituyó un ambicioso programa de acción global en esta materia, que afectó especialmente al Ministerio de Justicia estableciendo, entre sus objetivos, la elaboración de una nueva LECr. Hasta hoy ha habido varios intentos de regulación, siendo el primero de esos textos el Anteproyecto aprobado en el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011 y el segundo la Propuesta de Código Procesal Penal o Borrador de 2013. En noviembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Fiscalía Europea y el ALECrím, cumpliendo nuevamente, y va la tercera, el mandato dirigido al legislador democrático, y fijado en nuestra CE, donde implícitamente se imponía la necesidad de establecer un proceso penal propio de una *«sociedad democrática avanzada»*, según se deduce de su Exposición de Motivos (I).

Por lo que se refiere a la regulación de la JR, frente a las dos propuestas anteriores que hablaban solo de mediación penal, el ALECrím introduce la regulación de la JR, como concepto general, para adultos en España a través de diversos preceptos dispersos a lo largo de su articulado. JR que ya vino expresamente reconocida en el artículo 15 del Estatuto de la Víctima del delito (EVD) aprobada por Ley 4/2015 de 7 de abril, y en su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, en el que se remitía a las víctimas de los delitos a los Servicios de Justicia Restaurativa (en adelante SEJUR), inexistentes a día de hoy, salvo en el País Vasco que funcionan con ese nombre desde 2019, siguiendo las directrices marcadas en el Protocolo de JR de Euskadi citado anteriormente.

2.1. Exposición de Motivos

La primera referencia a la JR tiene lugar en la Exposición de Motivos, apartado XXVII, titulado «Principio de Oportunidad y JR».

Como señala de forma sencilla Pascual Ortuño (2018)⁷, la mediación penal está muy relacionada con el principio acusatorio y con el principio de oportunidad. Este

7 ORTUÑO MUÑOZ, P.: *Una Justicia sin Jueces*. Ariel, Barcelona, 2018. pp. 161-162.

principio, de reconocimiento internacional⁸, faculta a quien debe ejercer la acusación para que pueda abstenerse de hacerlo o incluso solicitar la retirada de la denuncia y el archivo de la causa. Por su parte, El artículo 90 del ALECrIm, se refiere al principio de oportunidad como uno de los principios que rigen la intervención del MF en el proceso penal. Así señala que:

«1. El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley. 2. La apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al Ministerio Fiscal. El control judicial de los elementos reglados, que permiten el ejercicio de esta facultad discrecional, se realizará en los términos y en la forma previstos en esta ley».

Lo primero que se ha de destacar es que no se concibe la JR como otra forma de justicia complementaria del sistema penal, sino como una institución directamente vinculada al principio de oportunidad. Por lo tanto, la conclusión a que nos lleva esta vinculación-relación es que solo será posible recurrir a herramientas de la JR si el delito cometido permite que quien ejerce la acusación, Ministerio Fiscal (MF) y abogado de la acusación particular, puedan abstenerse de acusar o solicitar la retirada de la denuncia y el consiguiente archivo de la causa o bien pedir la suspensión como se verá más adelante. Parece que el legislador quiere seguir la línea introducida por la Ley LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal, y el artículo 963.1 de la LECr vigente. Este precepto recoge el principio de oportunidad, siendo aplicable para aquellas conductas típicas y leves que no tienen una gravedad que justifique la continuación del proceso y la imposición de una sanción penal. La aplicación del principio permite a los Jueces, a petición del MF —valorando la escasa entidad del hecho y la falta de interés público— sobreseer estos procesos.

Esta propuesta normativa vuelve a colocar como eje central de la instrucción de la causa al MF, como ya hacía el ALECrIm de 2011, pero no el Borrador de 2013, retornando nuevamente a vincular la JR con el principio de oportunidad. La JR, según consta en la Exposición de Motivos (XXVII) del texto de 2020, se concibe *«como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y cuando puedan resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima en el caso concreto»*.

El recurso a la JR solo será posible si se cumplen dos presupuestos: que no sea necesaria la imposición de la pena para cumplir con los fines de prevención y que la intervención satisfaga los intereses de la víctima. Y la pregunta es ¿cómo medimos o valoramos que los intereses de la víctima queden satisfechos antes de la intervención? Sinceramente, es difícil saberlo. La JR, como otros ADR, tienen en cuenta las posiciones, los intereses, y las necesidades⁹ de las partes y son, éstas últimas, las

8 La Resolución de la ONU 45/110 de 14 de diciembre o Reglas de Tokio recomienda a los Estados miembros que cuando sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, Fiscalía u otros organismos que se ocupen de los asuntos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde la retirada de la acusación en cada ordenamiento jurídico se formularán una serie de criterios. En casos de poca importancia, el Fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de libertad (artículo 5.1).

9 Andrew Floyer Acland describe el diagrama «PIN». En todo conflicto cada parte tiene posiciones, intereses, necesidades diferentes. Los tres niveles de este diagrama piramidal

que hay que satisfacer, no los intereses como indica la propuesta. Según el Manual de la ONU de 2006, para participar en un procedimiento restaurativo la víctima debe participar activamente, teniendo la oportunidad de expresar sus necesidades, para que el delincuente repare los daños en la medida de lo posible. Por eso, hasta que no se intervenga con la víctima no será posible atender sus necesidades reales y esas solo aflorarán cuando se trabaje de forma reparadora y sanadora para superar la doble barrera de las posiciones y los intereses.

2.2. Estatuto de la víctima del proceso penal

El Anteproyecto refuerza las garantías y, especialmente, el papel central de la víctima en el proceso. A ésta se le reconoce un estatuto propio, contemplando un amplio catálogo de medidas para evitar la revictimización o victimización secundaria e incorporando la JR a la norma procesal. Entre los distintos derechos que se reconocen a las víctimas del delito, el artículo 104 de la ALECrím, establece el derecho a recibir información inmediata para la protección de sus intereses, adaptada siempre a sus circunstancias personales. Entre toda la información que se ha de facilitar por las autoridades, se incluye los SEJUR disponibles. Tal disposición viene a reproducir lo ya establecido en los artículos 3, 5 y 15 del EVD. Además, el reglamento de desarrollo del EVD que regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito (OAV) les encomienda la función de indicar a la víctima la posibilidad de acudir a alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de JR (artículos 19.19, 27), así como la promoción las medidas de JR que sean pertinentes (artículos 12 y 14). Concretamente, el artículo 37, regula las competencias específicas de las OAV en materia de JR, pudiendo proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.

2.3. Formas especiales de terminación del procedimiento penal

El Título IV del Libro I «Disposiciones Generales», lo dedica a las formas especiales de terminación del procedimiento penal, distinguiendo tres formas: terminación por conformidad, por razones de oportunidad y finalmente, la justicia restaurativa. A ella dedica, expresamente el Capítulo III y lo estructura en cinco artículos. Por lo que se refiere a la JR, salvo las cuestiones relacionadas con principios, funciones del MF o competencias de los SEJUR, el procedimiento de JR que se recoge no aporta nada nuevo puesto que remite al procedimiento de terminación por oportunidad.

1.- El primero de ellos, el artículo 181, regula los principios restaurativos: voluntariedad, gratuidad, confidencialidad y oficialidad y que el consentimiento que se preste ha de ser informado. Este contenido viene a repetir lo ya recogido en el artículo 15 del EVD. La inclusión del principio de oficialidad o de institucionalidad es una novedad.

muestran cómo en el vértice están las posiciones que toman las personas en la disputa y que llevan a la mediación. Es la postura inicial que tiene la parte en el conflicto y responde a la pregunta ¿qué quiere?. Detrás de cada posición existe un interés, relacionado con los deseos, valores e intereses. Responde a ¿para qué lo quiere?. El tercer nivel se refiere a las necesidades más profundas de las partes de la disputa y responde a ¿Por qué lo quiere?. Intereses y necesidades permanecen ocultos y es lo que el profesional debe explorar para conseguir el acercamiento de posturas. TONY WHATLING, M.S.: «Comprar lo que vendemos importa. ¿Aplican los mediadores sus conocimientos a sus propios conflictos?», *Revista de Mediación*, volumen 8, 2015, n.º 1, pp. 12-22.

Y tanto éste como el principio de economía material o gratuidad del procedimiento restaurativo están íntimamente relacionados con el carácter público e irrenunciable que tiene el derecho penal. Frente al uso de otras herramientas, la mediación penal siempre tiene carácter intrajudicial, por este motivo, el procedimiento restaurativo está dentro del proceso penal y, con independencia de su resultado reparatorio o no, siempre retorna al primero. Ríos Martín y Olalde Altarejos¹⁰ (2011) afirman que:

«El carácter público [...] queda garantizado porque tanto al legislador como a los operadores jurídicos les corresponde definir y delimitar el marco de la mediación, sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales, y asegurar la observancia de las garantías procesales, evitando o corrigiendo los eventuales abusos que pudieran aparecer. La acción pública continúa en manos del Ministerio Fiscal, que debe mantenerla y fijar los límites penológicos que no deben ser sobrepasados en el acuerdo de mediación, correspondiendo al Juez determinar en la resolución que ponga fin al procedimiento la consecuencia jurídica de la infracción penal, así como los contenidos reparadores. [...] Pero la introducción en el sistema de justicia penal de estructuras y perspectivas novedosas no altera su esencia ni autoriza a vincular la llamada "privatización" del derecho penal con la mediación».

Pese a todo, este precepto introduce otras dos novedades: la negativa a someterse a un procedimiento restaurativo o el abandono voluntario del mismo, no tiene trascendencia procesal ni penal para ninguna de las dos partes; y atribución al MF la gestión de la JR.

2.- En línea con lo anterior el artículo 182 ratifica que es el MF, quien tiene atribuidas las competencias en materia de JR. Asume la derivación, cualquier vicisitud que se produzca, y la recepción del acuerdo alcanzado cuando se le remita el acta de reparación. Además, el precepto señala que el equipo de JR podrá solicitar la información que sea necesaria en la fase de instrucción, guardando silencio sobre tal posibilidad en fase intermedia y de apertura de juicio oral. La derivación a los SEJUR se hará por decreto y el plazo máximo para el desarrollo de las sesiones será de tres meses, sin indicar cuál es el número mínimo ni máximo de sesiones a realizar. La derivación a un procedimiento restaurativo no suspende la práctica de diligencias de investigación del delito que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Afirmación contenida en el apartado 1.º párrafo segundo que parece contradecirse con el apartado 3.º que da a entender que el procedimiento penal se suspende mientras tenga lugar la intervención restaurativa porque expresamente señala que **«cuando cualquiera de las partes no quiera someterse a la JR, el MF continuará con la tramitación del procedimiento penal»**.

3.- El artículo 183, y bajo el epígrafe de «consecuencias», mezcla cuestiones procedimentales relativas a las obligaciones del SEJUR, una vez finalizada la intervención, con los efectos positivos de la intervención. En definitiva, lo que este precepto está tratando es el retorno del acuerdo al proceso penal y los resultados que sobre el mismo tenga el acuerdo alcanzado.

El SEJUR, cualquiera que sea el resultado alcanzado, deberá emitir un informe que irá acompañado por el acta de reparación (firmado por las partes y sus representantes legales si los tuvieran) en caso de acuerdo entre víctima e infractor.

Antes de continuar adelante, indicar que distintos preceptos hablan de la obligación del SEJUR de emitir un informe sobre el resultado de la intervención restaurativa.

10 RÍOS MARTÍN, J.C., OLALDE ALTAREJOS, A.J.: «Justicia Restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad». *Revista de Mediación*, año 4, n.º 8, 2.º semestre 2011, p. 17.

Si bien parecería que es una mención inofensiva e irrelevante, tiene gran trascendencia de cara al proceso penal. Sería más correcto hablar de acta de información que de informe porque, éste último, lleva implícito la necesidad de tener contenido, y eso es precisamente, lo que se debe vigilar, puesto que todo lo acaecido en las sesiones es estrictamente confidencial y nada debe trascender del espacio restaurativo. La única información posible, a efectos de no vulnerar los derechos y garantías procesales de las dos partes, en especial con la intención de proteger la presunción de inocencia en caso de no acuerdo, sería la de indicar si han llegado o no a un acuerdo y en caso positivo si la víctima se siente resarcida y reparada. El precepto insiste en la confidencialidad de las comunicaciones acaecidas entre las partes y precisa que el contenido del acta de reparación no debe contener expresiones que supongan prejuzgar a ninguna de las partes. Esta afirmación lleva implícita otro de los principios que deben incluirse en los específicos y vertebradores de la intervención de todo facilitador penal, no siendo un principio rector del proceso. Se trata del principio de neutralidad que supone que el profesional debe actuar libre de prejuicios para no hacer ninguna valoración subjetiva. Y si no puede juzgar, mucho menos puede ceder a sus propias inclinaciones o preferencias, respetando, siempre, las preferencias de las personas sujetas a la JR, salvo que sean contrarias al ordenamiento jurídico¹¹. De tal forma que, la persona que facilita la restauración debe mantener una postura y una mentalidad que eludan toda valoración, juicio u opinión relativo al comportamiento de las partes durante la intervención. Si el facilitador ha respetado el principio durante toda la intervención, la inclusión de esa referencia a la neutralidad dentro del acta que hace el ALECrim es inapropiada y está descolgada del texto dejando ver la poca coherencia de la norma y la falta de conocimiento sobre JR del legislador. Que la propuesta trate la neutralidad y no la imparcialidad del facilitador, es cuanto menos curioso. De hecho, su ausencia lleva a pensar que quizá no se trate de un olvido sino de una confusión entre ambos principios, puesto que es frecuente que se mezclen y confundan, al ser conceptos que aparentemente pueden parecer sinónimos. No lo son. Según Pillado González¹² (2011)

«La neutralidad se predica de la relación del mediador consigo mismo teniendo en cuenta sus valores, prejuicios, emociones, formación profesional, etc., mientras que la imparcialidad se ejerce frente a las partes intentando atender a ambas con la misma atención, en aras del equilibrio de posiciones que se presentan frente al mediador».

El precepto señala, a continuación, que recibido el informe y el acta el MF deberá tomar una decisión sobre el destino de la causa, teniendo en cuenta en qué momento procesal se encuentra el procedimiento, las circunstancias concurrentes y los acuerdos alcanzados. Respecto a la primera de las cuestiones, y teniendo en cuenta que el artículo 184 lo dedica al uso de la JR en el juicio oral, no queda claro si el legislador solo se refiere a los efectos del acuerdo en el proceso penal en fase de instrucción y antes de la apertura de juicio oral o es un apartado aplicable a todo resultado restaurativo positivo en cualquier momento del proceso penal. Parece que esta es la intención final del legislador puesto que se refiere a la conformidad que solo es posible una vez abierto el juicio oral.

11 CARRETERO MORALES, E.: «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013». *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. SOLETO MUÑOZ, H., (dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C., (coords.), 3.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 148.

12 PILLADO GONZÁLEZ, E.: «Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica». *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y Ámbitos*, SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.). Tecnos, Madrid, 2011, p. 363.

La segunda de los requisitos a tener en cuenta para que el fiscal tome una decisión, son las circunstancias concurrentes. La pregunta es evidente ¿a qué se refiere? ¿cuáles son las circunstancias a valorar? En este punto el legislador ni siquiera da una pista sobre cómo deben ser interpretadas, desconociéndose si son circunstancias de carácter personal que afecten a víctima o infractor o a ambos, o se trata de elementos de contenido procesal a tener en cuenta, o finalmente esas circunstancias se refieren a características de naturaleza penal relacionadas con el delito cometido como las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Lo que, si parece, por tanto, evidente es que el término es poco acertado por excesivamente genérico, poniendo en riesgo la seguridad jurídica del proceso y de las partes que quedan a merced de la valoración subjetiva que realice el fiscal.

La última de las exigencias valorativas se centra en la evaluación de los acuerdos alcanzados por las partes intervinientes. Se ha de precisar que, la intervención del facilitador y todo el procedimiento restaurativo que el profesional ha de gestionar se rige por uno de los principios rectores de la JR, la confidencialidad. Principio que ha de ser entendido como la prohibición de que la información que fluye en las sesiones se difunda en el proceso penal o en otras instancias y que afecta exclusivamente al facilitador. Por lo tanto, la confidencialidad, como principio de obligado cumplimiento, no afecta a las partes intervinientes que puede comentar el resultado de las sesiones con sus abogados, familiares, etc., puesto que ellos solo están obligados por un deber de diligencia que se les explica en la sesión informativa para que entiendan que es aconsejable no comentar con terceros¹³ las sesiones a efectos de evitar mal entendidos o de obstaculizar la posibilidad de un acuerdo. Este principio contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento como ya señalaban los apartados 78 al 82 del Libro Verde de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

Por lo tanto, si la confidencialidad envuelve todo el procedimiento, la consecuencia directa de la aplicación de tal principio es que, tanto el acta como su contenido, deben estar protegidos por la misma. Por eso si cualquier intervención personal de las partes tiene carácter confidencial, es evidente que el contenido del acuerdo debe ampararse por la misma privacidad. En apoyo a esta afirmación, se ha de indicar que el CGPJ en el año 2018 solicitó a todos los mediadores penales, en virtud de la entrada en vigor de la normativa sobre protección de datos, que no enviaran las actas a los juzgados, quedando los acuerdos en el ámbito privado de las partes. Ahora, en caso de resolución positiva del conflicto, solo se envía al Juzgado un documento o acta de información en el que se indica expresamente que ambas partes han llegado a un acuerdo satisfactorio para ambos y que el denunciante se siente reparado y resarcido. Desde el punto de vista práctico, no hay un criterio unánime en este sentido, puesto que hay Juzgados a los que si se lo envían. Por todo ello, y según lo expuesto hasta aquí, si bien es cierto que la confidencialidad se aplica al procedimiento restaurativo y al acta y su contenido, también es verdad que la misma no alcanza ni se extiende a lo que las partes hagan con el documento firmado una vez obre en su poder. Por eso, serán ellas o sus letrados los que den a conocer el contenido de la misma, nunca el facilitador. En este sentido, y en relación con la mediación, Fernando Martín Diz¹⁴ afirma que:

13 De esta recomendación se excluye siempre a sus abogados, cuando los tienen, puesto que son los encargados de velar por sus intereses jurídicos en el proceso penal.

14 MARTÍN DIZ, F.: *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid, 2010. p. 80.

«Parece evidente que, si las propias partes (todas ellas, no unilateralmente), no asumen la obligación de mantener la confidencialidad, sino que al contrario permiten la difusión de hechos, datos o documentos de la mediación, no es más que la expresión del principio de autonomía de la voluntad que rige la mediación, y entendemos que no habría inconveniente en este caso, y el mediador (y resto de intervinientes) quedaría liberado del deber de secreto que se le impone».

Otro argumento contrario a que el fiscal acceda al contenido privado del acta es que ésta solo refleja la reparación a la víctima, materia disponible para las partes y que debe quedar ajena a la fiscalidad de una institución, siéndole indiferente la forma en que víctima e infractor han resuelto la cuestión resarcitoria. Desde que las partes acuden a la sesión informativa saben que, en caso de resolución positiva en la forma de restauración a la víctima, el acuerdo no puede hacerse extensivo a las consecuencias penológicas derivadas del delito porque es una materia sobre la que no cabe negociación. Por lo tanto, si esto es así no tiene ninguna utilidad que el fiscal, como ocurre ahora con los jueces, conozcan la forma en la que libremente ofensor y ofendido han fijado la reparación, pues no aporta nada al proceso penal. El principio de libre autonomía de la voluntad de las partes estrechamente vinculado con la voluntariedad¹⁵, se traduce en la «disponibilidad» del conflicto, lo que supone que las partes tienen un control directo sobre el mismo en todo momento. Este principio debe ser entendido como la posibilidad de decidir, por sí mismas, cómo quieren finiquitar sus diferencias, lo que les permite tener plena libertad sobre el contenido del acuerdo siempre que esté dentro de la legalidad.

Finalmente indicar que la ausencia de fiscalidad del MF¹⁶ del contenido del acuerdo, solo tendría una excepción, según la redacción del articulado del Anteproyecto, y es que ninguna de las dos partes tuviese abogado que defendiese sus intereses o en el supuesto de que uno de ellos, la víctima, no estuviese asistido por letrado, o siempre que la víctima no cuente con el apoyo y protección del SEJUR o de la OAV. Y esta afirmación lleva a plantear otra cuestión, y es la asistencia letrada en procedimientos de JR cuando las partes, una o ninguna, cuenta con letrado que le asista en el proceso penal y requieran, una o los dos, el asesoramiento jurídico de estos profesionales. Porque o bien la ley regula entre los derechos y garantías de las partes, la asistencia letrada también en estas intervenciones restaurativas, o los SEJUR cuentan en sus equipos con asesores jurídicos que asuma la función de asistir a las partes sobre cuestiones jurídicas procesales y penales.

El artículo 183, apartado 3.º concluye con la forma en que finalizará el proceso penal a decisión del MF. Así, o bien finaliza con el archivo de la causa por aplicación del principio de oportunidad según los artículos 175 y 176 de esta ley¹⁷, imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes. Del primero de estos preceptos, se desprende que solo será posible acudir a la institución de la oportunidad para decretar el archivo total o parcial de la investigación cuando:

-
- 15 Este principio ha sido incluido en instrumentos internacionales como el Código de Conducta Europeo para los mediadores de 6 de abril de 2004 que vincula la voluntariedad con el derecho a permanecer y a separarse del proceso. Vid. GARCÍA VILLALUEGA, L.: «La Mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, enero 2010. p. 723.
 - 16 No hay que olvidar que el artículo 3 del Estatuto del MF señala que le corresponde a éste «velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas».
 - 17 Regulan el archivo y la suspensión del procedimiento penal por razones de oportunidad.

«La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo. b) Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública. c) La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena».

Estamos ante una oportunidad reglada que se deja en manos del MF. El citado precepto viene a indicar que únicamente será el fiscal quien determinará, en atención a la casuística, la falta de necesidad de imposición de pena al caso concreto. Dicho esto, y aunque el texto no refiere nada, también se ha de indicar que no hay un derecho a la oportunidad, es decir, el investigado no puede reclamar en ningún caso que se le aplique alguna de las modalidades de oportunidad por la mera concurrencia de los elementos reglados.

La oportunidad presenta dos modalidades: el archivo por oportunidad y la suspensión. Antes de entrar en su análisis, indicar que llama la atención que el precepto afirme que la oportunidad vinculada al archivo total o parcial, solo es aplicable a delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, porque de ser así supondría que solo cabría derivar a JR aquellos delitos que se muevan entre el rango de penas citado. No obstante, no cabrá el ejercicio de esta facultad discrecional de archivo por el MF cuando: en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación; el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta; la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo; o la víctima sea menor de trece años.

Por su parte, el artículo 176 regula la suspensión del procedimiento de investigación por razones de oportunidad, máximo durante dos años, solo para aquellos delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que, que la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo; que pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública; o que la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada (requisitos fijados en el artículo 175). La suspensión queda condicionada al cumplimiento por la persona investigada de una o varias obligaciones o reglas de conducta, que de cumplirse supondrían el sobreseimiento de la causa con pleno efecto de cosa juzgada. Entre esas obligaciones están: indemnizar material o moralmente al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada; entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias; o algunos de los deberes que el artículo 83 del CP impone para acordar la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al culpable.

Si bien expresamente no se menciona, lo cierto es que la suspensión requiere que el investigado reconozca su responsabilidad en la comisión de los hechos delictivos. Reconocimiento de hechos regulado en el artículo 322 del texto a estudio. Y aquí es donde surge el principal problema puesto que el reconocimiento afecta directamente a la presunción de inocencia, de tal forma que, si se incumple alguna de las reglas de conducta y el procedimiento penal se reanuda el investigado ya ha reconocido su participación en los acontecimientos que se investigan como delictivos, viéndose

gravemente afectado su derecho a la presunción de inocencia. Esta es una cuestión altamente controvertida por la doctrina, usando este criterio para oponerse al recurso a la JR. Cuadrado Salinas¹⁸ considera que:

«Una de las cuestiones que más dudas suscita a la hora de abordar la conveniencia de introducir en un determinado ordenamiento jurídico a la mediación como método de alternativo del proceso penal, sin duda alguna, la relativa al riesgo que puede suponer para el imputado el «abandono» de las garantías que todo proceso penal conlleva y que van dirigidas a la protección de su estatus como tal. Es más, esta cuestión es la que apunta directamente a la mayor grieta en la teoría de la justicia restaurativa y la que choca frontalmente con la histórica obtención de los derechos y libertades fundamentales en el —vigente— sistema de justicia».

A modo de conclusión indicar que la inclusión de los efectos del acuerdo restaurativo sobre el proceso penal, por la trascendencia procesal que tiene, debería haber sido tratado en un artículo aparte, y quizá acompañando su contenido, el legislador debería haber incluido las consecuencias que tiene el incumplimiento del acuerdo alcanzado cuando se acordó el archivo por oportunidad y el contenido del acuerdo no estaba completamente cumplido, como por ejemplo, en todos aquellos supuestos donde se hubiese acordado un pago aplazado. El texto no dice nada sobre si es posible el archivo antes de la reparación definitiva a la víctima. Cuestión ésta que nos lleva a preguntarnos si es posible que el cumplimiento del acuerdo se demore más de los tres meses que se fijan para la celebración de las sesiones (artículo 182), puesto que nada tiene que ver, la intervención facilitadora con la ejecución del acuerdo alcanzado.

La última cuestión que hay que tratar es, aunque ya se ha mencionado, el ámbito de aplicación de la JR. Como se ha indicado podrán derivarse todos aquellos delitos que tengan señalada una pena de prisión máximo de 5 años, multa cualquiera que sea su extensión, o privación de derechos que no exceda de diez años o cualesquiera otras de distinta naturaleza. Limitar la JR solo a estos delitos supondría establecer un *numerus clausus* de delitos que pueden derivarse a JR fijando como criterio rector de la derivación, un criterio objetivo basado en la gravedad del ilícito penal determinado por la pena a imponer. Aladro Fernández (2019)¹⁹, señala que si bien la ley no nos dice qué delitos son objeto de mediación, sin embargo, no parece buena idea el cerrar mediante un sistema de *numerus clausus* la posibilidad de realizarla. No debemos quedarnos en la pena que se fija para el delito, es decir, en un simple criterio objetivo penológico, sino que habrá que tener en cuenta otros elementos como es el bien jurídico protegido afectado, la duración en el tiempo del conflicto, la seguridad de la víctima, número de denunciantes y denunciados y si el conflicto ha supuesto algún enriquecimiento para el infractor. Habrá que decidir caso por caso²⁰, atendiendo

18 CUADRADO SALINAS, C.: «La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-01, 2015, p. 20.

19 ALADRO FERNÁNDEZ, J.C.: «La mediación penal. La posición del fiscal», *Cuadernos de formación del CGPJ, Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, 2019, p. 17.

20 Como propone la Guía de Buenas Prácticas sobre Aspectos Civiles en el Secuestro Internacional de Menores, aprobado por la Conferencia de La Haya el 25 de octubre de 1980 (os párrafos 148 y ss.). La normativa internacional a la hora de la selección y derivación de asuntos propone, además, tener en cuenta el interés, la necesidad y seguridad de la víctima antes, durante y después de los procedimientos de mediación, que la mediación no genere desventajas a cualquiera de las partes en conflicto y que concurra un fuerte elemento probatorio de culpabilidad.

también a elementos subjetivos como la posición emocional de la víctima o testar si las partes están en el mismo plano de igualdad o no. Y frente a esta propuesta, el Protocolo de JR de Euskadi de 2019, plantea que la derivación no se determine por el tipo de delito ni por su gravedad, sino que se centre en el interés de la víctima en el procedimiento dialogado o «modelo habilitante»²¹.

4.- El artículo 184 abre la puerta al recurso a la JR en el juicio oral pero solo cuando las partes expresamente lo soliciten, vetando al juez cualquier posibilidad de proposición de oficio como se está haciendo hasta ahora. En este momento procesal, el procedimiento de JR se desarrollará de conformidad con lo establecido en el artículo 182. Y si se alcanzara un acuerdo, las conclusiones definitivas de las partes personadas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación, sin especificarse el grado conforme al artículo 66 del CP.

5.- Finalmente el último precepto, artículo 185, que regula el capítulo está dedicado a la interrupción de la prescripción de la infracción pena. Ésta solo se producirá exclusivamente en los delitos leves que se sometan a JR.

2.4. El procedimiento por delito privado

El título II (artículos 797 a 807) del Libro VIII sobre procedimientos especiales, se consagra al procedimiento por delito privado perseguibles solo a instancia de parte y por querrela del perjudicado, esto es, delitos de calumnia e injuria contra particulares (artículos 205 a 216 CP), salvo que sean conexos con otros públicos o semipúblicos y no puedan enjuiciarse por separado sin dividir la continencia de la causa. El artículo 804 LECr vigente, en relación con los artículos 139 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la persecución de estos delitos se inicia obligatoriamente por un acto de conciliación civil, y si en él las partes alcanzan un acuerdo será innecesario acudir a la vía penal.

El artículo 800 de la propuesta regula la posibilidad de derivación de estos delitos a procedimientos de JR. En primer lugar, y a diferencia de lo expuesto hasta ahora, la competencia para la derivación la asume el Juez de Garantías. En segundo lugar, sin mucha coherencia normativa, concede un plazo de dos meses para la tramitación restaurativa del asunto frente a los tres que se concedía en el artículo 182. En tercer lugar, se indica que si no se llega a un acuerdo el proceso penal se reanuda y si se alcanza el mismo, el acuerdo de las partes implica el archivo de la causa porque la avenencia supone la extinción de la responsabilidad criminal.

Sin embargo, si bien el ALECr señala que «se suprime la conciliación previa obligatoria», reconduciendo, con carácter potestativo, al sistema general de JR; el articulado no regula lo que la Exposición de Motivos anuncia (LXXXV). De la lectura del precepto parece claro que el acto de conciliación desaparece sin que la ley imponga la sumisión de estos delitos a la JR como requisito previo a la interposición de la querrela, por lo que la JR se puede pedir en cualquier momento de la tramitación del proceso penal. Quizá hubiese sido más acertado y coherente con la filosofía restaurativa, que la derivación se produjese expresamente en sustitución del acto de conciliación, como requisito de procedibilidad igual al vigente.

21 Aquel que se establece sin un catálogo de tipos delictivos susceptibles de JR, sino con una posibilidad abierta a cualquier clase de delito (salvo la exclusión de la violencia de género), si bien recomendando profundizar en el interés de la víctima como el criterio principal de derivación. Pp. 29 y 33 del Protocolo.

2.5. Procedimiento general de ejecución. La sentencia condenatoria

La última referencia a la JR viene en el Libro IX «De la Ejecución Penal», Título I «Disposiciones generales» Capítulo IV «Procedimiento general de ejecución», Sección 2.^a «Sentencia condenatoria», artículos 890 a 900. En este momento procesal, será el juez o tribunal, y no el MF, quienes deriven a la JR.

Según el artículo 896 si la persona condenada y la víctima manifiestan su voluntad de someter a la ejecución de la sentencia condenatoria a un procedimiento de JR, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 182. Concluido el procedimiento restaurativo, se procederá a la emisión de un informe sobre el resultado de la actividad, y si éste es positivo se acompañará del acta de reparación y, se convocará a las partes a una audiencia en los términos establecidos en el artículo 895. El tribunal, en esa convocatoria, oír a las partes sobre la aplicación de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, el fraccionamiento de la multa, la ejecución de las responsabilidades pecuniarias o cualquier otra cuestión relativa a la ejecución que deba resolverse en el acto. La asistencia de la persona condenada será preceptiva. Las partes deberán acudir con todos los documentos en los que pretendan fundar sus peticiones y podrán solicitar la comparecencia de peritos que auxilien al tribunal sobre las cuestiones que hayan de decidirse, decidiendo el éste sobre la admisión o no de tales pruebas, admitiéndose siempre que sean relevantes. Oídas las partes, el tribunal resolverá lo que corresponda sobre todas las cuestiones suscitadas, tomando una decisión sobre las concretas peticiones realizadas.

Que las partes decidan sobre el fraccionamiento de la multa o la forma de ejecutar la responsabilidad económica no tiene mayor transcendencia penal, ni afecta a la víctima en modo negativo puesto que con ello lo que se pretende conseguir es la reparación real y efectiva a la misma cuando se trate de abonar una cantidad de dinero y supone el mismo contenido de la negociación que se lleva a cabo durante la tramitación del proceso penal. Sin embargo, resulta cuanto menos paradójico, por no decir absolutamente contradictorio que, en fase de ejecución, víctima e infractor puedan negociar sobre la posibilidad de elección de una forma sustitutiva de la pena privativa de libertad, que es una de las consecuencias penológicas derivadas del delito, dado que esta posibilidad esté absolutamente vetada durante la tramitación del procedimiento restaurativo.

El recurso a la JR en este momento procesal, debe ser aplicado con cautela, puesto que es posible que la víctima todavía esté en proceso de duelo. Según la redacción dada, esta forma de justicia pierde su esencia desviándose de la filosofía restaurativa dirigida a la reparación de la víctima, pero no entendida desde el punto de vista material, sino moral. La intervención restaurativa se transforma en un proceso de superación personal, porque humaniza el dolor y produce un cambio en su vida desde el momento que la intervención es el mecanismo usado que ayuda a curar las heridas morales. La intervención restaurativa sirve para cerrar el proceso de duelo, suprimir odios, desmitificar al ofensor, descosificar a la víctima²², etc. Por lo tanto, la finalidad última es el cierre de una etapa que le permita a la víctima seguir con su vida adelante. Lo mismo es aplicable para el ofensor o infractor que ve la JR como una segunda oportunidad para su redención y reinserción social libre del estigma del delito.

22 REBOLLO REVESADO, S.: Prospectiva de la mediación penal..., *op. cit.*, p.36.

3. Conclusiones

Este Anteproyecto vuelve a colocar como eje central de la instrucción de la causa al MF, retornando nuevamente a vincular la JR con el principio de oportunidad. En esta nueva propuesta la JR se concibe solo como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y cuando puedan resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima en el caso concreto. Tal limitación es incorrecta. La JR puede ser útil en todo tipo de delitos.

El legislador de 2020 recurre a la JR con carácter general sin determinar a qué herramientas se puede acudir: mediación, conferencias o círculos restaurativos. De la lectura del texto normativo no queda claro, si las habilita todas o bien solo quiere referirse a una sola de ellas como ya se venía haciendo ahora, la más usada y conocida, esto es, la mediación (artículo 84.1 regla 1.ª del CP). Por eso, también es destacable que no se haga ni una sola referencia a esta última, a diferencia de lo que sí ocurría en la redacción de las propuestas predecesoras de 2011 y 2013 o en la Propuesta del CGPJ de 2010 de modificación de distintas leyes para la introducción de la mediación penal para adultos en España.

Lo que sí parece evidente es que ni esta propuesta normativa, ni ninguna de las anteriores plantean, la inclusión de otras herramientas de JR, como las conferencias familiares y círculos restaurativos. En la práctica restaurativa del País Vasco (Protocolo de JR de Euskadi de 2019 (jurisdicción penal), las contempla) se están utilizando y cada vez con más frecuencia se acude a ellas por el beneficio social y pacificador que suponen para el entorno de las partes afectadas y para la sociedad en general.

Deficiente sistemática del articulado dedicado a la JR, con olvidos como la mención expresa a la JR en fase intermedia que se deduce como posible por la regulación dedicada a la terminación por razones de oportunidad, y no por incluirla expresamente. No se incluye un precepto, como si lo hace en el artículo 183, que redirija al artículo 177 que regula la oportunidad en fase intermedia, puesto que si es posible ésta es posible una intervención restaurativa en este momento procesal. En un mismo precepto (artículo 183) se mezclan cuestiones procedimentales relativas a las obligaciones del SEJUR, una vez finalizada la intervención, con los efectos positivos de la misma, tratando el retorno del acuerdo al proceso penal y los resultados que sobre el mismo tenga el acuerdo alcanzado, obviando, por ejemplo, las consecuencias que tiene el incumplimiento del acta de reparación cuando se acordó el archivo por oportunidad y el contenido del acuerdo no estaba completamente cumplido, o si es posible archivar sin la reparación total a la víctima. Cuestión ésta que nos lleva a preguntarnos si es posible que el cumplimiento del acuerdo se demore más de los tres meses que se fijan para la celebración de las sesiones, puesto que nada tiene que ver, la intervención facilitadora con la ejecución del acuerdo alcanzado. Otra contradicción es señala dos plazos distintos, tres meses para la celebración de las sesiones de cualquier intervención restaurativa (artículo 183) y dos meses para los delitos privados (artículo 800).

A día de hoy, si se mantiene el mismo articulado, la referencia tan general a la JR, puede dar lugar a una notable inseguridad jurídica, por cuanto tal cual está redactada puede generar diversas interpretaciones como, por ejemplo, si JR se usa como sinónimo de mediación penal o por el contrario cabe acudir a otras herramientas restaurativas de las que no hay regulación ni experiencia consolidada, salvo en el País Vasco. Desde luego, si el anteproyecto siguiese adelante (parece que no), será necesaria una profunda revisión de la materia que permita la mejora de la estructura, redacción y contenido de los preceptos, a fin de acotar su uso y ofrecer un recurso válido y plenamente eficaz para las partes, operadores jurídicos o facilitadores.

El contenido de la propuesta en materia restaurativa en ningún caso sigue la Recomendación de 2018, sino que hace una interpretación sui generis de la misma. Más que un compromiso y reconocimiento absoluto a la JR en general parece que la regulación solo viene a cubrir los mínimos exigidos por la normativa europea. Además, es escaso e insuficiente en cuanto a contenido, a la vista de todas las implicaciones penales y procesales penales que cualquier práctica restaurativa puede tener. Así, con el fin de evitar que la JR sea solo una expectativa y no una realidad, es necesario que el Estado dote a la Administración de Justicia de los mecanismos necesarios para que la institucionalización de la JR sea una realidad efectiva. Solo así, todos los operadores jurídicos contarán con la seguridad jurídica necesaria para que el recurso a la JR se convierta en un recurso complementario al que cualquier ciudadano pueda acudir cuando busque respuestas, sanación, reparación, etc.

Finalmente indicar que, las referencias vigentes a la JR, como el artículo 15 del EVD o a la mediación penal en el artículo 84.1 regla 1.ª del CP, si bien son un avance importante en cuanto a reconocimiento, no son suficientes para articular verdaderos programas de JR. Si queremos que el sistema de justicia no quede anticuado, y la propuesta de modernización de la justicia de la que se habla a nivel institucional, no se limite solo proyectos piloto de mediación, es necesario reconocer que la JR es una realidad y que debe ser introducida en nuestro ordenamiento jurídico de forma real, efectiva y reglada. Y para ello, será necesario no un nimio articulado en la nueva LECr, sino una ley integral que regule la JR en toda su extensión, incluyendo el Estatuto jurídico del facilitador penal.

A lo anterior hay que añadir que las instituciones públicas, y en concreto el Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia, deben crear los Servicios específicos de JR dotándolos presupuestariamente de recursos económicos tanto para su puesta en marcha como para la contratación de personal.

4. Bibliografía

- ALADRO FERNÁNDEZ, J.C.:** «La mediación penal. La posición del fiscal». En: *Cuadernos de formación del CGPJ, Justicia Restaurativa y Mediación Penal*, 2019, p. 17.
- CARRETERO MORALES, E.:** «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Soletto Muñoz, h., (dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C., (coords.), 3.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2018. p. 148.
- CUADRADO SALINAS, C.:** «La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-01, 2015, pp. 1-25.
- GARCÍA VILLALUEGA, L.:** «La Mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, enero 2010, p. 723.
- MARTÍN DÍZ, F.:** *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Madrid. CGPJ, 2010. p. 80.
- MIGUEL BARRIO, R.:** *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*, Barcelona. Atelier, 2019. pp. 117-135 y pp. 159-188.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.:** *Una Justicia sin Jueces*, Ariel, Barcelona, 2018. pp. 161-162.

- PILLADO GONZÁLEZ, E.:** «Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica», *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y Ámbitos*, SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.). Tecnos, Madrid, 2011. p. 363.
- REBOLLO REVESADO, S.:** *Prospectiva de la mediación penal. Un análisis de la teoría a la práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021. pp. 36, 54-55.
- RÍOS MARTÍN, J.C., OLALDE ALTAREJOS, A.J.:** «Justicia Restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad», en: *Revista de Mediación*, año 4, n.º 8, 2.º semestre 2011, p. 17.
- TONY WHATLING, M.S.:** «Comprar lo que vendemos importa. ¿Aplican los mediadores sus conocimientos a sus propios conflictos?», *Revista de Mediación*, volumen 8, 2015, n.º 1, pp. 12-22.

CÓDIGOS COMENTADOS



LA
EDITORIAL
JURÍDICA
DE
REFERENCIA
PARA LOS
PROFESIONALES
DEL
DERECHO
DESDE
1981

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD 4.0: NUEVOS RETOS PARA EL SIGLO XXI

La presente obra se constituye como una aproximación a una temática tan amplia —y, a la vez, tan compleja— como la cultura de paz, la eficiencia procesal, la tutela judicial efectiva y la defensa de los colectivos vulnerables. Desde una perspectiva multidisciplinar, un total de 34 jóvenes investigadores en ciencias jurídicas de España, Colombia y Portugal, nos ofrecen análisis y reflexiones de un importante número de instituciones jurídicas como los derechos fundamentales, la Administración de Justicia, el proceso civil y penal, el arbitraje, la mediación, la justicia restaurativa, la defensa de los consumidores, la tutela del medio ambiente, la responsabilidad civil y la tutela de los colectivos vulnerables.

Desde campos del conocimiento como el Derecho civil, el Derecho penal y la criminología, el Derecho administrativo, el Derecho laboral y el Derecho procesal, en esta obra se nos invita a adentrarnos en el examen de esas instituciones jurídicas —y de otras muchas más— desde sus concepciones clásicas hasta las modulaciones que han experimentado con la irrupción de los avances tecnológicos —y, especialmente, de la inteligencia artificial— en las relaciones personales y comerciales.

PRÓLOGO

Sonia Calaza López

DIRECCIÓN

Leticia Fontestad Portalés

COORDINACIÓN

Francesc Pérez Tortosa

AUTORES

Lorena Alemán Aróstegui, Alejandro Araque García, Patricia Bello San Juan, Andrea Bravo Bolado, Mónica María Bustamante Rúa, Demetrio Carmona Derqui, Emilio Castro Durán, María Luisa Domínguez Barragán, Carlos Domínguez Padilla, Laura Andrea Flórez Álvarez, Ana M. Fuentes Cano, Federico González Barrera, Manuel González Chinchilla, Andrea Jamardo Lorenzo, Túlio Felipe Xavier Januário, Samuela de Luca, Laura Márquez Muñoz, Cynthia Inmaculada Mata Torres, Rodrigo Miguel Barrio, Yaiza Moreno Castro, Juan A. Muriel Diéguez, Jesús Palomares Bravo, Hingrid Camila Pérez Bermúdez, Sonia Rebollo Revesado, Ester Renedo Santamaría, Juan Francisco Rodríguez Ayuso, Javier Rodríguez Mozas, Nieves Rojano Martín, Francisco José Sánchez Bolívar, María Santisteban Castro, Ana María Vicario Pérez, Jonathan Torres Téllez, Almudena Valiño Ces, Antonio Vasco Gómez, Antonio José Vélez Toro, Nerea Yugueros Prieto.

ISBN: 978-84-1359-711-9



9 788413 597119