

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 6 | 2022

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN

Directora/editora:

Ana María Rodríguez Tirado

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Directora adjunta/editora:

Isabel Zurita Martín

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales/editoras:

Sección "Estudios"

María de la Paz Martín Castro

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España)

Sección "Análisis"

María Josefa Rodríguez Mesa

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

Secciones "Crónicas" y "Recensiones"

María José Cervilla Garzón

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España)

Secretario editorial/editor:

Pablo García Molina

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales:

Juan Antonio Alberca de Castro

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Miguel Carrasco González

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)

Emilia Girón Reguera

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España)

Inmaculada González García

Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Manuel Jesús Rozados Oliva

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)

Leticia Cabrera Caro

Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España)

Carlos Varela Gil

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

Secretaría de redacción:

José Caro Catalán

Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Diego Jesús Maldonado Guzmán

Profesor Sustituto Interino de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Pedro Jesús Baena Baena

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)

Vicenzo Barba

Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)

Juan Carlos Campo Moreno

Ex-Ministro de Justicia. Magistrado (España)

Joseph Carby-Hall

Director of International Legal Research en la Univesity of Hull (Reino Unido)

Ana María Carmona Contreras

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)

Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

José Alejandro del Valle Gálvez

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Escriváno López

Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)

Manuel Estrella Ruiz

Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)

Liliána Estupiñán Achury

Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)

Rocco Favale

Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)

Antonio Fernández de Buján y Fernández

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Javier García Oliva

Professor of Law en University of Manchester (Reino Unido)

Juan Francisco Herrero Perezagua

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)

Simone Marinai

Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)

Javier Martínez-Torrón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Perugia (Italia)

Maria Luisa Moreno-Torres Herrera

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Daniele Negri

Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)

Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)

María José Roca Fernández

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

Francesco Sidoti

Professore Emérito di Criminología e Sociología nell'Università di L'Aquila (Italia)

Virginia Zambrano

Professore ordinario di Diritto Privato Comparato dell'Università di Salerno (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index>
ISSN-e: 2660-7964
DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial 
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	7
Presentación	9
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	
ESTUDIOS	13
Panorama institucional de la gobernanza de la ciberseguridad en España.....	15
CRISTINA DEL-REAL	
La omisión en el artículo 28(a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo.....	53
M. ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ	
La protección jurídica del pasajero con necesidades especiales en el transporte aéreo.....	85
MARÍA TERESA GÓMEZ PRIETO	
Islam, Marriage Law and the Legal Framework of England and Wales.....	137
JAVIER GARCÍA OLIVA Y HELEN HALL	
Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee.....	163
GIOVANNA D'ALFONSO	
El agente encubierto y su especialidad informática: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado (análisis de la figura en el Anteproyecto de Ley Enjuiciamiento Criminal)	197
ISABEL VILLAR FUENTES	
ANÁLISIS.....	229
Protección penal contra la aporofobia en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: un paralelo entre la realidad española y brasileña	231
APARECIDA DE SOUSA DAMASCENO	
Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de las empresas públicas.....	261
MERCEDES GARCÍA ARÁN	

CRÓNICAS.....	293
Presentación de una propuesta de modelos de contrato de alojamiento en vivienda completa y en habitación de uso turístico.....	295
MARÍA LUISA MORENO-TORRES HERRERA Y ANTONIO GÁLVEZ CRIADO	
Una mirada al Derecho islámico: crónica del Congreso internacional “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”	311
MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN	
RECENSIONES.....	315
LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1 ^a ed., 2022, 117 páginas	317
MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ	
DEL VALLE GÁLVEZ, Ajejandro (Dir.) y CALVO MARISCAL, Lorena y EL HOUDAÏGUI, Rachid (Coords.), Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores del sur de Europa, Dykinson, Madrid, 1 ^a ed., 2021, 319 páginas	321
MARÍA DE LOS ÁNGELES BELLIDO LORA	

PRESENTACIÓN

Presentación

Esta revista, que cumple tres años, nació como un proyecto de un grupo de profesores y profesoras de la Universidad de Cádiz, comprometido con la difusión en abierto del conocimiento de las ciencias jurídicas y criminológicas. La Universidad de Cádiz nos facilitó los medios tecnológicos para su publicación en abierto, basado en el sistema OJS, a través de su Servicio Editorial. La Facultad de Derecho nos apoyó desde el inicio apostando firmemente por la creación de esta revista.

En estos tres años, hemos aprendido mucho y, sobre todo, hemos trabajado colaborativamente a través del Consejo Editorial y del Consejo de Redacción. Seguimos con la misma ilusión del primer día no sólo por la calidad del equipo editorial, sino también por el reconocimiento que comienza a tener en la comunidad científica. Nos ha servido de acicate comprobar que consta en Dialnet Métricas en el cuartil C1 (Derecho) y en el cuartil C2 (Derecho Penal, Procesal y Criminología), cuya medición incluye hasta el año 2020, que es el año de andadura de nuestra revista. También resulta satisfactorio el elevado número de descargas de cada uno de los trabajos editados, llegando, en algún caso, a superar las siete mil descargas.

La presentación de este número va a ser algo especial en su tercer aniversario. Además de explicar el contenido del número, queremos mostrar nuestro inmenso agradecimiento a quienes han colaborado y contribuido a que este proyecto siga vivo, consolidándose en el tiempo.

No resulta fácil depositar la confianza en una revista nueva y, en especial, si no viene avalada por una editorial de reconocido prestigio. Pesa mucho en la persona investigadora -incluyéndome- los indicadores que se tendrán en cuenta en la solicitud de una acreditación o de un sexenio de investigación e, incluso, en un concurso a una plaza docente o a un contrato de investigación (pre o postdoctoral). Por ello, reconocemos y agradecemos a todos los investigadores que confían en esta revista. Gracias a vosotros, autores y autoras, se ha conseguido su indización en las bases de datos habituales como latindex, Miar, Circ, Dialnet, Dialnet Métricas o Vlex, entre otras. Agradecimiento que hacemos extensivo a las revisores y revisoras que han colaborado hasta la fecha, sin cuya participación desinteresada hubiera dificultado alcanzar el objetivo de calidad mediante el proceso de revisión de estudios y análisis por par doble ciego.

Y mi agradecimiento al actual Consejo Editorial (directora adjunta, secretario de la revista, coordinadoras de sección, secretarios de edición) por su extraordinaria

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “Presentación”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 9-11, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.16.02>

implicación, por su motivación, por su ilusión y por el mimo que han puesto en cada número. Son el alma de esta revista.

El número 6 de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos (REJUCRIM) se integra por seis estudios, dos análisis, dos crónicas y dos recensiones con diversidad de temas abordados (Criminología, Derecho Penal, Derecho Mercantil, Derecho Civil, Derecho Procesal y Derecho Internacional Público) en el marco de la interdisciplinariedad de esta revista. En cuanto a su distribución por Secciones, en la Sección de Estudios, se analiza la gobernanza de la ciberseguridad en España (Cristina DEL REAL); la responsabilidad por omisión del superior del art. 28 (a) del Estatuto de Roma a partir del caso Bemba Gombo (M. Alejandra PASTRANA SÁNCHEZ); la protección jurídica del pasajero con necesidades especiales en el transporte aéreo (María Teresa GÓMEZ PRIETO); el Islam, la Ley del Matrimonio y el marco legal en Inglaterra y Gales (Javier GARCÍA OLIVA y Helen HALL); la inteligencia artificial y la responsabilidad civil en Italia, así como las propuestas europeas de reglamentación (Giovanna D'ALFONSO), y el agente encubierto y su especialidad informática a través del análisis de la regulación vigente con la prevista en el Anteproyecto de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (Isabel VILLAR FUENTES).

En la Sección de Análisis, consta el trabajo sobre la protección penal contra la aporofobia en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible a través del análisis comparado de la realidad española y brasileña (Aparecida DE SOUSA DAMASCENO) y el análisis sobre la autonomía interpretativa del Derecho penal y delincuencia de las empresas públicas (Mercedes GARCÍA ARÁN).

La internacionalización de este número viene marcada por los tres estudios que provienen de profesoras y profesores afiliados en la Universidad de Leiden (Países Bajos), la Universidad de Manchester, la Universidad de Nottingham Trent (Reino Unido) y la Universidad de la Campania “Luigi Vanvitelli” (Italia), a los que se suma el análisis recibido de la autora brasileña.

En la Sección de Crónicas, se publica la propuesta de modelos de contrato de alojamiento en vivienda completa y en habitación de uso turístico (María Luis MORENO-TORRES HERRERA y Antonio GÁLVEZ CRIADO), así como la noticia del Congreso Internacional “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”, celebrado en septiembre en la Universidad de Cádiz (María Dolores CERVILLA GARZÓN). Ambas en la disciplina de Derecho Civil

Y en la Sección de Recensiones, incorpora dos trabajos: el de María SERRANO FERNÁNDEZ, quien analiza la obra titulada *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, cuya autora es Rocío LÓPEZ SAN LUIS, y el de María de los Ángeles BELLIDO LORA, quien sintetiza la obra colectiva titulada *Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores del sur de Europa*, dirigida por Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ y coordinada por Lorena CALVO MARISCAL y Rachid EL HOUDAÏGUI.

En nuestro afán de mejorar la calidad de la revista, ésta se encuentra inmersa en el proceso de publicar su contenido en otros formatos, aparte del actual en pdf, en concreto, en el formato XLM a través de la plataforma de comunicación AmeliCA XML. De esta forma, se mejora la difusión y la perdurabilidad de los trabajos publicados en abierto. Nuestro objetivo es que, en 2023, todos los trabajos editados estén disponibles en pdf y en XLM en la web de la revista.

El próximo número se publicará en junio 2023, quedando abierto el plazo de recepción de los nuevos trabajos hasta el 15 de abril de 2022. Querido lector, querida lectora, esperamos contar con vuestras contribuciones científicas próximamente.

Felices fiestas navideñas.

Jerez de la Frontera, 1 de diciembre de 2022

Ana María Rodríguez Tirado

Directora

ESTUDIOS

Panorama institucional de la gobernanza de la ciberseguridad en España

The institutional landscape of cybersecurity governance in Spain

CRISTINA DEL-REAL

Assistant Professor

Universidad de Leiden (Países Bajos)

c.del.real@fgga.leidenuniv.nl

 <https://orcid.org/0000-0003-3069-4974>

Resumen: Mantener seguro el ciberespacio es una tarea compleja que supone un reto constante para las instituciones públicas. A la primera oleada de desinterés político por la ciberseguridad le ha seguido una renovada preocupación por la soberanía digital, la defensa de la ciberseguridad nacional y, más recientemente, la protección de la ciudadanía en el ciberespacio. Para cumplir estos objetivos, los Estados han desarrollado normativas, instituciones y prácticas basadas en diferentes narrativas. Este estudio analiza las instituciones involucradas en la gobernanza de la ciberseguridad en España a través de cuatro prácticas: cultura de ciberseguridad, respuesta a ciberincidentes y ciber crisis, protección de infraestructuras críticas e investigación criminal. El artículo aporta evidencias coincidentes con la conclusión de que España ha adoptado la narrativa de la gobernanza multi-stakeholder a través de competencias distribuidas entre diferentes actores. Este enfoque se ha materializado en fragmentación institucional y a la falta de claridad sobre el sistema de ciberseguridad en España. El artículo finaliza con propuestas de políticas públicas que podrían contribuir a una mayor unidad, coordinación y claridad del sistema de gobernanza de la ciberseguridad.

Abstract: Securing cyberspace is a complex task and an ongoing challenge for public institutions. The first wave of political disinterest in cybersecurity has been followed by a renewed concern for digital sovereignty, the defence of national cybersecurity and, more recently, the protection of citizens in cyberspace. States have developed regulations, institutions and practices based on

Recepción: 13/04/2022

Aceptación: 12/12/2022

Cómo citar este trabajo: DEL-REAL, Cristina. "Panorama institucional de la gobernanza de la seguridad en España", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 15-51, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.03>

different narratives to meet these objectives. This study analyses the institutions involved in the governance of cybersecurity in Spain through four practices: cybersecurity culture, cyber incident and cyber crisis response, critical infrastructure protection and criminal investigation. The article provides evidence that coincides with the conclusion that Spain has adopted the narrative of multi-stakeholder governance through distributed competences among different actors. This approach contributes to institutional fragmentation and a lack of clarity about the cybersecurity system in Spain. The article ends with proposals for public policies that could contribute to greater unity, coordination and clarity in the cybersecurity governance system.

Palabras claves: actores, gobernanza en red, cultura de ciberseguridad, respuesta a incidentes, protección de infraestructuras críticas.

Keywords: *actors, networked governance, cybersecurity culture, cyber incidents response, critical infrastructure protection.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GOBERNANZA DE LA CIBERSEGURIDAD. 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. Marcos conceptuales. 3. RIESGOS VS AMENAZAS. 4. ANTECEDENTES EUROPEOS. 5. ESTRUCTURA DE LA GOBERNANZA DE LA CIBERSEGURIDAD EN ESPAÑA. 6. PRÁCTICAS DE CIBERSEGURIDAD. 6.1. Promoción de la sociedad digital y cultura de ciberseguridad. 6.2. Respuesta a incidentes de ciberseguridad y gestión de ciber crisis. 6.3. Protección de infraestructuras críticas. 6.4. Investigación criminal. 7. CONCLUSIONES. 8. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el ciberespacio se ha convertido en uno de los lugares preferidos por los criminales para llevar a cabo sus acciones ilícitas. Las investigaciones criminológicas realizadas hasta la fecha evidencian que, mientras el crimen tradicional está disminuyendo, el cibercrimen¹ aumenta². Las oportunidades que ofrecen el anonimato, la inmediatez o la ausencia de fronteras que caracterizan al ciberespacio son a la vez una ventaja para los cibercriminales y organizaciones cibercriminales y un reto para la ciberseguridad. Entre otras cuestiones, la aparición de las ciberamenazas ha desafiado los tradicionales instrumentos del Estado para controlar la delincuencia y garantizar la seguridad nacional, al no encontrarse estos alineados con las necesidades del ciberespacio.

¹ Para consultar definiciones sobre “cibercrimen”, ver por ejemplo MAIMON, D.; LOUDERBACK, E. R., “Cyber-Dependent Crimes: An Interdisciplinary Review”, *Annual Review of Criminology*, vol. 2, 1, 2019; MCGUIRE, M.; DOWLING, S., *Chapter 2: Cyber-enabled crimes -fraud and theft*, Home Office, 2013, fecha de consulta 7 abril 2020; PAYNE, B. K. “Defining Cybercrime”, en *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Springer International Publishing, Cham, 2019.

² Ver, p. ej., BUIL-GIL, D.; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A.; KEMP, S.; DÍAZ-CASTAÑO, N., “Cybercrime and shifts in opportunities during COVID-19: a preliminary analysis in the UK”, *European Societies*, 2020; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A., “What about cyberspace (and cybercrime alongside it)? A reply to Farrell and Birks ‘Did cybercrime cause the crime drop?’”, *Crime Science*, vol. 8, 1, 2019.

La literatura ha señalado algunas de las razones por las cuales las acciones maliciosas en el ciberespacio³ han supuesto un reto para los instrumentos del Estado. En primer lugar, porque su lucha requiere de herramientas y técnicas diferentes a las tradicionales⁴. Como veremos más adelante en el artículo, esta necesidad de adaptación a las herramientas y técnicas utilizadas por las ciberamenazas ha producido que España desarrolle nuevos organismos –o secciones dentro de organismos tradicionales– con el objetivo de adaptar las capacidades del Estado a las amenazas a la ciberseguridad. En segundo lugar, existe una confusión terminológica sobre los problemas de ciberseguridad, que se traslada en confusiones en la regulación. Conceptos como ciberamenazas, ciber-riesgos, cibercrimen, ciber crisis o el propio concepto de ciberseguridad son utilizados desde distintas definiciones. Por ejemplo, el propio concepto de “ciberamenaza” no se utiliza de forma consistente ni por la literatura académica ni por la industria. Atendiendo a la RAE, la (ciber)amenaza sería la “acción de (ciber) amenazar”; es decir, supone la existencia de indicios de una voluntad de producir un mal o de la inminencia de este. Se pueden encontrar ejemplos en los que la “ciberamenaza” se utiliza como sinónimo de actores maliciosos en el ciberespacio (e.g., cibercriminales, grupos de hackers patrocinado por un Estado)⁵. Sin embargo, también existen autores que utilizan “ciberamenaza” como sinónimo de vulnerabilidad en un sistema informático⁶, o incluso como sinónimo de “acción maliciosa en el ciberespacio”, como se puede observar en el último Informe sobre la Cibercriminalidad en España del Ministerio del Interior⁷.

En tercer lugar, si bien estas imprecisiones terminológicas son comprensibles en un contexto en constante evolución, pueden producir confusiones jurídicas y jurisdiccionales que hacen difícil su abordaje desde las políticas públicas. Así, las acciones maliciosas en el ciberespacio no respetan las tradicionales delimitaciones jurídicas, lo que puede

³ Como se argumenta en este párrafo, los conceptos relacionados con la ciberseguridad son objeto de amplio debate. Por ello, en este artículo se ha optado por utilizar el genérico “acciones maliciosas en el ciberespacio”, utilizado en la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, para incluir así tanto el cibercrimen tipificado en los instrumentos penales, el hacktivismo, así como actuaciones localizadas en la zona gris, como las ciber-operaciones relacionadas con el comportamiento de los Estados en un contexto geo-político.

⁴ Al respecto BURNS, R. G.; WHITWORTH, K. H.; THOMPSON, C. Y., “Assessing law enforcement preparedness to address Internet fraud”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 32, 5, 2004; HINDUJA, S., “Perceptions of local and state law enforcement concerning the role of computer crime investigative teams”, *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, vol. 27, 3, 2004.

⁵ MAVROEIDIS, V.; HOHIMER, R.; CASEY, T.; JESANG, T., “Threat Actor Type Inference and Characterization within Cyber Threat Intelligence”, en *2021 13th International Conference on Cyber Conflict (CyCon)*, IEEE, Tallinn, Estonia, 2021, fecha de consulta 2 noviembre 2022, en <https://ieeexplore.ieee.org/document/9468305/>.

⁶ MALINA, L.; SRIVASTAVA, G.; DZURENDA, P.; HAJNY, J.; RICCI, S., “A Privacy-Enhancing Framework for Internet of Things Services”, en *Network and System Security. 13th International Conference, NSS 2019, Sapporo, Japan, December 15–18, 2019, Proceedings*, vol. 11928, Springer Cham, 2019 (Lecture Notes in Computer Science).

⁷ LÓPEZ GUTIÉRREZ, J.; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F.; HERRERA SÁNCHEZ, D.; MARTÍNEZ MORENO, F.; RUBIO GARCÍA, M.; GIL PÉREZ, V.; SANTIAGO OROZCO, A. M.; y GÓMEZ MARTÍN, M. A.; *Informe sobre la Cibercriminalidad en España*, Dirección General de Coordinación y Estudios y Secretaría de Estado de Seguridad. Ministerio del Interior. Gobierno de España, Madrid, España, 2022, fecha de consulta 11 enero 2022.

producir conflictos. Como ejemplo de esta falta de homogeneidad, se encuentra la regulación de la conducta de robo de secretos comerciales, una acción relacionada con el ciberespionaje industrial. El robo de secretos comerciales está recogido en el Título 18, Parte I, párrafo 1832⁸, del Código de los EEUU⁹. Este Título tiene carácter penal. En cambio, en Reino Unido la regulación del robo de secretos comerciales se encuentra recogida en las *Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018*, aprobadas para implementar la Directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Previamente a la aprobación de las *Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulations 2018*, no existía legislación en Reino Unido que regulara el robo de secretos comerciales¹⁰. Esta norma, a diferencia de la estadounidense, tiene carácter civil. El problema deriva de que el robo de secretos comerciales, en un mercado globalizado, se producirá probablemente en escala igualmente global¹¹. Este mercado globalizado abriría interrogantes o ampliaría la casuística a abordar en caso de que, por ejemplo, fuera un ciudadano británico el autor. Instrumentos como el Convenio sobre ciberdelincuencia (conocido también como el Convenio de Budapest) o Eurojust, la agencia europea de cooperación entre los organismos judiciales de los Estados miembros, han allanado el camino hacia una mejor respuesta frente al cibercrimen, aunque no terminan de ser suficientes ante un fenómeno tan mutable, dispersado y plural¹².

Finalmente, la capacidad de responder a las acciones maliciosas en el ciberespacio se ve afectada por la falta de denuncias y la cifra negra¹³; es decir, todos los ciber incidentes que no son reportados a las autoridades competentes. Si tenemos en cuenta que la eficacia de las medidas de prevención de estas acciones depende, en gran medida, de cuánto conozcamos el fenómeno a prevenir, conseguir que las víctimas notifiquen el delito a la policía, o a la autoridad competente es prioritario. Esta denuncia incrementará el conocimiento de los organismos públicos sobre el fenómeno y, podrá iniciar un proceso penal con el objetivo de establecer las causas y características del incidente.

⁸ Obtenido de: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1832>. [Recuperado el 16 de abril de 2022].

⁹ El Código de los EEUU (llamado en inglés *Code of Laws of the United States, United States of American Code, US Code, o USC*), recoge las leyes federales que tienen vocación de permanencia de EEUU. Contiene 52 títulos, de los cuales el Título 18 regula el Derecho penal y procesal penal (llamado *Title 18. Crimes and criminal procedure*). A su vez, el Título 18 está dividido en cinco partes: (1) Parte I – Delitos (§§ 1-2725); (2) Parte II - Procedimiento penal (§§ 3001-3772); (3) Parte III - Prisiones y prisioneros (§§ 4001-4353); (4) Parte IV – Corrección de delincuentes juveniles; y (5) Parte V – Inmunidad de los testigos (§§ 6001-5005).

¹⁰ APLIN, T. F.; ARNOLD, R., “UK implementation of the Trade Secrets Directive”, *SSRN Electronic Journal*, 2019.

¹¹ En el año 2019, el comercio con Reino Unido supuso para EEUU el 3,2% del total de su comercio anual US CENSUS BUREAU FOREIGN TRADE DIVISION, “Foreign Trade: Data”, 2020, fecha de consulta 16 abril 2021, en <https://www.census.gov/foreign-trade/statistics/highlights/top/top1912yr.html>.

¹² CHRISTOU, G., *Cybersecurity in the European Union*, Palgrave Macmillan UK, London, 2016.

¹³ COLEMAN, C.; MOYNIHAN, J., *Understanding crime data: haunted by the dark figure*, Open University Press, Buckingham ; Philadelphia, 1996.

El cibercrimen sufre especialmente de una elevada cifra negra porque ni individuos ni empresas suelen denunciar¹⁴. En este sentido, las investigaciones empíricas realizadas hasta la fecha estiman que solo se denuncia una proporción reducida de todos los cibercrímenes que se cometen. En el estudio de DOMENIE *et al.*¹⁵ sobre victimización por cibercrimen realizado en Países Bajos con una muestra 9163 usuarios de Internet, encontraron que sólo el 13,4% de las víctimas por cibercrimen había denunciado el hecho a la policía. Por tipo de delincuencia, encontraron que solo el 4,1% de las víctimas de *hacking* había denunciado el hecho a la policía, mientras que el delito más denunciado fue el *stalking* (30,4%).

Los estudios cualitativos han obtenido resultados similares. Las víctimas de cibercrímenes no suelen denunciar y, cuando están dispuestas a ello, no saben dónde deben presentar la denuncia¹⁶. Un estudio más reciente con una muestra de 97186 víctimas de delitos¹⁷ encontró un resultado similar: mientras que los delitos tradicionales como el robo de coches o de otros vehículos a motor o la tentativa de allanamiento de morada se denunciaban en más del setenta porciento de los casos, la denuncia por cibercrímenes se encontraba por debajo del treinta porciento. Específicamente, el robo de identidad se denunció un 26,3% de las veces, el ciberfraude un 24%, y el *hacking* un 7,1%. Tras la pandemia por COVID-19, estas cifras han aumentado¹⁸. Con unas cifras tan bajas de denuncias, es muy complicado para la policía y otros actores implicados en la ciberseguridad diseñar medidas de prevención del cibercrimen adecuadas a la realidad del fenómeno¹⁹.

Pero ni el Estado ni la sociedad han permanecido inmóviles a esta realidad. Como resultado, han aparecido nuevos organismos públicos y actores privados a distintos niveles territoriales que han asumido las funciones de prevenir, detectar, y responder ante las acciones maliciosas en el ciberespacio. La literatura anglosajona²⁰, ha estudiado este fenómeno como un proceso de fragmentación de las funciones de seguridad nacional y

¹⁴ Ver, por ejemplo, KEMP, S., “Fraud reporting in Catalonia in the Internet era: Determinants and motives”, *European Journal of Criminology*, 2020; KEMP, S.; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A., “The Dark Figure and the Cyber Fraud Rise in Europe: Evidence from Spain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2020.

¹⁵ DOMENIE, M. M. L.; LEUKFELDT, R.; VAN WILSEM, J.; JANSEN, J.; STOL, W., *Victimisation in a digitised society: a survey among members of the public concerning e-fraud, hacking and other high volume crimes*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013.

¹⁶ Véase p.ej., BIDGOLI, M., *A mixed methods approach to understanding undergraduate students' victimization, perceptions, and reporting of cybercrimes*, University of California, Irvine, 2015.

¹⁷ VAN DE WEIJER, S. G. A.; LEUKFELDT, R.; BERNASCO, W., “Determinants of reporting cybercrime: A comparison between identity theft, consumer fraud, and hacking”, *European Journal of Criminology*, vol. 16, 4, 2019.

¹⁸ BUIL-GIL, D.; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A.; KEMP, S.; DÍAZ-CASTAÑO, N., “Cybercrime and shifts in opportunities during COVID-19: a preliminary analysis in the UK”, op. cit.

¹⁹ BUIL-GIL, D.; LORD, N.; BARRETT, E., “The Dynamics of Business, Cybersecurity and Cyber-Victimization: Foregrounding the Internal Guardian in Prevention”, *Victims & Offenders*, vol. 16, 2, 2021.

²⁰ JOHNSTON, L.; SHEARING, C., *Governing security: explorations in policing and justice*, Routledge, London; New York, 2003; LOADER, I., “Plural Policing and Democratic Governance”, *Social & Legal Studies*, vol. 9, 3, 2000.

públicas que se ha materializado en distintos modelos de “seguridad plural” (del inglés, *plural policing*).

Los modelos de seguridad plural ofrecen una visión alejada del monopolio de un único actor proveedor de seguridad –tradicionalmente, la policía– y centra el estudio científico en las estructuras de complejas redes de proveedores de seguridad. Estos modelos entienden que la seguridad solo puede ser comprendida a partir de la asunción de la existencia de redes de colaboración interconectadas. Estos modelos de seguridad plural se relacionaron con el concepto de gobernanza de la seguridad²¹, donde encontramos reflejada la idea de que la seguridad debe entenderse como el resultado de los procesos de interacción entre diferentes proveedores. Dichos proveedores basan sus actuaciones en lógicas de seguridad; es decir, narrativas y marcos conceptuales utilizados para definir y comprender un problema que determinan las prácticas de seguridad.

Este estudio contribuye a la comprensión de la gobernanza de la ciberseguridad en España a través de la descripción de la lógica de la gobernanza basada en un modelo multi-stakeholder; por otro. Para ello, se describirán las instituciones estatales y las prácticas de ciberseguridad identificadas en España. Este estudio contribuye así a comprender cómo la ciberseguridad se ha definido como problema en las políticas públicas en el contexto español. Algunos estudios previos han explorado parcialmente esta cuestión²², si bien en contextos y con el empleo de enfoques distintos a los de este artículo.

Los resultados de este estudio se basan en el análisis de documentos publicados por organismos e instituciones. Esta es una técnica de recopilación de datos que considera a los documentos como una fuente de datos en bruto, no manipulada por los investigadores. En concreto, en este estudio se han incluido informes, estrategias nacionales de ciberseguridad, normativas y guías producidas por organismos públicos y privados. Entre ellos, se encuentran las Estrategias Nacionales de Ciberseguridad de 2013 y 2019, los informes sobre cibercriminalidad publicados por el Ministerio del Interior del Gobierno de España (2013-2019), los informes publicados por el Centro Criptológico Nacional (CCN) de acceso público sobre cibercriminalidad y ciberseguridad, y normativa específica relativa a las organizaciones públicas tanto nacional como europeas e internacionales.

El artículo se estructura como sigue. La sección 2 realiza un repaso de los antecedentes históricos de la gobernanza de la seguridad y presenta los modelos de gobernanza descritos en la literatura. En el centro de la discusión de la gobernanza de la ciberseguridad se sitúa la pregunta sobre el rol del Estado en esta. En la sección 3, el artículo ofrece una breve descripción del enfoque centrado en riesgos vs amenazas. En la sección 4, se describen los antecedentes europeos. La sección 5 se expone la estructura del sistema de gobernanza de ciberseguridad. En la sección 6 se describen las cuatro

²¹ JOHNSTON, L.; SHEARING, C., *Governing security*, op. cit.

²² Por ejemplo, ARCOS, R., “Securing the Kingdom’s cyberspace: cybersecurity and cyber intelligence in Spain”, en *Routledge Companion to Global Cyber-Security Strategy* (eds. Romanuk, S. M., y Manjikian, M.), 2021; FOJÓN CHAMORRO, E.; SANZ VILLALBA, Á. F., “Ciberseguridad en España: una propuesta para su gestión”, *Ánalisis del Real Instituto Elcano*, vol. 101, 2010.

prácticas de ciberseguridad seleccionadas. Finalmente, la sección 7 expone las conclusiones y las futuras líneas de investigación.

2. GOBERNANZA DE LA SEGURIDAD

2.1 Antecedentes históricos

El primer autor que puso en cuestión el modelo de gestión de la seguridad pública basado en el monopolio de las policías y de las estrategias reactivas frente al delito fue BAYLEY²³. Este autor, a partir de un análisis comparado de los modelos policiales de Australia, Canadá, Reino Unido, Japón y Estados Unidos, abrió la espita de la discusión del modelo policial tradicional. La discusión de BAYLEY²⁴ se basaba esencialmente en tres argumentos. El primero era que el modelo monopolístico no había conseguido los objetivos de diminución de la delincuencia. El segundo, que las estrategias policiales basadas en el incremento del número de patrullas policiales en las calles no habían tenido un efecto directo y proporcional en la disminución de la violencia durante los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Y, el tercero, que las estrategias policiales eran reactivas, puesto que dependían de que se produjera un delito para que la policía pudiera actuar; en consecuencia, la actuación policial quedaba condicionada a la interposición de una denuncia previa por parte de una víctima²⁵ o de un testigo²⁶.

Los argumentos sobre las limitaciones del modelo de gestión de la seguridad basado en el monopolio de la policía pronto se acompañaron de una pérdida fáctica de poder. En los Estados Unidos, las empresas de seguridad privada aparecieron como un nuevo actor de la seguridad a mediados de los años 70 y principios de los 80. Su auge estuvo auspiciado por la aparición de espacios de uso público, pero de propiedad privada, como fueron los centros comerciales, los parques temáticos, o bien los barrios residenciales privados²⁷, en un proceso de modificación de la trama urbana y social que pronto tuvo su traslado a muchos países de diversos continentes.

Este análisis apunta a que no se puede comprender el auge de la lógica de la gobernanza de la seguridad únicamente desde un estudio de la seguridad. Como cualquier otro proceso social, la provisión de seguridad está fuertemente anclada en los cambios económicos y políticos. En este sentido, el fracaso del keynesianismo en la gestión de la crisis del petróleo de 1973 aumentó la popularidad de las ideas neoliberales basadas en los trabajos de la escuela de Friburgo, con exponentes como HAYEK y FRIEDMAN en la escuela de Chicago²⁸. Para solventar esta dura crisis económica, el pensamiento

²³ BAYLEY, D. H., *Police for the future*, First, Oxford University Press, New York, 1994.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ ZAUBERMAN, R., “Les Attitudes des Victimes individuelles”, en *Crime et Sécurité. L’État des Savoirs* (eds. Robert, P., y Muccheilli, L.), La Découverte, Paris, 2002.

²⁶ BAYLEY, D. H.; SHEARING, C., “The Future of Policing”, *Law & Society Review*, vol. 30, 3, 1996.

²⁷ JOHNSTON, L.; SHEARING, C., *Governing security*, op. cit.

²⁸ BOAS, T. C.; GANS-MORSE, J., “Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan”, *Studies in Comparative International Development*, vol. 44, 2, 2009; FRIEDMAN, M., *Capitalism*

neoliberal recomendaba eliminar el recurso a la política fiscal defendida por el keynesianismo y reducir los gastos del Estado. Como consecuencia del éxito de estas ideas neoliberales, a partir de la década de los 70 se produjeron en las economías occidentales dos procesos rupturistas con el modelo del bienestar en lo que respecta al rol del Estado como proveedor de servicios públicos. Por un lado, algunos de estos servicios se redujeron o bien fueron suprimidos y, por otro lado, la provisión de los servicios fue transferida a empresas privadas²⁹, abandonándose a cierta velocidad el rol central que el Estado había jugado hasta entonces en la sociedad.

Una de las principales diferencias entre el modelo keynesiano y el neoliberal es la concepción que cada uno tiene del ciudadano. Si para el Estado de bienestar el ciudadano es un usuario-consumidor de servicios públicos, en el modelo neoliberal el ciudadano es un cliente. Desde estos postulados, el Estado comienza entonces a aplicar toda una serie de métodos de gestión empresarial, enlazando su actividad con el sector privado y terciarizando servicios en este. De esta forma, se empezaron a borrar las fronteras entre los servicios públicos y los privados. El cambio de modelo de provisión de la seguridad estaba ya en marcha.

El neoliberalismo se tradujo en un incremento de la oferta de servicios de seguridad privada, que pasarían a regirse por las reglas del mercado³⁰, identificándosele como un bien o servicio más de la economía capitalista. Las estrategias de provisión de la seguridad basadas en la contratación de servicios privados comienzan entonces a ser percibidas como más legítimas que las estrategias públicas de las policías bajo la promesa de una mayor eficiencia y eficacia en la gestión³¹.

En el triunfante modelo neoliberal no se hablaría ya de gobierno, un término que sería desplazado por el de “gobernanza”. Para RHODES³², el neoliberalismo representa una nueva forma de hacer política en la que servicios que antes eran prestados de forma exclusiva por el Estado pasan a ser provistos a través de lo que él denomina “redes inter-organizativas auto-organizadas”. Sería precisamente la participación de una multiplicidad de actores públicos y del mercado en estas redes inter-organizativas lo que desplazaría de facto al gobierno como único actor, sustituyéndolo por la “gobernanza” de las redes. A partir de entonces, la gobernanza en general, y la gobernanza de la seguridad en particular, pasarán a identificarse como una extensión del pensamiento neoliberal que da coherencia a las relaciones entre el Estado y el mercado³³.

and freedom, 40th anniversary ed, University of Chicago Press, Chicago, 2002; VON HAYEK, F. A., *The road to serfdom*, 50th anniversary ed. / with a new introd. by Milton Friedman, University of Chicago Press, Chicago, 1994; JONES, D. S., *Masters of the universe: Hayek, Friedman, and the birth of neoliberal politics*, Fifth printing, and first paperback printing, Princeton University Press, Princeton Oxford, 2014.

²⁹ BAYLEY, D. H.; SHEARING, C., “The Future of Policing”, op. cit.

³⁰ *Ibid.*

³¹ RHODES, R. A. W., “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies*, vol. 44, 4, 1996.

³² *Ibid.*

³³ WOOD, J.; SHEARING, C., *Imagining security*, Willan, Cullompton, 2007.

Pero la gobernanza de los servicios públicos, y la gobernanza de la seguridad en particular, no surge a resultas de la ciega aplicación del pensamiento neoliberal, sino por el reconocimiento de la complejidad de solucionar los problemas sociales y la aparición de múltiples centros de poder. Efectivamente, la complejidad del crimen ha aumentado debido a la adopción intensa y amplia de las nuevas tecnologías y, aun cuando las tasas de crimen tradicional están disminuyendo³⁴, el cibercrimen aumenta³⁵.

La razón, en palabras de OSTROM³⁶, se encontraría en que los sistemas de gobierno verticales caracterizados por una clara diferenciación entre el sector público y el privado, pertenecen ya a una etapa pasada de “sistemas simples”, en la que ambos sectores se equilibraban en una visión dicotómica del mundo. Las actuales condiciones sociales y económicas, y en particular las necesidades de seguridad –argumentan los defensores del neoliberalismo– no podrían ser ya solucionadas ni resueltas ni mediante la intervención única estatal ni mediante la actuación descoordinada y anárquica del mercado³⁷. En este nuevo contexto social y económico, se impone entonces la necesidad de alcanzar una interacción entre ambas para dar solución a los problemas.

La aparición de las empresas de seguridad privada y los subsiguientes cambios en la gestión de la seguridad pública producidos por la modificación del espacio urbano y social eclosionaron en la década de los años 90 en un cambio de paradigma caracterizado por alejar el objeto de estudio de la policía y estudiar cómo la provisión de seguridad es un producto del trabajo de varios actores públicos y privados. Dicho cambio de paradigma se materializó en la gobernanza de la seguridad. La explosiva expansión de Internet, la globalización de la criminalidad –como el terrorismo global, el crimen organizado o el cibercrimen– y la configuración de la sociedad actual en red –como describiría de forma pionera Castells en su ya clásica obra *La sociedad red*³⁸– terminaron de impulsar la pluralización de roles en la provisión de seguridad.

En el ámbito de los estudios de la seguridad, aquellos estudios que han explorado la gobernanza de la ciberseguridad se han centrado de manera principal en las instituciones y acuerdos público-privados desarrollados por diversos países para reestructurar las responsabilidades de ciberseguridad³⁹. Más específicamente, la literatura ha buscado

³⁴ Ver, por ejemplo, BLUMSTEIN, A.; WALLMAN, J. (EDS.), *The Crime Drop in America*, 2, Cambridge University Press, 2005; FARRELL, G.; TSELONI, A.; MAILLEY, J.; TILLEY, N., “The Crime Drop and the Security Hypothesis”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 48, 2, 2011 sobre el fenómeno conocido como “crime drop”.

³⁵ LEUKFELDT, E. R.; HOLT, T. J. (eds.), *The human factor of cybercrime*, Routledge, Abingdon, Oxon ; New York, NY, 2020; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A., “What about cyberspace (and cybercrime alongside it)?”, op. cit.

³⁶ OSTROM, E., “Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems”, *American Economic Review*, vol. 100, 3, 2010.

³⁷ *Ibid.*; ROCHÉ, S., “Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure”, *Revue française de science politique*, vol. 54, 1, 2004.

³⁸ CASTELLS, M.; *La sociedad red*, 3. ed, Alianza Ed, Madrid, 2005.

³⁹ P.ej., ELDEM,T.; “The Governance of Turkey’s Cyberspace: Between Cyber Security and Information Security”, *International Journal of Public Administration*, vol. 43, 5, 2020; KUERBIS, B; y BADIEI, F.,

comprender cuál es el rol y la estructura de los organismos públicos encargados de la ciberseguridad y cómo estos establecen acuerdos de colaboración con el sector privado y las redes internacionales⁴⁰. No obstante, la literatura sobre gobernanza de ciberseguridad aún está en la infancia⁴¹ y, en muy excepcionales ocasiones, han abordado casos fuera del mundo anglosajón o de los ciber “grandes poderes” (Estados Unidos, Rusia, China o Irán)⁴².

2.2 Marcos conceptuales

La literatura sobre estudios de la seguridad distingue tres aproximaciones a la gobernanza de la seguridad principales según el rol del Estado: la gobernanza nodal, el pluralismo anclado y el capitalismo regulatorio. En primer lugar, la *gobernanza nodal* fue desarrollada por los trabajos teóricos de SHEARING, JOHNSTON y WOOD⁴³, que fueron complementados y actualizados por otros autores⁴⁴. Para estos autores, en la provisión de seguridad intervienen múltiples actores –que los autores denominan “nodos”– de naturaleza pública, privada o híbrida. Esta provisión se realiza a partir de redes de nodos, que deben estudiarse como una pregunta “empíricamente abierta”, sin una disposición ni idea preconcebida sobre los roles de los nodos públicos y privados⁴⁵. Es decir, la gobernanza nodal rechaza la asunción de que las instituciones del Estado tienen, de partida, una posición jerárquicamente superior a otras en las redes de gobernanza. Estudios posteriores conceptualizan la idea de *nodos superestructurales*, que son redes de nodos que “unen a representantes de diferentes organizaciones de nodos [...]

⁴⁰ “Mapping the cybersecurity institutional landscape”, *Digital Policy, Regulation and Governance*, vol. 19, 6, 2017; VAN PUYVELDE, D; BRANTLY, A. F., *Cybersecurity: politics, governance and conflict in cyberspace*, Polity Press, Cambridge, UK; Medford, MA, USA, 2019.

⁴¹ ADAMS, S. A.; BROKX, M.; GALIČ, M.; KALA, K.; KOOPS, B.-J.; LEENES, R.; SCHELLEKENS, M.; E SILVA, K.; y ŠKORVÁNEK, I., *The governance of cybersecurity. A comparative quick scan of approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK*, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Tilburg, 2015; CALCARA, A.; y MARCHETTI, R., “State-industry relations and cybersecurity governance in Europe”, *Review of International Political Economy*, 2021; KUERBIS, B.; y BADIEI, F., “Mapping the cybersecurity institutional landscape”, *cit.*

⁴² KUERBIS, B.; y BADIEI, F., “Mapping the cybersecurity institutional landscape”, *cit.*

⁴³ P.ej., ELDEN, T., “The Governance of Turkey’s Cyberspace”, *cit.*; E. SUTHERLAND, «Governance of Cybersecurity – The Case of South Africa», *The African Journal of Information and Communication*, 20, 2017.

⁴⁴ Ver JOHNSTON, L.; SHEARING, C., *Governing security*, op. cit.; C. SHEARING, “Reinventing Policing: Policing as Governance”, en Otwin Marenin (ed.) *Policing Change, Changing Policing*, Routledge, New York, 1996; SHEARING, C., “Reflections on the Refusal to Acknowledge Private Governments”, en *Democracy, Society and the Governance of Security* (eds., Wood, J., y Dupont, B.), Cambridge University Press, 2006; SHEARING, C.; WOOD, J., “Nodal Governance, Democracy, and the New “Denizens””, *Journal of Law and Society*, vol. 30, 3, 2003; WOOD, J.; SHEARING, C., *Imagining security*, op. cit.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, DUPONT, B., “Security in the Age of Networks”, *Policing and Society*, vol. 14, 1, 2004; KEMPA, M.; SINGH, A.-M., “Private security, political economy and the policing of race: Probing global hypotheses through the case of South Africa”, *Theoretical Criminology*, vol. 12, 3, 2008; MARKS, M.; WOOD, J., “South African policing at a crossroads: The case for a ‘minimal’ and ‘minimalist’ public police”, *Theoretical Criminology*, vol. 14, 3, 2010.

⁴⁶ SHEARING, C.; WOOD, J., “Nodal Governance, Democracy, and the New “Denizens””, op. cit., p. 418.

para concentrar los recursos y tecnologías de los miembros para un objetivo común”⁴⁶. Como veremos abajo en el artículo, en España también es posible identificar nodos superestructurales en la gobernanza de la ciberseguridad.

En segundo lugar, el *pluralismo anclado* surgió como alternativa al modelo de gobernanza nodal para interpretar los cambios que ocurren en el ámbito de la provisión de la seguridad. Para LOADER Y WALKER⁴⁷, los autores que propusieron este modelo, el Estado debe actuar como “ancla” de la pluralidad de actores de seguridad para que estos actúen en beneficio del interés público. En otras palabras, LOADER Y WALKER consideran que la era de los modelos “westfalianos” de prestación de seguridad centrados en el Estado siguen aún influyendo en el sector de la seguridad nacional al promover que todos los actores involucrados, incluyendo los privados, identifiquen la seguridad como un bien público.

Aunque sus autores fundacionales argumentan que es un modelo normativo que explora el rol que el Estado *debería* de tener en la provisión de la seguridad colectiva –en oposición a los modelos explicativos–⁴⁸ CRAWFORD⁴⁹ defiende que este modelo también sirve para describir los diferentes atributos del Estado en el proceso regulatorio y la gobernanza de la seguridad. Para este autor, existen cuatro mecanismos por los cuales el Estado, a través de diferentes procesos, “ancla” la provisión de la seguridad en la lógica del interés público utilizando para ello: (i) su poder simbólico y autoridad cultural, (ii) su legitimidad, tanto la autoproclamada como la percibida por los ciudadanos, (iii) su posición táctica como recurso distintivo y como fuente de información, y (iv) su posición como actor de *ultima ratio* con respecto a formas más intrusivas de control social⁵⁰. El Estado, a través de estos cuatro mecanismos, se encargaría de asegurarse de que los proveedores de seguridad privados no impongan una lógica pura de mercado que termine favoreciendo a las clases más altas y desprotegiendo a aquellos ciudadanos con menos recursos.

Estos dos marcos conceptuales coinciden al considerar la gobernanza a través de redes de actores. En ellos identificamos la preocupación de los autores por describir cuáles son los actores, su rol dentro de la gobernanza y la naturaleza de las relaciones entre ellos; es decir, las relaciones de poder. Así, con independencia de la conceptualización concreta que realicemos de los modelos de gobernanza, todos ellos suelen conceptualizarse en

⁴⁶ BURRIS, S.; DRAHOS, P.; SHEARING, C., “Nodal governance”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30, 2005, p. 38.

⁴⁷ LOADER, I.; WALKER, N., “Necessary Virtues: The Legitimate Place of the State in the Production of Security”, en *Democracy, Society and the Governance of Security*, (eds., Wood, J., y Dupont, B.), Cambridge University Press, 2006; LOADER, I.; WALKER, N., *Civilizing security*, Cambridge University Press, Cambridge ; New York, 2007.

⁴⁸ Ver LOADER, I.; WALKER, N., “Policing as a Public Good:: Reconstituting the Connections between Policing and the State”, *Theoretical Criminology*, vol. 5, 1, 2001; “Necessary Virtues: The Legitimate Place of the State in the Production of Security”, op. cit.; *Civilizing security*, op. cit.

⁴⁹ CRAWFORD, A., “Networked governance and the post-regulatory state?: Steering, rowing and anchoring the provision of policing and security”, *Theoretical Criminology*, vol. 10, 4, 2006.

⁵⁰ *Ibid.*

mayor o menor medida alrededor de estos tres ejes⁵¹, con los siguientes extremos: sobre los actores, la diferencia es si son de naturaleza *pública* o *privada*; sobre el rol, el foco se encuentra bien en la *producción* de políticas o en su *ejecución*; finalmente, sobre la naturaleza de las relaciones entre los actores, si esta es *horizontal* o *jerárquica*. Este estudio se centra en los actores de naturaleza pública involucrados en la gobernanza de la ciberseguridad.

3. RIESGOS VS AMENAZAS

Este artículo adopta la noción de la Escuela de Copenhague de que la comprensión de la seguridad que realiza el agente y la narrativa que le acompañe se traduce en prácticas de seguridad⁵². Entre estas narrativas, la literatura diferencia aquellas centradas en los riesgos en contraposición a las centradas en las amenazas⁵³. Por un lado, la narrativa de la seguridad basada en el riesgo se centra en el discurso de las vulnerabilidades sistémicas y en el aumento de la resiliencia del objeto que puede sufrir un ataque⁵⁴. El foco de análisis e intervención es el propio objeto –o víctima potencial– cuyas características *internas* o comportamiento le exponen a sufrir un ataque. Las prácticas de ciberseguridad basadas en una narrativa de riesgo se centran en abordar la ingeniería de la sociedad y en la gestión de las causas internas del daño a largo plazo sin que estas estén basadas en amenazas concretas⁵⁵.

Por el contrario, en la narrativa de la seguridad basada en la amenaza encontramos que el discurso se centra en los sujetos que pueden causar un daño y en la intención de las partes en conflicto. Las acciones entonces se centran en la defensa contra las causas *externas* del daño (los antagonistas). El énfasis en las amenazas está relacionado con prácticas de seguridad enfocadas a amenazas concretas e identificables y en la militarización del ciberespacio⁵⁶. Este estudio profundiza en los actores públicos de la gobernanza que

⁵¹ DUPONT, B., “Bots, cops, and corporations: on the limits of enforcement and the promise of polycentric regulation as a way to control large-scale cybercrime”, *Crime, Law and Social Change*, vol. 67, 1, 2017; VAN EETEN, M., “Patching security governance: an empirical view of emergent governance mechanisms for cybersecurity”, *Digital Policy, Regulation and Governance*, vol. 19, 6, 2017; KUERBIS, B.; y BADIEI, F., “Mapping the cybersecurity institutional landscape”, *cit.*; RONDELEZ, R., “Governing Cyber Security Through Networks: An Analysis Of Cyber Security Coordination In Belgium”, 2018, Zenodo, fecha de consulta 28 mayo 2020; STERLINI, P.; MASSACCI, F.; KADENKO, K.; FIEBIG, T.; VAN EETEN, M., “Governance Challenges for European Cybersecurity Policies: Stakeholder Views”, *IEEE Security & Privacy*, vol. 18, 1, 2020.

⁵² BUZAN, B.; WÆVER, O.; y DE WILDE, J., *Security: a new framework for analysis*, Lynne Rienner Pub, Boulder, Colo, 1998.

⁵³ CORRY, O., “Securitisation and ‘Riskification’: Second-order Security and the Politics of Climate Change”, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 40, 2, 2012.

⁵⁴ BENGSSON, L.; BORG, S.; RHINARD, M., “European security and early warning systems: from risks to threats in the European Union’s health security sector”, *European Security*, vol. 27, 1, 2018; CORRY O., “Securitisation and ‘Riskification’”, *cit.*

⁵⁵ CORRY, O., “Securitisation and ‘Riskification’”, *cit.*, p. 245.

⁵⁶ BACKMAN, S., “Risk vs. threat-based cybersecurity: the case of the EU”, *European Security*, 2022; CORRY, O., “Securitisation and ‘Riskification’”, *cit.*

ejecutan las políticas de ciberseguridad. El estudio diferencia cuatro líneas de ejecución en torno a las cuales se ha estructurado la provisión de ciberseguridad en España: (i) cultura de ciberseguridad; (ii), respuesta a ciber-incidentes; (iii) protección de infraestructuras críticas; y (iv) investigación criminal. A través de estas cuatro prácticas y las instituciones responsables, este estudio desentraña las dos líneas narrativas en torno a las cuales se ha configurado la gobernanza de la ciberseguridad en España.

4. ANTECEDENTES EUROPEOS

En los últimos diez años, la Unión Europea (UE) ha llevado a cabo una ingente producción normativa y documental con el objetivo de regular la gobernanza de la ciberseguridad a nivel europeo en respuesta al aumento de las acciones maliciosas en el ciberespacio. La política de la UE para el combate contra el cibercrimen tiene como origen la Convención de Budapest (*Convention on Cybercrime*, 2001), impulsada por el Programa de Estocolmo (*The Stockholm Programme: An open and secure Europe serving and protecting citizens*, 2010), que establece las prioridades de la UE para el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia (2010-2014), e indica que los Estados miembros de la UE deben, lo antes posible, “ratificar el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de 2001” considerándolo como “el marco jurídico central de referencia para la lucha contra la ciberdelincuencia a nivel mundial” (p. 22).

Las políticas de ciberseguridad de España han estado marcadas por la UE, como se puede observar en la Figura 1 donde se observa que algunas de las decisiones tomadas por España son precedidas por instrumentos y normativas europeos. En concreto, la aprobación de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, conocida como Directiva NIS, que incentivó a los Estados miembro a adoptar medidas para reforzar la seguridad de las redes y sistemas de información. Entre otras medidas, la Directiva NIS introdujo la obligatoriedad en los Estados miembro de contar con una autoridad nacional, designar centros de respuesta a emergencias informáticas (en adelante, CERT)⁵⁷, aprobar una estrategia nacional de ciberseguridad, establecer mecanismos de cooperación entre Estados, y mejorar el compromiso y la preparación del sector privado obligándoles a informar de los principales incidentes en redes y sistemas de información a las autoridades

⁵⁷ En este sentido, es necesario aclarar la confusión que existe en torno a las diferencias entre los CERT y los CSIRT. La confusión deriva de que el concepto CERT es en realidad la marca registrada de este nuevo tipo organización: los CSIRT, por lo que a menudo se utilizan como términos intercambiables. Sin embargo, con el tiempo y el uso de ambos conceptos, los CERT han terminado identificándose más con la producción de inteligencia y la respuesta a incidentes a escala nacional, mientras que los CSIRT se asociarían con equipos de respuesta dentro de las empresas. Para más información, ver: WEST-BROWN, M. J.; STIKVOORT, D.; KOSSAKOWSKI, K.-P.; KILCRECE, G.; RUEFLE, R.; ZAJICEK, M, *Handbook for Computer Security Incident Response Teams (CSIRTs)*, Carnegie Mellon University, Pittsburgh, 2003.

nacionales competentes. No obstante, la presente directiva está siendo actualizada por la NIS2⁵⁸.

Además, la UE cuenta con agencias con misiones expresas asignadas para la ciberseguridad, la ciberdefensa y la lucha contra el cibercrimen. Particularmente, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (en adelante, ENISA), que promueve el establecimiento de un ecosistema de ciberseguridad europeo a través de actuaciones de *soft law*⁵⁹ que buscan la armonización de las políticas de ciberseguridad entre los Estados; la Agencia Europea de Defensa (en adelante, EDA), que trabaja para desarrollar la política de ciberdefensa europea; y Europol, específicamente el Centro Europeo de Cibercrimen (EC3), que actúa como unidad de apoyo técnico a operaciones de lucha contra el cibercrimen en Europa. Recientemente, se fundó el Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad⁶⁰, cuyo objetivo es contribuir a aumentar las capacidades y la competitividad de Europa en investigación, tecnología y desarrollo industrial de la ciberseguridad. En el ámbito de la respuesta a incidentes de ciberseguridad, la UE cuenta con el CERT-UE, encargado de responder a los ciberincidentes que afecten a las instituciones, cuerpos y agencias de la UE.

⁵⁸ La propuesta se puede consultar en: [https://www.nis-2-directive.com/NIS_2_Directive_Articles_\(Proposal_16.12.2020\).html](https://www.nis-2-directive.com/NIS_2_Directive_Articles_(Proposal_16.12.2020).html)

⁵⁹ El término “*soft law*” hace referencia a todos los instrumentos normativos (recomendaciones, comunicaciones, noticias, guías, códigos de conducta, declaraciones, etc.) que no tienen fuerza vinculante o cuya fuerza vinculante es más débil que la del Derecho tradicional, pero que albergan efectos legales indirectos cuyo objetivo es producir efectos prácticos.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2021/887 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se establecen el Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad y la Red de Centros Nacionales de Coordinación.

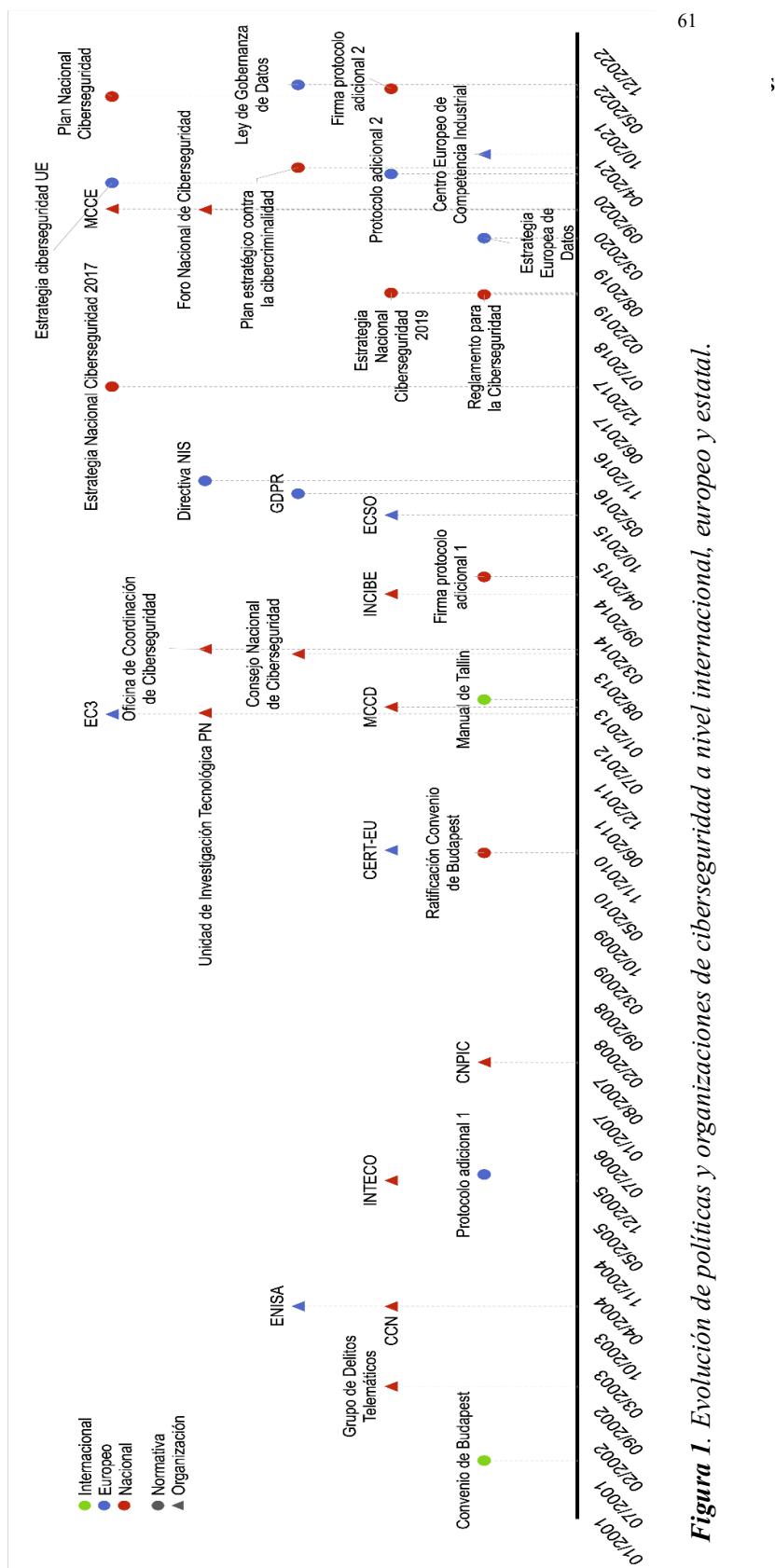


Figura 1. Evolución de políticas y organizaciones de ciberseguridad a nivel internacional, europeo y estatal.

⁶¹ Las abreviaturas se refieren a lo siguiente (de izquierda a derecha): Centro Criptológico Nacional (CCN), European Union Agency for Cybersecurity (ENISA), Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), Centro Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (CNPIC), Computer Emergency Response Team for the EU institutions, bodies and agencies (CERT-EU), European Cybercrime Centre (EC3), Mando Conjunto de Ciberdefensa (MCCD), Instituto Nacional de

5. ESTRUCTURA DE LA GOBERNANZA DE LA CIBERSEGURIDAD EN ESPAÑA

En el sistema nacional de ciberseguridad español se diferencian a los actores según estos sean órganos políticos, técnicos u operativos. Para asignar a cada actor una u otra categoría se ha utilizado la definición incluida en las normas de creación de cada uno de los órganos. Los órganos políticos son aquellos que están compuestos por cargos electos y cuya función principal es la elaboración de políticas, planes y estrategias. Los órganos técnicos serían aquellos compuestos por personal especialista en alguna materia y cuyo objetivo principal sería asesorar a los órganos políticos. Los órganos operativos serían aquellos que ejecutan de manera instrumental los planes, programas y políticas, y prestan los servicios conforme a las políticas diseñadas desde arriba. En el esquema de la Figura 2 también podemos identificar órganos de coordinación política, cuyo objetivo es coordinar la elaboración de políticas y estrategias, y órganos de coordinación operativa, que tienen como objetivo coordinar las actuaciones de los diferentes órganos operativos.

Ciberseguridad (INCIBE), European Cyber Security Organisation (ECSO), General Data Protection Regulation (GDPR), y Mando Conjunto del Ciberespacio (MCCE).

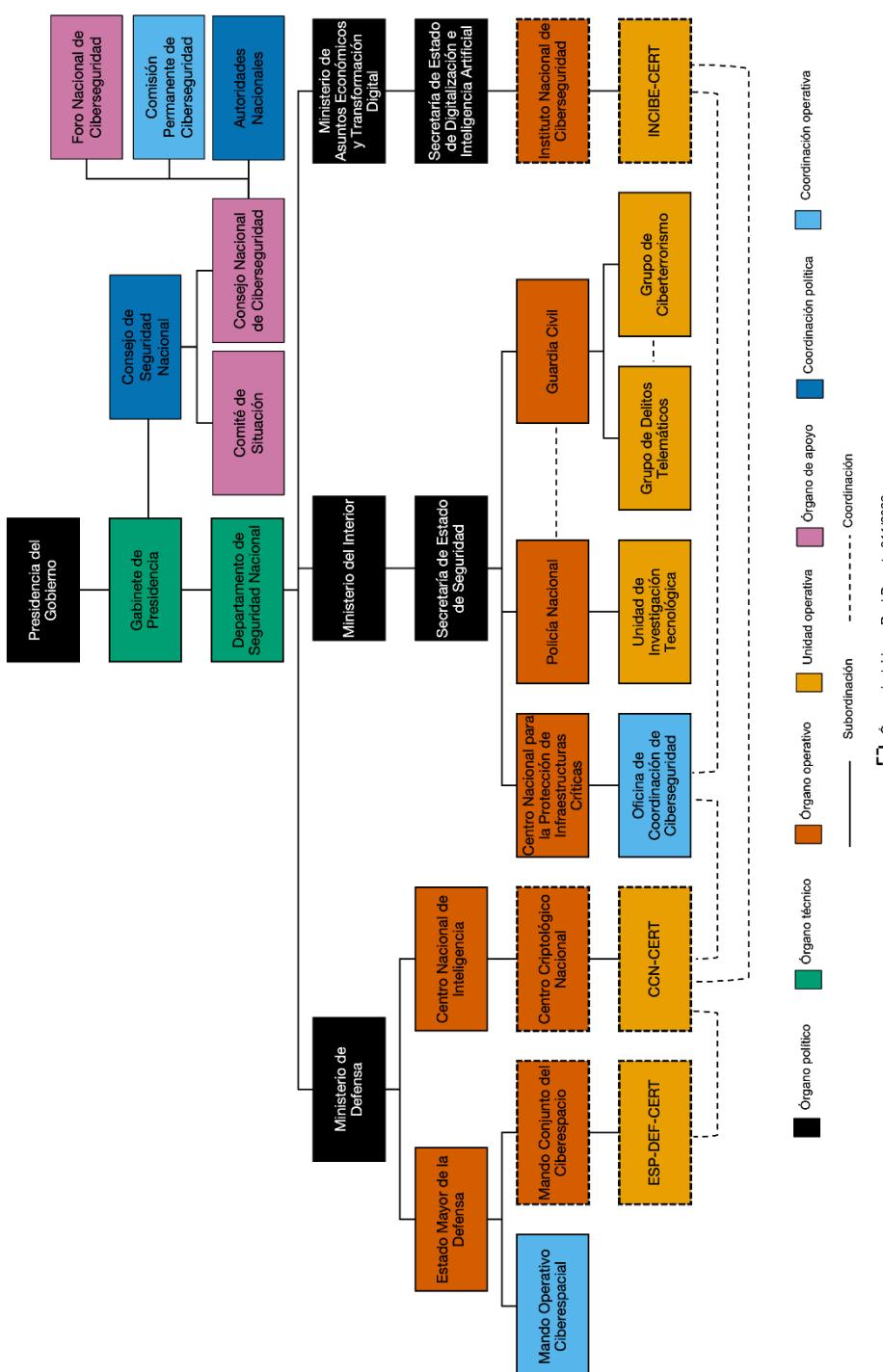


Figura 2. Esquema simplificado de las organizaciones involucradas en la provisión de ciberseguridad en España (2022). Elaboración propia.

¹ Los colores de la figura 2 no siguen ningún criterio ideológico. Se han escogido de una paleta de colores apta para personas con daltonismo.

En las páginas siguientes se definirán las principales funciones y roles asignados a estos organismos según la normativa española en vigor. Se han incluido todos aquellos órganos que tienen atribuidas funciones de carácter directo sobre la ciberseguridad en España, si bien el análisis normativo muestra cómo prácticamente todos los órganos de la administración central ejercen alguna función relacionada con la protección del ciberespacio. La exposición de los diferentes organismos seguirá, siguiendo un orden jerárquico, la clasificación de la Figura 2; esto es, empezando por los órganos adjuntos a la Presidencia del Gobierno y finalizando con las unidades operativas.

Como cualquier otra estructura de la administración pública –y conforme al artículo 97 de la Constitución Española– el nodo de inicio del que emanan todos los demás órganos es la Presidencia del Gobierno. De esta depende el Gabinete de Presidencia, un órgano técnico cuya principal función es asesorar al Presidente del Gobierno en diferentes asuntos de interés y, específicamente, según recoge el artículo 2.1 e) del Real Decreto 136/2020, de 27 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno, “en materia de Seguridad Nacional”. Del Gabinete de Presidencia depende el Departamento de Seguridad Nacional (en adelante, DSN), creado por el Real Decreto 1119/2012 de 20 de julio, de modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, y actualmente regulado por el Real Decreto 136/2020, de 27 de enero. Este es el órgano técnico que tiene como función asesorar a la Presidencia del Gobierno de España en materia de seguridad nacional.

El DSN se estructura en siete unidades, entre las cuales se encuentra la Unidad de Ciberseguridad y Desinformación⁶². Esta Unidad se encarga de coordinar las actuaciones de los diferentes Ministerios y otros organismos de ciberseguridad dado que, como podemos observar en la Figura 2, en el sistema nacional de ciberseguridad de España existen múltiples organismos con competencias en ciberseguridad, lo que hace necesaria esta coordinación. La preponderancia de este departamento se refleja en el hecho de que el DSN ocupa tanto la vicepresidencia como la secretaría del Consejo Nacional de Ciberseguridad (en adelante, CNC).

El principal organismo de coordinación política en materia de ciberseguridad es el CNC, creado por Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional del 5 de diciembre de 2013 y constituido formalmente el 24 de febrero de 2014. El CNC es un órgano colegiado de apoyo al Consejo de Seguridad Nacional cuya misión es, según el artículo 21 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, la de reforzar las relaciones de coordinación, colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de ciberseguridad. Desde su creación, el Consejo ha tenido como labor la formulación de las estrategias nacionales de ciberseguridad, que tuvieron lugar en los años 2013 y 2019. El CNC es la agencia competente en España en materia

⁶² El resto de unidades pueden ser consultadas en la página oficial del Departamento de Seguridad Nacional, y son: (i) unidad de seguimiento y alerta, (ii) unidad de planteamiento político-estratégico, (iii) unidad de sistemas e infraestructura, (iv) unidad de gestión de crisis y ejercicios, (v) unidad de análisis de seguridad nacional, y (vi) unidad de apoyo.

de ciberseguridad y tiene la estructura y composición que se puede consultar en la Figura 3.



Figura 2. Composición del Consejo Nacional de Ciberseguridad español según la Orden PRA/33/2018, de 22 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional. Elaboración propia.

Dependientes de la Presidencia del Gobierno y coordinados por el DSN y el CNC, se encuentran tres Ministerios de los cuales dependen los principales órganos operativos de ciberseguridad en España: (i) el Ministerio de Defensa, (ii) el Ministerio del Interior, y (iii) el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital⁶³. Estos tres Ministerios engloban los órganos encargados de las cuatro prácticas de ciberseguridad que describiremos en este estudio: (i) cultura de ciberseguridad; (ii), respuesta a ciberincidentes; (iii) protección de infraestructuras críticas; y (iv) investigación criminal.

6. PRÁCTICAS DE CIBERSEGURIDAD

6.1. Promoción de la sociedad digital y cultura de ciberseguridad

La expansión de las tecnologías de la información y la comunicación y la aparición del ciberespacio supusieron, a comienzos del siglo XXI, un reto para los Estados. Por primera vez, debían desarrollar instrumentos para regular el comportamiento de sus ciudadanos en un ámbito que no seguía las reglas precedentes establecidas por límites territoriales. El Estado se enfrentaba a un doble reto: por un lado, asegurar que sus ciudadanos no se quedaban atrás en la adopción de las nuevas tecnologías; por otro, que dicha adopción se realizara de forma responsable y sin exponer en exceso a la población y a las instituciones estatales a las nuevas amenazas que se extendían en el ciberespacio. Para afrontar este reto, España fundó en 2006 el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación

⁶³ A fecha 22 de marzo de 2022.

(INTECO) como un instrumento de la Secretaría de Estado de Comunicación y Sociedad de la Información, dependiente entonces del Ministerio de Industria, como parte del *Plan Avanza*. El objetivo de este plan fue el de impulsar el uso de las TIC en la ciudadanía y las empresas. Un año antes de su creación, únicamente el 28,5% de los hogares españoles tenía acceso a Internet. Hoy esa cifra asciende al 87,3%⁶⁴, por lo que existen evidencias de que los objetivos del plan se cumplieron.

En aquel entonces se decidió crear INTECO en formato de Instituto con el objetivo de contar con un organismo con capacidad de implementar los programas del *Plan Avanza*; es decir, no se pretendía poner el foco en la creación de políticas sino en asegurar que dichas políticas –y sus correspondientes programas– terminaran llegando a la ciudadanía y a las empresas. INTECO se creó con tres ejes principales de trabajo: (i) la seguridad de la información desde un punto de vista de la concienciación de utilizar las redes de forma segura, impulsando un comportamiento seguro sin llegar a disuadir a los ciudadanos y empresas de su uso mediante mensajes sobre los riesgos y problemas que conllevaba el uso de Internet; (ii) calidad del software, para lo cual se encargaba de ayudar a las empresas a crear programas con calidad y de diseño seguro⁶⁵. Por último, (iii) la accesibilidad web, cuyo objetivo era que las webs que se creaban fueran accesibles, de forma que sus contenidos pudieran llegar a toda la ciudadanía con independencia de minusvalías o discapacidades, temporales o permanentes.

En el año 2013 el INTECO se desprende de los dos últimos ejes de trabajo para centrarse en la ciberseguridad. Fruto de la priorización de este eje –con un mayor potencial de desarrollo y el que más necesidades presentaba– este Instituto se renombra como Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), actualmente dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Este Instituto es el principal organismo dentro de España encargado de la concienciación en ciberseguridad a empresas y ciudadanos.

Actualmente, INCIBE es una sociedad mercantil estatal –*i.e.*, una empresa pública– cuya principal función es la de proveer servicios públicos a la ciudadanía, empresas y operadores de servicios esenciales privados. En la actualidad, INCIBE continúa representando la misma visión de la ciberseguridad con la que nació INTECO. Sus líneas de trabajo aúnan concienciación y reconocimiento de los problemas de ciberseguridad y de la necesidad de abordarlos al tiempo que promueve la digitalización. Sin embargo, en los últimos años este enfoque inicial ha virado, como consecuencia de la alta penetración de Internet en la sociedad y el aumento de las ciberamenazas, hacia la *cultura de ciberseguridad*. La cultura de ciberseguridad es definida como “el conocimiento y la sensibilidad de la sociedad en general y de cada persona en particular, de los riesgos y amenazas susceptibles a comprometerla, del esfuerzo de los actores y organismos implicados en su salvaguarda y la corresponsabilidad de todos en las medidas de

⁶⁴ FERNÁNDEZ, R., *Porcentaje de hogares con acceso a Internet España 2005-2021*, Statista, 2022, fecha de consulta 11 noviembre 2022.

⁶⁵ Esta línea de trabajo del INTECO, sin embargo, pronto se agotó tras la producción de numerosas normas, consejos y procedimientos.

anticipación, prevención, detección, protección, resistencia, colaboración y recuperación respecto a dichos riesgos y amenazas”⁶⁶. La necesidad de desarrollar una cultura de ciberseguridad es una de las misiones del Gobierno contempladas en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, y ha sido incluida en las dos Estrategias de Ciberseguridad Nacional (2017 and 2019) y en la Orden PCM/575/2021, de 8 de junio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2021, por el que se aprueba el Plan Integral de Cultura de Seguridad Nacional.

En este sentido, INCIBE se ha convertido en uno de los principales instrumentos del Estado para promover la cultura de ciberseguridad. Entre ellos, podemos encontrar en INCIBE iniciativas como la *Academia Hacker*, que busca mejorar, de manera gratuita, las competencias de la ciudadanía en ciberseguridad, o la iniciativa “*protege tu empresa*”, que incluye políticas de seguridad para la pyme, el kit de concienciación en ciberseguridad para PYMES, que ofrece recursos para que estas puedan entrenar a sus empleados en conocimientos de ciberseguridad, y formación sectorial⁶⁷. También tiene una línea de concienciación a las familias y menores a través de *Internet Segura for Kids* (IS4K) y el programa de *cibercooperantes*, un voluntariado en el que expertos en ciberseguridad realizar sesiones formativas en centros educativos.

Recientemente, INCIBE, en colaboración con el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI)⁶⁸ adscrito a Red.es⁶⁹, creó el *ObservaCIBER*, un observatorio público cuyo objetivo, según su web, es “aumentar la cultura de la ciberseguridad facilitando el acceso a la información y fomentando su calidad”⁷⁰. Hasta la fecha, tiene dos líneas principales de informes publicados. Por un lado, informes semestrales (dos hasta la fecha⁷¹) sobre hábitos, incidencias y percepción en materia de ciberseguridad de los usuarios de tecnologías e Internet en España. Por otro, un informe sobre el talento en ciberseguridad en España.

A la cultura de la ciberseguridad también contribuye activamente el Centro Criptológico Nacional (en adelante, CCN), un organismo adscrito al Centro Nacional de Inteligencia

⁶⁶ FORO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, *Informe sobre la cultura de ciberseguridad en España*, Foro Nacional de Ciberseguridad, 2021, p. 14, fecha de consulta 11 noviembre 2022.

⁶⁷ Todos ellos se pueden consultar en su web: <https://www.incibe.es/>

⁶⁸ ONTSI es un observatorio adscrito a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital) encargado de generar conocimiento para las políticas públicas en torno al desarrollo tecnológico y su impacto en la economía, el empleo, los servicios públicos, los derechos, la seguridad, la calidad de vida y la igualdad entre las personas, información disponible en: <https://www.ontsi.es/index.php/es/Que-hacemos>, fecha de consulta 11 noviembre 2022.

⁶⁹ Red.es es una entidad española encargada de impulsar la Agenda Digital. Creada en 2002, Red.es “desarrolla iniciativas y proyectos de digitalización y desarrollo tecnológico en el ámbito de la economía, los servicios públicos, la ciudadanía, las infraestructuras y la internacionalización de empresas”, información disponible en: <https://red.es/es/sobre-nosotros/que-hacemos>, fecha de consulta 11 noviembre 2022.

⁷⁰ Información disponible en <https://www.observaciber.es/>, fecha de consulta 11 noviembre 2022.

⁷¹ Noviembre de 2022.

(CNI) que a su vez depende orgánicamente del Ministerio de Defensa⁷². Sus funciones y estructura se encuentran reguladas en el Real Decreto 421/2004, de 12 de marzo, en base a la Ley 11/2002, de 6 de mayo. El Real Decreto encomienda al CNI el ejercicio de las funciones relativas a la seguridad de las tecnologías de la información (artículo 4.e), y de protección de la información clasificada (artículo 4.f). Desde entonces, el CCN ha tenido un papel muy relevante en el desarrollo de la ciberseguridad en España⁷³. Entre las funciones asignadas al CCN, se encontraba la de “constituir el organismo de certificación del Esquema Nacional de Evaluación y Certificación de la Seguridad de las Tecnologías de la Información, de aplicación a productos y sistemas en su ámbito”⁷⁴. Esta función se materializó por Orden PRE/2740/2007, de 19 de septiembre en su Organismo de Certificación.

El CCN contribuye a la cultura de la ciberseguridad en España a través de numerosas iniciativas. Entre ellas, destacan la labor de generación de conocimiento, formación, y difusión de la cultura de ciberseguridad. Como generación de conocimiento, el CCN publica periódicamente guías CCN-STIC⁷⁵, que son normas, instrucciones, guías y recomendaciones orientadas a mejorar el grado de ciberseguridad en organizaciones⁷⁶, divididas en diez series⁷⁷. En el apartado de formación, el CCN desarrolló Ángeles, un programa sobre formación, capacitación y talento en ciberseguridad que incluye cursos formativos presenciales y online, pruebas de destrezas y capacidades a través de la plataforma Atenea, y ciberconsejos⁷⁸. También cuenta con ELENA, un simulador de técnicas de cibervigilancia que permite a los usuarios adquirir el rol de analista de ciberamenazas en un entorno simulado. Finalmente, en el apartado de difusión de cultura de ciberseguridad, el CCN organiza cuatro grandes eventos anuales: las Jornadas de Seguridad TIC, las Jornadas del SAT⁷⁹, el Encuentro del Esquema Nacional de Seguridad

⁷² Si bien funcionalmente de la Presidencia del Gobierno, lo que hace en ocasiones discutido su engarce administrativo.

⁷³ Entre otros hitos, se pueden señalar la integración de las capacidades de inteligencia, defensa de las redes y SIGINT (inteligencia de señales), el desarrollo de diferentes herramientas como SARA (Sistema de Aplicaciones y Redes para las Administraciones), INES (Informe Nacional de Estado de Seguridad), LUCIA (Listado Unificado de Coordinación de Incidentes y Amenazas), CARMEN (Centro de Análisis de Registros y Minería de Eventos), entre otras; o la publicación de normas, procedimientos, instrucciones técnicas y guías en abierto en su página web: <https://www.ccn.cni.es/index.php/es/menu-guias-ccn-stic-es> [Accedido el 22/03/2022].

⁷⁴ Real Decreto 421/2004.

⁷⁵ STIC es el acrónimo de “Seguridad de las Tecnologías de la Información y la Comunicación”

⁷⁶ Aunque las guías están dirigidas principalmente al personal de Administraciones Públicas, el CCN las comparte también entre empresas y organizaciones de interés estratégico.

⁷⁷ Estas series incluyen: políticas (000), procedimientos (100), normas (200), instrucciones técnicas (300), guías generales (400), entornos Windows (500), otros entornos (600), Esquema Nacional de Seguridad (700), informes técnicos (900), procedimientos de empleo seguro (1000), y organismos de certificación (2000).

⁷⁸ Se puede consultar todos sus servicios en <https://angeles.ccn-cert.cni.es/index.php/es/>, fecha de consulta 11 noviembre 2022.

⁷⁹ SAT es el acrónimo de “Sistema de Alerta Temprana”.

(ENS), y las Jornadas STIC-Capítulo Colombia, además de estar constantemente presente en redes sociales⁸⁰ y otros eventos de ciberseguridad.

Existen otras iniciativas por parte de otros actores, como el proyecto C1b3rWall de la Escuela Nacional de Policía (Policía Nacional) –que incluye el Congreso C1b3rwall de Seguridad Digital y Ciberinteligencia, C1b3rwall Academy, orientada a la formación gratuita en ciberseguridad, y el C1b3rwall Challenge, una plataforma de retos de ciberseguridad⁸¹– o la Liga de Retos en el Ciberespacio –también conocida como “National CyberLeague GC”– de la Guardia Civil, una competición para jóvenes universitarios y de formación profesional⁸².

Recientemente, España ha creado un instrumento dentro de la estructura de la ciberseguridad en el marco del Sistema de Seguridad Nacional específicamente dirigido a fomentar la cultura de ciberseguridad, el Foro Nacional de Ciberseguridad (en adelante, FNC). El FNC fue contemplado como medida número 9 en la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, Acción 4 –“Impulsar la ciberseguridad de ciudadanos y empresas”. El Foro se constituyó en julio de 2020, y se estructura en una Presidencia (DSN), una Vicepresidencia Primera (INCIBE), una Vicepresidencia Segunda (CCN), una Secretaría (DSN), vocalías permanentes (representantes de cada uno de los miembros de la Comisión Permanente de Ciberseguridad) y vocalías de diferentes organizaciones. Entre los cinco grupos de trabajo que lo componen, uno de ellos es la de “cultura de ciberseguridad”⁸³ con el objetivo de “evolucionar de la concienciación al compromiso”, y liderado por el DSN, ISMS Forum⁸⁴ y la Fundación Borredá⁸⁵. Entre sus primeros entregables se encuentra el “Informe sobre la cultura de ciberseguridad en España”, publicado en 2021, donde el FNC realiza un análisis de las actuaciones encaminadas a mejorar la cultura de ciberseguridad y propone ocho acciones futuras.

⁸⁰ Por ejemplo, a fecha 11 noviembre de 2022 su CERT –que se explica abajo– cuenta con 28,9 mil seguidores en Twitter,

⁸¹ Los detalles de los tres servicios se pueden consultar en <https://c1b3rwall.policia.es/>.

⁸² Información sobre la iniciativa disponible en <https://www.nationalcyberleague.es/#>.

⁸³ Los otros cuatro grupos incluyen: (i) *impulso a la industria y a la I+D+i* (liderado por INCIBE y Cámara de España), (ii) *formación, capacitación y talento* (liderado por CCN, CRUE-Universidades y operadores de servicios esenciales y críticos), (iii) *análisis e impulso a la industria de ciberdefensa* (liderado por el Mando Conjunto del Ciberespacio y la Asociación Española de Empresas Tecnológicas de Defensa, Seguridad, Aeronáutica y Espacio-TEDAE, con el apoyo de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales-CEOE y la Dirección General e Armamento y Material-DGAM del Ministerio de Defensa), y (iv) *regulación* (liderado por Real Instituto Elcano y la Oficina de Coordinación de Ciberseguridad del Ministerio del Interior). Más información en la página web del Foro Nacional de Ciberseguridad: <https://foronacionalciberseguridad.es/>, fecha de consulta 12 de noviembre 2022.

⁸⁴ ISMS Forum (2007) es una organización sin ánimo de lucro encargada de promover el desarrollo, conocimiento y cultura de la seguridad de la información en España. Más información en <https://www.ismsforum.es/quien/index.php>. Fecha de consulta 12 noviembre 2022.

⁸⁵ La Fundación Borredá es una organización de naturaleza fundacional privada, sin ánimo de lucro, dedicada a la difusión, promoción, defensa, estudio y fomento de la seguridad en todos sus ámbitos. Más información sobre sus fines en <https://www.fundacionborreda.org/qui%C3%A9nes-somos/fines/>. Fecha de consulta 12 noviembre 2022.

6.2. Respuesta a incidentes de ciberseguridad y gestión de ciber crisis

Mientras que las actuaciones arriba descritas se encuadran en estrategias de prevención de ciberincidentes, no todos los ciberincidentes pueden prevenirse. Un área en la que España ha prestado especial atención es en la respuesta a incidentes de ciberseguridad y la gestión de ciber crisis. Un ciber incidente se diferencia de una ciber crisis en que esta última en que su gestión sobrepasa los mecanismos habituales de gestión de ciber incidentes. Así, las ciber crisis se han definido como:

Una ciber crisis es una situación durante la cual el daño o la explotación de un “ciber activo vital” puede causar un daño grave o una interrupción de las funciones críticas de la sociedad, afectando a la infraestructura crítica, las operaciones rutinarias, la reputación y la economía, y amenazar los valores fundamentales de la sociedad o, en casos extremos, poner en peligro vidas humanas. Una ciber crisis es demasiado extensa para que los mecanismos ordinarios de gestión de incidentes puedan manejarla o, en ocasiones, para que un solo Estado pueda hacerlo. Al iniciarse a partir de una vulnerabilidad en el ciberespacio, pasa desapercibida, trasciende las fronteras territoriales, sectoriales o temporales, activa simultáneamente crisis en otros ámbitos y estalla inesperadamente en la agenda política, lo que a su vez provoca una crisis de confianza hacia las instituciones públicas. Por lo tanto, requiere una oportuna adaptación y coordinación institucional⁸⁶.

El Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad contempla en su Artículo 33 sobre capacidad de respuesta a incidentes de seguridad tres CERT con competencias sobre operadores de servicios que afecten al sector público. En primer lugar, el CCN-CERT –el Centro de Respuesta a incidentes de Seguridad de la Información del CCN– fue creado en 2006 como CERT gubernamental. Sus funciones están recogidas en el artículo 37 del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, que fue modificado por el Decreto 951/2015, de 23 de octubre, de modificación del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica. Estas funciones son:

- (i) Soporte y coordinación para el tratamiento de vulnerabilidades y la resolución de incidentes de seguridad que tengan la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho público con personalidad

⁸⁶ PREVEZIANOU, M. F., “Beyond Ones and Zeros: Conceptualizing Cyber Crises”, *Risk, Hazards & Crisis in Public Policy*, vol. 12, 1, 2021, p. 65 Traducción propia del original en inglés: *A cyber crisis is a situation during which damage to or exploitation of a “vital cyber asset” can cause serious damage or disruption to critical societal functions, such as critical infrastructure, routine operations, reputational damage and economic damage, threaten fundamental societal values, or, in extreme cases, endanger human lives. A cyber crisis is too extensive for ordinary incident management mechanisms to handle or even for one nation to manage. Initiating from a vulnerability in cyberspace, it goes unnoticed, transcends across territorial, sectoral or temporal boundaries, simultaneously activates crises in other domains, and unexpectedly explodes on the political agenda, which in turn leads to a crisis of trust towards public institutions. It, therefore, requires timely institutional adaptation and coordination.*

jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones indicadas, ya sean o no operadores de servicios esenciales.

- (ii) Investigación y divulgación de las mejores prácticas sobre seguridad de la información entre todos los miembros de las Administraciones públicas.
- (iii) Formación destinada al personal de la Administración especialista en el campo de la seguridad de las tecnologías de la información, al objeto de facilitar la actualización de conocimientos del personal de la Administración y de lograr la sensibilización y mejora de sus capacidades para la detección y gestión de incidentes.
- (iv) Información sobre vulnerabilidades, alertas y avisos de nuevas amenazas a los sistemas de información, recopiladas de diversas fuentes de reconocido prestigio, incluidas las propias.

Dentro del CCN-CERT destacan los Sistemas de Alerta Temprana (SAT), desarrollados por el CCN en 2008 para detectar incidentes que afecten a las administraciones públicas. Estos sistemas actúan mediante sondas; unos servidores de alto rendimiento que monitorizan y gestionan el tráfico de Internet. Los SAT están incluidos en los SOC, que son los encargados de vigilar y detectar las amenazas en las operaciones diarias de los sistemas de información y comunicaciones de las administraciones públicas⁸⁷. Aunque en principio nació con la vocación de ser el único CERT nacional, en la actualidad comparte la categoría de CERT nacional con el ESPDEF-CERT y el INCIBE-CERT, que veremos a continuación. El CCN-CERT es, de acuerdo con los artículos 33 y 34 del Real Decreto 311/2022, el CERT responsable de prestar servicios de respuesta a incidentes a las entidades del sector público. Además, el CCN-CERT impulsó en 2022 la Red Nacional de SOC, que integra y coordina a los SOC del sector público⁸⁸.

Por su parte, el el ESPDEF-CERT se encuentra en el Mando Conjunto del Ciberespacio (MCCE), dentro de las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS), dependientes del Estado Mayor de la Defensa. El MCCE es de reciente creación. En concreto, son fruto del Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas. Este Real Decreto reconocía en su Preámbulo la importancia que el ámbito ciberespacial tiene en la defensa nacional y supuso un paso adelante en la consolidación de un ejército del ciberespacio que garantice las actuaciones de las FAS en este ámbito.

Dentro de la estructura del Estado Mayor de la Defensa, el órgano especializado en la defensa del ciberespacio es el MCCE, que se define, según el artículo 13.1 de este Real Decreto 521/2020, como “el órgano responsable de la dirección, el control y la ejecución de las acciones conducentes a asegurar la libertad de acción de las Fuerzas Armadas en el ámbito ciberespacial”, así como el encargado, también, de responder a las ciberamenazas a la seguridad nacional provenientes del exterior. Este organismo viene a

⁸⁷ Dentro del CCN-CERT encontramos tres tipos. SAT-INET se refiere a la intranet de la administración. SAT-ICT, para los sistemas de control industriales, y SAT SARA, para los sistemas de aplicaciones y redes para las administraciones.

⁸⁸ Más información disponible en: <https://rns.ccn-cert.cni.es/es/>, fecha de consulta 15 noviembre 2022.

sustituir al anterior Mando Conjunto de Ciberdefensa, creado en 2013 y a la Jefatura de Sistemas de Información y Telecomunicaciones. El ESPDEF-CERT es el Equipo de Respuesta ante Emergencias Informáticas del Ministerio de Defensa. Según el Artículo 33.4 del Real Decreto 311/2022, el ESPDEF-CERT deberá ser informado “*Cuando un operador con incidencia en la Defensa Nacional sufra un incidente deberá analizar si, por su alcance, éste pudiera tener impacto en el funcionamiento del Ministerio de Defensa o en la operatividad de las Fuerzas Armadas*”.

El INCIBE-CERT es, junto con el CCN-CERT y el ESPDEF-CERT, uno de los tres CERT nacionales y el más grande con el que cuenta España. Es un servicio que opera 24/7 y en el cual se reciben las notificaciones de incidentes de ciudadanos, empresas y operadores críticos. Según el Artículo 33.7 del Real Decreto 311/2022, el INCIBE-CERT deberá ser informado cuando el incidente afecte a las “*organizaciones del sector privado que presten servicios a las entidades públicas*”. Su objetivo es analizar estos incidentes, mitigarlos y aportar soluciones para que las víctimas puedan recuperarse. El INCIBE ha creado una línea telefónica de marcación rápida y unificada, el 017, cuyo objetivo es canalizar todas las consultas y notificaciones por parte de los usuarios. En caso de cibercrisis, estos organismos deberán coordinarse con el Comité de Situación del DSN.

El “Plan de Choque de Ciberseguridad”, aprobado el 25 de mayo de 2021, incrementa aún más las competencias de gestión de ciber incidentes del CCN. Este Plan nace con el objetivo de reforzar las capacidades de ciberseguridad en España, en parte como reacción al incremento del cibercrimen sufrido durante la pandemia de Covid-19 y los dos ciberataques que afectaron al Ministerio de Trabajo y al Servicio Estatal de Empleo en marzo y junio de 2021⁸⁹. Dentro del Plan de Choque se incluye la creación del Centro de Operaciones de Ciberseguridad de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (en adelante COCS). El COCS “reforzará las capacidades de vigilancia, prevención, protección, detección, respuesta ante incidentes de ciberseguridad, asesoramiento y apoyo a la gestión de la ciberseguridad de un modo centralizado”. El COCS, cuya fundación se prevé que se produzca en el plazo de dos años, estará operado por el CCN y dirigido por la Secretaría de Administración Digital de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, en un paso más que refuerza la posición del servicio de inteligencia como actor central de la ciberseguridad en España.

6.3. Protección de infraestructuras críticas

Si hay un ámbito que preocupa especialmente a los Estados es el de la protección de sus infraestructuras críticas, aquellas que se definen como las instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información sobre los que descansa el

⁸⁹ JIMÉNEZ, M., “El Ministerio de Trabajo sufre un ciberataque, tres meses después de ser “hackeado” el SEPE”, *El País*, 2021, Cinco Días, Madrid.

funcionamiento de los servicios esenciales⁹⁰. Estas infraestructuras son las que dan soporte a los servicios esenciales de España, entre los que podemos incluir a los servicios de comunicaciones, la gestión de aguas y residuos, o las instalaciones energéticas y nucleares. Se caracterizan porque un incidente en alguna de estas infraestructuras tendría un impacto disruptivo muy elevado, como ya pudo comprobar Estonia fruto de los ciberataques sufridos en el año 2007. Por su necesidad de especial protección, tanto la UE a través de la Directiva 2008/114/CE, como España con la llamada Ley PIC han desarrollado normativas y creado organismos destinados a protegerlas.

El organismo de protección de infraestructuras críticas creado en España es el CNPIC que vio la luz con la Ley 8/2011, de 28 de abril, y por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas⁹¹. El CNPIC depende de forma directa del Secretario de Estado de Seguridad, dentro del Ministerio del Interior. Su función consiste en impulsar, supervisar y coordinar todas aquellas políticas y actividades relacionadas con la protección de infraestructuras críticas en España. Para ello, cuenta con la Oficina de Coordinación de Ciberseguridad (OCC) –anteriormente, Oficina de Coordinación Cibernética– que es el órgano que se encarga de coordinar las actuaciones entre el INCIBE-CERT y el CCN-CERT, y que está regulado por el Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto.

6.4. Investigación criminal

La última práctica de ciberseguridad corresponde al proceso de atribución, materializado en la investigación judicial de cibercrimenes. Este último proceso no está incluido dentro del Esquema Nacional de Seguridad, pero se ha decidido incluirlo en este artículo por su relevancia y porque también aporta importante información acerca del discurso sobre fragmentación institucional y distribución de competencias sobre el cual se ha estructurado la gobernanza de la ciberseguridad en España. Además, estudios recientes discuten que su exclusión del marco de gobernanza español debería ser solucionado⁹². Aunque España se caracteriza por contar con un sistema policial mixto, con policías de ámbito nacional, autonómico y local, en este apartado solo analizaremos aquellas estructuras que forman parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE), esto es, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía. Estos dos cuerpos de ámbito estatal son los dos principales organismos policiales con competencia en materia de cibercrimen en España. Junto a estas, y dependiente también del Ministerio del Interior, se encuentra el CNPIC que vimos arriba.

⁹⁰ En España estas se agrupan en 12 sectores de más a menos prioritario: energía, tributario y financiero, agua, transporte, TIC, químico, nuclear, espacio, alimentación, administración pública, salud e investigación.

⁹¹ La Ley 8/2011 fue elaborada sobre la base de normativa europea. En concreto, la Directiva 2008/114, del Consejo, de 8 de diciembre, sobre la identificación y designación de Infraestructuras Críticas Europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección.

⁹² DEL-REAL, C.; y DÍAZ-FERNÁNDEZ, A. M., “Understanding the plural landscape of cybersecurity governance in Spain: a matter of capital exchange”, *International Cybersecurity Law Review*, vol. 3, 2, 2022.

La Guardia Civil cuenta con dos grupos dedicados a combatir la ciberdelincuencia. En primer lugar, el Grupo de Delitos Telemáticos (GDT), que depende de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil y fue creado en 1996 con el objetivo de investigar todos aquellos delitos cometidos en (y a través) de Internet. Por su parte, el Grupo de Ciberterrorismo fue creado en 2003 dependiente de su Servicio de Información. Su objetivo es combatir la amenaza terrorista a través del ciberespacio y prestar apoyo en todo lo relativo a las Tecnologías de la Información a los demás grupos que integran el Servicio de Información.

Por su parte, el Cuerpo Nacional de Policía, cuenta con la Unidad de Investigación Tecnológica (UIT) dentro de la estructura de la Comisaría General de Policía Judicial, que es la encargada, según la Orden INT/28/2013, de 18 de enero, de “la investigación y persecución de las actividades delictivas que impliquen la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y el ciberdelito de ámbito nacional y transnacional, relacionadas con el patrimonio, el consumo, la protección al menor, la pornografía infantil, delitos contra la libertad sexual, contra el honor y la intimidad, redes sociales, fraudes, propiedad intelectual e industrial y seguridad lógica”. La UIT se compone de dos brigadas: la Brigada Central de Investigación Tecnológica (BIT) y la Brigada Central de Seguridad Informática (BSI). La BIT se encarga de investigar “las actividades delictivas relacionadas con la protección de los menores, la intimidad, la propiedad intelectual e industrial y los fraudes en las telecomunicaciones”, mientras que la BSI tiene competencias en la “investigación de las actividades delictivas que afecten a la seguridad lógica y a los fraudes”.

7. CONCLUSIONES

Desde el año 2013, con la aprobación de la primera Estrategia Nacional de Ciberseguridad, la ciberseguridad se ha consolidado como un elemento central de las políticas de seguridad nacional en España. Esto ha motivado, además de la aprobación de numerosas leyes de protección del ciberespacio, la creación y consolidación de nuevas agencias encargadas de garantizar la ciberseguridad nacional. Este estudio analiza las instituciones públicas involucradas en la gobernanza de la ciberseguridad en España a través de cuatro prácticas de seguridad: cultura de ciberseguridad, respuesta a ciber incidentes y ciber crisis, protección de infraestructuras críticas, e investigación criminal. El análisis de las instituciones involucradas en estas cuatro prácticas aporta evidencias para concluir que España ha adoptado una narrativa de la ciberseguridad basada en la fragmentación institucional y la distribución de competencias, y donde se identifican tanto prácticas orientadas a riesgos como a amenazas.

La fragmentación institucional, consecuencia parcial del modelo multi-stakeholders adoptado por la UE, se observa en el número de diferentes instituciones involucradas en cada una de las prácticas de ciberseguridad descritas en este artículo. Estudios recientes ya han resaltado que el modelo de gobernanza se ha estructurado en torno a dos actores principales, el CCN y el INCIBE, a los que rodean una enorme variedad de otros actores

públicos y privados⁹³. La fragmentación política y narrativa de la gobernanza de la ciberseguridad ha sido descrita por otros estudios⁹⁴, consecuencia de complejidad tecnológica, la carencia de modelos de gobernanza del ciberespacio consolidados. A través del estudio normativo y documental de las prácticas de ciberseguridad observamos que, en algunas de estas, cada uno de los actores despliega diferentes iniciativas, a menudo desconectadas unas de otras. Este proceso se observa especialmente en la promoción de la cultura de la ciberseguridad, donde cada uno de los actores ha desarrollado sus propios proyectos y bajo su propia narrativa. Por ejemplo, mientras el INCIBE fomenta una cultura de ciberseguridad basada en la gestión de riesgos y la adopción de buenas prácticas de ciber-higiene, siguiendo una narrativa coincidente con la de la salud pública, el CCN o las FCSE siguen un enfoque basado en las ciberamenazas, más propio de la narrativa centrada en la defensa de seguridad nacional y el cibercrimen⁹⁵.

No obstante, la comparación de estos resultados con estudios previos en otros contextos, arroja que el modelo español de provisión de ciberseguridad es distinto del modelo que siguen los países anglosajones. De esta manera, los resultados de este estudio contrastan con los estudios revisados en la sección 2, que describen cómo la pluralización de la seguridad en los países anglosajones se comprende por la adopción del discurso neoliberal. Recordemos que este discurso defiende la idoneidad de reducir la intervención estatal y estructurar la provisión de seguridad en torno a las leyes del mercado –la competencia, el emprendimiento y la contratación de servicios⁹⁶. Los resultados de este estudio sugieren que España no ha asumido el discurso neoliberal en la misma medida que los países anglosajones, pues ha desarrollado prácticas de ciberseguridad e instituciones públicas con un rol creciente en la provisión de ciberseguridad. Los resultados de este estudio apuntan a que España ha desarrollado más bien un modelo de pluralismo anclado, más parecido a aquellos existentes en países con una fuerte presencia del Estado como Francia⁹⁷ y Noruega⁹⁸, y distinto del modelo de gobernanza nodal de los países anglosajones.

⁹³ DEL-REAL, C.; y DÍAZ-FERNÁNDEZ, A. M., “Understanding the plural landscape of cybersecurity governance in Spain: a matter of capital exchange”, op. cit.

⁹⁴ DUNN CAVELTY, M. D.; WENGER, A., *Cyber Security Politics: Socio-Technological Transformations and Political Fragmentation*, 1, Routledge, London, 2022; DUNN CAVELTY, M.; WENGER, A., “Cyber security meets security politics: Complex technology, fragmented politics, and networked science”, *Contemporary Security Policy*, vol. 41, 1, 2020.

⁹⁵ MULVENON, J. C.; RATTRAY, G. J. (EDS.), *Addressing cyber instability*, Cyber Conflict Studies Association, Vienna, VA, 2012.

⁹⁶ LOADER, I., “Consumer Culture and the Commodification of Policing and Security”, *Sociology*, vol. 33, 2, 1999; LOADER, I.; WALKER, N., *Civilizing security*, op. cit.; VAN STOKKOM, B.; TERPSTRA, J., “Plural policing, the public good, and the constitutional state: an international comparison of Austria and Canada – Ontario”, *Policing and Society*, vol. 28, 4, 2018.

⁹⁷ QUÉRO, Y.-C.; DUPONT, B., “Nodal governance: toward a better understanding of node relationships in local security governance”, *Policing and Society*, vol. 29, 3, 2019.

⁹⁸ NØKLEBERG, M., “Examining the how of Plural Policing: Moving from Normative Debate to Empirical Enquiry”, *The British Journal of Criminology*, vol. 60, 3, 2020.

España parece estar siguiendo así la estela europea al producir instituciones y prácticas que le permitan retomar el control sobre la soberanía digital⁹⁹. A este respecto, el indicador más reciente del compromiso de España con la ciberseguridad es que, en febrero de 2022, la Mesa del Congreso de los Diputados seleccionó la ciberseguridad como uno de los primeros cuatro temas sobre los que la recientemente creada Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados debía centrar sus primeros informes, hecho que se produjo en noviembre de 2022¹⁰⁰. Este informe es el primer paso para producir políticas públicas de ciberseguridad basadas en evidencias científicas. Este estudio contribuye a ellas al identificar dos posibles áreas de mejora.

Por un lado, sería conveniente reducir –o, en su defecto, coordinar– la fragmentación institucional. Esta recomendación será apoyada por normativas europeas. Por ejemplo, ya la propuesta de Directiva NIS2 propone la creación de una “ventanilla única” para canalizar todas las notificaciones de ciberincidentes¹⁰¹. La gran variedad de organismos públicos creados puede producir confusión en la ciudadanía. Por ello, sería conveniente crear una *Agencia Nacional de Ciberseguridad* transversal a todos los organismos competentes, encargada de coordinar las actuaciones entre estos, de desarrollar una narrativa nacional coherente sobre la ciberseguridad, y de realizar un uso eficiente de los recursos a través de la canalización de las normativas, certificación y supervisión de la interoperabilidad de los servicios.

En este sentido, la gobernanza de la ciberseguridad en España se beneficiaría de una mayor integración en la difusión de la inteligencia sobre ciberseguridad, en la línea del nuevo SOC de las Administraciones Públicas. En concreto, sería conveniente crear un *Centro de Inteligencia contra el Cibercrimen y las Amenazas a la Ciberseguridad*, quizás integrado en esta nueva Agencia. Al igual que ocurre con otros tipos de delincuencia compleja como el terrorismo y el crimen organizado, la lucha efectiva contra el cibercrimen requiere de una alta inversión en inteligencia. Los cibercriminales utilizan complejas herramientas y procesos para llevar a cabo sus actuaciones. Al mismo tiempo, el ciberespacio se ha convertido en un ámbito más de la defensa de la seguridad nacional, y donde las ciberamenazas tienen el potencial de afectar al adecuado funcionamiento de la democracia y al desarrollo económico y social del país, a un nivel comparable al del terrorismo o el crimen organizado.

Con estos argumentos como justificación, se propone la creación de un Centro de Inteligencia contra el Cibercrimen y las Amenazas a la Ciberseguridad. Siguiendo el ejemplo del actual Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), este nuevo centro coordinaría el intercambio de información entre todos los

⁹⁹ FARRAND, B.; CARRAPICO, H., “Digital sovereignty and taking back control: from regulatory capitalism to regulatory mercantilism in EU cybersecurity”, *European Security*, vol. 31, 3, 2022.

¹⁰⁰ OFICINA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (OFICINA C), *Ciberseguridad: España en un ecosistema tecnológico y social en constante evolución*, Oficina C, 2022, fecha de consulta 15 noviembre 2022.

¹⁰¹ ALONSO LECUIT, J., *Directiva NIS2: valoraciones y posiciones desde el sector privado*, Real Instituto Elcano, 2021, p. 19, fecha de consulta 17 noviembre 2022.

miembros de la comunidad de ciberseguridad, incluyendo la Policía Nacional, la Guardia Civil, el CNI, el CCN, el INCIBE, el CNPIC y las FAS. Un centro de estas características integraría la información de la que disponen todos estos actores para elaborar inteligencia estratégica, consiguiendo a partir de ella y de las relaciones de cooperación que se generaría a nivel internacional una mejora en la actuación y coordinación operativa frente al cibercrimen y las ciberamenazas. En este sentido, podría tomar como ejemplo la plataforma recientemente creada Cyber Intel/Info Cel (CIIC) en Países Bajos para compartir información sobre ciberamenazas y ciberincidentes y en el que participan todos los organismos con competencias en ciberseguridad del país¹⁰².

Finalmente, este estudio tiene limitaciones que deben ser mencionadas. Primero, se basa fundamentalmente en material documental. Por tanto, sus resultados pueden estar sesgados por la principal fuente de información, que a menudo no incluye la práctica real de la gobernanza de la ciberseguridad. Segundo, el análisis de cada una de las prácticas descritas en este artículo daría para un artículo completo. Este estudio supone una primera aproximación que, no obstante, deberá ser complementada por otros estudios. En tercer y último lugar, la ciberseguridad es profundamente amplia y especializada. Este estudio no entra a analizar áreas concretas de la ciberseguridad. Por ejemplo, la cultura de ciberseguridad puede enfocarse desde una perspectiva económica –p.ej., centrada en el ciber-fraude– a una más geopolítica – p.ej., centrada en las ciber-operaciones llevadas a cabo por grupos patrocinados por Estados. Futuros estudios deberán analizar las prácticas aplicadas a ámbitos concretos de la ciberseguridad.

8. REFERENCIAS

ADAMS, S. A.; BROKX, M.; GALIĆ, M.; KALA, K.; KOOPS, B.-J.; LEENES, R.; SCHELLEKENS, M.; E SILVA, K.; ŠKORVÁNEK, I., *The governance of cybersecurity. A comparative quick scan of approaches in Canada, Estonia, Germany, the Netherlands and the UK*, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Tilburg, 2015.

ALONSO LECUIT, J., “Directiva NIS2: valoraciones y posiciones desde el sector privado”, *Real Instituto Elcano*, 2021.

APLIN, T. F.; y ARNOLD, R., “UK implementation of the Trade Secrets Directive”, *SSRN Electronic Journal*, 2019.

ARCOS, R., “Securing the Kingdom’s cyberspace: cybersecurity and cyber intelligence in Spain”, en Scott N. Romaniuk, Mary Manjikian (eds.) *Routledge Companion to Global Cyber-Security Strategy*, 2021.

BACKMAN, S., “Risk vs. threat-based cybersecurity: the case of the EU”, *European Security*, 2022, pp. 1-19.

¹⁰² Más información sobre la plataforma de intercambio de información en “Convenant tussen AIVD, MIVD, Politie, NCSC, OM en NCTV inzake de samenwerking in de Cyber Intel/Info Cel (Convenant samenwerking CIIC)”.

BAYLEY, D. H., *Police for the future*, First, Oxford University Press, New York, 1994.

BAYLEY, D. H.; y SHEARING, C., “The Future of Policing”, *Law & Society Review*, vol. 30, n.º 3, 1996.

BENGTSSON, L.; BORG, S.; y RHINARD, M., “European security and early warning systems: from risks to threats in the European Union’s health security sector”, *European Security*, vol. 27, n.º 1, 2018, pp. 20-40.

BIDGOLI, M., *A mixed methods approach to understanding undergraduate students’ victimization, perceptions, and reporting of cybercrimes*, Universidad de California, Irvine, 2015.

BLUMSTEIN, A.; y WALLMAN, J. (eds.), *The Crime Drop in America*, 2, Cambridge University Press, 2005.

BOAS, T. C.; y GANS-MORSE, J., “Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan”, *Studies in Comparative International Development*, vol. 44, n.º 2, 2009, pp. 137-161.

BRAITHWAITE, J. B., “Neoliberalism or Regulatory Capitalism”, *SSRN Electronic Journal*, 2006.

—*Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better*, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, MA, 2008.

—“The New Regulatory State and the Transformation of Criminology”, *British Journal of Criminology*, vol. 40, n.º 2, 2000, pp. 222-238.

BUIL-GIL, D.; LORD, N.; y BARRETT, E., “The Dynamics of Business, Cybersecurity and Cyber-Victimization: Foregrounding the Internal Guardian in Prevention”, *Victims & Offenders*, vol. 16, n.º 2, 2021, pp. 286-315.

BUIL-GIL, D.; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A.; KEMP, S.; y DÍAZ-CASTAÑO, N., “Cybercrime and shifts in opportunities during COVID-19: a preliminary analysis in the UK”, *European Societies*, 2020.

BURNS, R. G.; WHITWORTH, K. H.; y THOMPSON, C. Y., “Assessing law enforcement preparedness to address Internet fraud”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 32, n.º 5, 2004, pp. 477-493.

BURRIS, S.; DRAHOS, P.; y SHEARING, C., “Nodal governance”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, n.º 30, 2005.

BUZAN, B.; WÆVER, O.; y DE WILDE, J., *Security: a new framework for analysis*, Lynne Rienner Pub, Boulder, Colo, 1998.

CALCARA, A.; y MARCHETTI, R., “State-industry relations and cybersecurity governance in Europe”, *Review of International Political Economy*, 2021, pp. 1-26.

CASTELLS, M., *La sociedad red*, 3. ed, Alianza Ed, Madrid, 2005.

DUNN CAVELTY, M.; y WENGER, A., *Cyber Security Politics: Socio-Technological Transformations and Political Fragmentation*, 1, Routledge, Londres, 2022.

CHRISTOU, G., *Cybersecurity in the European Union*, Palgrave Macmillan UK, London, 2016, DOI: 10.1057/9781137400529.

COLEMAN, C.; y MOYNIHAN, J., *Understanding crime data: haunted by the dark figure*, Open University Press, Buckingham; Philadelphia, 1996.

CORRY, O., “Securitisation and ‘Riskification’: Second-order Security and the Politics of Climate Change”, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 40, n.º 2, 2012, pp. 235-258.

CRAWFORD, A., “Networked governance and the post-regulatory state?: Steering, rowing and anchoring the provision of policing and security”, *Theoretical Criminology*, vol. 10, n.º 4, 2006, pp. 449-479.

DEL-REAL, C.; y DÍAZ-FERNÁNDEZ, A. M., “Understanding the plural landscape of cybersecurity governance in Spain: a matter of capital exchange”, *International Cybersecurity Law Review*, vol. 3, n.º 2, 2022, pp. 313-343.

DOMENIE, M. M. L.; LEUKFELDT, R.; VAN WILSEM, J.; JANSEN, J.; y STOL, W., *Victimisation in a digitised society: a survey among members of the public concerning e-fraud, hacking and other high volume crimes*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013.

DUNN CAVELTY, M.; y WENGER, A., *Cyber Security Politics: Socio-Technological Transformations and Political Fragmentation*, 1, Routledge, Londres, 2022.

—“Cyber security meets security politics: Complex technology, fragmented politics, and networked science”, *Contemporary Security Policy*, vol. 41, n.º 1, 2020, pp. 5-32.

DUPONT, B., “Bots, cops, and corporations: on the limits of enforcement and the promise of polycentric regulation as a way to control large-scale cybercrime”, *Crime, Law and Social Change*, vol. 67, n.º 1, 2017, pp. 97-116.

DUPONT, B., “Security in the Age of Networks”, *Policing and Society*, vol. 14, n.º 1, 2004, pp. 76-91.

VAN EETEN, M., “Patching security governance: an empirical view of emergent governance mechanisms for cybersecurity”, *Digital Policy, Regulation and Governance*, vol. 19, n.º 6, 2017, pp. 429-448.

ELDEM, T., “The Governance of Turkey’s Cyberspace: Between Cyber Security and Information Security”, *International Journal of Public Administration*, vol. 43, n.º 5, 2020, pp. 452-465.

FARRAND, B.; y CARRAPICO, H., “Digital sovereignty and taking back control: from regulatory capitalism to regulatory mercantilism in EU cybersecurity”, *European Security*, vol. 31, n.º 3, 2022, pp. 435-453.

FARRELL, G.; TSELONI, A.; MAILLEY, J.; y TILLEY, N., “The Crime Drop and the Security Hypothesis”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 48, n.º 2, 2011, pp. 147-175.

FERNÁNDEZ, R., *Porcentaje de hogares con acceso a Internet España 2005-2021*, Statista, 2022.

FOJÓN CHAMORRO, E.; y SANZ VILLALBA, Á. F., “Ciberseguridad en España: una propuesta para su gestión”, *Analisis del Real Instituto Elcano*, vol. 101, 2010, pp. 1-8.

FORO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, *Informe sobre la cultura de ciberseguridad en España*, Foro Nacional de Ciberseguridad, 2021, pp. 1-52.

FRIEDMAN, M., *Capitalism and freedom*, 40th anniversary ed., University of Chicago Press, Chicago, 2002.

HAAS, E. B., *Uniting Of Europe: Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, University of Notre Dame Press, 2004.

HAYEK, F. A. VON, *The road to serfdom*, 50th anniversary ed. / with a new introd. by Milton Friedman, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

HINDUJA, S., “Perceptions of local and state law enforcement concerning the role of computer crime investigative teams”, *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, vol. 27, n.º 3, 2004, pp. 341-357.

JIMÉNEZ, M., “El Ministerio de Trabajo sufre un ciberataque, tres meses después de ser “hackeado” el SEPE”, Cinco Días, Madrid, *El País*, 2021.

JOHNSTON, L.; y SHEARING, C., *Governing security: explorations in policing and justice*, Routledge, London; New York, 2003.

JONES, D. S., *Masters of the universe: Hayek, Friedman, and the birth of neoliberal politics*, Fifth printing, and first paperback printing, Princeton University Press, Princeton Oxford, 2014.

KEMP, S., “Fraud reporting in Catalonia in the Internet era: Determinants and motives”, *European Journal of Criminology*, 2020, p. 147737082094140.

KEMP, S.; MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A., “The Dark Figure and the Cyber Fraud Rise in Europe: Evidence from Spain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2020, DOI: 10.1007/s10610-020-09439-2.

KEMPA, M.; y SINGH, A.-M., “Private security, political economy and the policing of race: Probing global hypotheses through the case of South Africa”, *Theoretical Criminology*, vol. 12, n.º 3, 2008, pp. 333-354.

KUERBIS, B.; BADIEI, F., “Mapping the cybersecurity institutional landscape”, *Digital Policy, Regulation and Governance*, vol. 19, n.º 6, 2017, pp. 466-492.

LEUKFELDT, E. R.; y HOLT, T. J. (eds.), *The human factor of cybercrime*, Routledge, Abingdon, Oxon; New York, NY, 2020.

LEVI-FAUR, D., “The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1, 2005, pp. 200-217.

LEVI-FAUR, D.; y JORDANA, J., “Globalizing Regulatory Capitalism”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, n.º 1, 2005, pp. 6-9.

LOADER, I., “Consumer Culture and the Commodification of Policing and Security”, *Sociology*, vol. 33, n.º 2, 1999, pp. 373-392.

—“Plural Policing and Democratic Governance”, *Social & Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, 2000, pp. 323-345.

LOADER, I.; y WALKER, N., *Civilizing security*, Cambridge University Press, Cambridge; New York, 2007.

—“Necessary Virtues: The Legitimate Place of the State in the Production of Security”, en Wood, J., y Dupont, B., (eds.) *Democracy, Society and the Governance of Security*, Cambridge University Press, 2006, pp. 165-195.

—“Policing as a Public Good: Reconstituting the Connections between Policing and the State”, *Theoretical Criminology*, vol. 5, n.º 1, 2001, pp. 9-35.

LÓPEZ GUTIÉRREZ, J.; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F.; HERRERA SÁNCHEZ, D.; MARTÍNEZ MORENO, F.; RUBIO GARCÍA, M.; GIL PÉREZ, V.; SANTIAGO OROZCO, A. M.; y GÓMEZ MARTÍN, M. A.; *Informe sobre la Cibercriminalidad en España*, Dirección General de Coordinación y Estudios y Secretaría de Estado de Seguridad. Ministerio del Interior. Gobierno de España, Madrid, España, 2022, pp. 1-65.

MAIMON, D.; y LOUDERBACK, E. R., “Cyber-Dependent Crimes: An Interdisciplinary Review”, *Annual Review of Criminology*, vol. 2, n.º 1, 2019, pp. 191-216.

MALINA, L.; SRIVASTAVA, G.; DZURENDIA, P.; HAJNY, J.; RICCI, S., “A Privacy-Enhancing Framework for Internet of Things Services”, en Joseph K. Liu, Xinyi Huang (eds.) *Network and System Security. 13th International Conference, NSS 2019, Sapporo, Japan, December 15–18, 2019, Proceedings*, vol. 11928, Springer Cham, 2019 (Lecture Notes in Computer Science), pp. 77-97.

MARKS, M.; y WOOD, J., “South African policing at a crossroads: The case for a ‘minimal’ and ‘minimalist’ public police”, *Theoretical Criminology*, vol. 14, n.º 3, 2010, pp. 311-329.

MAVROEIDIS, V.; HOHIMER, R.; CASEY, T.; JESANG, A., “Threat Actor Type Inference and Characterization within Cyber Threat Intelligence”, en *2021 13th International Conference on Cyber Conflict (CyCon)*, IEEE, Tallinn, Estonia, 2021, pp. 327-352.

MCGUIRE, M.; y DOWLING, S., *Chapter 2: Cyber-enabled crimes -fraud and theft*, Home Office, 2013.

MIRÓ-LLINARES, F.; y MONEVA, A., “What about cyberspace (and cybercrime alongside it)? A reply to Farrell and Birks “Did cybercrime cause the crime drop?”, *Crime Science*, vol. 8, n.º 1, 2019.

MULVENON, J. C.; RATTRAY, G. J. (eds.), *Addressing cyber instability*, Cyber Conflict Studies Association, Vienna, VA, 2012.

NØKLEBERG, M., “Examining the how of Plural Policing: Moving from Normative Debate to Empirical Enquiry”, *The British Journal of Criminology*, vol. 60, n.º 3, 2020, pp. 681-702.

OFICINA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (OFICINA C), *Ciberseguridad: España en un ecosistema tecnológico y social en constante evolución*, Oficina C, 2022.

OSTROM, E., “Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems”, *American Economic Review*, vol. 100, n.º 3, 2010, pp. 641-672.

PAYNE, B. K., “Defining Cybercrime”, en *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Springer International Publishing, Cham, 2019, pp. 1-24, DOI: 10.1007/978-3-319-90307-1_1-1.

PONTE, S.; GIBBON, P.; y VESTERGAARD, J. (eds.), *Governing through standards: origins, drivers and limitations*, Palgrave Macmillan, Hounds mills, Basingstoke, Hampshire; New York, 2011.

PREVEZIANOU, M. F., “Beyond Ones and Zeros: Conceptualizing Cyber Crises”, *Risk, Hazards & Crisis in Public Policy*, vol. 12, n.º 1, 2021, pp. 51-72.

QUÉRO, Y.-C.; y DUPONT, B., “Nodal governance: toward a better understanding of node relationships in local security governance”, *Policing and Society*, vol. 29, n.º 3, 2019, pp. 283-301.

RHODES, R. A. W., “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies*, vol. 44, n.º 4, 1996, pp. 652-667.

ROCHÉ, S., “Vers la démonopolisation des fonctions régaliennes: contractualisation, territorialisation et européatisation de la sécurité intérieure”, *Revue française de science politique*, vol. 54, n.º 1, 2004, p. 43.

RONDELEZ, R., “Governing Cyber Security Through Networks: An Analysis Of Cyber Security Coordination In Belgium”, 2018.

SAATSCOURANT, “Convenant tussen AIVD, MIVD, Politie, NCSC, OM en NCTV inzake de samenwerking in de Cyber Intel/Info Cel (Convenant samenwerking CIIC)”.

SHEARING, C., “Reflections on the Refusal to Acknowledge Private Governments”, en Wood, J., y Dupont, B., (eds.) *Democracy, Society and the Governance of Security*, Cambridge University Press, 2006, pp. 11-32.

—“Reinventing Policing: Policing as Governance”, en Otwin Marenin (ed.) *Policing Change, Changing Policing*, Routledge, New York, 1996, pp. 285-307.

SHEARING, C.; y WOOD, J., “Nodal Governance, Democracy, and the New “Denizens””, *Journal of Law and Society*, vol. 30, n.º 3, 2003, pp. 400-419.

STERLINI, P.; MASSACCI, F.; KADENKO, N.; FIEBIG, T.; VAN EETEN, M., “Governance Challenges for European Cybersecurity Policies: Stakeholder Views”, *IEEE Security & Privacy*, vol. 18, n.º 1, 2020, pp. 46-54.

VAN STOKKOM, B.; y TERPSTRA, J., “Plural policing, the public good, and the constitutional state: an international comparison of Austria and Canada – Ontario”, *Policing and Society*, vol. 28, n.º 4, 2018, pp. 415-430.

SUTHERLAND, E., “Governance of Cybersecurity – The Case of South Africa”, *The African Journal of Information and Communication*, n.º 20, 2017, pp. 83-112.

US CENSUS BUREAU FOREIGN TRADE DIVISION, “Foreign Trade: Data”, 2020.

VAN PUYVELDE, D.; BRANTLY, A. F., *Cybersecurity: politics, governance and conflict in cyberspace*, Polity Press, Cambridge, UK ; Medford, MA, USA, 2019.

VAN DE WEIJER, S. G. A.; LEUKFELDT, R.; y BERNASCO, W., “Determinants of reporting cybercrime: A comparison between identity theft, consumer fraud, and hacking”, *European Journal of Criminology*, vol. 16, n.º 4, 2019, pp. 486-508.

WEST-BROWN, M. J.; STIKVOORT, D.; KOSSAKOWSKI, K.-P.; KILCRECE, G.; RUEFLE, R.; ZAJICEK, M., *Handbook for Computer Security Incident Response Teams (CSIRTs)*, Carnegie Mellon University, Pittsburgh, 2003.

WOOD, J.; y SHEARING, C., *Imagining security*, Willan, Cullompton, 2007.

ZAUBERMAN, R., “Les Attitudes des Victimes individuelles”, en Robert, P., y Muccheilli, L. (eds.) *Crime et Sécurité. L’État des Savoirs*, La Découverte, Paris, 2002, pp. 309-319.

La omisión en el artículo 28(a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo*

The omission in article 28 of the Rome Statute: an analysis of the Bemba Gombo case

M. ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ

Investigadora posdoctoral Margarita Salas

Universidad de Cádiz/Universidad Carlos III de Madrid (España)

alejandra.pastrana@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-2516-9729>

Resumen: Los pronunciamientos judiciales del caso Bemba han supuesto las primeras decisiones de la Corte Penal Internacional en materia de responsabilidad por omisión del superior, contenida en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Aunque esta jurisprudencia ha zanjado en apariencia algunas de las problemáticas planteadas por la doctrina del Derecho penal internacional, otras muchas cuestiones se han dejado sin resolver. En el presente artículo, tras un breve análisis de los hechos del caso y sus decisiones judiciales, se propone una interpretación de la responsabilidad omisiva que emana del artículo 28(a) del Estatuto de Roma, dándole un papel protagonista a la interpretación de la comisión por omisión del Derecho penal continental.

Abstract: *The judicial pronouncements of the case Prosecutor v. Bemba have been the first decisions of the International Criminal Court in matters of responsibility for omission of the superior (article 28 of the Rome Statute). Although this jurisprudence has meant the end of some of the problems raised by the scholarly doctrine of international criminal Law, many other issues have been left unsolved. After a review of the facts of the case and its judicial decisions, this paper*

Recepción: 18/06/2022

Aceptación: 10/09/2022

Cómo citar este trabajo: PASTRANA SÁNCHEZ, M. Alejandra, “La omisión en el artículo 28 (a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gonbo”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 53-84, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.01>

* Investigadora posdoctoral Margarita Salas, Universidad de Cádiz/Universidad Carlos III de Madrid. Financiado por el Ministerio de Universidades y la Unión Europea (Unión Europea-Next GenerationEU).

proposes an interpretation of the omission responsibility that emanates from article 28(a) of the Rome Statute, giving a leading role to the interpretation of the ‘commission by omission’ of continental law.

Palabras clave: Derecho penal internacional, Estatuto de Roma, comisión por omisión, imprudencia, criterios de imputación.

Keywords: International Criminal Law, Rome Statute, omission, recklessness, criteria for imposing liability.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 28(A) ER. 3. LOS HECHOS DEL CASO JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO CONTRA EL FISCAL EN LA SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA. 4. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. 4.1. Medidas necesarias y razonables: las acciones debidas. 4.2. La situación típica y la posición de garante del superior jerárquico. 4.3. Capacidad de realización de la acción y capacidad de evitar el resultado. 4.4. El elemento subjetivo. 4.5. El nexo: la imputación objetiva. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Jean Pierre Bemba Gombo fue arrestado en Bélgica el 24 de mayo de 2008, y presentado por primera vez ante la Corte el día 4 de julio del mismo año. Sería en 2009 cuando la Sala de Asuntos Preliminares II confirmó que había prueba suficiente para considerar que Bemba Gombo podía ser responsable como superior militar en el sentido del artículo 28(a) del Estatuto de Roma, por crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación, y por crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje, cometidos en el territorio de la República Centroafricana desde el 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003¹. No sería hasta marzo de 2016 cuando la Sala de Primera Estancia III estimó, más allá de toda duda razonable, que los cargos anteriormente constatados, cometidos por los soldados de la MLC entre 2002 y 2003 en la República Centroafricana, fueron el resultado de no ejercer el control apropiado por parte de Bemba. A esta sentencia, le siguieron dos opiniones separadas de los jueces Kuniko Ozaki² y Sylvia Steiner³.

Sin embargo, la Sentencia de Apelación del año 2018⁴ decretó la absolución de Bemba, partiendo del razonamiento de que había habido una mala interpretación de la prueba por parte de la Sala de Primera Instancia, al considerar esta -erróneamente- que lo actuado era suficiente para lograr la convicción de culpabilidad del sujeto más allá de toda duda razonable. Así, la Sala de Apelaciones disminuyó el volumen de los crímenes

¹ *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II.*

² *Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki (ICC-01/05-01/08-3343-AnxII 21-03-2016 1/18 NM T).*

³ *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner (ICC-01/05-01/08-3343-AnxI 21-03-2016 1/11 NM T).*

⁴ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's, Jun. 8, 2018.*

considerados probados hasta dejarlos en una única muerte, la violación de 20 personas y cinco actos de pillaje. El resto no pudieron tenerse en consideración, al no aparecer claramente delimitados en la Decisión de Confirmación de Cargos (violando, por tanto, el principio acusatorio que se garantiza en el artículo 74.2 del Estatuto de Roma)⁵. A dicha resolución le seguían la opinión disidente de los jueces Mmsenono Monageng y Hofmansi⁶, la opinión separada de los jueces Van den Wyngaert y Morrison⁷, y la opinión concurrente separada del juez Eboe-Osuji⁸. Tras el pronunciamiento de la Sala de Apelaciones, Bemba fue puesto en libertad, después de 10 años de reclusión⁹.

Esta jurisprudencia emanada del caso Bemba, la Decisión de Confirmación de Cargos¹⁰ y las dos Sentencias de 2016 y 2018¹¹, son hasta ahora los únicos pronunciamientos judiciales de la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos del artículo 28 del Estatuto de Roma¹². En ellas, la Corte ha dejado en este caso asuntos sin resolver sobre este modo de responsabilidad, por lo que deberán ser abordados en futuras investigaciones, habiendo perdido una perfecta ocasión para ello.

Probablemente el caso Bemba no sea el paradigmático sobre omisión del superior, dado que no se trata de un asunto en el que el acusado omitiera cualquier clase de medida en orden a prevenir los delitos (esto es, *no se sentó y esperó*), sino que tomó algunas de estas, que resultaron insuficientes a ojos de la Sala de Primera Instancia, pero bastantes para la Sala de Apelaciones. Sin duda se trata de un caso problemático, lo que puede constatarse

⁵ Para. 110: “Simplemente enunciar las categorías de los crímenes que van a ser los cargos del acusado, en amplios términos generales, y con parámetros temporales y geográficos iguales, no es suficiente para cumplir con los requisitos del 52(b) del Reglamento de la Corte y el 74.2 del ER”.

⁶ *Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018 I/269 EC A)*.

⁷ *Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 I/34 EC A)*.

⁸ *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3)*.

⁹ Por este motivo Bemba Gombo pidió una indemnización con base en el art. 85 del ER, que le fue denegada por la Corte. Vid. *Decision on Mr. Bemba's claim for compensation and damages, ICC-01/05-01/08, 18 May 2020 (Pre-Trial Chamber II)*.

¹⁰ *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009*.

¹¹ *La Sentencia de Primera Instancia: Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Mar. 21, 2016; y la Sentencia de Apelación: Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's, Jun. 8, 2018*.

¹² Sin embargo, la primera aplicación de la responsabilidad del superior por omisión suele datarse después de la Segunda Guerra Mundial, en concreto en el caso Yamashita. COTE BARCO, G. E., “El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional”, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 69-123, p. 73; Introducción AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 13; WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2011, p. 313.

a través de los diversos “votos particulares” de los magistrados a ambas sentencias, que suman entre ellos más de 500 páginas.

El artículo 28 del Estatuto de Roma lleva como título “*la responsabilidad de los jefes y otros superiores*”, dado que el precepto también recoge la posible responsabilidad de aquellos superiores no militares. No obstante, el presente trabajo se ciñe al estudio de su apartado (a), donde se enmarca la responsabilidad de los superiores militares o aquellos que actúen como estos. A pesar de lo anterior, muchas de las precisiones que se hacen en este texto sobre el artículo 28(a) ER son plenamente aplicables también a la responsabilidad de los superiores civiles¹³.

En las siguientes páginas se hace un esfuerzo por trasladar a la redacción del artículo 28(a) ER la doctrina continental de la comisión por omisión, no por entender que deba esta ser la única interpretación válida y aceptada sin más explicaciones¹⁴, sino porque el largo estudio y aplicación de esta categoría en el Derecho penal continental podría ofrecer soluciones adecuadas, capaces de eludir resultados insatisfactorios (porque como insatisfactorio debe calificarse el hecho de, en un extremo, condenar a los acusados sin las garantías debidas y, en el otro, generar grandes ámbitos de impunidad al hacer una interpretación que convierte al precepto en inaplicable). De esta manera, el análisis se centrará en tres planos: primero, constatar la ausencia de una acción debida y la existencia de un deber de evitar el resultado típico; segundo, probar la concurrencia de una situación típica a efectos del Estatuto de Roma y la posición de garante del superior; y, tercero, comprobar que el superior tenía no solo la capacidad de realizar la acción omitida, sino también la capacidad de evitar el resultado acaecido. El análisis se cerrará con el estudio de los criterios de la imputación objetiva¹⁵, que hará las veces del nexo exigido por el artículo 28 ER.

2. LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 28(A) ER

El texto fundacional de la Corte Penal Internacional indica en su artículo 28(a) que:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

¹³ La principal diferencia entre ambas modalidades se encuentra en el elemento subjetivo: así, mientras el artículo 28 se conforma con la imprudencia para el superior jerárquico militar, en el caso de los superiores civiles el nivel de conocimiento debe ser más alto. Así se exige, como mínimo, que el superior civil omitiera sus deberes por “*haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*”, lo cual hace referencia al concepto de ignorancia deliberada o *willfull blindness*. Ello, en principio, podría ser distinto a lo marcado por el artículo 30 del ER, dado que algunas de las Salas de Cuestiones Preliminares consideran fuera el dolo eventual. Algunos autores sostienen que dentro del 28(b) se incluye la imprudencia consciente o con representación. Así, vid., AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 108.

¹⁴ Aunque el ER contempla en su sistema de fuentes “*los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo*” (art. 21(1)(c)).

¹⁵ Ambas cuestiones podrían estudiarse en conjunto, pues las exigencias de la imputación objetiva corresponden a los criterios de determinación de la existencia de un delito en comisión por omisión.

a) *El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*

i) *Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*

ii) *No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.*

El primer apartado de este artículo ya sugiere algunas precisiones sobre la naturaleza de la responsabilidad del superior, pues claramente la expresión “*además de otras causales de responsabilidad penal...*”, puede ser interpretada como una disposición que no hace otra cosa sino sumar esta responsabilidad del superior al resto de modos de autoría y participación que pueden encontrarse en el artículo 25 del Estatuto¹⁶, que se encabeza como “*responsabilidad penal individual*”. Hay que precisar que la Sala de Cuestiones Preliminares III (SCP III) afirmó que la responsabilidad del superior se aplicará solo allí donde no pueda sustentarse la autoría de ese superior, esto es, solo cuando no se puedan aplicar las disposiciones del 25(3)(a)¹⁷.

Ahondando en esta cuestión de la naturaleza del precepto, también se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de Primera Instancia III (SPI III) en el caso Bemba, la cual declara que el artículo 28 recoge un causal de responsabilidad *sui generis*¹⁸. De esta manera parece cerrarse el debate surgido en la doctrina en torno a la figura que se consagra en

¹⁶ COTE BARCO, G. E., “El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional”, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 69-123, p. 70. SCHABAS, por su parte, diferencia entre las posibilidades de que conformara una forma de participación o responsabilidad y otra como un principio donde los superiores son perseguidos por los crímenes de sus subordinados; decantándose finalmente por una forma de responsabilidad *sui generis*: “un crimen cuya esencia de la infracción es el fallo de supervisión o de castigo”. SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 456.

¹⁷ *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II*, par. 342, 402. SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 458. Vid. también en este sentido, WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2011, p. 313. Sin embargo, el magistrado Eboe-Osugi mantuvo en su opinión concurrente separada a la Sentencia de Apelación del caso Bemba que el artículo 28 es una disposición especial de complicidad, relacionada con la responsabilidad del superior (para. 218) y que sería de aplicación especial sobre el 25(3)(c). *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osugi (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3), 14 June 2018*.

¹⁸ Para. 178, *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

dicho precepto, que había oscilado entre su consideración como omisión propia¹⁹ (cuyo contenido sería, por tanto, una mera omisión pura de garante²⁰) o como omisión impropia o comisión por omisión²¹, afirmando en su parágrafo 171 que se trata de un modo de responsabilidad a través del cual se exige responsabilidad criminal a un superior jerárquico por los crímenes cometidos por sus subordinados que estén dentro del ámbito de jurisdicción de la Corte²².

La Sentencia de Primera Instancia también insiste en que esta interpretación puede desprenderse de la propia redacción del artículo 28 del Estatuto de Roma, pues relaciona la responsabilidad del superior con los crímenes cometidos por los subordinados²³ (“...será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo (...) en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas...”). Además de este razonamiento que brinda la Sentencia, parece lógico que la Corte Penal Internacional, interesada en el castigo de los crímenes más graves para la humanidad en su conjunto, no se esfuerce en perseguir meras omisiones de deberes²⁴.

Esta discusión que la Sala se ve abocada a abordar y resolver, proviene a su vez del debate planteado por la doctrina en torno al exacto significado de lo previsto en el artículo 28 del

¹⁹ Los delitos omisivos han sido catalogados por la mayoría de la doctrina en dos grandes grupos, esto es, delitos de omisión pura y delitos de comisión por omisión. Los primeros vendrían caracterizados por la mera infracción de un mandato (esto es, de una norma preceptiva) mientras que los segundos se caracterizarían por la producción de un resultado a través de la inactividad. Vid. por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10^a edición, Reppertor, 2015, p. 321 y ss.

²⁰ Y, consecuentemente, el castigo al superior jerárquico por la comisión de crímenes competencia de la Corte sucedería siempre que estos fueran cometidos por los subordinados y el superior mantuviera el control efectivo de las tropas, pues la fuente de la que emanaría la responsabilidad sería la posición de garante del foco de peligro que representarían los soldados para con la población civil o, incluso, contra otros contendientes en el caso de que se estuviera en el contexto de un conflicto armado. Evidentemente serían necesarios otros requisitos queemanan de la propia redacción del artículo 28: esto es, que no haya habido una orden de cometer los hechos (en cuyo caso tendrían que explorarse otros causales de responsabilidad, contenidos en el artículo 25 ER), y que se satisfaga el elemento subjetivo necesario contenido en el 28 (a) (i). Esa posición de garante provendría de lo recogido en los arts. 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Amnistía internacional, que colaboró en el proceso mediante un *amicus curiae*, sigue manteniendo esta postura. Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Dando sentido a la responsabilidad del mando, pp. 145-154 en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 151. Sobre la omisión pura de garante, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 344.

²¹ Por tanto, se haría responsable al superior de los delitos cometidos por los subordinados a su cargo, siendo necesaria la imputación objetiva de los resultados de los delitos al no actuar del superior jerárquico.

²² En la nota al pie 384 aclara la diferencia con la omisión pura: “Lo cual es distinto, por ejemplo, a un crimen de omisión pura, donde el incumplimiento del deber del superior constituiría, en sí mismo, el delito”. *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

²³ Para. 173 de la Sentencia de Primera Instancia (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*).

²⁴ De esta opinión, GARROCHO SALCEDO, A. M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 183-184.

Estatuto de Roma, y en el que cierto sector doctrinal²⁵ había llegado a la conclusión de que el precepto recogería ambos tipos de responsabilidad por omisión, tanto propia como impropia²⁶. De este modo, interpretan que el artículo 28, apartado (a)(ii), al disponer que habrá responsabilidad del superior cuando este “*no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes...*”, está caracterizando como omisión pura aquella inactividad del superior consistente en *no castigar y reprimir* los delitos ya cometidos, de modo que concurriría comisión por omisión únicamente cuando los delitos no se *previenen*²⁷.

Sin embargo, otras orientaciones doctrinales, que parecen más adecuadas, mantienen que esas omisiones aparentemente posteriores a la comisión delictiva (esto es, castigar, reprimir o poner los hechos en conocimiento de las autoridades) también están relacionadas con el deber de prevenir futuros delitos²⁸, pues nada tiene que decir la orientación político criminal del Estatuto de Roma respecto de deberes que ya no pueden evitar la comisión de delitos²⁹. Desde esta perspectiva, la tolerancia a través del incumplimiento del superior de su deber de sancionar conductas graves de sus subordinados funcionaría como una indeseable pauta de conducta, capaz de crear un caldo de cultivo donde proliferen nuevos comportamientos criminales (o continúen una carrera criminal extendida en el tiempo) de quienes están -fácticamente sin vigilancia- a su cargo³⁰.

²⁵ OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en el Derecho penal internacional. En homenaje al Prof. Augusto Martínez Ocampo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 739-740. Menciona esta discusión WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2011, p. 315.

²⁶ Es más, algunos autores sostuvieron en un principio que el artículo 28 hacía referencia únicamente a omisiones puras (aunque cambiaron de opinión más adelante). Así AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 101.

²⁷ Interesante es la posición que toma DOPICO, que siguiendo su razonamiento, dividiría el art. 28 en dos mitades, la primera haría referencia a la omisión de un deber de aseguramiento-gestión de peligros- (dando lugar a comisión por omisión) y, la segunda, haría referencia a la omisión de un deber de salvamento-revocación de peligros- (dando lugar a omisión pura). DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 872.

²⁸ “Al no ejercer su obligación de comandante, el mensaje que transmitió a sus subordinados fue el de permisividad e impunidad”, cfr. ROCHA HERRERA, M., “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *ANIDIP*, 6, 2018, pp. 10-58, p. 45.

²⁹ GARROCHO SALCEDO, A. M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 203 y ss.

³⁰ La opinión separada a la Sentencia de Primera Estancia del caso Bemba formulada por el magistrado Ozaki continúa planteándose si el artículo 28 del Estatuto de Roma puede contener una omisión pura de garante (*dereliction of duty* o mero incumplimiento del deber). Aunque el magistrado termina concluyendo que ello no es posible, el magistrado decidió seguir abordando la cuestión porque la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó, como parte de la doctrina anteriormente mencionada, que los deberes que surgen con posterioridad a la comisión de los delitos no pueden “causar nada” (*Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki (ICC-01/05-01/08-3343-AnxII 21-03-2016 1/18 NM T)*, 21 March 2016). De manera similar, siguen apuntando a esta conclusión los magistrados Van den Wyngaert y Morrison, que en su opinión separada a la Sentencia de Apelación, afirman que, desde el punto de vista de la lógica, el requisito causal no se puede colmar después de que el hecho se haya cometido. Siguiendo este razonamiento, afirman que aquella

Siguiendo el razonamiento, el artículo 28 haría referencia a la capacidad de responder penalmente de un superior por los hechos delictivos de sus subordinados, pero no por órdenes dadas por este y ejecutadas de forma inmediata por los subordinados, sino como consecuencia de que el superior no ha tomado las medidas precisas para que aquellos que están bajo su mando se abstengan de delinquir. Esas obligaciones para los superiores que tienen tropas bajo su cargo emanan del Derecho Internacional Humanitario³¹, nutrido en buena parte por las Convenciones de Ginebra. Así, estos deberes se definen en los artículos 86 y 87 en relación con el artículo 43 (1) del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra de 1977³², que permiten hablar de un deber legal o positivo de actuar³³.

3. LOS HECHOS DEL CASO JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO CONTRA EL FISCAL EN LA SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA³⁴

En octubre del año 2001, el general François Bozizé, ex jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas Centroafricanas, fue apartado del servicio militar. Varios destacamentos del cuerpo desertarían para unirse a él, retirándose posteriormente a la frontera con Chad hasta octubre de 2002. Una vez reagrupados, avanzaron a través de la

parte de la doctrina que argumenta que un fallo a la hora de castigar un crimen inicial (de una serie de delitos) puede crear una cultura de la impunidad que incremente el riesgo de subsecuentes crímenes no está en lo cierto, pues aunque es teóricamente posible, no toda omisión de no llevar ante los tribunales a un subordinado sospechoso de cometer delitos induce automáticamente a la comisión de futuros crímenes (*Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 I/34 EC A), 14 June 2018*). En respuesta a ello, el juez Eboe-Osuji consideraba desde su visión, que es lógica la existencia de casos en los que la omisión del superior de llevar los crímenes ante las autoridades competentes resulte en subsecuentes comisiones delictivas por parte de los subordinados, sobre todo en aquellos casos donde las violaciones y el pillaje son tratadas como una especie de licencias que merecen los soldados. *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3), 14 June 2018*.

³¹ PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., “La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el Derecho internacional contemporáneo”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 10, pp. 153-198, noviembre de 2007, p. 157.

³² Art. 86.2 PAI: “*El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción*”. Art. 87.1 PAI: “*Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes*”. Art. 43.1 PAI: “*1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sujetas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados*”.

³³ AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 102-103.

³⁴ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

República Centroafricana, atacando a las tropas de las Fuerzas Centroafricanas y sitiando varios pueblos, antes de entrar en Bangui el día 25 de octubre de 2002. Las Fuerzas Armadas Centroafricanas y otras tropas que apoyaban a Ange-Félix Patassé (presidente en ese momento de la República Centroafricana), respondieron con fuerza militar.

El 25 de octubre de 2002, el presidente Patassé solicitó la ayuda del Movimiento de Liberación del Congo (en concreto a su brazo armado: el Ejército de Liberación del Congo -ALC-), a través de Jean Pierre Bemba Gombo, presidente del movimiento y comandante en jefe del ejército. De esta manera, Bemba envió a sus tropas desde la República Democrática del Congo hasta la República Centroafricana, interviniendo en apoyo del presidente Patassé. En un período de cuatro meses y medio (del 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003), las tropas atravesaron Bangui, Damara-Sibut y Mongoumba. En ese tránsito, sus soldados cometían diversos delitos de asesinato, violación y pillaje contra la población civil.

Antes del despliegue de las tropas, la mayor parte de los soldados solo recibieron un entrenamiento militar rápido. Otros tantos no tuvieron ningún tipo de preparación o tan solo unas nociones mínimas. Además, la formación impartida no siguió una guía o un plan predeterminado. Solo disponían de un Código de Conducta (que no se enseñó a todos los soldados), que advertía de que algunas infracciones (como matar a un civil o cometer delitos contra la libertad sexual) estaban castigadas con la muerte, aunque sin demasiado detalle o desarrollo (por ejemplo, se omitía qué personas se encuentran protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, y no se castigaba algunas infracciones clásicas de los conflictos armados, como pueden ser los saqueos o el pillaje). Además, ese Código de Conducta estaba únicamente en francés, y eran los superiores los que tenían la responsabilidad de traducirlo (normalmente de forma oral) al resto de los soldados a su lengua, el lingala.

Con relación a las comunicaciones entre los superiores jerárquicos y el campo de batalla, el Ejército de Liberación del Congo contaba con un sistema de largo alcance y de alta frecuencia para la radiocomunicación. Asimismo, los militares *seniors* y aquellos que ostentaban cargos políticos tenían teléfonos vía satélite. En concreto, Bemba (que se hallaba lejos del campo de batalla) disponía de un aparato del sistema de radiocomunicación (cuyos mensajes quedaban registrados en los *Cuadernos de Comunicaciones*), dos o tres teléfonos vía satélite y un *walkie-talkie*. Así, Bemba podía ponerse en contacto con los comandantes que estaban en el campo a través del sistema de radiocomunicación (con ayuda de un operador), ya fuera en su propia casa o en el centro de transmisiones que había cerca de su domicilio, y también podía usar los teléfonos vía satélite sin la necesidad del centro de transmisiones. En este sentido, Bemba mantuvo durante el tiempo de las operaciones contacto directo con el coronel Moustapha, presente en el campo de batalla. Los registros muestran hasta 126 llamadas telefónicas entre febrero y marzo de 2003. Durante ese mismo periodo también hizo otras 129 llamadas vía satélite a los teléfonos de los militares *senior*, y 137 llamadas a números de la República Centroafricana.

Bemba recibía asimismo información sobre la situación en el campo de combate (posición de las tropas, estrategias militares, y alegaciones sobre la comisión de crímenes) a través de los servicios de inteligencia, tanto militares como civiles. En concreto, la unidad de inteligencia civil (BSI) informó al comandante Bemba sobre la comisión de varios actos por las tropas del Movimiento de Liberación del Congo, incluyendo el robo, pillaje, violación, asesinato de civiles, acoso, y transporte de bienes saqueados, incluyendo camiones cargados con objetos pertenecientes a la población civil, y que tenían como destinatario al coronel Moustapha.

Además de las comunicaciones en remoto, Bemba visitó la República Centroafricana al menos en noviembre de 2002, después de que se reportara en los medios de comunicación la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. En su visita, se entrevistó con sus militares y la población, mencionando específicamente “el mal comportamiento, los robos y la brutalidad” utilizada por sus tropas contra la población civil.

Para la Sala de Primera Instancia Bemba disponía de control efectivo sobre las tropas. Es más, en la primera Sentencia se reconoce la capacidad del comandante para el arresto o despido de los soldados, teniendo la decisión última sobre las sanciones a imponer, y la capacidad de abrir procesos de investigación sobre las actividades de sus soldados en la República Centroafricana. En la Sentencia de Apelación, sin embargo, se pone en tela de juicio el efectivo control que Bemba tenía sobre las tropas, considerando que no se ha tenido en cuenta que se trataba de un comandante que estaba actuando en remoto³⁵.

Entre los comportamientos delictivos que los militares llevaron a cabo en su paso por la República Centroafricana, predominaron los robos y las conductas contra la libertad sexual de género femenino y, en menor medida, masculino. Así, se repiten los testimonios de soldados entrando en casas, llevándose el contenido de las mismas (colchones, radios, comida, menaje de cocina, muebles, televisores, dinero en efectivo...), y violando a mujeres y niñas en los mismos domicilios o sus inmediaciones. Entre las consecuencias de las víctimas atacadas sexualmente se encontraron variadas dolencias vaginales y estomacales, problemas para concebir, depresión, estrés postraumático y el contagio del VIH. Además, experimentaron posteriormente el estigma propio de las sociedades más tradicionales o arcaicas: las víctimas eran etiquetadas despectivamente como “esposas de los soldados”, y las consecuencias de esa estigmatización iban desde la humillación a la imposibilidad de contraer matrimonio, pasando por las dificultades para encontrar trabajo y mantener a sus familias. En el relato de hechos probados se repite de forma continuada la violación de menores de edad (de 10 años en adelante) que son posteriormente encontradas sangrando. Muchas de ellas fueron penetradas por varios soldados, mientras eran amenazadas con armas de fuego. Por otro lado, los civiles eran disparados hasta la muerte en presencia de sus familiares. Algunos perdían la vida como consecuencia de graves mutilaciones a las que eran sometidos por las milicias. Las fuerzas recibieron

³⁵ Para. 171 y 189, *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute"* (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber.

instrucciones concretas de estar “vigilantes” con la población civil, como sospechosos de ser enemigos o simpatizantes de los mismos.

Los medios de comunicación internacionales se hicieron eco de los daños producidos por los soldados durante la campaña, e incluso informaron sobre las reacciones de Bemba a los reportajes periodísticos. Lo mismo ocurría con los medios locales de la República Centroafricana.

Como consecuencia de todo lo anterior, Bemba creó varias comisiones de investigación. La primera de ellas se conoce como la *Mondonga Inquiry*, cuya finalidad era sacar a la luz los posibles hechos delictivos que estaban surgiendo de las operaciones. La Sala de Primer Instancia apuntó que la finalidad general de la investigación era rehabilitar la imagen de las tropas y demostrar que se estaban llevando a cabo acciones ante los requerimientos de la sociedad por los crímenes que estaban teniendo lugar. Sin embargo, la comisión no investigó la responsabilidad de los comandantes ni tampoco las correspondientes a muertes o violaciones. Solo se detuvo a siete soldados, que fueron juzgados por pillaje de algunos objetos de escaso valor y pequeñas sumas de dinero. Con parecidos resultados terminaron otras investigaciones abiertas por Bemba, como el tribunal militar del caso Gbadolite y la Comisión Zongo.

Bemba ordenó la retirada de las tropas a principios de 2003 por múltiples motivos políticos, sobre todo la presión internacional para hacerlo³⁶. El coronel Moustapha transmitió la orden de retirada el 6 de marzo de 2003.

4. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN

En general, la parte objetiva de los delitos omisivos improprios viene conformada por una primera comprobación de la concurrencia de la situación típica, que conformaría el presupuesto del que surge ese deber de actuar que impone el ordenamiento, acompañado de la capacidad de actuar del sujeto. Además, serán necesarios otros tres requisitos: que el omitente esté en posición de garante frente al bien jurídico que la norma penal quiere proteger, que se produzca un resultado material/natural, y que la capacidad de actuar del sujeto no sea solo para realizar la acción que la norma ordena sino también para evitar el resultado típico. Con relación a la parte subjetiva, serán necesarios tres niveles de conocimiento: el de la concurrencia de la situación típica, el conocimiento de la concreta

³⁶ Tanto la Sentencia de Apelación como parte de la doctrina ha reiterado la indiferencia que debe provocar la motivación interna del superior jerárquico para tomar medidas o retirar a las tropas. Vid. sobre ello, JACKSON, M., “La motivación de un comandante en el caso Bemba, Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación”, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 169-177. Sin embargo, y aunque de forma general las motivaciones o deseos internos no tengan relevancia a efectos penales, si pueden ser factores a tener en cuenta, si lo que quiere es valorarse que algunas de las medidas que se tomaron (como las comisiones de investigación) eran procesos cuya única finalidad era sustraerse de investigaciones legítimas.

capacidad de actuar que pueda evitar que el riesgo se materialice en el resultado típico, y el conocimiento de que se está en esa posición de garantía³⁷.

Descendiendo a la aplicación de la omisión en la Corte Penal Internacional, la Sala de Primera Instancia III, en su sentencia de 2016³⁸, pormenorizó los requisitos necesarios para aplicar la responsabilidad del superior, dividiéndolos en seis puntos fundamentales, así:

- a) *los crímenes bajo jurisdicción de la Corte deben haber sido cometidos por fuerzas militares* (siguiendo el esquema de Derecho continental, este primer requisito formaría parte del elemento objetivo, conteniendo el resultado que debe prevenirse);
- b) *el acusado tiene que ser el jefe militar o una persona que esté actuando efectivamente como jefe militar* (aquí se observa el sujeto activo de la omisión que, unido al elemento siguiente (c), conforman la posición de garante y modulan la capacidad de acción del sujeto activo);
- c) *el acusado debió haber tenido a las fuerzas bajo su mando o control efectivo; o bajo su autoridad y control efectivo* (posición de garante y capacidad de acción del sujeto activo);
- d) *el acusado sabía o, dependiendo de las circunstancias del momento, hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos* (este requisito conforma claramente el elemento subjetivo, que se plantea de forma alternativa entre “saber” y “haber debido saber”);
- e) *el acusado debe haber fallado a la hora de tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance en orden a prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento* (aquí se encuentra, de nuevo, parte del elemento objetivo, observando las acciones debidas que han sido omitidas por el sujeto activo. También en este elemento será necesario hacer una valoración de la capacidad de acción del sujeto dadas las circunstancias del caso; en orden a conocer cuáles eran las medidas *a su alcance*);
- f) *los crímenes cometidos por las fuerzas deben haber sido el resultado del fallo del acusado de ejercer un control apropiado sobre ellas* (este último requisito evidencia la necesidad de un nexo entre la omisión del superior y los delitos competencia de la Corte cometidos por sus subordinados).

³⁷ Al respecto del último de los requisitos, siguiendo a MIR PUIG, la situación que determina la presencia de posición de garante, en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho, su ausencia no constituiría error de tipo sino de prohibición. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10^a edición, Reppertor, 2015, p. 340.

³⁸ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

4.1. Medidas necesarias y razonables: las acciones debidas

Uno de los puntos centrales de la condena de Bemba en la Sentencia de Primera Instancia III fue, como no podía ser de otro modo, el hecho de que el superior no tomó todas las medidas razonables y necesarias para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y persecución³⁹. De forma general, la Sala de Primera Instancia III recordó que, aunque el artículo 28(a)(ii) esté redactado de la siguiente forma: “no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir *o* reprimir su comisión *o* para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes”⁴⁰, cualquiera de las obligaciones que no se hayan cumplido puede desembocar en responsabilidad penal. Por ejemplo, no haber cumplido con las obligaciones para prevenir los crímenes no puede remediar simplemente castigando posteriormente a los perpetradores. Asimismo, aclaró que *prevenir* puede consistir en evitar los crímenes que están a punto de cometerse o detener delitos que ya estén siendo cometidos (para. 202), dependiendo efectivamente de cuándo el superior adquiere conocimiento o la *posibilidad* de conocer.

El contenido concreto de las medidas “debe(n) ser establecid(as) caso por caso y tomadas en consideración *in concreto*” (para 197)⁴¹. La Corte Penal Internacional hace suya la visión de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y define las medidas necesarias como aquellas que son apropiadas para descargar al superior de su obligación, y como razonables aquellas que se pueden considerar razonablemente dentro de las competencias del superior dado su poder material.

Siguiendo lo anterior, las acciones debidas en este grupo de casos serían aquellas medidas necesarias y razonables al alcance del superior jerárquico, destinadas a la prevención, represión o puesta en conocimiento de las autoridades competentes. Y, en este sentido, será necesario determinar cuáles son aquellas medidas que cumplen ambos criterios. La Corte ha expuesto que las necesarias son aquellas apropiadas para descargar al superior de su obligación, y razonables aquellas que se pueden tomar razonablemente dentro de las competencias del superior con su poder material⁴² (por tanto, la razonabilidad también

³⁹ La Corte clarifica algunas de las imprecisiones que pueden surgir ante la lectura del precepto. Así, afirma que la noción de represión se solapa en cierto grado con la prevención, particularmente en términos del prevenir crímenes que ya se están llevando a cabo y delitos permanentes que pueden ser cometidos durante un período de tiempo. Por otro lado, la Sala dejó claro que consideraba que el deber de castigar o de someter las cuestiones a las autoridades competentes tiene como objetivo que los autores sean llevados ante la justicia, en orden a evitar la impunidad y cometer futuros delitos, y que estos deberes surgen posteriormente a la comisión delictiva. Por otro lado, la Decisión de Confirmación de Cargos (paras. 439-440) apuntó que la obligación de someter la cuestión a las autoridades competentes surgirá cuando el superior no tenga las posibilidades de castigar los comportamientos por sí mismo (*Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II*).

⁴⁰ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

⁴¹ Así se toma un régimen de establecimiento de la pauta de cuidado infringida por el superior jerárquico, con la salvedad de que aquí la omisión podrá ser dolosa o imprudente.

⁴² Parágrafos 197-198 de la Sentencia de Primera Instancia (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*). Vid., sobre ello,

deberá estudiarse desde el criterio de la capacidad de realización de la acción por parte del superior). Estas definiciones no son más que argumentos circulares: se sabe que las necesarias serán aquellas debidas, y que las debidas no pueden ser absolutamente todas las medidas, pues de lo contrario el superior podría ser culpable en la mayoría de las ocasiones que hubiera un resultado dañoso.

Ello obliga, como no podía ser de otra manera, a hacer una valoración *ad hoc* en cada caso, esto es, *dotar de contenido los deberes de cuidado* del superior jerárquico en el caso concreto. Y ello debe hacerse desde las reglas que emanan del Derecho Internacional Humanitario y de los conflictos armados. Una vez halladas esas normas de precaución es cuando podrá comprobarse si en el caso concreto su *inaplicación* ha sido lo que ha dado lugar a los delitos del marco del Estatuto de Roma. Y ello no debe hacerse en el orden contrario, pues entonces se incurrirá en el error de no contemplar las medidas realmente *necesarias y razonables* dado el caso, sino aquellas que el juzgador considerará como válidas porque harían desaparecer el resultado dañoso concreto⁴³.

La Sentencia de Apelación confirmó, debidamente, que no podían exigirse la aplicación de todas las medidas imaginables sino solo aquellas razonables dentro de las necesarias⁴⁴. Y ello debería decidirse mediante una ponderación dadas las circunstancias del caso. En concreto, el parágrafo 170 afirma que: “al evaluar la razonabilidad, la Corte debe considerar otros parámetros, como las realidades operativas sobre el terreno en el momento que enfrenta el comandante. El artículo 28 del Estatuto no es una forma de responsabilidad objetiva. Los comandantes pueden hacer un análisis de costo/beneficio al decidir qué medidas tomar, teniendo en cuenta su responsabilidad general de prevenir y reprimir los delitos cometidos por sus subordinados. Esto significa que el comandante puede tomar en consideración el impacto de las medidas para prevenir o reprimir el comportamiento delictivo en las operaciones en curso o planificadas y puede elegir la medida menos perturbadora siempre que se pueda esperar razonablemente que esta medida prevendrá o reprimirá los delitos”⁴⁵.

WEIGEND, siguiendo el razonamiento de la Sentencia de Apelación señala que “dudo que la Sala de Primera Instancia en el presente caso tuviera razón al exigir que el Sr. Bemba rediseñara la campaña en la CAR y/o retirara sus tropas de ésta a fin de proteger a la población civil de los daños. Se trataría de decisiones estratégicas que, aunque

WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2011, p. 322 y ss.

⁴³ Así ocurrió en el conocido Caso Cromañón (Sentencia de la Sala 3^a de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, 20.04.2011 –causa N° 11684), donde los deberes de los garantes fueron determinados a la luz de los resultados acaecidos en lugar de entre las normas de precaución generales para el tipo de evento celebrado. Vid. HAVA GARCÍA, E., “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *InDret*, 2, 2017, p. 20.

⁴⁴ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute"* (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber.

⁴⁵ Traducción propia.

deseables, no pueden exigirse con justicia bajo la amenaza de castigo de conformidad con el art. 28 del ECPI. En resumen, me parece que la Sentencia de Apelación refleja mejor los límites de la responsabilidad del mando”⁴⁶. Por contra, el magistrado Eboe-Osuji, en su opinión concurrente separada a la sentencia de Apelación, señala que estaba absolutamente de acuerdo con la Sentencia de instancia, donde constaba que la retirada de las tropas era una medida que debía estar dentro de las consideradas razonables para prevenir o reprimir la comisión de delitos⁴⁷. Así el juez señala que la retirada puede ser del país o de una localidad concreta. Y que puede ser limitada en su alcance, retirando solo aquellos identificados como rebeldes entre las tropas. Así, considera esta obligación de retirada como una cuestión de sentido común. Sobre todo, si se plantea desde la teoría de la puesta en peligro: cualquiera que introduce un agente que puede potencialmente producir daños físicos, debe retirarlo tan pronto como conoce que está a punto de producirse.

Aunque es cierto que la razonabilidad de la medida habrá que estudiarla a raíz de las circunstancias del caso, ello no quiere decir que el comandante deba decidir cuáles son las medidas razonables a la luz de la posible ventaja militar que podría perder. Va de suyo que la construcción del Derecho Internacional Humanitario se elaboró con vistas a poner límites en los conflictos armados, huyendo del dicho de que en la guerra todo vale. Será precisamente en esos escenarios donde la toma de medidas equivalga a pérdidas en la ventaja militar donde más habrá que presionar para la toma de decisiones en *pro* del Derecho Internacional Humanitario.

Con respecto a las medidas concretas, el comandante deba asegurarse de entrenar a sus fuerzas bajo el Derecho Internacional Humanitario, a la vez que debe asegurarse de obtener informes puntuales de que las acciones ordenadas se están llevando a cabo de acuerdo con esos entrenamientos. Además, las órdenes deben estar en consonancia con las leyes de la guerra y, en caso de necesidad, deberán tomarse medidas disciplinarias que asienten la creencia de que aquellos que actúan distraídose de las medidas del Derecho Internacional Humanitario son claramente sancionados⁴⁸.

Las medidas que podrán desarrollarse estarán, por su parte, vinculadas evidentemente con las posibilidades materiales del comandante, dependiendo estas a su vez de las circunstancias concretas y, sobre todo, del grado de mando y control efectivo que tenga sobre las tropas (esto es, sobre la capacidad de realización de la acción). Pero también dependerán del momento en el que el comandante adquiera *consciencia* de que ciertas transgresiones están teniendo lugar, pues por ejemplo el deber de reprimir no comenzará hasta que los delitos hayan sido cometidos por los subordinados. Eso sí, ello no quiere

⁴⁶ WEIGEND, T., La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 197

⁴⁷ *Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3), 14 June 2018.*

⁴⁸ SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010, p. 464. Sala de Cuestiones Preliminares II, parágrafo 434 (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II).

decir que si el conocimiento se adquiere una vez que los delitos ya han sido cometidos no vaya a haber responsabilidad del superior si éste los reprime o los pone en conocimiento de los superiores. Simplemente el mero hecho de no haber sido consciente con anterioridad ya puede conformar por sí mismo un delito punible de omisión, si es que éste no tuvo conocimiento por su falta de diligencia a la hora de recabar información sobre las actividades de sus tropas⁴⁹. Y es que debe recordarse que las funciones de los superiores no se agotan en dictar determinadas órdenes, sino que posteriormente perviven aún deberes de diligencia secundarios, esto es, supervisar y vigilar que lo ordenado se está cumpliendo con los estándares marcados⁵⁰.

GARROCHO SALCEDO resume adecuadamente los deberes de los superiores en tres niveles de actuación: primero, formar a los subordinados en el DIH; segundo, asegurar que las operaciones están dentro del umbral del riesgo permitido; tercero, establecer sistemas adecuados de control, vigilancia y supervisión⁵¹. En concreto y para el caso que nos ocupa, la Sala de Primera Instancia III estableció que entre las medidas que Bemba debería haber tomado se podían incluir: (i) asegurarse de que las fuerzas están adecuadamente entrenadas en el DIH; (ii) consultar los informes respecto de si las acciones militares se están llevando a cabo de acuerdo con el DIH; (iii) emitir órdenes con el objetivo de desarrollar las actuaciones de acuerdo con las leyes de la guerra; (iv) tomar medidas disciplinarias que prevengan la comisión de atrocidades por las fuerzas bajo el mando del superior; (v) emitir órdenes específicas para prevenir los crímenes, frente a simplemente emitir órdenes rutinarias; (vi) reprobar las conductas criminales; (vii) insistir frente a autoridades superiores qué acciones inminentes van a ocurrir; (viii) posponer operaciones militares; (ix) suspender, excluir o retirar a subordinados violentos y; (x) conducir las operaciones militares minimizando el riesgo de que se cometan delitos específicos, o eliminando las oportunidades para su comisión⁵².

A través del análisis de la anterior lista de medidas y de los hechos del caso, la Sala de Primera Instancia III consideró que el acusado no tomó todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de los delitos o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y

⁴⁹ Lo consideraba WERLE un desconocimiento reprochable (WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2011). GARROCHO lo asimila a nuestra culpa inconsciente, castigando al jefe militar que no advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado. GARROCHO SALCEDO, A. M., “El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados”, en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 459 a 472, pp. 461-464.

⁵⁰ HAVA GARCÍA, E., Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena, *InDret*, 2/2017, pp. 1 a 36, p. 11; GARROCHO SALCEDO, A. M., “El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados”, en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 459 a 472, p. 468.

⁵¹ *Ibid.*, p. 463.

⁵² *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III. Paras. 203-204.*

enjuiciamiento (para. 727 y ss.)⁵³. Así, todas las respuestas que Bemba articuló ante los crímenes (comisiones, tribunales militares, misiones...), fueron consideradas limitadas por su mandato, en su ejecución o resultados. Así, no habría ninguna justificación para la omisión de juzgar a determinadas tropas o comandantes, o para haber obviado los delitos sexuales en las comisiones de investigación; también se consideran insuficientes las declaraciones a sus tropas, pues éstas se limitaron a meras advertencias generales de no maltratar a la población civil.

A mayor abundamiento, el parágrafo 727⁵⁴ declaró que las medidas tomadas por Bemba fueron extremadamente inadecuadas para la información consistente y extendida de los crímenes cometidos por las tropas. Además -o en lugar- de las insuficientes medidas tomadas, la Sala de Primera Instancia III consideró que Bemba, a la luz de sus amplias capacidades para prevenir y reprimir los crímenes, podría haber (1) asegurado que las tropas estaban correctamente entrenadas en las normas del DIH, y que hubieran sido adecuadamente supervisadas durante las operaciones; (2) haber iniciado investigaciones completas y genuinas sobre la comisión de los crímenes, y haber juzgado y castigado adecuadamente a los soldados que supuestamente habían cometido los crímenes; (3) haber emitido órdenes precisas y claras a los comandantes de las tropas para prevenir la comisión de los crímenes; (4) haber modificado el despliegue de tropas, por ejemplo, minimizando el contacto con la población civil; (5) haber destinado, reemplazado o despedido a aquellos oficiales y soldados que hubieran cometido o permitido cualquier tipo de delito cometido; y/o (6) haber compartido la información relevante con las autoridades de la República Centroafricana y otros que los apoyaban, como parte de los esfuerzos para investigar cualquier posible crimen. La Corte recordó también que una de las principales medidas que estaban a disposición de Bemba era retirar a las tropas del campo de batalla.

Por otra parte, la Sala mencionó otras circunstancias que también influyeron en la comisión de los crímenes, y en las que Bemba también jugaba un papel decisivo. Así, por ejemplo, que los soldados hubieran recibido salarios y raciones adecuadas hubiera disminuido el riesgo de la comisión de delitos de pillaje y violación como actividades de autocompensación, así como los delitos de asesinato contra aquellos que se resistían a sus órdenes. La Sala también afirmó que la mayoría de los delitos fueron cometidos allí donde las tropas eran el único grupo armado en la zona, o en ciertas zonas donde los únicos presentes eran civiles. El rediseño de estas operaciones militares, evitando o limitando las áreas con civiles, hubiera minimizado las oportunidades de comisión de los delitos. Así la Sala consideró, no sin razón, que el DIH contiene un deber claro para los comandantes: asegurar que los miembros de las fuerzas armadas sean conocedores de sus obligaciones emanadas de los Convenios de Ginebra y el PAI (art. 87(2)). Bemba fracasó al no tomar ninguna medida para remediar las deficiencias en el entrenamiento antes de desplegar las tropas en el campo, y tampoco lo hizo como respuesta a los informes de los crímenes que ya estaban ocurriendo en el campo de batalla. Las medidas adecuadas habrían disminuido

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

la comisión de crímenes, y en general, hubieran disminuido, cuando no eliminado, el clima de aquiescencia que es inherente a aquellas tropas que han sido inadecuadamente entrenadas, que reciben órdenes que no están claras, y/o que observan a sus comandantes cometiendo o colaborando en la comisión de crímenes (para. 763).

Sin embargo, la Sala de Apelaciones consideró erróneos los planteamientos de la Sala de Primera Instancia III. Para empezar, afirmó que no se habían conectado suficientemente las supuestas omisiones con ningún crimen específico por los que Bemba había sido condenado. Así, afirma que la Corte de Instancia, de forma errónea, comparó la conducta del acusado con una “lista de hipotéticas medidas”, emanadas del “beneficio de la retrospectiva”, en lugar de con lo que era posible realizar por el acusado en el momento de los hechos.

No obstante todo lo anterior, la opinión disidente de los magistrados Mmsenono Monageng y Hofmansi a la Sentencia de Apelación⁵⁵, consideró, en general, correctos los razonamientos llevados a cabo por la Sala de Primera Instancia III. De esta forma, opinan que la causalidad en la omisión debe abordar que es lo que debería haber pasado si el comandante hubiera tomado las medidas que se esperaban de él, y por esa razón, no consideran ningún error el uso por parte de la Sala de Primera Instancia de una lista de medidas posibles, utilizada para comparar la acción del sujeto con estas (para. 341).

La Sala de Apelaciones afirmó asimismo que el primer tribunal no prestó suficiente atención al hecho de que las tropas estaban operando en un país extranjero con las dificultades concomitantes, para las posibilidades de Bemba, como comandante en remoto, de tomar medidas de prevención o represión. En contra de estas consideraciones se pronuncia Amnistía Internacional que, no sin razón, plantea la irrelevancia de distinguir entre comandantes remotos y no remotos, teniendo en cuenta que pueden existir cadenas de mando eficaces, además de las facilidades que brindan las actuales formas de comunicación. Así, el estar en remoto no tendría *-a priori-* porqué impactar en el conocimiento o la capacidad del comandante⁵⁶.

Por otro lado, la Sala de Apelaciones también consideró que el hecho de que las medidas fueron limitadas en su mandato, ejecución y/o resultados, no implica que estas limitaciones fueran atribuibles a Bemba, extremo que debió haberse probado para llegar a una sentencia condenatoria⁵⁷. En este mismo sentido, la Sentencia de apelación consideró que la Sala de Primera Instancia también erró al determinar que Bemba no tomó todas las medidas necesarias para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes (para. 32) porque debió haberse establecido cierta proporcionalidad entre los delitos y las

⁵⁵ *Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018 I/269 EC A), 14 June 2018.*

⁵⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La distancia en sí misma no sirve como defensa en la responsabilidad del mando, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 153-158, p. 155.

⁵⁷ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute" (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber*, para. 183.

medidas tomadas, y que en el caso existió cierta discrepancia entre un número bastante limitado de delitos y el razonamiento que el Tribunal de Instancia utiliza para determinar qué medidas debió haber tomado, pues parecen más adecuadas para una comisión de delitos mucho más amplia y general⁵⁸ (para. 183). Ha de recordarse que el volumen de crímenes cometidos se disminuyó en esa misma sentencia, debido a que no figuraban en la Decisión de Confirmación de Cargos (vid. *supra*), por lo que el argumento debe calificarse de, al menos, *extraño* en su formulación.

Para terminar este apartado, merece la pena estudiar las posibilidades de aplicar el error de hecho que aparece recogido en el artículo 32(1) del Estatuto de Roma⁵⁹, pues podría ser aplicable en esta serie de casos de omisión donde el comandante no se limita a un mero no hacer nada, sino que toma medidas, aunque éstas no sean objetivamente las adecuadas para prevenir o reprimir los crímenes. Quizá un buen argumento en este caso, tanto para la defensa como para la Sala de Apelaciones, hubiera sido que las medidas tomadas por Bemba fueron insuficientes, pero el sujeto las entendió, desde su valoración de las circunstancias, adecuadas para evitar o reprimir la comisión de delitos (salvo que la Fiscalía hubiese sido capaz de probar más allá de toda duda razonable que las medidas tomadas fueron completamente destinadas a salvaguardar una posible condena por omisión⁶⁰).

Se trataría de lo que en el Derecho penal continental se ha dado a llamar como error de tipo sobre un hecho constitutivo de la infracción penal⁶¹, para el que los ordenamientos observan respuestas distintas dependiendo del grado de evitabilidad del error. Si cualquier comandante, dadas las circunstancias concretas del caso, no pudiera haberse dado cuenta de que las medidas no eran las necesarias y razonables, la respuesta del ordenamiento debería ser (como marca el art. 32.1) la ausencia de responsabilidad penal, pues haría desaparecer el elemento de intencionalidad. Si, por el contrario, cualquier comandante, dadas las circunstancias del caso, pudiera haber sido consciente de que las medidas no eran las necesarias y razonables, en el caso de que este hubiera empleado la diligencia precisa, el error de tipo sería vencible y, por tanto, podría aún responder por imprudencia, típica en el caso del art. 28(a) ER. Como se conoce, el ER no contempla penas específicas

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Art. 32.1. del ER: “*El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen*”.

⁶⁰ Algo que no es ajeno a la Corte, pues es un criterio de admisibilidad de los propios casos ante la CPI. AMNISTÍA INTERNACIONAL ha expresado su disconformidad con que la Sala de Apelación valorara como razonables las medidas tomadas por Bemba, considerando que la Corte ha dado paso a medidas tomadas sin entrar a valorar si estas eran genuinas o simplemente tenían como finalidad el sustraerse de la verdadera acción de la justicia. Vid. art. 17 (2) ER. AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Dando sentido a la responsabilidad del mando”, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 145-154, p. 149.

⁶¹ Cfr. Código penal español, artículo 14.1; Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*) §16.

para cada delito, por lo que la respuesta penal en este caso debería ser ajustada según se recoge en el artículo 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba⁶².

4.2. La situación típica y la posición de garante del superior jerárquico

Con respecto al siguiente nivel de análisis deberá comprobarse la concurrencia de la situación típica y la efectiva posición de garante del superior jerárquico. Ello siempre deberá comprobarse de forma relacionada: si se afirma que el resultado *se produjo* por una omisión del autor, deberá previamente constatarse que dicho sujeto se encontraba en una posición de garante con respecto al foco de riesgo que, debido a su omisión, se elevó por encima de lo permitido⁶³. En este caso, la situación típica que contempla este caso es la comisión de crímenes competencia de la Corte por parte de los subordinados que están bajo el mando y control efectivos del superior jerárquico. No sería válido, evidentemente, cualquier comisión delictiva por parte de los subordinados, sino que ella debe ser producto de la falta de la toma de medidas de prevención por parte del superior, que “descontrola” esa fuente de peligro⁶⁴ al fallar en sus deberes de formar a los subordinados, asegurar que las operaciones quedan dentro del umbral de riesgo permitido o establecer los sistemas adecuados de supervisión. Ello se retomará en el tercer nivel de imputación objetiva, que es dónde podrá negarse que el resultado constituyera realización del riesgo creado por la conducta descuidada (omisiva).

En concreto y con referencia a la posición de garante, el art. 28(a) sería un buen ejemplo del deber de evitar un resultado que proviene del dominio sobre una fuente de peligro. Si el sujeto falla al analizar su posición de garante podrá considerarse la aplicación del error de prohibición (art. 32(2) ER), que al igual que el error de tipo anteriormente abordado, dará lugar a la rebaja de la condena bajo los criterios del art. 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

⁶² Art. 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba: “*La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte (...)*”.

⁶³ HAVA GARCÍA, E., Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena, *InDret*, 2/2017, pp. 1 a 36, p. 22.

⁶⁴ Algunos autores consideran que esa vulneración del compromiso asumido por el sujeto de actuar a modo de barrera de contención de riesgos es el equivalente funcional de la causalidad en los casos de comisión por omisión. Vid. RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 146.

Por otro lado, el nivel de efectivo control o autoridad sobre las tropas regulará el deber de cuidado: esto es, si el comandante sospechara de la posible insubordinación de sus tropas o tuviera muestras de su desobediencia, la pauta de cuidado será distinta que para aquel comandante que mantiene indemne su autoridad sobre unas tropas obedientes. Para el segundo las normas de cuidado serán aquellas que dicta el Derecho Internacional Humanitario, mientras para el primero la exigencia se planteará mucho antes: no deberá desplegar sus tropas allá donde puedan causar crímenes competencia de la Corte o, al menos, no antes de corregir los defectos que observa en su mando.

Por otra parte, con respecto al elemento “control efectivo sobre las tropas”, los tribunales *ad hoc* ya habían considerado que se trataba de una cuestión de prueba y no de Derecho, que debía ser revisada en cada caso en concreto⁶⁵. El control efectivo requerirá que el comandante tuviera la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o de ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes⁶⁶. En particular, en el caso se demostró que Bemba tenía ese efectivo control por (i) la posición oficial de Bemba en la estructura de la MLC⁶⁷, (ii) el poder de Bemba para emitir órdenes que eran cumplidas, (iii) el poder de Bemba para designar, ascender, degradar, despedar, así como arrestar, detener y poner en libertad a los comandantes de la MLC; y (v) la conservación de su control y autoridad efectiva sobre las tropas de la MLC. Posteriormente, la Sentencia de apelación afirmaría tener dudas al respecto de que Bemba tuviera el conocimiento preciso e incluso el control efectivo de las tropas. No obstante, ese segundo pronunciamiento dejó solo enunciado este argumento y no profundiza en ello, pues cree que otras cuestiones ya son suficientes como para considerar la exculpación de Bemba.

⁶⁵ La Corte aclaró en el para. 188 (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*) que hay un número de factores que pueden indicar la existencia de control efectivo, entre los que se pueden incluir: (i) la posición oficial del comandante hacia la estructura militar y las tareas que realmente desempeña; (ii) su poder para emitir órdenes, incluyendo su capacidad de obligar a las fuerzas o unidades bajo su mando de sumarse a las hostilidades; (iii) su capacidad de asegurarse el cumplimiento de las órdenes, incluyendo la capacidad de considerar si las órdenes fueron realmente cumplidas; (iv) su capacidad de volver a subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; (v) su poder de ascender, reemplazar, despedar, o tomar medidas disciplinarios sobre cualquier miembro de las fuerzas, y de iniciar investigaciones; (vi) su autoridad para enviar fuerzas a localizaciones donde las hostilidades están tomando lugar y retirarlas en cualquier momento; (vii) su independencia para acceder y controlar los medios para dirimir la guerra, como los equipos de comunicación y las armas; (viii) su control sobre la financiación; (ix) la capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones o de interactuar con órganos externos o individuos en representación del grupo; (x) si representa a la ideología del movimiento a la que los subordinados se adhieren, en la que el sujeto tenga un perfil que haya sido manifestado a través de apariciones públicas y declaraciones.

⁶⁶ Cualquier otro grado de control, como la posibilidad de ejercer influencia- aunque sea sustancial- es insuficiente para establecer la responsabilidad del superior jerárquico. Vid. para. 183 de la Sentencia de Primera Instancia (*Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*).

⁶⁷ Como indica el párrafo 189: “que la persona tenga legal o formalmente la posición de superior jerárquico no es necesario ni suficiente por sí mismo, aunque puede funcionar como indicio de un control efectivo”. *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III*.

4.3. La capacidad de evitar el resultado

Deberá ser valorada no solo la capacidad de realización de la acción, relacionado con la posición de garante, sino también la capacidad de evitar el resultado, pues de lo contrario no habrá equivalencia entre la acción y la omisión. Hay que mencionar que este tipo de responsabilidad omisiva que se exige a los superiores presenta una particularidad añadida y es que se hace referencia a la comisión de los hechos por terceros que son evidentemente libres en su actuar por lo que, en principio, no se puede predecir con exactitud cuál sería su comportamiento a pesar de las medidas tomadas por sus superiores⁶⁸.

Ello no obstante no puede leerse en el sentido de impedir la aplicación del artículo: lo que debe hacerse es interpretar el estándar de la misma manera que se tiene en cuenta para los delitos activos. De esta forma, además de comprobar desde una perspectiva *ex ante* si la falta de la toma de medidas elevaba el riesgo general de comisiones delictivas por parte de los subordinados, también deberá comprobarse que es ese riesgo en concreto que la norma quería prever ha sido el que, *ex post*, ha dado lugar al resultado (tercer nivel de imputación objetiva, vid. *infra*). De lo contrario, a lo sumo, podría castigarse por tentativa⁶⁹, volviendo de nuevo a aplicar las precisiones establecidas en la regla 145 del Reglamento de Procedimiento y Prueba para modular la responsabilidad⁷⁰.

4.4. El elemento subjetivo

La Corte Penal Internacional, en la Sentencia de Primera Instancia, recordó que el elemento subjetivo puede ser probado mediante prueba directa o indirecta, pero nunca debe presumirse⁷¹. De esta manera, cuando el conocimiento del acusado provenga de indicios, la inferencia debe ser la única conclusión razonable que se pueda obtener de la prueba. Además, debe inferirse directamente del acusado, no del conocimiento público general o de otras personas de la organización a la que pertenece el acusado (para. 191-192).

Por otra parte, la Sentencia de Primera Instancia se pronuncia al respecto del nivel de detalle que tiene que alcanzar el conocimiento del superior, que, desde luego, poseerá un conocimiento distinto al de los autores materiales. Así, los párrafos 43 y siguientes⁷² abordan ese nivel con el que deberán ser descritos los cargos, materia conexa a lo anterior,

⁶⁸ Recoge esta problemática GARROCHO SALCEDO, A. M., *La responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 258-259. Sobre el principio de autorresponsabilidad y su inaplicabilidad como principio general vid. GRECO, L., “Dominio de la organización y el denominado principio de autorresponsabilidad”, en *Reflexiones sobre el Derecho penal*, Grijley, Perú, 2019, pp. 53 a 72.

⁶⁹ Art. 25(3)(f) ER.

⁷⁰ En concreto, la regla 145(1)(c) hace referencia al *degree of intent*, esto es, el grado de intencionalidad para con el delito; *the degree of participation of the convicted person*, el grado de participación de la persona condenada, y *the nature of the unlawful behaviour*, la naturaleza del comportamiento ilícito.

⁷¹ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

⁷² *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.*

pues la Sala, suscribiendo lo afirmado por la Sala de Cuestiones Preliminares, afirma que en caso de comisiones masivas de delitos, sobre todo por parte de comandantes que se encuentran en remoto, puede ser imposible dar un nivel de detalle suficiente sobre la comisión precisa de todos los crímenes (sus identidades, el número concreto, o su localización específica) o sobre quiénes fueron los autores directos; bastando, por tanto, brindar información suficiente al acusado como para posibilitar su defensa⁷³. Pero ello es cuestionado posteriormente por la Sentencia de apelación⁷⁴.

En general y sobre el concreto conocimiento de Bemba en el caso, la Sentencia de Primera Instancia afirma que, dados los hechos del caso, la notoriedad de los crímenes, la posición de Bemba, los canales disponibles de comunicación, el contacto regular entre Bemba y los oficiales que se encontraban en la República Centroafricana, las fuentes generales de información sobre los delitos cometidos (los medios de comunicación, las ONG, y los informes de inteligencia) y el conocimiento directo de Bemba sobre las alegaciones de los delitos, todo ello es suficiente para el convencimiento más allá de toda duda razonable de que Bemba supo que las tropas que estaban bajo su autoridad y control efectivo estaban cometiendo o se encontraban a punto de cometer crímenes contra la humanidad de asesinato y violación, y los crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje (para. 717).

Para terminar, y acerca de los tres niveles de conocimiento exigidos, el comandante o superior debería conocer: su posición de garante con respecto a las tropas (de lo contrario dará lugar a error de derecho o prohibición), si las medidas que estaba tomando eran las necesarias y razonables (de lo contrario dará lugar a error de hecho, vencible o invencible), y, por último, el propio conocimiento sobre la situación típica referido al comportamiento de los subordinados que configuran delitos de competencia de la Corte, que de lo contrario también dará lugar a error de hecho, que podrá ser a su vez vencible (si el comandante debió saber) o invencible, si el comportamiento de los subordinados era imprevisible, y por tanto, dado el principio de culpabilidad o responsabilidad, no podrá castigarse al superior jerárquico.

4.5. El nexo: la imputación objetiva

Con respecto a ese nexo exigido por el artículo 28 ER, por la propia naturaleza ontológica de un *no actuar* que acaba por dañar o poner en peligro bienes jurídicos relevantes para

⁷³ La doctrina se encontraba de acuerdo con estas afirmaciones. Vid. v. gr., AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 104.

⁷⁴ *Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on 3 the Appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute"* (Jun. 8, 2018), Appeals Chamber. Además, los magistrados Van den Wyngaert y Morrison consideraron que, aunque la mayoría de la Sala de Apelaciones hubiera aceptado que Bemba no tomó todas las medidas razonables y apropiadas, aún no estarían convencidos de que el acusado pudiera ser culpable de los crímenes contra la humanidad porque aunque es posible que la política de un Estado o una organización pueda, en circunstancias excepcionales, ser implementada por omisión, esa omisión debe ser deliberada “y conscientemente dirigida a provocar dichos ataques” por lo que sería completamente inapropiado asumir esta intención de la ausencia de acción de Bemba (*Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A)*, 14 June 2018, para. 71).

el Derecho penal, en ellos no será presupuesto necesario de la imputación objetiva el análisis de la existencia de una relación de causalidad, dado que la nada nada puede causar (*ex nihilo nihil fit*)⁷⁵. Por lo tanto, corresponderá afirmar la existencia del nexo si se estudian los tres niveles de imputación objetiva y se constata que el resultado puede ser imputado objetivamente al autor de los hechos.

En relación con la imputación objetiva en la comisión por omisión, gran parte de la doctrina ha sostenido que se trataría en realidad de un juicio de causalidad hipotética: ¿la actuación omitida podría haber evitado el riesgo que se ha concretado en el resultado? Aunque como puede fácilmente comprobarse, ello no es un juicio de causalidad estricto, naturalísticamente hablando⁷⁶, sino la constatación del segundo criterio de la imputación objetiva⁷⁷, esto es, si el foco de riesgo creado o desestabilizado por el autor que tenía el deber de controlarlo (posición de garante), ha sido el que ha dado lugar al resultado lesivo. Parte de los autores han considerado que ese juicio de causalidad hipotética debe responderse afirmativamente en aquellas ocasiones donde el actuar omitido hubiera podido evitar el resultado dañoso con una probabilidad rayana en la certeza. Otra parte de los estudiosos han contestado a esta cuestión afirmando que bastaría con que el actuar hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado dañoso (teorías de disminución del riesgo). En resumen, las dos posturas tratan de contestar a la misma pregunta: ¿Con cuánta probabilidad podemos afirmar que el actuar hubiera evitado el resultado? La primera de las teorías necesita de una probabilidad alta, muy cercana a la certeza. Las segundas se conforman con que el actuar hubiera disminuido las posibilidades del resultado.

Sin embargo, y como parte de la doctrina (no mayoritaria) ha mantenido, no se entiende por qué los delitos omisivos deberían conformarse con menos que sus modalidades activas, si la respuesta penal es la misma⁷⁸. ROXIN apuesta por una solución que él

⁷⁵ HAVA GARCÍA, E., “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *InDret*, 2, 2017, p. 21. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Trotta, 2006, Madrid, p. 339. DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, Rafael Castellanos Editor, 2^a ed., 1986, Madrid, p. 555 y ss. Roxin, considera que se puede hablar de causalidad en la omisión, aunque únicamente pueda ser hipotética. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Trad. Luzón Peña et al., Civitas/Thomson Reuters, 2014, Navarra, pp. 767-768,

⁷⁶ De hecho, autores como KOHLER comenzaron a utilizar las teorías normativas de la causalidad, que entendían la misma en un sentido social o normativo, y no mecánico, lo cual llevaría a las modernas teorías de la imputación objetiva. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Omisión e injerencia en el Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 844.

⁷⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10^a edición, Reppertor, 2015, p. 78 y ss. LUZÓN PEÑA, D. M., “Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., et al. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 685-702, p. 690. RODRÍGUEZ MESA, M. J., La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano), *Nuevo Foro Penal*, 12 (70), pp. 116-158, p. 149.

⁷⁸ De esta manera, MEZGER proponía la atenuación de la pena en el caso de la comisión por omisión. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, Vol. I., Trad. Rodríguez Muñoz, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010. Así también, ÁLVAREZ GARCIA, F. J., “Comisión por omisión y legalidad penal”, *Revista de*

considera intermedia, exigiendo que la acción no ejercida no solo hubiera podido disminuir el riesgo *ex ante* sino también desde una perspectiva *ex post*⁷⁹. Así, desde una perspectiva *ex ante* debe comprobarse si la acción omitida ha creado o aumentado un riesgo no permitido, que la propia norma quería evitar, pero también se requiere que *ex post*, haya sido ese riesgo y no ningún otro el que ha dado lugar al resultado. Si la acción omitida no era apta para evitar el resultado, se negará la capacidad del sujeto de evitarla y, por tanto, no existirá una omisión penalmente relevante⁸⁰. Por otro, si ha existido esa conducta peligrosa, que creó o desestabilizó un riesgo (primer criterio de imputación objetiva), pero no ha sido la que ha dado lugar al resultado lesivo (se niega el segundo criterio de imputación objetiva)⁸¹, como de normal se podrá castigar, a lo sumo, por tentativa si estamos considerando una omisión dolosa⁸².

De esta manera, tendrá que haberse creado un riesgo no permitido o que el riesgo existente se haya elevado por encima del umbral de lo permitido. Es necesario recordar que el despliegue de tropas siempre será un riesgo en sí mismo⁸³, pero el superior deberá actuar como barrera de contención de riesgos. En el segundo nivel deberá comprobarse que los resultados finalmente acaecidos eran los que la norma de cuidado pretendía evitar. Para terminar, deben haber sido esos riesgos creados o elevados por encima de lo permitido

Derecho penal, 22, 2007, pp. 43-68, p. 44. Este sector doctrinal también mantiene que una interpretación de la imputación objetiva en los delitos de omisión que solo requiera la disminución del riesgo supone transformarlos en delitos de peligro, además de vulnerar el principio de *in dubio pro reo*. Vid. así, *ibid.*, p. 66; HAVA GARCÍA, E., “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *InDret*, 2, 2017, p. 27. Por contra, PUPPE: “el principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza”. PUPPE, I., “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, *InDret*, 4, 2006.

⁷⁹ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Trad. Luzón Peña *et al.*, Civitas/Thomson Reuters, 2014, Navarra, pp. 773-774.

⁸⁰ *Ibid.* ROXIN considera que aquellas acciones que no son adecuadas para reducir el peligro, pero pueden ser exigidas deontológicamente deben considerarse tentativas inidóneas.

⁸¹ RODRÍGUEZ MESA, M. J., La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano), *Nuevo Foro Penal*, 12 (70), pp. 116-158, p. 154.

⁸² ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Trad. Luzón Peña *et al.*, Civitas/Thomson Reuters, 2014, Navarra, p. 700. ÁLVAREZ GARCÍA tilda esta respuesta como la “más atinada”, por el contrario de aquellos autores que consideran que esta respuesta deja demasiado espacio a la impunidad. ÁLVAREZ GARCIA, F. J., “Comisión por omisión y legalidad penal”, *Revista de Derecho penal*, 22, 2007, pp. 43-68.

⁸³ La opinión separada de los jueces Van den Wyngaert y Morrison a la Sentencia de Apelación del caso Bemba (*Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A)*, 14 June 2018) afirma que afirman que no es suficiente para el superior jerárquico conocer que hay un riesgo general de que sus tropas cometan delitos indeterminados, pues ese riesgo es inherente a toda operación militar y ello no produce que se tenga que tomar ninguna medida por parte del comandante, más allá de la disciplina y promover el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario. Las obligaciones, por tanto, no comenzarían hasta que el comandante es consciente de la existencia de unos riesgos específicos. Ello es lógico, porque sin un conocimiento concreto de que es lo que se debe prevenir es imposible diseñar medidas válidas o pautas de cuidado que eviten riesgos desconocidos.

los que han dado lugar a los resultados dañosos producidos. Ese riesgo debe ser el que se ha realizado en el resultado, y no cualquier otro⁸⁴.

Por ejemplo, si el superior toma todas las medidas que se pueden exigir a este tipo de superiores dadas las circunstancias del caso, pero sin embargo las tropas se desbandan y se insubordinan por un rumor enemigo de que han perdido la guerra y comienzan a cometer crímenes de pillaje para satisfacer sus necesidades económicas al temer (infundadamente) que no se les va a compensar por sus servicios ante la derrota ocurrida, no podrá castigarse al superior. Y ello por tres razones: porque si se han tomado todas las medidas necesarias no se daría la situación típica (omisión de medidas), porque no se habría elevado el riesgo por encima de lo permitido y porque, por tanto, el resultado no habrá sido producto de ningún omitir del comandante.

No obstante, si en el caso concreto hubiera habido omisiones de los deberes del superior desde luego podrá haberse elevado el riesgo por encima de lo permitido, al no actuar como barrera de contención del peligro. Piénsese por ejemplo en el superior que sabiendo que los soldados están pasando penurias económicas por las bajas remuneraciones de su ejército, los despliega en una zona donde existen abundantes fuentes de riqueza pertenecientes a la población civil que se dedica a la extracción de materiales preciosos, a sabiendas de la escasa formación de los mismos en Derecho Internacional Humanitario, y sin darles instrucciones precisas sobre la prohibición de los botines de guerra. Ahora bien, si finalmente acaban sucediendo crímenes competencia de la Corte que nada tienen que ver con saqueos o con autocompensaciones de los militares, sino con una persecución de ciertos miembros de la población civil por motivos religiosos (practicar un credo distinto a la milicia), en principio el resultado no ha sido realización del riesgo concreto, sino de otros riesgos que provienen del despliegue de tropas armadas frente a una población civil indefensa.

En el caso en concreto, la Corte Penal Internacional consideró que el artículo 28(a) estipula que el superior va a ser responsable por aquellos delitos que se hayan cometido “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”, siendo un principio fundamental del Derecho penal que una persona no puede ser criminalmente responsable de un delito en ausencia de un nexo personal con el mismo. No obstante, la Corte se decanta por situarse junto a la mayoría de la doctrina que mantiene que los delitos omisivos pueden conformarse con “menos” que sus modalidades activas, bastando con la probabilidad (aunque no especifique cual) de que el resultado haya sido producto de la omisión del sujeto activo. La Sala de Primera Instancia tan solo aclaró que el Estatuto de Roma no requiere el establecimiento de una “but for causation” (“de no ser por” o *conditio sine qua non*), entre la omisión del superior y los crímenes cometidos, pues habría que tener en cuenta -afirma la Corte- “la particular naturaleza de la responsabilidad

⁸⁴ Así lo entienden GARROCHO SALCEDO y RODRÍGUEZ MESA. RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 147 y 152. GARROCHO SALCEDO, A. M., “El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados”, en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 459 a 472, p. 471.

del superior”⁸⁵. Así, las consideraciones prácticas y legales impedirían tomar partido por un *standard* que convierta en imposible la aplicación consistente y objetiva del precepto, teniendo en cuenta la evaluación hipotética que habría que llevar a cabo en los casos de omisión. En su parágrafo 213, la Sala afirma que el requerimiento del nexo sería claramente satisfecho cuando se establece que los crímenes no se habrían cometido en las circunstancias o en la forma en la que fueron cometidos si el superior hubiera ejercido su control adecuadamente⁸⁶. Aun así, el tribunal considera que el estándar que está describiendo es superior al que exige el ER y que no necesita de mayores consideraciones, a la vista de los hechos probados. Pierde así la Corte la oportunidad de establecer claramente cuál es el estándar que se necesita para condenar al superior, afirmando únicamente que sería inferior a la *conditio sine qua non*. Sin embargo, la Decisión de Confirmación de Cargos había considerado abiertamente que era suficiente a tales efectos con que la omisión incrementara el riesgo⁸⁷.

De la lectura de los votos particulares de ambas sentencias, puede observarse que esta es una de las cuestiones más polémicas. Así, en opinión de la jueza Steiner, la Sala consideró que únicamente es necesario probar que la omisión del superior incrementó el riesgo de comisión de los delitos cometidos para hacerlo responsable penalmente por el art. 28 del ER⁸⁸. El razonamiento termina con la conclusión de que no cualquier probabilidad (esto es, un enfoque completamente flexible) de que la actuación del superior pudiera prevenir los crímenes puede ser considerada suficiente, sino que al menos, debe requerirse una alta probabilidad⁸⁹. Sin embargo, el magistrado Ozaki parece decantarse hacia el requisito de la *conditio sine qua non*: afirmó que se trata de un criterio utilizado en muchas jurisdicciones domésticas, a la par que advirtió que la Corte debe tener en cuenta que no puede perturbar el cuidadoso equilibrio de la culpabilidad en el marco del Estatuto,

⁸⁵ Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III.

⁸⁶ La nota al pie 482 menciona que esto hace referencia al estándar “would or would probably” (hubiera evitado o probablemente hubiera evitado) o, según el BGH, la teoría de la quasicausalidad (Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016); Trial Chamber III. Trial Chamber III).

⁸⁷ Decisión de confirmación de cargos, párr. 425 (*Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II*).

⁸⁸ Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner (ICC-01/05-01/08-3343-AnxI 21-03-2016 1/11 NM T), 21 March 2016.

⁸⁹ La doctrina se encuentra dividida en este punto: AMBOS y ABOUELDAHAB, consideran que una imputación justa debe ir más allá de un mero incremento del riesgo, decantándose por la *conditio sine qua non*. A su vez admiten que, si finalmente se opta por el enfoque de riesgo, el grado de riesgo requerido tiene que ser definido y compartiendo la visión de la magistrada Steiner, afirman que no bastaría con cualquier probabilidad sino aquella que se necesita que sea “muy probable que la falta de intervención haya dado lugar a los crímenes correspondientes”. AMBOS K., ABOUELDAHAB S., La responsabilidad del mando y el proceso de paz colombiano, pp. 23 a 68, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 55. WEIGEND también se decanta por la alta probabilidad. Cfr. WEIGEND, T., La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 200.

respetando el principio de responsabilidad personal, que, en este contexto, requiere que al menos la responsabilidad del acusado debe quedar restringida a aquellos resultados que son razonablemente previsibles⁹⁰.

Para terminar, la opinión separada de los jueces Van den Wyngaert y Morrison a la sentencia de apelación consideró que de decantarse la Corte por la *conditio sine qua non*, la mayoría de los casos de omisión quedarían fuera del artículo 28⁹¹. Pero por otro, consideran que la omisión de tomar medidas es una omisión de reducir un riesgo existente de que algo pase. Si el superior no hace nada, las posibilidades de que los subordinados cometan un delito se mantendrían iguales, no se incrementan. La responsabilidad del comandante es, por tanto, reducir el riesgo de que sus subordinados cometan delitos. La omisión de reducir un riesgo no puede ser interpretada como una causa de la manifestación de ese mismo riesgo (para. 55). Por tanto, los magistrados acogen la visión de que el artículo 28 ER no recoge y no debe recoger que los comandantes sean *los causantes* de que los subordinados cometan los delitos. Es decir, que al igual que en los tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional no requeriría ningún nexo.

5. CONCLUSIONES

No fue precisamente la interpretación del artículo 28 ER la que dio lugar al pronunciamiento absolutorio en el caso Bemba. Aunque es cierto que finalmente las medidas tomadas por el superior jerárquico fueron consideradas suficientes (y, por tanto, no puede hablarse de *omisión*), ello se debió principalmente a cuestiones procesales: gran parte de los delitos por los que Bemba había sido condenado en primera instancia dejaron de tenerse en cuenta posteriormente, pues la Sala de Apelaciones estimó que no debían haberse considerado en el procedimiento, al no aparecer claramente delimitados en la Decisión de Confirmación de Cargos⁹², sino en otros documentos adjuntos a ésta e, incluso, en documentos posteriores a la misma⁹³. Fue esa disminución del volumen de delitos objeto de enjuiciamiento la que tuvo una consecuencia directa en los cargos por omisión: las medidas tomadas por Bemba fueron consideradas como “suficientes” por la Sala de Apelaciones, en relación con los escasos delitos probados.

⁹⁰ *Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki (ICC-01/05-01/08-3343-AnxII 21-03-2016 1/18 NM T)*, 21 March 2016.

⁹¹ *Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 08-06-2018 1/34 EC A)*, 14 June 2018.

⁹² Vid. sobre la cuestión WEIGEND, T., *La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?*, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la sentencia de apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 189.

⁹³ Aunque puede que no haya tenido incidencia en el procedimiento principal, no debe olvidarse que, en el año 2016, tanto Bemba como otros sujetos bajo investigación en la Situación en la República Democrática del Congo, fueron condenados por la Corte Penal Internacional por delitos contra la administración de justicia. En concreto, Bemba fue condenado por los comportamientos recogidos en el artículo 70(a), (b) y (c), esto es, dar falso testimonio, presentación de pruebas falsas y corrupción de testigos. Vid. *Bemba et al. case, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red*, 19 October 2016, Trial Chamber VII.

A pesar de que no haya sido la interpretación de la responsabilidad del superior el centro de las cuestiones decisivas en el caso Bemba, la Sala de Apelaciones brindó una serie de pautas para venideras condenas por este título de imputación, sobre todo en materia más procesal que penal sustantiva. De esta manera, parece que con respecto a las medidas que el superior debería haber tomado, no solo habrá de hacerse referencia expresa a las mismas, sino que deberá probarse un vínculo directo entre estas y los crímenes finalmente cometidos por los subordinados⁹⁴. Además, la “razonabilidad” de las medidas deberá valorarse, más allá de toda duda razonable, desde los delitos efectivamente probados, no sobre la magnitud de la totalidad de los crímenes denunciados en la situación. Por supuesto, corresponderá a la Fiscalía probar en todo caso la irracionalidad de las medidas tomadas por el superior⁹⁵.

Por lo que respecta a los caracteres de la responsabilidad por omisión, la Corte Penal Internacional sí ha aclarado la naturaleza de la misma⁹⁶, decantándose por describirla como una causal de responsabilidad (a título de autor) *sui generis*, a la cual se le exige la demostración de un nexo entre la omisión del superior jerárquico y los delitos finalmente cometidos por los subordinados. Por tanto, parece que deberá valorarse la aplicación de los criterios de la comisión por omisión, incluso en aquellas omisiones que provienen de acciones debidas *a posteriori* de la comisión de los hechos por los subordinados (esto es, las obligaciones de reprimir, castigar o llevar ante las autoridades competentes), pues efectivamente esas omisiones también abonan (y, en este sentido, “causan”) la posibilidad de comisión de futuros actos criminales, en la medida en que la pasividad del superior ante la comisión de delitos por parte de los subordinados crea un caldo de cultivo proclive a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Con relación a los criterios de imputación, tanto la Sala de Primera Instancia como la de Apelaciones han esquivado pronunciarse al respecto de los mismos. Así, la Sala de Primera Instancia III se limitó a mencionar que no era necesario un estándar de *but for causation*. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares II sí se decantó claramente por el criterio de la disminución del riesgo. Entre las propuestas a las cuestiones aún no resueltas se plantea la superación del elemento causal, tan difícilmente sostenible en

⁹⁴ Que deberán describirse pormenorizadamente en la Decisión de Confirmación de Cargos. Cfr. WEIGEND: “Se podría argumentar que la culpa del comandante es que no haya tomado “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance” para prevenir o reprimir los delitos de los subordinados (Art. 28 (a) (ii) del. ECPI), de ahí que los cargos contra él solo necesiten describir el período de tiempo en el cual debería haber tomado tales medidas. Sin embargo, en virtud del Art. 28 el comandante no es condenado simplemente por no haber ejercido control sobre sus tropas (lo que podría haber sido un enfoque sensato para la formulación del ECPI), sino que se le considera responsable de los mismos crímenes que cometieron sus subordinados. Por lo tanto, es imperativo que las acusaciones individualicen cada crimen *subyacente*”. WEIGEND, T., La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la sentencia de apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 192.

⁹⁵ Vid. sobre las medidas COTE BARCO, G. E., “El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional”, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 69-123, pp. 117-118.

⁹⁶ Aunque dadas las diversas opiniones que se plasmaron en los “votos particulares” no se puede determinar con seguridad que la Corte vaya a mantener el mismo criterio en venideros pronunciamientos.

comportamientos omisivos, para pasar directamente al análisis de la imputación objetiva; conforme a ella, se debería permitir imputar el resultado siempre y cuando la omisión del superior haya omitido una acción que haya acarreado un peligro no permitido desde una consideración *ex ante*, y haya sido este mismo peligro el que haya dado lugar a los resultados dañosos desde una perspectiva *ex post*. De esta manera podrá equipararse el nivel de exigencia en la imputación entre comportamientos activos y omisivos, dotando de un ámbito de aplicación delimitado al artículo 28 ER, sin renunciar por ello a las garantías penales que deben exigirse en todo caso en este tipo de procedimientos.

Finalmente, es necesario recordar las posibilidades de argumentar la presencia de un error de hecho (de tipo) o de un error de derecho (de prohibición) previstas en el artículo 32 del Estatuto de Roma; posibilidad aun inexplorada por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, pero que puede resultar útil a la hora de resolver las problemáticas propias de estos elementos en ciertas situaciones, en las que el sujeto activo desconoce alguno de los elementos objetivos del tipo, o bien valora erróneamente la antijuricidad de su comportamiento.

6. REFERENCIAS

- ÁLVAREZ GARCIA, F. J., “Comisión por omisión y legalidad penal”, *Revista de Derecho penal*, 22, 2007, pp. 43-68.
- AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- AMBOS K., ABOUELDAHAB S., “La responsabilidad del mando y el proceso de paz colombiano”, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. pp. 23-68.
- AMBOS, K., *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La distancia en sí misma no sirve como defensa en la responsabilidad del mando, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 153-158.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Dando sentido a la responsabilidad del mando”, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 145-154
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Trotta, 2006, Madrid.
- COTE BARCO, G. E., “El caso Bemba: ruptura o continuidad en el desarrollo de la responsabilidad del mando en el derecho penal internacional”, en AMBOS, K.,

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 69-123.
- DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, Rafael Castellanos Editor, 2^a ed., 1986, Madrid.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Omisión e injerencia en el Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARROCHO SALCEDO, A. M., “El deber de cuidado de los jefes militares ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados”, en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 459-472.
- GARROCHO SALCEDO, A. M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 53 (1), 2000, pp. 29-132.
- GRECO, L., “Dominio de la organización y el denominado principio de autorresponsabilidad”, en *Reflexiones sobre el Derecho penal*, Grijley, Perú, 2019.
- HAVA GARCÍA, E., “Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena”, *InDret*, 2, 2017.
- JACKSON, M., “La motivación de un comandante en el caso Bemba, Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación”, en AMBOS, K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción a la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 169-177.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, Vol. I., Trad. Rodríguez Muñoz, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10^a edición, Reppertor, 2015.
- OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en el Derecho penal internacional. En homenaje al Prof. Augusto Martínez Ocampo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., “La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el Derecho internacional contemporáneo”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 10, noviembre de 2007, pp. 153 a 198.
- PUPPE, I., “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, *InDret*, 4, 2006.

ROCHA HERRERA, M., “¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional”, *ANIDIP*, 6, 2018, pp. 10-58.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano), *Nuevo Foro Penal*, 12 (70), pp. 116-158.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., Alcance de la imputación objetiva en los delitos de omisión impropia, pp. 365-397, en CHAN MORA, G., LLOBET RODRÍGUEZ, J. (coords.), Homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años, *Revista digital de la maestría en ciencias penales*, 5, 2014.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Trad. Luzón Peña et al., Civitas/Thomson Reuters, 2014, Navarra.

SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, J.M. Bosch Editor, 1986, Barcelona.

TORÍO LÓPEZ, A., “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 37, 3, 1984, pp. 693-707.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., et al. (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 685-702.

WEIGEND, T., “La absolución del señor Bemba: ¿Un atajo a la justicia?”, en AMBOS K., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (eds.), *El caso Bemba y la responsabilidad del mando. Comentarios y traducción de la Sentencia de Apelación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 2^a ed., Valencia, 2011.

La protección jurídica del pasajero con necesidades especiales en el transporte aéreo

Legal protection of passengers with special needs in air transport

MARÍA TERESA GÓMEZ PRIETO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz (España)

teresa.gomezprieto@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-4268-3893>

Resumen: El Reglamento (CE) nº 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, establece un régimen protector que pretende garantizar el derecho efectivo a realizar el viaje en avión contratado. Se pretende un doble objetivo: proteger a estas personas de la discriminación y asegurar que reciban asistencia, estableciéndose obligaciones para las entidades gestoras del aeropuerto, el empresario de transporte aéreo y operadores turísticos. Para ello, como regla básica, se prohíbe que se les deniegue el embarque por razón de discapacidad o movilidad reducida (con las excepciones justificadas que contempla la propia norma); además se establece una obligación de asistencia integral (desde el acceso al aeropuerto de origen al de salida, en vuelo e incluso en tránsito entre vuelos en el aeropuerto), que debe prestarse sin coste adicional alguno para estos pasajeros. En este trabajo se analizan los aspectos positivos y negativos de esta norma, así como la interpretación y aplicación que desde su entrada en vigor se ha hecho de la misma por los tribunales y por las instituciones de la Unión Europea.

Recepción: 04/08/2022

Aceptación: 15/11/2022

Cómo citar este trabajo: GÓMEZ PRIETO, María Teresa, “La protección jurídica del pasajero con necesidades especiales en el transporte aéreo”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 85-136, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.04>

Abstract: Regulation (EC) No 1107/2006, rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air establishes a protective regime that aims to guarantee the effective right to make the contracted air trip. A double objective is intended: to protect these people from discrimination and to ensure that they receive assistance, establishing obligations for the managing entities of the airport, the air transport entrepreneur and tour operators. To this end, as a basic rule, it is forbidden to deny them boarding on the grounds of disability or reduced mobility (with the justified exceptions contemplated by the rule itself); In addition, an obligation of comprehensive assistance is established (from access to the airport of origin to departure, in flight and even in transit between flights at the airport), which must be provided at no additional cost to these passengers. This paper analyzes the positive and negative aspects of this rule, as well as the interpretation and application that since its entry into force has been made of it by the courts and by the institutions of the European Union.

Palabras clave: pasajero, transporte aéreo, discapacidad, movilidad reducida, denegación de embarque, deberes de asistencia, no discriminación.

Keywords: passenger, air transport, disability reduced mobility, denied boarding, duties of assistance, non-discrimination.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN DEL PASAJERO CON NECESIDADES ESPECIALES. EL REGLAMENTO (CE) N° 1107/2006. 3. EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO (CE) N° 1107/2006: 3.1. Ámbito de aplicación. 3.1.A. Objetivo; 3.1.B. Subjutivo. 3.2. Objetivos del Reglamento (CE) nº 1107/2006. Consideraciones generales. 3.3. La prohibición de denegación de embarque por razón de discapacidad o movilidad reducida: 3.3.A. Régimen general. 3.3.B. Excepciones.3.3.C. Consecuencias de la denegación de embarque. 3.4. Derecho de asistencia. 3.4.A. Contenido. 3.4.B. Carácter gratuito para el pasajero discapacitado o con movilidad reducida. 3.5. Derecho de información. 3.6. Otros derechos del pasajero discapacitado o con movilidad reducida: 3.6.A. El derecho a un trato prioritario. 3.6.B. El derecho a la privacidad. 3.6.C. El derecho a llevar un perro guía. 3.6.D. El derecho a llevar equipo de movilidad. 4.. LOS DEBERES DEL PASAJERO DISCAPACITADO O CON MOVILIDAD REDUCIDA. 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación¹, tiene como objetivo garantizar la accesibilidad cognitiva de todas las personas con dificultades de comprensión y comunicación del entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones a disposición o de uso público, tanto

¹ BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022. 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 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

en zonas urbanas como rurales. «la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación». Objetivo extenso que se proyecta también sobre la lectura fácil, que hay que entender como el «método que aplica un conjunto de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño y maquetación de documentos, y a la validación de la comprensibilidad de estos, destinado a hacer accesible la información a las personas con dificultades de comprensión lectora». No se detiene aquí la accesibilidad cognitiva, sino que contribuyen a ella y permiten satisfacer sus aspiraciones un repertorio amplio de sistemas y técnicas como los modos, medios y formatos aumentativos y alternativos de comunicación, entre los que se encuentran los pictogramas y la señalización de espacios que permiten interpretar y comprender los distintos entornos construidos y sus usos e interacciones (Preámbulo de la Ley 6/2022).

Esta Ley vuelve a poner en evidencia la necesidad de una regulación específica protectora de las personas con discapacidad y, en general, para las personas con necesidades especiales. Entre los sectores en los que alcanza una especial relevancia esa normativa específica destaca, por su frecuencia y por las dificultades asociadas al mismo, el transporte aéreo².

A partir del año 2007, con alguna breve oscilación, el transporte aéreo de personas ha ido consolidándose hasta colocarse en su máximo histórico que, en el año 2019, antes de la situación de crisis provocado por la pandemia Covid-19, llegó a ser de 274,9 millones de transportes³. Por su parte, el número de personas con algún tipo de discapacidad o dependencia ha aumentado hasta llegar a más del nueve por ciento de la población española, siendo cada vez más frecuente que utilicen el avión como medio de desplazamiento para largas distancias, llegándose a cifrar en años anteriores en más de un millón de pasajeros al año⁴.

Como normativa general, hay que citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU. La Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA) elaboró la Resolución 700 sobre *Acceptance and Carriage of Incapacitated Passengers*; actualmente la protección al pasajero con discapacidad o con movilidad reducida es una de las constantes de esta Asociación, como se evidencia en la publicación, entre otras actividades, de la *Resolution*

² SERRANO MARTÍNEZ y GARCÍA MARÍN, “Cambios recientes del tráfico de pasajeros en los aeropuertos españoles: modificaciones acusadas en un contexto económico desfavorable” en *Revista Transporte y Territorio*, núm. 12, 2015, págs. 127 a 149.

³ INE: *Estadística de Tráfico en los Aeropuertos Españoles*, publicada en www.ine.es

³ INE: *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia* 2020, publicada en www.ine.es

⁴ [Https://www.elconfidencial.com/sociedad/2019-07-19/vuelos-personas-movilidad-reducidaAena-bra_2107887/](https://www.elconfidencial.com/sociedad/2019-07-19/vuelos-personas-movilidad-reducidaAena-bra_2107887/) cndh.org.mx.

on Disabled Passengers emitida en 2019 y de The 1st edition of the IATA passenger Accessibility Operations manual (IPAOM)⁵

España dispone de legislación relacionada con la accesibilidad universal desde el año 2003, en virtud de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁶, posteriormente sustituida por el citado 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 social⁷; y, el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad⁸.

Asimismo, hay que tener en cuenta la Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información⁹ convierte la accesibilidad Web en una obligación legal, garantizándose la accesibilidad a las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos. En su artículo 2 apartados f y g contempla la obligación de disponer de un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios al público de especial trascendencia económica a «Servicios de agencia de viajes, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes» y «Servicios de transporte de viajeros por carretera, ferrocarril, por vía marítima, o por vía aérea, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa específica aplicable»¹⁰.

2. LA PROTECCIÓN DEL PASAJERO CON NECESIDADES ESPECIALES. EL REGLAMENTO (CE) N.º 1107/2006

Respecto del transporte aéreo de pasajeros, un primer precedente de relevancia en la protección a determinados pasajeros se encuentra en el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil de 7 de diciembre de 1949, que supone una referencia para los transportistas a la hora de adoptar las medidas necesarias para la correcta atención de las personas con movilidad reducida, tales como incluir un equipo de movilidad mínimo a bordo, transportar a las personas que lo precisen y sus animales guía y permitir que

⁵ <https://www.iata.org/en/policy/consumer-pax-rights/accessibility/>.

⁶ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

⁷ La disposición derogatoria única de este deroga expresamente la Ley 51/2003, citada.

⁸ BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2007.

⁹ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

¹⁰ Vid. un análisis general sobre la problemática de la persona con discapacidad o con movilidad reducida como turista, así como diversa normativa protectora, con especial incidencia en la regulación del transporte, en VIVAS TESÓN, “Turismo accesible e inclusivo: la protección jurídica del consumidor con discapacidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2, 2012, págs. 171 a 185, y doctrina allí citada.

decidan si necesitan acompañante para realizar el vuelo¹¹. Este Convenio resulta además especialmente relevante ya que a partir del mismo la mayor parte de las compañías aéreas con nacionalidad en países pertenecientes a la Unión Europea firmaron el Apéndice del Compromiso de Servicio de las Compañías Aéreas con los Pasajeros en 2001, por el que deben garantizar la autonomía de los usuarios con discapacidad; y, en el mismo sentido, las principales compañías aéreas españolas y Aena (entidad pública gestora de los Aeropuertos Españoles) suscribieron dicho Compromiso en julio de 2001¹². En la práctica, cada aerolínea adopta su propio protocolo en la materia, que aparece reflejado en su Manual de Operaciones¹³.

En el Derecho positivo, como consecuencia de la preocupación de la Unión Europea por la protección del pasajero con necesidades especiales se incrementa la normativa sobre la misma, en el transporte por carretera¹⁴, ferrocarril¹⁵ y marítimo¹⁶ así como en el aéreo.

¹¹ Para un análisis de la evolución de la normativa protectora en otros Ordenamientos vid. GÓMEZ ROJO, “Regulación histórico-jurídica del transporte aéreo de pasajeros con movilidad reducida en Derecho comparado”, *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, núm. 24, 2007, págs. 3.647 a 3.656.

¹² Vid. “Manual Técnico para la Accesibilidad aeroportuaria” (en [¹³ SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, “El transporte aéreo de los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 17, 2016, págs. 179 a 212; asimismo, SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, J.M. “El transporte aéreo de los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, en ZUBIRI DE SALINAS, M. \(Directora\), *El contrato de transporte de viajeros: nuevas perspectivas*, Cizur Menor, 2016, págs. 105 a 154. \(la coincidencia en muchos de los planteamientos del autor en los dos trabajos citados las referencias en lo sucesivo se harán solo al primero\).](https://www.Aena.es/sites/Satellite?Language=es_ES&antp=1575081236933&c=VentaPub_C&cid=1575083539930&pagename=VentaPublicaciones#:~:text=Aena%20tiene%20el%20compromiso%20de%20garantizar%20el%20principio,y%20facilitar%2C%20as%C3%AD%2C%20el%20uso%20del%20transporte%20p%C3%B3Ablico).)</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁴ La acción protectora de la Unión Europea pretende extenderse a autobuses de piso bajo, a los autocares, a los autobuses de largo recorrido y al ferrocarril; vid., Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, vid., sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (DOUE L 55/1, de 28 de febrero de 2011).

¹⁵ Medidas protectoras se establecían en la ya derogada Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario europeo convencional (DOUE-L-2001-81011); vid., asimismo, Reglamento (UE) 2021/782 del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (DOUE L 172/1, de 17 de mayo de 2021), derogando y mejorando las disposiciones del Reglamento (CE) nº 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (DOUE-L-2007-82207); Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 881/2004 (DOUE-L-2016-80892) y a la que se encomienda, en su competencia de elaborar dictámenes y recomendaciones, consultar con los representantes de las personas con discapacidad o movilidad reducida

¹⁶ Directiva 2003/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 98/18/CE sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje, para el transporte marítimo, incorporada al Derecho español por Real Decreto 1247/1999, de 16 de julio, sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1999); Reglamento (UE) nº 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (DOUE-L-2010-82361). Téngase en cuenta, además, el Código sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar, así como la

En el transporte aéreo de pasajeros, hay que citar el Reglamento (CE) n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular¹⁷. En esta norma se establece que: «Los transportistas aéreos encargados de efectuar un vuelo deben satisfacer las necesidades especiales de las personas con movilidad reducida y de sus acompañantes» (Considerando 19). Es una normativa protectora que parece limitarse sólo a la persona con movilidad reducida, si bien en el artículo 1.i se define a estas en términos muy amplios: “persona con movilidad reducida, toda persona cuya movilidad esté reducida a efectos de la utilización de un medio de transporte debido a cualquier deficiencia física (sensorial o de locomoción, permanente o temporal) o mental, a su edad o a cualquier otra causa de discapacidad, y cuya situación necesite una atención especial y la adaptación a sus necesidades de los servicios que se ponen a disposición de todos los pasajeros».

Además, como norma específica se elaboró el Reglamento (CE) n.º 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de Julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo¹⁸, «que es de aplicación a las personas con discapacidad o movilidad reducida que utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de los aeropuertos situados en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, lleguen a esos aeropuertos o transiten por ellos» (artículo 1.2). Por lo tanto, no son exigibles los derechos citados en el presente Reglamento en los vuelos de terceros países, sin perjuicio de las normas que regulen el transporte aéreo en estos Estados¹⁹.

En otro orden, el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 contempla expresamente la concurrencia de distintas normas protectoras del pasajero; de hecho, en el Considerando 3 se establece que «El presente Reglamento no afectará a los derechos de los pasajeros establecidos en la Directiva 90/314/CEE y en el Reglamento (CE) n.º 261/2004. En caso de que un mismo suceso diera lugar al mismo derecho de reembolso o de cambio de reserva con arreglo a uno de esos actos legislativos así como al presente Reglamento, la persona interesada debe poder ejercer tal derecho una sola vez como mejor le convenga».

Recomendación de la Organización Marítima Internacional (OMI) sobre el proyecto y las operaciones de los buques de pasaje para atender a las personas de edad avanzada o con discapacidad.

¹⁷ DOUE L 2004-80291; DOUE núm. 46, de 17 de febrero de 2004.

¹⁸. DOUE L 204, de 26 de julio de 2006.

¹⁹ Sobre el plan de la Unión Europea de protección a las personas con discapacidad que utilicen cualquier medio de transporte público, vid. VILA, “Mayor accesibilidad para los pasajeros con discapacidad”, *FIAPAS: Confederación Española de Familias de Personas Sordas*, núm.104, 2005, págs. 17 y 18. Sobre la propuesta de modificación de la normativa europea, GASCÓN MARCÉN, “Propuesta de reforma de los derechos de los pasajeros aéreos en la unión europea”, en GUILLÉN NAVARRO e IÑIGUEZ BERROZPE (Coordinadores), *Congreso Internacional de Turismo de Zaragoza 2014: actas*, 2015, págs. 123 a 135.

Hay que tener en cuenta para el contrato de viaje combinado, la Directiva (UE) 2015/2436 en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, incorporada a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre²⁰, por el que se modifica el artículo 161, apartados 5 a 7 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , contemplan el supuesto de que «una proporción significativa de los servicios de viaje no pueda prestarse según lo convenido en el contrato de viaje combinado», en este supuesto el organizador o, en su caso, el minorista, ofrecerá, sin coste adicional alguno para el viajero «fórmulas alternativas adecuadas», de ser posible de calidad equivalente o superior a las especificadas en el contrato, para la continuación del viaje combinado, también cuando el regreso del viajero al lugar de salida no se efectúe según lo acordado

Si es imposible garantizar el retorno del viajero según lo convenido en el contrato debido a circunstancias inevitables y extraordinarias, el organizador o, en su caso, el minorista asumirá el coste del alojamiento que sea necesario, de ser posible de categoría equivalente, por un período no superior a tres noches por viajero. Cuando la normativa europea sobre derechos de los pasajeros, aplicable a los correspondientes medios de transporte para el regreso del viajero, establezca períodos más largos, se aplicarán dichos períodos. La limitación de costes a que se refiere el apartado anterior no se aplicará a las personas con discapacidad o movilidad reducida, tal como se definen en el artículo 2.a) del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, ni a sus acompañantes, si sus necesidades particulares han sido participadas al organizador o, en su caso, al minorista al menos cuarenta y ocho horas antes del inicio del viaje. El organizador y el minorista no podrán invocar las circunstancias inevitables y extraordinarias a efectos de la limitación de responsabilidad, conforme al apartado 7, si el transportista no puede acogerse a estas circunstancias en virtud de la normativa europea. Además, consideramos que en este caso está implícita la obligación de que el alojamiento proporcionado sea accesible para la persona con discapacidad o con movilidad reducida y, en su caso, para el perro guía o equipo asistencial que necesite.

En consonancia, en el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 se establece que el mismo no debe afectar a los demás derechos de los pasajeros establecidos en la normativa comunitaria, y, especialmente, en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Posteriormente, ésta fue derogada por la Directiva (UE) 2015/2302. en la que se recogen una serie de directrices relativas a la información que ha de recibir el pasajero con discapacidad en materia de contratos de viaje combinado en su artículo 5.viii), entre otros. Este dice textualmente «si el viaje o vacación es en términos generales apto para personas con movilidad reducida y, a petición del viajero, información precisa sobre la idoneidad

²⁰ BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018.

del viaje o vacación en función de las necesidades del viajero». Facultando al pasajero la posibilidad de conocer si es conveniente que realice el trayecto.

Como evidencia de la preocupación de la Unión Europea por la protección del pasajero aéreo con discapacidad o con movilidad reducida se elabora, en el ámbito de la misma, numerosa documentación: en 2011, se publica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El funcionamiento y la aplicación de los derechos establecidos para los pasajeros del transporte aéreo»²¹, donde se evidencia la falta de una aplicación e interpretación uniforme de la normativa europea y se señalan algunos aspectos deficientes de la misma, indicándose la necesidad de unas Directrices interpretativas que permitan asegurar y uniformar el nivel de protección; también el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento y los efectos del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, publicado en Bruselas el 11 de abril de 2011²² (en adelante Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011); asimismo las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (C/2016/3502)²³; y las Directrices Interpretativas para la aplicación del Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (en adelante Directrices Interpretativas Reglamento 1107/2006)²⁴.

3. EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO (CE) N° 1107/2006

3.1. Ámbito de aplicación

3.1.A. Objetivo

El artículo 1 del Reglamento (CE) nº 1107/2006 en los párrafos 2 a 5 establece el ámbito de aplicación del mismo: « Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicables a las personas con discapacidad o movilidad reducida que utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de los aeropuertos situados en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, lleguen a esos aeropuertos o transiten por ellos», añadiéndose en el párrafo segundo: «Lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 10 se aplicará, asimismo, a los pasajeros que salgan de un aeropuerto situado en un

²¹ DOUE C 24/125, de 28 de enero de 2012.

²² COM (2011) 166 final (en https://sid-unico.usal.es/idocs/F8/FDO26365/comision_europea_transporte_areo.pdf).

²³ DO C 214 de 15 de junio de 2016,

²⁴ [Https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0318\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0318(04)&from=EN).

tercer país con destino a otro aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, si la compañía aérea operadora es comunitaria»²⁵. Los párrafos 6 y 7 del artículo 1 contemplan la situación del aeropuerto de Gibraltar.

El Reglamento (CE) n.º 1107/2006 es una norma de contenido breve, sólo dieciocho artículos, pero en los que pretende abarcar distintas medidas relacionadas con el transporte de estos pasajeros: formación del personal, construcción de aeropuertos, protección de datos del pasajero, incluso el reparto de los costes generados por la asistencia aeroportuaria al pasajero.

3.1.B. Subjetivo

a) La persona con discapacidad o con movilidad reducida

A efectos de aplicación del Reglamento (CE) nº 1107/2006, se entiende por persona con discapacidad o movilidad reducida «toda persona cuya movilidad para utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal), discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros» (artículo 2.a).

Del tenor literal del artículo («cualquier otra causa de discapacidad») resulta claro que el legislador ha optado por un concepto amplio, no exhaustivo de la discapacidad y de las necesidades especiales; ello puede llevar a una interpretación más subjetiva de la definición o una definición más ambigua que genere vacíos legales y competenciales a la hora de determinar si las necesidades especiales de los pasajeros son suficientes como para requerir asistencia en el aeropuerto o en la aeronave, así como para determinar un incumplimiento de los deberes de las compañías aéreas, agentes u operadores turísticos.

Sin embargo, existen dentro de las definiciones aportadas, una serie de criterios específicos que desarrollan de una forma más concreta qué tipo de asistencia requiere el pasajero por parte de la compañía aérea, agentes u operadores turísticos. Estos criterios vienen definidos con unas siglas, de cuatro letras, y cada uno de ellos describe los derechos y el tipo de asistencia que les corresponden, dependiendo del supuesto de necesidad especial en el que se encuadren.

En una primera aproximación, los pasajeros con movilidad reducida pueden dividirse en dos grandes grupos: «Ambulatorios: personas sordas, ciegas o con discapacidad intelectual. Capaces de moverse dentro del avión sin ayuda, o con asistencia puntual.

No ambulatorios: personas no capacitadas para moverse sin ayuda dentro del avión»²⁶

²⁵ Se entiende por «compañía aérea comunitaria» toda compañía aérea que posee una licencia de explotación válida expedida por un Estado miembro de conformidad con el Reglamento (CEE) no 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (artículo 2.d)

²⁶ Adoptamos aquí el concepto de DELGADO RIBAGORDA, “Pasajeros especiales” en *El Blog de SOS. 7 de agosto de 2019.-Contempla las dificultades de agrupar dentro del ámbito de aplicación de los diversos tipos y grados de discapacidad o movilidad reducida, BENAVIDES VELASCO, “Los derechos de los*

Estos pasajeros son clasificados según unos códigos formados por cuatro caracteres alfabéticos y en mayúsculas que permiten llevar un control sobre los mismos, para así determinar qué derechos asisten a qué pasajeros, dependiendo de las características que hacen especiales a cada pasajero. Entre ellos podemos encontrar BLND, para pasajeros con una discapacidad visual; WCHR, para pasajeros que requieran de atención o ayuda en el trayecto de la terminal hasta la aeronave, pero capaces de embarcar y deambular dentro del avión de forma autónoma; o STCR, para pasajeros que tengan que ser transportados en camilla²⁷

b) Supuestos problemáticos en relación con el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1107/2006

Pese a esta casuística amplia, la cuestión no deja de ser compleja, ya que en la práctica se dan supuestos de pasajeros con necesidades que no son fácilmente encuadrables en los supuestos anteriores, que pueden ser personas enfermas o discapacitados temporales, pasajeros que requieren oxígeno, o mujeres embarazadas en un estado de gestación avanzado, todos ellos con unas particularidades que pueden generar controversia, dada la ambigüedad que en algunos aspectos tiene el Reglamento (CE) que nos ocupa.

En ocasiones, los pasajeros escayolados requieren de la reserva de entre uno y tres asientos en el avión, dependiendo de la parte del cuerpo que tengan inmovilizada, y de las características y dimensiones de la aeronave, en el caso de algunas compañías aéreas.

Diferente es el caso de los pasajeros que requieran de oxígeno médico, ya que por un lado es «material médico» y como tal, según el artículo 10 en relación con el Anexo II, apartado 2 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 debe transportarse de forma gratuita o, según el tenor literal del artículo, «sin cargo adicional»; pero, en otro orden, las bombonas de oxígeno deben cumplir con los requisitos establecidos por la Organización de Aviación Civil Internacional sobre mercancías peligrosas, en su anexo XVIII), lo que puede suponer medidas de protección específicas y costes adicionales para el empresario de transporte aéreo²⁸; por ello, se ha mantenido que es este empresario el que debe decidir si suministra directamente el oxígeno al pasajero y si lo hace de forma gratuita. Es una cuestión donde la aplicación de la norma comunitaria presenta gran heterogeneidad en los distintos empresarios de transporte, siendo incluso objeto de pronunciamiento por

pasajeros con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, especial referencia a la denegación de embarque injustificada”, en PUETZ (coordinador). PETIT LAVALL, MARTÍNEZ SANZ y RECALDE CASTELLS (directores), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, 2013, págs. 476 y 477.

²⁷ Datos del Servicio de asistencia a personas con discapacidad o movilidad reducida en los aeropuertos españoles de Aena, que se puso en funcionamiento a partir del 26 de Julio de 2008 (<https://www.Aena.es/.../servicio-asistencia-pmr.html>).

²⁸ Como normativa básica, entre otras normas, vid. Reglamento (UE) 965/2012 de la Comisión de 5 de octubre por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 296/1, de 25 de octubre de 2012) , que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la última versión del Anexo 18 de OACI y del documento 9284 Instrucciones Técnicas para el Transporte aéreo. Seguro de Mercancías Peligrosas asociado al mismo en aquellas operaciones que están dentro de su alcance; Resolución de 14 de junio de 2017, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se publican las Instrucciones Técnicas para el Transporte Seguro de Mercancías Peligrosas por vía aérea (Documento OACI 9284/AN/905) (BOE núm. 166, de 13 de julio de 2017).

parte de la Comisión Europea²⁹. En el citado Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011 se señala que es una cuestión que debe ser objeto de un compromiso voluntario de todas las partes o en su defecto de una regulación general, mediante acuerdos no vinculantes e incluso mediante normas reguladoras, «Las posibles soluciones deberán referirse en particular a los tres elementos principales siguientes: La certificación para el transporte aéreo de determinados equipos que serían admitidos a bordo a condición de respetar criterios de mantenimiento definidos. La fijación de una tarifa máxima única para el suministro de oxígeno a bordo, aplicable en toda la Unión Europea. La puesta a disposición de los pasajeros de información clara y precisa sobre las condiciones de suministro de oxígeno médico a bordo».

Otro supuesto que se plantea es el de las personas obesas cuyo sobrepeso reduzca sensiblemente su movilidad o que suponga la necesidad de adoptar medidas especiales de acondicionamiento en el avión. Según las Directrices Interpretativas del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 y la interpretación que hace la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor para la Comisión de Transportes y Turismo sobre el funcionamiento y la aplicación de los derechos adquiridos de los usuarios de los transportes aéreos, «cuando el estado de una persona obesa reduce claramente su movilidad, impidiéndole moverse fácilmente por el aeropuerto o el entorno de las aeronaves, dicha persona puede considerarse en determinadas circunstancias persona con movilidad reducida. Ahora bien, a la hora de determinar si se incluyen como sujetos de derecho del Reglamento no existe una opinión pacífica en la doctrina ni una jurisprudencia consolidada.

Asimismo también genera dificultades interpretativas en la aplicación de la normativa europea el caso de la mujer embarazada que se encuentra en un periodo de gestación avanzado; en este caso, ante la falta de referencia expresa en la normativa, corresponde a la compañía aérea determinar si se permite el acceso al avión a la mujer gestante, dependiendo de diversos factores, como la existencia de un embarazo múltiple o las semanas de gestación³⁰; por ello, es necesario determinar si la mujer embarazada se incluye dentro del ámbito protector del Reglamento n.º 1107/2006, en cuanto a la prohibición de denegación de embarque y protección durante el transporte. La respuesta mayoritaria es que es una cuestión a decidir en cada caso, pues cada solicitud ha de ser examinada individualmente y comprobar si la pasajera puede moverse con normalidad o si su capacidad de movimiento está limitada por su situación física. Algunos empresarios de navegación aérea en sus condiciones generales exigen a las embarazadas a partir de la semana veintiocho de gestación portar un certificado médico de aptitud para volar, que de no llevarlo consigo, permitirá a la compañía denegar el embarque; el certificado debe estar fechado con dos semanas de antelación como máximo; además en estas cláusulas

²⁹ Vid., entre otras la respuesta de 25 de marzo de 2010 a la petición nº1438/2009 presentada por David Buckle. Respuestas a las preguntas escritas E-3760/09, E-5076/09, E-5586/09 y E-2962/10.

³⁰ AESAwww.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/particulares/guia_viajero/antes/pasajeros_especiales/mujeres_gestacion. vid. también EUROPA PRESS TURISMO, “Restricciones y recomendaciones para embarazadas que viajen en avión”, 2017 (<https://www.europapress.es/turismo/grandes-viajes/noticia-restricciones-recomendaciones-embarazadas-viajen-avion-20160827092955.html>; última consulta: 16/12/2022).

suele establecerse a partir de qué semana de embarazo está prohibido viajar, que será en los casos de embarazos sin complicaciones simples a partir de que finalice la semana treinta y seis de gestación y en los casos de gemelos, trillizos, etcétera, a partir de la semana treinta y dos. La Comisión Europea entiende que este tipo de actuación sería contraria a la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro³¹, al consagrar un trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y maternidad, y considera que la exigencia de un certificado a todas las mujeres embarazadas, con independencia del estado de salud de las mismas y de la fase de embarazo en la que se encuentren, puede constituir una discriminación directa por razón de sexo; ahora bien, al mismo tiempo considera que: «en el marco de las obligaciones relacionadas con la seguridad y la salud de los pasajeros, las compañías aéreas establecen condiciones generales de transporte. En un afán legítimo de proteger la salud de la pasajera en cuestión y la de su hijo, las condiciones generales pueden incluir la obligación de presentar un certificado médico en el que se establezca la aptitud de la misma para el viaje aéreo. El número de semanas a partir del cual puede solicitarse un certificado no está regulado a nivel europeo, sino que depende de cada compañía bajo la supervisión de la autoridad nacional que expide el certificado de operador aéreo³². A fin de evitar denegaciones injustificadas, la Comisión considera que «las compañías deben informar con claridad a los pasajeros sobre las condiciones bajo las cuales pueden viajar las mujeres embarazadas. Si se ha respetado dicha obligación de información y la pasajera no ha cumplido las obligaciones contractuales mencionadas en el contrato de transporte, la denegación de embarque puede estar justificada por razones de salud»¹⁸. En España la página web de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (Aesa) incluye la información a las mujeres sobre su derecho a volar, en principio hasta las treinta y dos semanas de gestación sin necesidad de certificado médico; no obstante, también recoge la obligación de la mujer de contactar con el empresario de transporte a fin de firmar el documento que las compañías aéreas incluyen en el contrato de transporte exonerándose de responsabilidad por las eventualidades que puedan surgir como consecuencia del estado de la pasajera³³.

También se cuestiona el supuesto de la persona recién nacida, en España, Aena restringe el vuelo hasta las 48 horas después del parto, aconsejando que se haga al menos pasados 7 o 21 días desde el nacimiento (según sea, respectivamente, un vuelo corto o de larga duración), señalando expresamente que la persona recién nacida tiene derecho a llevar

³¹ DOUE L 373/37, de 21 de diciembre de 2004.

³² Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión formulada por el señor Antolín Sánchez Presedo el 4 de octubre de 2011, E-008671/2011, disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2011-008671&language=ES. Vid., al respecto, MÁRQUEZ LOBILLO, *Denegación de embarque*, Madrid, 2013, pág. 110.

³³ La información al respecto se encuentra en AESA https://www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/particulares/guia_viajero/antes/pasajeros_especiales/mujeres_gestacion.aspx; también en EUROPA PRESS TURISMO, “Restricciones y recomendaciones para embarazadas que viajen en avión”, 2017. Puede encontrarse en <https://www.europapress.es/turismo/grandesviajes/noticia-restricciones-recomendaciones-embarazadas-viajen-avion-20160827092955.html>

equipaje de mano (por lo que se puede llevar una bolsa de mano con productos específicos para bebés) y que la normativa sobre líquidos en el equipaje de mano es la de aplicación general³⁴.

Asimismo, puede plantearse el supuesto de un menor de edad cuya autonomía está limitada por su corta edad lo cual puede condicionar su admisión a un vuelo; en ausencia de una exclusión expresa de la normativa, y a la luz del concepto abierto de los supuestos de discapacidad o de movilidad reducida, deben entenderse dentro del ámbito de aplicación de la norma; y tanto en el supuesto de que un menor viaje solo como en el de un adulto que quiera viajar con varios menores de corta edad tendría derecho a solicitar una asistencia adecuada a esta circunstancia durante el transporte en avión. No obstante, el caso de las personas menores de edad no acompañadas (generalmente se establece para menores de entre cinco y dieciséis años), ha sido examinado por la Comisión Europea y se ha determinado que estos pueden volar bajo el cuidado de los trabajadores designados por las aerolíneas, pero que en ningún caso podrán ser sujetos de los derechos ofrecidos en el citado Reglamento; por ello el coste de esa supervisión no está incluido en sus billetes ni en las tarifas especiales³⁵. Queda sin resolver el supuesto de un adulto que viaje solo acompañado de varios menores, pero, a la luz del pronunciamiento de la Comisión Europea, parece difícil incluirlo en el ámbito protector del Reglamento (CE) n.º 1107/2006.

En relación con la posible denegación de embarque de menores, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 21 de octubre de 2013³⁶, en la que se considera nula la cláusula incluida en las condiciones generales de un empresario de transporte aéreo, en la que se indicaba que «sólo se permitirá un máximo de 6 menores con edades entre 5 y 8 años a bordo». Ahora bien, la nulidad se basa en que la misma «carece de la claridad necesaria y que, tal y como está redactada, sí se deduce una limitación inadmisible de seis menores con edades entre 5 y 8 años a bordo. Así resulta de la lectura de la cláusula y de su interpretación literal». La demandada –según consta en la sentencia– sostiene que la cláusula viene referida a los menores de 5 y 8 años que viajen solos. Frente a esta pretensión de la demandante, la Audiencia Provincial mantiene

³⁴ [Https://www.Aena.es/es/pasajeros/viajeros/personas-con-necesidades-especiales/bebes-menores-embarazadas/viajar-con-bebes.html](https://www.Aena.es/es/pasajeros/viajeros/personas-con-necesidades-especiales/bebes-menores-embarazadas/viajar-con-bebes.html).

³⁵ En este punto, GONZÁLEZ CABRERA (“Retraso, cancelación y denegación de embarque: un análisis comparado de su tratamiento en el Derecho de la navegación marítima y aérea”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2013, número 11, pág. 107), en relación con el artículo 17.3 del Reglamento (CE) nº 1177/2010 (para el transporte marítimo de pasajeros, pero con un contenido muy similar a la normativa del pasaje aéreo), mantiene que aunque la norma no lo diga expresamente, en caso de cancelación o denegación de embarque, la obligación del empresario de transporte de buscar un alojamiento gratuito con carácter preferente para pasajeros discapacitados o con movilidad reducida (contemplados expresamente en la norma) debe extenderse también a los menores no acompañados.

BENAVIDES VELASCO [“Obligaciones de información y asistencia en el transporte aéreo de personas con movilidad reducida”, en GUERRERO LEBRÓN, (directora), *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Madrid, 2015, págs. 233 y 234], en la línea mantenida por la Comisión Europea considera que es una cuestión a decidir en cada caso, en función de la edad de menor, hasta los 5 años estaría dentro del ámbito de aplicación, pero no así a partir de esa edad.

La prioridad de los menores no acompañados viene expresamente prevista en el artículo 9.3 junto a discapacitados y personas con movilidad reducida en el Reglamento (CE) nº 261/2004.

³⁶ SAP B 7757/2013 - ECLI:ES:APB:2013:7757.

que en el caso concreto «sólo mediante una interpretación muy forzada la cláusula podría entenderse en el sentido aducido»; ahora bien –mantiene el Tribunal- una cláusula de este tipo referida a menores que viajen solos y por razones de seguridad podría ser válida.

A la vista de las anteriores consideraciones, puede afirmarse que el ámbito de aplicación subjetivo es uno de los aspectos más problemáticos en la aplicación de la normativa de la Unión Europea objeto de estudio³⁷. En el año 2011, el referido Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011, con base en los artículos 2.a y 7 se pronunciaba a favor de incluir a estas personas dentro del ámbito de aplicación de la norma: «Algunas definiciones del Reglamento han dado lugar a dificultades de interpretación. Por ejemplo, no está claro si las mujeres embarazadas, las personas con sobrepeso o los niños de corta edad entran en el ámbito de la definición de personas con movilidad reducida. En esas situaciones de incertezas, si no se pueden dar siempre respuestas universales, precisas y sencillas, deben aplicarse los principios generales de interpretación del Reglamento. En este caso, el Reglamento abarca no solamente a las personas con discapacidad, sino también a las que sufren de movilidad reducida por su edad o por cualquier otra causa de discapacidad».

La Comisión europea no da en definitiva una respuesta taxativa sobre los supuestos en que el empresario de transporte aéreo puede denegar el embarque de una persona. Respecto de los Dictámenes y Directrices de la Unión Europea hay que tener en cuenta que son opiniones, recomendaciones y directrices interpretativas, cuyo valor jurídico no es vinculante. Tal y como se indica en las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 1107/2006 se entienden sin perjuicio de cualquier interpretación futura del Reglamento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no constituyen una interpretación del Reglamento que obligue a los organismos nacionales de ejecución, los Estados miembros o la Comisión. Lo mismo puede afirmarse de los códigos de buenas prácticas sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1107/2006 que pudieran ser elaborados por los distintos Estados, según ha sido recogido ya en algún precedente judicial en el Derecho francés³⁸ en relación a un código de buenas prácticas elaborado por el Gobierno británico, alegado por la sociedad demandada para justificar la

³⁷ BENAVIDES VELASCO, “Obligaciones de información y asistencia en el transporte aéreo de personas con movilidad reducida”, cit., pág. 255, considera dentro del ámbito de aplicación del Reglamento a las personas obesas y a las mujeres embarazadas cuando presenten problemas de movilidad.

En la doctrina comparada, ZAMPONE, “La protezione del passeggero nel trasporto terrestre nella disciplina dell’Unione Europea”, en ZUBIRI DE SALINAS (Directora), *El contrato de transporte igadanalogía* esta conclusión a la normativa sobre pasajeros discapacitados o con movilidad reducida en el transporte terrestre- a la luz del Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011, que debe mantenerse una interpretación amplia del mismo que permita que cualquier persona sin capacidad de movimiento autónomo o con movilidad reducida (gran obesidad, edad avanzado, menores..) esté cubierta por la protección otorgada por la norma europea.

³⁸ Sentencia de la *Cour de Cassation, Chambre Criminelle* de 15 de diciembre de 201 (Vid. en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000031658282/>; reseñada en <https://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/13//EasyJet, condamnée pour discrimination envers des passagers handicapés>. Vid. un comentario sobre la misma en SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, “El transporte aéreo e los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, cit., pág. 116).

denegación de embarque en el supuesto concreto y respecto del cual el tribunal de casación niega que tenga valor jurídico vinculante.

Nos encontramos, en definitiva, con una cuestión a decidir en cada caso, teniendo en cuenta el espíritu del Reglamento (CE)º 1107/2006 de luchar contra la discriminación por cualquier causa de discapacidad. En el citado Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011 también se plantea la protección del empresario de transporte aéreo, «Los operadores no deberían temer que el ámbito de las definiciones sea demasiado amplio porque están protegidos de los abusos por el principio de proporcionalidad de la asistencia al objetivo perseguido, a saber, que el pasajero sea capaz por sí solo de tomar un vuelo para el que tenga una reserva».

En España, puede citarse en la jurisprudencia menor alguna sentencia en la que se admite la validez de la cláusula incluida en las condiciones generales de un contrato de transporte aéreo en la que la causa de denegación de embarque aparece configurada en términos muy amplios.

La citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 21 de octubre de 2013, resuelve el recurso planteado por una organización de consumidores contra un empresario de transporte aéreo, señalando -como expondremos con posterioridad-, la validez de la expresión «discapacidad física».

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 26 de julio de 2017³⁹, resuelve sobre la validez de la cláusula incluida en las condiciones generales de la contratación en la que se hace referencia a la atención especial a «personas discapacitadas, mujeres embarazadas, personas con enfermedades, pasajeros invidentes o con deficiencia visual». La demandante pretende que esta cláusula es nula de conformidad con el artículo 5, apartado 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación: «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»⁴⁰: Frente a esta pretensión de la demandante, tanto el Juzgado de lo Mercantil en primera instancia como la Audiencia Provincial de Madrid consideran que la cláusula es válida ya que no queda probado que incumpla los requisitos para su incorporación a las condiciones generales de contratación. La recurrente «pretende que la distinción del tipo de discapacidad es esencial, remitiéndose a una guía recientemente elaborada por Aena estableciendo tal distinción a efectos del Reglamento 1107/2006, todo ello conectado con el alegato de que la cláusula 5.1 no cumple con los requisitos de incorporación; ese carácter esencial determina que no «resulte admisible el empleo de fórmulas omnicomprensivas no ya solo de discapacitados con sus distintas discapacidades, sino incluso de mujeres o personas con enfermedades. Desconocemos (...), porque no se nos dice, por qué esa distinción es tan esencial a los efectos de lo establecido en la cláusula. Observamos, por otra parte, que los sujetos destinatarios de la

³⁹ Roj: SAP M 10881/2017

⁴⁰ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

cláusula son las "personas que requieran asistencia especial", sin que haya lugar a entender que los grupos de personas identificados en la cláusula constituyan una relación cerrada. No alcanzamos a ver cuáles son las razones que justificarían un mayor detalle de la cláusula o una reformulación de la misma». Con ello, la Audiencia Provincial da validez a una cláusula de contenido amplio, buscando una mayor cobertura al pasajero con necesidades especiales, obviando el riesgo de que la falta de precisión de lugar a denegaciones de embarque o asistencia por parte de la empresa de transporte aéreo.

3.2. Objetivos del Reglamento (CE) nº 1107/2006. Consideraciones generales

El objetivo del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 se recoge con claridad en el texto del mismo. Se indica que «el mercado único de servicios aéreos debe resultar beneficioso para todos los ciudadanos. Por consiguiente, las personas con discapacidad o movilidad reducida por motivos de discapacidad, edad o cualquier otro factor deben tener las mismas oportunidades de utilizar el transporte aéreo que los demás ciudadanos. Las personas con discapacidad o movilidad reducida tienen el mismo derecho que todos los demás ciudadanos a la libertad de circulación, la libertad de elección y la no discriminación. Esto se aplica tanto al transporte aéreo como a otros ámbitos de la vida» (Considerandos 1 a 3).

De aquí se desprenden las líneas básicas de actuación, que se concretan en los Considerandos 4 y 5 de esta norma, y se consagran, como hemos indicado, en el artículo 1.1 del mismo («protección y asistencia de personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, tanto para protegerlas de la discriminación como para asegurar que reciban asistencia»).

«No debe denegarse por tanto el transporte a las personas con discapacidad o movilidad reducida alegando cualquiera de estas circunstancias, salvo por motivos justificados por razones de seguridad y establecidos por ley. Antes de aceptar reservas de personas con discapacidad o movilidad reducida, las compañías aéreas, sus agentes y los operadores turísticos deben hacer todos los esfuerzos que sean razonables para comprobar si existe un motivo justificado por razón de seguridad que impida que dichas personas viajen en los vuelos en cuestión» (Considerando 2).

«Para conseguir que las oportunidades de viajar en avión de las personas con discapacidad o movilidad reducida sean comparables a las de los demás ciudadanos, es preciso prestarles asistencia para satisfacer sus necesidades particulares tanto en los aeropuertos como a bordo de las aeronaves, haciendo uso del personal y del equipamiento necesarios. El objetivo de inclusión social exige que esta asistencia no implique cargo adicional alguno» (Considerando 4).

Junto con el régimen protector establecido en el Reglamento (CE) n.º 1107/2006, se les reconoce el resto de los derechos otorgados a todos los pasajeros por el citado Reglamento Europeo (CE) 261/2004, entre los que se encuentran «el derecho a reclamar y a tener acceso a compensaciones», «el derecho al reembolso o modificación de trayecto si su vuelo se cancela o se le deniega el embarque» y, «el derecho al reembolso si su vuelo se retrasa durante cinco horas o más» (Considerando 3).

3.3. La prohibición de denegación de embarque por razón de discapacidad o movilidad reducida:

3.3.A. Régimen general

El traslado del pasajero al lugar de destino constituye un elemento esencial del contrato de transporte, sin el cual el mismo carecería total y absolutamente de sentido. Aun cuando esta afirmación pueda parecer obvia no tiene otra finalidad que resaltar la importancia del traslado, del desplazamiento como elemento fundamental del contrato, desde el punto de vista material. Llevada al plano jurídico, además, el traslado del pasajero se convierte en la causa del contrato, en el motivo por el que las partes acuerdan la celebración del mismo. Es, por otro lado, una obligación de resultados; el transportista se compromete a la realización del transporte y no sólo a la puesta a disposición de los medios para que el viaje pueda efectuarse⁴¹. Ese compromiso debe cumplirse, además, conforme a las condiciones no sólo de forma, sino también de tiempo y de lugar pactadas en el contrato de pasaje aéreo. A las que habrán de añadirse, como elemento esencial, el cumplimiento de las condiciones óptimas de seguridad que permitan que el pasajero llegue a su destino sin haber padecido incomodidades e incólume, y, cuyo incumplimiento puede generar la responsabilidad del empresario de transporte

La prohibición de la denegación del embarque juega un papel esencial dentro del Reglamento (CE) 1107/2006, ya que otorga al pasajero con movilidad reducida un derecho crucial para la equiparación de su posición con la del resto de pasajeros. En este sentido, el artículo 3, bajo la rúbrica general «Prohibición de denegar el embarque» establece que: «Las compañías aéreas, sus agentes o los operadores turísticos no podrán negarse, alegando la discapacidad o movilidad reducida del pasajero a: a) aceptar una reserva para un vuelo que salga de o llegue a un aeropuerto sujeto a las disposiciones del presente Reglamento; b) embarcar a una persona con discapacidad o movilidad reducida en un aeropuerto de este tipo, siempre que la persona de que se trate disponga de un billete válido y de una reserva»⁴²

Este derecho, así como sus excepciones se extienden de igual manera a los acompañantes de las personas con movilidad reducida⁴³.

⁴¹ La naturaleza de contrato de resultado es pacífico en la doctrina. Vid., por todos, GUERRERO LEBRÓN y ROMERO MATUTE, “Transportes de pasajeros”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (coordinadores), *Derecho Mercantil: vol. 8. Transportes mercantiles*, Madrid, 2013, págs. 544 a 618; y, ROMERO MATUTE, “Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, número 4, 2021, págs. 130 y 131; MARTÍN CASTRO, *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, 2002.

⁴² Se entiende por «reserva» “el hecho de que el pasajero disponga de un billete o de otra prueba que demuestra que la reserva ha sido aceptada y registrada por la compañía aérea o el operador turístico” [Artículo 2.i Reglamento (CE) nº 1107/2006].

⁴³ BIEDMA FERRER, “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pág. 260.

3.3.B. Excepciones

El artículo 4.1, letras a y b del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 recoge excepciones a la prohibición de la denegación de embarque, en los siguientes términos: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3, las compañías aéreas o sus agentes o los operadores turísticos podrán negarse, por motivos de discapacidad o movilidad reducida, a aceptar una reserva de una persona con discapacidad o movilidad reducida o denegarle el embarque:

- a) con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos mediante legislación internacional, comunitaria o nacional, o con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos por la autoridad que emitió el certificado de operador aéreo a la compañía aérea en cuestión;
- b) si las dimensiones de la aeronave o sus puertas imposibilitan físicamente el embarque o transporte de la persona con discapacidad o movilidad reducida.

El artículo 4 citado, contempla diversas medidas protectoras de la persona con movilidad reducida o con discapacidad a la que se ha denegado la aceptación de una reserva. Así, «la compañía aérea, su agente o el operador turístico deberán hacer esfuerzos razonables para proponer una alternativa aceptable a la persona en cuestión». Además, se ofrecerá a toda persona con discapacidad o movilidad reducida a quien se haya denegado el embarque a causa de ello, así como a su acompañante, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, el derecho al reembolso o a un transporte alternativo con arreglo al artículo 8 del citado Reglamento (CE) n.º 261/2004. El derecho a la opción de un vuelo de vuelta o de un transporte alternativo estará sujeto a que se cumplan todas las disposiciones de seguridad. Asimismo «deberán notificar por escrito sus motivos a la persona con discapacidad o movilidad reducida afectada. Si esta así lo solicita, la compañía aérea, su agente o el operador turístico le comunicarán dichos motivos por escrito en un plazo de cinco días hábiles desde la fecha de la solicitud».

Sin embargo, pese la claridad y planteamiento lógico del artículo se trata, una vez más, de un precepto que ha generado controversias en su aplicación práctica, puesto que aunque parezca que el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 protege al pasajero discapacitado o con movilidad reducida, las excepciones abren un campo bastante amplio a posibles incumplimientos de la normativa protectora.

Así, por ejemplo, el artículo 4.1.b del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 señala que tanto la compañía aérea, su agente o el operador deberán hacer esfuerzos razonables para proponer una alternativa aceptable a la persona en cuestión. En la doctrina se ha señalado que la expresión «esfuerzo razonable» es demasiado genérica y no constriñe *per se* a los empresarios de transporte, agentes u operadores aéreos⁴⁴; y, de hecho, en la práctica se evidencian quejas por la falta de información respecto de las limitaciones en la prestación del servicio, y de los motivos por los que se puede denegar el embarque⁴⁵.

⁴⁴ BIEDMA FERRER, “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, cit., pág. 260.

⁴⁵ CERMI (Comité Español de representantes de personas con discapacidad), *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2019*.

En este sentido, en el citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El funcionamiento y la aplicación de los derechos establecidos para los pasajeros del transporte aéreo», se señala que esta cuestión «no es imparcial ni neutra, ya que son los operadores aéreos, partiendo de su análisis de riesgo, los que proponen sus normas de seguridad operacional, que suelen ser aprobadas por la autoridad aeronáutica competente. En consecuencia, el principio de no discriminación está sujeto a criterios de parte. Se debe obligar a las líneas aéreas a explicar la denegación de embarque a las personas con discapacidad o personas con movilidad reducida, en particular mediante políticas internas que traten esta cuestión y hagan referencia a pruebas concretas. Estas pruebas habrán de ser examinadas por la autoridad aeronáutica competente, de acuerdo con el principio de que corresponde a la compañía aérea demostrar el riesgo concreto para la seguridad, y no a la persona discapacitada demostrar lo contrario».

Sobre esta cuestión nos parece especialmente relevante el mencionado Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011: «Al parecer reina una cierta confusión sobre los criterios de seguridad al amparo de los cuales pueden autorizarse excepciones al principio de no discriminación. Claro es que la necesidad de poder seguir las instrucciones de seguridad⁴⁶ en caso de descompresión, turbulencias, maniobra repentina o accidente podría justificar, en determinados casos, una denegación de embarque o la necesidad de limitar el número de personas con movilidad reducida a bordo, o de exigir un acompañante.

En la actualidad existen pocas normas de seguridad armonizadas a nivel de la Unión Europea en materia de transporte de pasajeros con discapacidad o con movilidad reducida. Además, la aplicación de esas normas sigue siendo normalmente competencia de las Administraciones nacionales. Cada operador aéreo propone sus normas en la materia, según su propia evaluación de riesgos, que son aprobadas por la autoridad competente⁴⁷.

A este hecho hay que añadir que algunos operadores aéreos tienen tendencia a confundir los requisitos de seguridad del vuelo con asuntos relacionados únicamente con la comodidad de los pasajeros con discapacidad o con movilidad reducida (alimentación, uso de los lavabos, etc.). Ahora bien, la denegación de embarque por motivos de seguridad debe estar estrictamente ligada a la seguridad del vuelo.

La armonización de las normas de seguridad es una labor compleja que implica la cooperación de las autoridades nacionales competentes. No obstante, la Comisión considera que ya es posible sentar principios simples para delimitar las excepciones previstas en los artículos 4.1 a) y 4.2. Según el Informe, cualquier excepción invocada por un motivo de seguridad para justificar una denegación de reserva o de transporte, o

⁴⁶ Fundamentalmente, la manipulación y uso del cinturón de seguridad, de la máscara de oxígeno y del chaleco salvavidas y la evacuación rápida del avión por las vías indicadas por la tripulación de cabina

⁴⁷ Señala DELGADO RIBAGORDA (“Pasajeros especiales”, cit.) que siguiendo las normas de seguridad, un pasajero con discapacidad o con movilidad reducida no podrá sentarse en una ventanilla o puerta de socorro, y de la misma manera, el número total de estos pasajeros no podrá superar el 10% de la capacidad del avión; vid., asimismo, BIEDMA FRRER, “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, cit., pág. 260.

para exigir un acompañante, «debe apoyarse sobre una o varias normas jurídicas obligatoria de seguridad aérea, y no basarse en meras recomendaciones o en la política comercial del operador aéreo»⁴⁸. Además, en caso de denegación del acceso al vuelo «deben comunicarse al pasajero los motivos exactos y la norma jurídica obligatoria sobre la que se basa la denegación». Asimismo es necesaria la cooperación de los Estados miembros («Las autoridades nacionales deben definir con exactitud y publicar los requisitos de seguridad que pueden alegarse para denegar un transporte, a fin de permitir una mejor comprensión y armonización progresiva de las prácticas»). Además, esos motivos que podrían justificar una denegación de transporte «deberían estar estricta y directamente ligados a la seguridad del vuelo, atendiendo a los principios siguientes: La incapacidad de comprender las consignas de seguridad dadas por la tripulación y de ejecutar por sí mismo los movimientos y manipulaciones de seguridad (atarse y desatarse el cinturón de seguridad, alcanzar y ajustarse la máscara de oxígeno o el chaleco salvavidas); la incapacidad de participar, aun de forma limitada, en su propia evacuación y, por último, la incapacidad de administrarse a sí mismo los cuidados o tratamientos médicos necesarios durante el vuelo».

En este sentido, la Resolución 700 de la IATA a la que hemos hecho referencia, señala que salvo por motivos operacionales o por imperativo de alguna normativa sobre seguridad, no hay razones para limitar el número de personas con discapacidad o con movilidad reducida por vuelo. A este respecto, algunas autoridades han estimado que ese límite corresponde a la mitad del número de pasajeros plenamente válidos presentes en el vuelo, o que, dependiendo de las características del aparato, el número máximo de pasajeros discapacitados o con movilidad reducida en un vuelo determinado no debería ser inferior al número de pasajeros plenamente válido⁴⁹ capaces de asistir a las personas discapacitadas o con movilidad reducida en caso de evacuación urgente⁵⁰.

La citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 21 de octubre de 2013 se pronuncia sobre la posible nulidad de una cláusula incluida en las condiciones generales de un contrato de transporte aéreo en la que se establecía que «la capacidad máxima de personas con discapacidad física en las aeronaves operadas por el Transportista es de dos (2) pasajeros sin acompañante y hasta un máximo del 10% de la capacidad máxima de la aeronave para el caso de personas con discapacidad física con acompañante». La actora considera que esta cláusula vulnera la normativa general de

⁴⁸ En la UE, las normas vinculantes son las UE OPS (*Operational Standards*) (Reglamento (CEE) nº 3922/1991 de 31.12.1991). Ese Reglamento establece normas técnicas y procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión, como las normas de seguridad para el transporte de pasajeros con discapacidad o con movilidad reducida (véase, por ejemplo, OPS 1.260, pág. 34, o el Apéndice 1 de la OPS 1.1045, punto 8.2.2.). Puede haber también normas nacionales: por ejemplo, en el Reino Unido, "Code of Practice", pág. 38; en Alemania LBA, Circulares pág. 36; en Bélgica, Circular nº CIR/OPS-04 de diciembre de 2006 publicada por la DGTA, "Centre communication Nord".

⁴⁹ Por pasajero plenamente válido se entiende, según la definición de la OACI (*Doc 7192 Training manual Part E-1*), cualquier persona seleccionada por los miembros de la tripulación a fin de asistir en la gestión de situaciones de urgencia, por ejemplo, para abrir las puertas o ayudar a los demás pasajeros a evacuar el avión (vid. en https://global.ihs.com/doc_detail.cfm?item_s_key=00510063)

⁵⁰ CF. JAA Temporary Guidance Leaflet TGL nº 44- (vid. en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/certification-flight-standards-doc-oeb-supporting-documents-tgl-TGL-44.pdf>)

protección de consumidores y usuarios, al tiempo que establece «límites injustificados a los derechos del consumidor». Frente a esta pretensión, la Audiencia Provincial considera que la cláusula es válida, compartiendo los fundamentos de la sentencia recurrida: «La sentencia de instancia considera que la limitación se justifica en razones de seguridad y que viene impuesta por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, conclusión que compartimos»; la Audiencia provincial, parte de que el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 «sienta, como principio general, que las compañías aéreas, sus agentes o los operadores turísticos no podrán negarse, alegando la discapacidad o movilidad reducida del pasajero, a aceptar una reserva o embarcar una persona con discapacidad o movilidad reducida. Ello no obstante, el artículo 4 establece como excepción las limitaciones impuestas «por la legislación internacional, comunitaria o nacional, o con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos por la autoridad que emitió el certificado de operador aéreo a la compañía aérea en cuestión o cuando las dimensiones del aeronave o sus puertas imposibilitan físicamente el embarque o transporte de la persona con capacidad o movilidad reducida. No estimamos ambigua o excesivamente genérica la expresión “persona con discapacidad física”, cuando la propia Legislación Comunitaria o la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) utilizan la misma expresión o una semejante. No consideramos necesario, por tanto, que la cláusula precise el alcance de la incapacidad. Por otro lado, no advertimos que la cláusula sea discriminatoria cuando las limitaciones se justifican en razones de seguridad y vienen exigidas por el organismo estatal que tiene encomendado salvaguardar la seguridad aérea (AESA). Parece razonable que la Compañía limite el número de personas con movilidad reducida dentro de la aeronave. Con ello se persigue que en una situación de emergencia se ponga en riesgo la seguridad de todo el pasaje y, en particular, la de los propios discapacitados. El porcentaje máximo del 10% de la capacidad del avión es el exigido por AESA, según resulta de la impresión de su página web aportada en el acto de la vista. Por demás, la propia AESA permite a las compañías aéreas que exijan que las personas con discapacidad o movilidad reducida vayan acompañadas por una persona capaz. Son, sin duda, razones de seguridad las que explican esas limitaciones, por lo que debemos confirmar el criterio de la juez a quo». En definitiva, considera el tribunal que el contrato incorpora las limitaciones que AESA impone a las compañías aéreas en relación con las personas discapacitadas, sin regular las consecuencias jurídicas que pudieran producirse si tiene lugar alguna de las situaciones que la cláusula contempla; es decir, deja a salvo las obligaciones indemnizatorias que, en su caso, puedan corresponder a la compañía aérea si, contratado el vuelo, deniega el embarque con amparo en esta cláusula.

En esta línea, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid con fecha 30 de junio de 2013 admite la validez de la cláusula en la que una compañía aérea establece una limitación al número de personas con movilidad reducida a bordo en un mismo viaje, considerando lógico este límite por razones de espacio, seguridad y la asistencia que precisan estos pasajeros⁵¹; y en la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 28, de 26 de julio de 2017 se mantiene la validez de una cláusula incluida en

⁵¹ Citada en SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, “El transporte aéreo e los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, cit., pág. 116.

las condiciones generales de un empresario de transporte aéreo en la que se limita el número de pasajeros con necesidades especiales a cuatro por vuelo⁵² ya que la misma está justificada –considera el tribunal– por razones de seguridad⁵³.

Ahora bien, junto con esa coincidencia en mantener por razones de seguridad, y con base en el Reglamento (CE) n.º 1167/2006 la validez de las cláusulas de limitación del número de pasajeros discapacitados o con necesidades especiales por vuelo, las escasas sentencias sobre esta problemática evidencian una posición favorable de los Tribunales a la interpretación estricta de la posibilidad de denegar el embarque por causa justificada.

Así, en relación con el apartado segundo del artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006, en el que se contempla la exigencia de que el pasajero sea acompañado por una persona que pueda asistirle, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2009 considera que «el establecer la obligación para las personas sordas de tener que acudir al avión con un acompañante en nada mejora la seguridad en caso de emergencia». En este sentido, la sentencia indica que una persona sorda «se encuentra exclusivamente privada del sentido de la audición, pero no tiene ninguna otra limitación, ni física ni intelectiva, que le impida comprender la situación de emergencia que puede plantearse y adoptar las medidas de evacuación». La Audiencia Provincial acoge el planteamiento de los recurrentes en el sentido de que la sentencia de instancia «incurre en un evidente error en la apreciación de la prueba, al recogerse en el fundamento de derecho tercero que se puso a disposición de los tres pasajeros la posibilidad de acceder a otro vuelo, lo que puede considerarse como una medida de acción positiva para compensar las desventajas sufridas, ello efectivamente sería así si se hubiera puesto a disposición de los pasajeros un acompañante para ese otro vuelo, no entendiéndose tampoco porque no se facilitó el acceso en ese primer vuelo que tenían contratado, localizando a un pasajero que actuara como acompañante, sin tener que realizarlo los propios interesados»; por ello la Audiencia Provincial entiende «que no ha existido ninguna medida de acción positivo por parte de la compañía aérea, tendente a salvar las

⁵² La compañía aérea incluye en el contrato de pasaje una cláusula "Pasajero con Restricción de Movilidad Reducida (PRM)", según la cual "Por motivos de seguridad, (...) solo puede admitir por vuelo un máximo de cuatro pasajeros con movilidad reducida, invidentes o con deficiencias visuales que viajen con un perro guía o solos, o que requieran asistencia especial en el aeropuerto o a bordo"

⁵³ La existencia de esta restricción –señala la empresa de transporte– se debe a priorizar la seguridad de los pasajeros discapacitados o con movilidad reducida, así como la del resto de pasajeros, especialmente en una situación de evacuación de emergencia.

La validez de esta cláusula se mantiene tanto por el Juzgado de lo Mercantil en primera instancia como por la Audiencia Provincial, con los siguientes fundamentos: «La limitación a 4 del número de personas que precisan asistencia especial por vuelo es conforme con el artículo 4.1 del Reglamento 1107/2006, teniendo en cuenta el tipo de aeronave y el número de miembros de la tripulación, por lo que tampoco por esta causa cabe hacer ninguna tacha al clausulado de la compañía aérea»; «La negativa a aceptar una reserva de una persona con discapacidad o movilidad reducida o la denegación de su embarque por motivos de seguridad o porque las características del aparato imposibilitan físicamente el embarque o el transporte de la persona afectada está recogida en el artículo 4.1 del Reglamento 1107/2006»; en los Reglamentos que forman parte del condicionado general figura un subapartado específico dedicado a pasajeros sordos o con discapacidades auditivas en el que se recoge que este tipo de pasajeros que no requieran asistencia adicional no están sujetos a la Restricción PMR. Finalmente, cabe observar que, según se hace constar en los citados Reglamentos, a continuación del texto transcrita en la demanda, la decisión final sobre cualquier cuestión de seguridad de la aeronave recae siempre en el capitán, como no podía ser menos»

dificultades de acceso que les imponía el manual de operación de tráfico». En otro orden, admite la Audiencia Provincial el Fundamento de Derecho planteado por la actora-recurrente respecto de la prevalencia de la Ley de 2 de diciembre de 2003⁵⁴ sobre el Manual de Operación de Tráfico, «en cuanto que se trata de una norma de evidente rango superior al de dicho manual de operación de tráfico, por lo que lo que ha de entenderse y aplicarse en todo caso es la citada ley, y en concreto el artículo 6.2, que establece que se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, por tanto la esencia del debate en este momento, no es sino determinar si esos actos de limitación de acceso a personas discapacitadas, se encuentran amparados por la finalidad legítima y los medios para conseguir ese fin han de ser adecuados y necesarios, la razón aducida por la compañía aérea es evidentemente legítima, mantener la seguridad del pasaje, en supuestos de emergencia que requieran la evacuación del avión o la adopción de otras medidas para evitar un perjuicio, ahora bien lo que se ha de analizar si esa medida es útil y válida a los efectos del mantenimiento de la seguridad»⁵⁵. Es una Sentencia a nuestro juicio criticable pues hace prevalecer la normativa sobre no discriminación sobre el Manual de operaciones de la compañía aérea con base en el mayor rango de la primera, ignorando la distinta finalidad de ambas, y la necesaria aplicación de la norma más específica, ya que si bien es un valor esencial de nuestro ordenamiento la no discriminación, también lo es que el Manual de operaciones –aprobado con los pertinentes trámites legales- responde a motivos de seguridad de todos los pasajeros, que no ha sido objeto de impugnación previa, y que la normativa europea ya entonces en vigor permite cláusulas de este tipo por razones de seguridad, que son las que alegó la compañía aérea.

En Francia, la ya mencionada Sentencia de la *Cour de Cassation, Chambre Criminelle* de 15 de diciembre de 2015, casa la Sentencia del Tribunal Superior de *Bobigny* de 13 de enero de 2012, que se pronuncia con relación a la necesidad de que la persona discapacitada o con movilidad reducida viaje con acompañante. En este caso, con referencia al Reglamento (CE)1107/1006 y un código de buenas prácticas en la aplicación del mismo elaborado por el Gobierno británico alegado por la demandada, la compañía aérea fue condenada al pago de setenta mil euros en concepto de multa, así como el pago de dos mil euros a cada uno de los demandantes, por denegar el embarque a tres personas discapacitadas alegando «motivos de seguridad». Estas tres personas, pese a su discapacidad, eran usuarios frecuentes de transporte aéreo, y se considera que la razón alegada por la compañía aérea (necesidad de acompañante) no es procedente, ya que las tres –considera el tribunal- en el momento de realizar el viaje tienen cierta autonomía de

⁵⁴ La referencia se entiende hecha a la entonces vigente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁵⁵ SAP M 18622/2009 - ECLI:ES:APM:2009:18622

movilidad sin poner en peligro la seguridad del vuelo y además, la ayuda que, en su caso, necesiten debe ser prestada por el personal de la compañía aérea, que debe estar formada para ello, como de hecho ocurre en sus viajes con otras compañías aéreas⁵⁶.

En cuanto al contenido de Reglamento (CE) n.º 1107/2006 no queda claro el ámbito de aplicación del artículo 4, párrafo 1, in fine en el que se establece que: «Se ofrecerá a toda persona con discapacidad o movilidad reducida a quien se haya denegado el embarque a causa de ello, así como a su acompañante, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, el derecho al reembolso o a un transporte alternativo con arreglo al artículo 8 del citado Reglamento (CE) n.º 261/2004». El derecho al reembolso del precio del billete o a un transporte alternativo se establece para el pasajero discapacitado o con movilidad reducida «así como a su acompañante, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo», y en el citado apartado sólo se hace referencia a la persona de compañía exigida por la compañía aérea; por tanto no se recogen expresamente estos derechos para el caso de que el pasajero discapacitado o con movilidad reducida se presente para el embarque con un acompañante sin imposición de la compañía aérea. Otro aspecto de la norma que pudiera resultar negativo es que, con frecuencia, el ofrecimiento de ese transporte alternativo no satisface totalmente las necesidades del pasajero con necesidades especiales ni evitar totalmente su situación de desigualdad⁵⁷.

Es, en definitiva, una cuestión a decidir en cada caso. Cuando se plantea la posible denegación de embarque por motivos de seguridad al amparo del artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 el empresario de transporte aéreo pueden requerir información acerca de las dificultades o necesidades que precise el pasajero, tales como la «descripción de equipos de movilidad (sillas de ruedas) o el grado de autonomía» para determinar qué hacer en cada situación⁵⁸.

⁵⁶ SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, “El transporte aéreo e los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, cit., pág. 116, señala la relevancia de esta sentencia en la práctica de algunas empresas de transporte aéreo de pasajeros.

⁵⁷ En este sentido, nos parece relevante, aun cuando no se refiere al transporte aéreo, el pronunciamiento del *Tribunale di Roma, sez. II, ordinanza 24 ottobre 2011* en la que se establece, con base a la normativa general italiana protectora de la persona con discapacidad, que la predisposición a ofrecer al discapacitado un transporte alternativo “consente invero di escludere l’ipotesi della discriminazione diretta, ma non anche quella della discriminazione indiretta (...) poiché la fruizione del servizio alternativo appositamente predisposto per le persone disabili non eliminerebbe la possizione di svantaggio in cui quelle si trovano a causa della impossibilità di cedere al servizi di trasporto....” (vid. en ZAMPONE, “La protezione del passeggero nel trasporto terrestre nella disciplina dell’Unione Europea”, cit., pág. 171).

⁵⁸ Este requisito puede verse en la página web de diferentes aerolíneas; vid., entre otras, <https://www.ryanair.com/es/es/informacion-util/asistencia-especial/pasajeros-acompanantes>.

Entre los requisitos que se establecen encontramos que: «Los pasajeros deben poder abrochar y desabrochar su cinturón de seguridad cuando así lo indique la tripulación; Los pasajeros deben ser capaces de alcanzar y ponerse un chaleco salvavidas sin ayuda cuando se lo indique la tripulación; Los pasajeros deben ser capaces de ponerse una máscara de oxígeno sin ayuda cuando se lo indique la tripulación; Los pasajeros deben ser capaces de entender la información de seguridad y cualquier consejo e instrucciones dadas por la tripulación en una situación de emergencia».

En este sentido nos parece relevante la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 28, de 26 de julio de 2017, en la que se plantea la validez de una cláusula incluida en las condiciones generales de una compañía aérea en los siguientes términos: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 5.2, a los pasajeros con discapacidad o movilidad reducida no se les deniega el transporte, por razón de esta discapacidad o movilidad reducida. La aceptación del transporte de los menores que viajan solos, las personas discapacitadas, mujeres embarazadas, personas con enfermedades, pasajeros invidentes o con deficiencia visual u otras personas que requieran asistencia especial, estarán sujetos a un acuerdo previo específico con nosotros de conformidad con nuestros Reglamentos”; Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial admiten la validez de la cláusula, señalando que «La cláusula no debe leerse en el sentido de que la admisión de las personas en ellas señaladas esté condicionada al previo acuerdo con la transportista, conciliándose con ello el artículo 86.7 TRLGDCU en relación con el Reglamento 1107/2006. Resulta lógico que las personas afectadas hayan de ponerse en contacto previamente con la compañía para la adecuada organización del viaje y la disposición de los medios adecuados cohonestando las exigencias derivadas de la movilidad reducida de aquellas y la seguridad del resto de pasajeros y de la aeronave»; no se aprecia «ningún fundamento al alegato de que la cláusula pretende establecer, con el acuerdo previo específico al que alude, un elemento limitativo de los derechos de las personas con discapacidad, atentatorio contra los derechos de estas y disuasivo para las mismas.(..). Basta con atender a lo que dice el artículo 5.2 del condicionado y al apartado de los Reglamentos anexos relativo a la reserva de asistencia especial para aclarar cuál es el alcance que cabe atribuir a la cláusula cuestionada, en línea con lo manifestado por el juzgador precedente (vid. apartado 67 (iii) supra). Recordemos a este respecto que, según establece el artículo 82.3 TRLGDCU, el carácter abusivo de una cláusula ha de apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las demás cláusulas del contrato”.

Las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n.º 1167/2006 se recoge como buena práctica de la empresa gestora del aeropuerto, del empresario de transporte aéreo, de su agente o del operador, el que no se exija a la persona que pruebe su enfermedad u otra causa de discapacidad o de movilidad reducida.

3.3.C. Consecuencias de la denegación de embarque

La denegación de embarque en el contrato de transporte aéreo se encuentra regulada en el artículo 2.j del Reglamento (CE) nº 261/2004, y se define como la «negativa a transportar pasajeros en un vuelo, pese a haberse presentado al embarque en las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 3”. La denegación de embarque puede ser por causa justificado o injustificada, contemplando los artículos 8 y 9 de esta norma los derechos del pasajero en caso de denegación de embarque injustificada.

Vid. también la página web de Aena, en <https://rjabogados.com/personasmovilidad-reducida-transporte-aereo/> y en la Pregunta 2 de las mencionadas Directrices Interpretativas del Reglamento.

Cuando esta denegación de embarque se produzca por los motivos recogidos de forma taxativa en el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 1107/2006, se considera injustificada y resulta aplicable el citado Reglamento (CE) nº 261/2004 en el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque injustificada, por remisión expresa. del Reglamento (CE) nº 1107/2006, en el que se reconoce a los pasajeros que hayan sufrido una denegación de embarque el derecho al reembolso del billete o a un vuelo de vuelta o a un transporte alternativo. El reembolso será del coste total del billete y en un plazo de siete días y (artículo 8 en relación con el artículo 7 del Reglamento CE de 2004) «se abonará en metálico, por transferencia bancaria electrónica, transferencia bancaria, cheque o, previo acuerdo firmado por el pasajero, bonos de viaje u otros servicios».

Se ofrecerá, de conformidad con el Reglamento (CE) 261/2004 «un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible» o «la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables, lo más rápidamente posible en una fecha posterior que convenga al pasajero, en función de los asientos disponibles como transporte alternativo. En esta medida, observamos una posible contradicción en la aplicación de la normativa general sobre denegación de embarque en el transporte aéreo al pasajero con discapacidad o con necesidades especiales, ya que como algunos autores han señalado, se obvia que para ofrecer la posibilidad de un vuelo de vuelta, se han de dar las condiciones de seguridad que no se han podido garantizar en dicha denegación de embarque⁵⁹.

Asimismo, si la denegación de embarque se produce por una causa injustificada no recogida en las excepciones del artículo 4 del Reglamento (CE) nº 1107/2006 se aplicaría el mismo régimen común de la denegación de embarque por causa injustificada; en virtud del artículo 4 del Reglamento (CE) nº 261/2004, a los pasajeros con movilidad reducida que les haya sido denegado el embarque en contra de su voluntad les corresponden las compensaciones económicas del artículo 7 del mismo, así como los derechos de asistencia de los artículos 8 y 9.

Según el citado artículo 7, la compensación será de doscientos cincuenta euros para vuelos de hasta 1500 kilómetros; de cuatrocientos euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros, seiscientos euros.

La prestación de asistencia del artículo 9 hace referencia al suministro de comida y refrescos, así como el alojamiento en un hotel. Este alojamiento solo será concedido en caso de «que sea necesario pernoctar una o varias noches» y cuando «sea necesaria una estancia adicional a la prevista por el pasajero».

Junto a este último derecho podemos encontrar de forma accesoria el «transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento» así como el derecho a «dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax, o correos electrónicos».

⁵⁹ Vid. en este sentido, BIEDMA FERRER, “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, cit., pág. 260.

Como aspecto negativo de esta norma, un sector doctrinal critica la ausencia de indemnización por daños morales en ambos Reglamentos, señalando «que la apreciación del daño moral susceptible de ser indemnizado pretende reparar el equilibrio personal injustamente alterado por la emoción o impresión que produce en ella la frustración de una expectativa. Este daño moral se acentúa en el caso de las personas con una movilidad reducida o con discapacidad ya que, por su condición física o psíquica, reviste una dificultad mayor. Según la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad son “personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales. En el caso del pasajero con movilidad reducida o discapacitado, el daño moral causado puede ser mayor debido a la limitación de las posibilidades de reaccionar con rapidez y eficacia ante situaciones adversas»⁶⁰.

3.4. Derecho de asistencia

3.4.A. Contenido

El Reglamento (CE) n.º 1107/2006 regula el derecho de asistencia dependiendo de a quién pertenece la responsabilidad de ofrecerlo así como las causas y condiciones necesarias para que sea prioritaria la asistencia.

El contenido del derecho de asistencia viene determinado en los Anexos I y II del Reglamento (CE) para las entidades gestoras del aeropuerto y para las compañías aéreas, respectivamente.

La obligación de prestar asistencia en tierra recae expresamente sobre las entidades gestoras de los aeropuertos⁶¹; estas podrán prestar la asistencia por sí mismas. si bien, como alternativa y para asumir su responsabilidad, la entidad gestora podrá contratar con terceros la prestación de la asistencia, cumpliendo siempre las normas de calidad mencionadas en el artículo 9, apartado 1. En colaboración con los usuarios de los aeropuertos, a través del comité de usuarios de aeropuertos, cuando exista, la entidad gestora podrá celebrar este tipo de contratos por propia iniciativa o previa solicitud, incluida la procedente de una compañía aérea, teniendo en cuenta los servicios presentes en el aeropuerto en cuestión. En caso de rechazo de la solicitud, la entidad gestora deberá justificarlo por escrito [artículo 8.2 Reglamento (CE) 1107/2006].

Para obtener el derecho de asistencia ofrecida por las entidades aeroportuarias es necesario, en primer lugar, obviamente que se realice una reserva o compra del billete de avión dentro del ámbito de aplicación de esta norma, pero el derecho a la asistencia se vincula a la solicitud de asistencia que debe realizar el pasajero al menos «cuarenta y ocho horas antes de la hora de salida del vuelo publicada», según el artículo 7 en su apartado primero.

⁶⁰ BIEDMA FERRER, “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, cit., págs. 260 y 261.

⁶¹ Las entidades gestoras de los aeropuertos asumirán la responsabilidad de garantizar la prestación de la asistencia especificada en el Anexo I [artículo 8.1 Reglamento (CE) nº 1107/2006].

A efectos legales, se configura como uno de los pocos deberes específicos que se contemplan para los pasajeros con movilidad reducida o con discapacidad. Nos encontramos ante un deber y no ante una obligación que conlleve consecuencias sobre los derechos del pasajero; consideramos que esta es la calificación más correcta con base en el artículo 7.1 *in fine* del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 en el que se señala expresamente que en caso de que el pasajero con movilidad reducida o con discapacidad no realice notificación, la entidad gestora «hará todos los esfuerzos razonables por prestar la asistencia especificada en el anexo I de forma que la persona interesada pueda coger el vuelo para el que dispone de reserva».

Una vez se ha realizado dicha notificación, el derecho de asistencia comienza cuando el pasajero llega al aeropuerto. Para tal fin, el artículo 5 establece «puntos de llegada y salida dentro de los límites del aeropuerto o en puntos bajo control directo de la entidad gestora, tanto dentro como fuera de los edificios terminales, en los que las personas con discapacidad o movilidad reducida podrán, sin dificultad, anunciar su llegada al aeropuerto y solicitar asistencia».

Los puntos de llegada y salida estarán señalizados claramente y contarán con información básica sobre el aeropuerto disponible en formatos accesibles. Las compañías aéreas, sus agentes o los operadores turísticos adoptarán cuantas medidas sean necesarias para poder recibir las notificaciones de necesidad de asistencia de personas con discapacidad o movilidad reducida en todos sus puntos de venta situados en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, incluidas las ventas por teléfono e Internet [artículos 5.2 y 6 Reglamento (CE) 1107/2006]. El Considerando 5 establece que la «asistencia dispensada en los aeropuertos situados en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado debe, entre otras cosas, permitir a las personas con discapacidad o movilidad reducida desplazarse desde un punto designado de llegada al aeropuerto hasta el avión, y desde el avión hasta un punto designado de salida del aeropuerto, incluyendo las operaciones de embarque y desembarque. Estos puntos deben designarse como mínimo en las entradas principales de los edificios terminales, en zonas con mostradores de facturación, en estaciones de tren, tren de cercanías, metro y autobús, paradas de taxi y otros puntos de bajada, así como en los aparcamientos del aeropuerto. La asistencia debe organizarse de modo que no sea objeto de interrupción ni demora alguna, al mismo tiempo que se garantiza un nivel de calidad elevado y homogéneo en toda la Comunidad y se hace el mejor uso posible de los recursos, con independencia del aeropuerto o la línea aérea de que se trate».

Cuando una compañía aérea, su agente o un operador turístico reciba una notificación de necesidad de asistencia al menos cuarenta y ocho horas antes de la hora de salida del vuelo publicada, transmitirá la información en cuestión a más tardar treinta y seis horas antes de la hora de salida del vuelo publicada a las entidades gestoras de los aeropuertos de salida, llegada y tránsito, y a la compañía aérea operadora del vuelo, si no se ha efectuado una reserva con la misma, salvo que se desconozca la identidad de la compañía aérea operadora en el momento de la notificación, en cuyo caso la información se transmitirá lo antes posible. Si el pasajero no ha realizado la comunicación en el plazo de 48 horas, la compañía aérea o su agente o el operador turístico transmitirán la

información lo antes posible. De este modo, cuando una persona con discapacidad o con movilidad reducida llegue a un aeropuerto para viajar en un vuelo, la entidad gestora del aeropuerto asumirá la responsabilidad de garantizar la prestación de la asistencia que se especifica en el anexo I de forma que esa persona pueda coger el vuelo para el que dispone de reserva. Si no se efectúa notificación alguna la entidad gestora hará todos los esfuerzos razonables por prestar la asistencia especificada en el anexo I del Reglamento (CE) n.º 1167/2006 de forma que la persona interesada pueda coger el vuelo para el que dispone de reserva. La compañía aérea, lo antes posible después de la salida del vuelo notificará a la entidad gestora del aeropuerto de destino .si este se halla situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado-, el número de personas con discapacidad o movilidad reducida que requerirán en ese vuelo la asistencia especificada en el anexo 1 y las características de esa asistencia. La notificación del pasajero será suficiente para que se adopten las mismas medidas respecto del vuelo de regreso si el mismo ha sido contratado con la misma compañía aérea.

La obligación de asistencia por parte del empresario gestor del aeropuerto está condicionada lógicamente a que la persona con discapacidad o con movilidad reducida cumpla su deber, esto es, se presente para facturación o llegue a uno de los puntos designados dentro de los límites del aeropuerto a la hora fijada por anticipado y por escrito (incluso por medios electrónicos) por la compañía aérea o su agente o el operador turístico, o si no se ha fijado hora alguna, como mínimo una hora antes de la hora de salida publicada.

La preocupación de la norma por el derecho de asistencia se evidencia, una vez más, en el artículo 7 del Reglamento (CE) nº 1107/2006, al imponer que «la asistencia prestada se adaptará, en la medida de lo posible, a las necesidades particulares del pasajero».

Para alcanzar estos objetivos, garantizar una asistencia de alta calidad en los aeropuertos debe ser responsabilidad de un órgano central. Dado que las entidades gestoras de los aeropuertos desempeñan un papel crucial en la prestación de servicios en todo el aeropuerto, debe atribuirseles esa responsabilidad general (Considerando 6). Y –salvo aeropuertos con menos de 150.000 pasajeros comerciales al año- las entidades gestoras elaborarán y publicarán las normas de calidad con que debe prestarse la asistencia [artículo 7 Reglamento (CE) 1107/2006].

Las compañías aéreas y las entidades gestoras de los aeropuertos podrán convenir en que estas últimas presten a los pasajeros transportados por las compañías aéreas desde y hasta el aeropuerto una asistencia de nivel superior al fijado con arreglo a las normas mencionadas en el apartado 1⁶², o servicios adicionales a los especificados en el anexo I [artículo 9 Reglamento CE) 1107/2006].

⁶² En el Anexo I se establece: «Asistencia y disposiciones necesarias para permitir a las personas con discapacidad o movilidad reducida»: comunicar su llegada a un aeropuerto y su solicitud de asistencia en los puntos designados dentro y fuera de los edificios terminales que se mencionan en el artículo 5, desplazarse desde uno de esos puntos designados al mostrador de facturación, proceder a la comprobación de su billete y a la facturación de su equipaje; desplazarse desde el mostrador de facturación al avión, pasando los controles de emigración, aduanas y seguridad; embarcar en el avión, para lo que deberán preverse elevadores, sillas de ruedas o cualquier otro tipo de asistencia que proceda; desplazarse desde la

Las entidades gestoras de los aeropuertos pueden proporcionar ellas mismas asistencia a las personas con discapacidad o movilidad reducida. Como alternativa, en vista del papel positivo desempeñado en el pasado por determinados operadores y compañías aéreas, las entidades gestoras pueden contratar con terceros la prestación de esta asistencia, sin perjuicio de la aplicación de las normas pertinentes del Derecho comunitario, incluidas las relativas a la contratación pública.

Una vez se produce el proceso de embarque, son el artículo 10 y el Anexo II del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 los que regulan el derecho de asistencia, ya que en los mismos se regula el derecho de asistencia prestado por la compañía aérea a aquellos pasajeros que salgan de, lleguen a o transiten por un aeropuerto dentro del ámbito de aplicación de esta norma comunitaria y que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 7, apartados 1, 2 y 4 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006. Esta obligación de asistencia se impone a la «compañía aérea operadora», entendiéndose por tal «la compañía aérea que realiza o pretende realizar un vuelo en virtud de un contrato con un pasajero, o en nombre de otra persona, física o jurídica, vinculada a dicho pasajero por un contrato», esto es, tanto al porteador contractual como al efectivo. Y, señalándose expresamente que esta asistencia se prestará «sin cargo adicional»⁶³.

El derecho de asistencia al pasajero con discapacidad o con movilidad reducida se reitera para el caso de que a un pasajero con discapacidad o con movilidad reducida, en los supuestos previstos en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 261/2004, se le ofrezca un vuelo alternativo; en este caso en las citadas Directrices interpretativas de esta

puerta del avión a sus asientos, guardar y recuperar su equipaje dentro del avión; desplazarse desde sus asientos a la puerta del avión; desembarcar del avión, para lo que deberán preverse elevadores, sillas de ruedas o cualquier otro tipo de asistencia que proceda; desplazarse desde el avión hasta la sala de recogida de equipajes, pasando los controles de inmigración y aduanas; desplazarse desde la sala de recogida de equipajes hasta un punto designado; conectar con otros vuelos, cuando se hallen en tránsito, para lo que habrá que prever asistencia en el aire y en tierra y tanto dentro de las terminales como entre terminales, si es preciso; desplazarse a los servicios si fuera necesario; cuando una persona con discapacidad o movilidad reducida reciba la ayuda de un acompañante, esta persona deberá poder prestar, si así se solicita, la asistencia necesaria en el aeropuerto y durante el embarque y desembarque; manejo en tierra de todos los equipos de movilidad, incluidos equipos como las sillas de ruedas eléctricas (previa notificación con una antelación de 48 horas y siempre que las limitaciones de espacio a bordo del avión no lo impidan, y sometido todo ello a la aplicación de la legislación pertinente en materia de mercancías peligrosas); sustitución temporal del equipo de movilidad extraviado o averiado, aunque no necesariamente por idéntico tipo de equipo; asistencia en tierra a los perros guía reconocidos, cuando así proceda; comunicación de la información necesaria para tomar los vuelos en formato accesible.

⁶³ El Anexo II contempla dentro de la asistencia las siguientes prestaciones: Transporte de perros guía reconocidos en cabina, con arreglo a las normativas nacionales.

Además del equipo médico, transporte de hasta dos aparatos de equipos de movilidad por persona con discapacidad o movilidad reducida, incluidas las sillas de ruedas eléctricas (previa notificación con una antelación de 48 horas y siempre que las limitaciones de espacio a bordo del avión no lo impidan, y sometido todo ello a la aplicación de la legislación pertinente en materia de mercancías peligrosas).

Comunicación de la información esencial relativa a los vuelos en formato accesible.

Realización de todos los esfuerzos razonables para disponer los asientos conforme a las necesidades de cada persona con discapacidad o movilidad reducida que así lo soliciten, siempre que los requisitos de seguridad y la disponibilidad lo permitan.

Ayuda para desplazarse a los servicios si es preciso.

Cuando una persona con discapacidad o movilidad reducida reciba la ayuda de un acompañante, la compañía aérea hará todos los esfuerzos razonables para ofrecer a la persona acompañante un asiento junto a la persona con discapacidad o movilidad reducida.

norma se recomiendan las siguientes buenas prácticas: «si en el viaje original se reservó una asistencia a personas con discapacidad o personas con movilidad reducida, la asistencia debe estar igualmente disponible en la ruta alternativa»; para el supuesto de retraso «las compañías aéreas operadoras deben proporcionar a los pasajeros la atención apropiada correspondiente a la duración prevista del retraso y a la hora del día (o de la noche) en que se produzca, incluso en el aeropuerto de correspondencia en el caso de vuelos de conexión, a fin de reducir las molestias sufridas por los pasajeros en la medida de lo posible, siempre teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Debe prestarse atención especial a las necesidades de las personas discapacitadas o con movilidad reducida y a los niños que viajen solos»⁶⁴.

Además, la atención a los pasajeros debe ofrecerse de forma gratuita, clara y accesible, incluso mediante medios electrónicos de comunicación cuando los pasajeros hayan aceptado dar sus datos personales. De lo contrario, los pasajeros deben presentarse a la compañía aérea operadora en caso de interrupción del viaje. Esto significa que no debe abandonarse a los pasajeros para que hagan gestiones por su cuenta y, por ejemplo, busquen y paguen su alojamiento o comida. Por el contrario, las compañías aéreas explotadoras están obligadas a ofrecer atención. Las compañías aéreas explotadoras deben garantizar también que, cuando esté disponible, el alojamiento sea accesible para las personas con discapacidad y sus perros guía.

3.4.B. Carácter gratuito para el pasajero discapacitado o con movilidad reducida

La asistencia en tierra al pasajero es una especial preocupación de la norma comunitaria, que, como hemos indicado, contempla expresamente su contenido mínimo así como el carácter gratuito de la misma para el pasajero.

El sistema de tasas o tarifas portuarias establecido reviste una importancia capital para una protección efectiva de las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo.

El Considerando cuarto del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 hace referencia al derecho de asistencia al pasajero discapacitado o con movilidad reducida, indicando expresamente que «El objetivo de inclusión social exige que esta asistencia no implique cargo adicional alguno».

Señala expresamente el Considerando octavo del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 que la asistencia debe financiarse de forma que los costes se distribuyan equitativamente entre todos los usuarios que utilicen el aeropuerto y con la finalidad de evitar cualquier factor que desincentive el transporte de las personas con discapacidad o movilidad reducida; para ello se ha considerado que la forma más adecuada de financiación es la imposición a cada una de las compañías aéreas usuarias de un aeropuerto de una tarifa proporcional al número de pasajeros que transporte con origen y destino en el mismo. Las tarifas que cobre la «entidad gestora del aeropuerto a las compañías aéreas usuarias del mismo sean

⁶⁴ Vid., asimismo, GONZÁLEZ ROMANO, “Propuesta de modificación del Reglamento (CE) N.º 261/2004 y del Reglamento (CE) N.º 2027/97. Actualización y mejora de los derechos de los pasajeros”, en *Curso de derecho aeronáutico práctico para operadores aéreos: trabajos de derecho aeronáutico*, 2016, págs. 199 a 214.

proporcionales a la asistencia proporcionada a las personas con discapacidad o movilidad reducida, y que dichas tarifas no sirvan para financiar actividades de la entidad gestora distintas de las relacionadas con la prestación de dicha asistencia» y por ello las tarifas deben adoptarse y aplicarse de una forma totalmente transparente. Por lo tanto, «la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, y, en particular, las disposiciones relativas a la separación contable, deben aplicarse siempre que no entren en conflicto con el presente Reglamento» Al organizar la prestación de asistencia a las personas con discapacidad o movilidad reducida, así como la formación de su personal, los aeropuertos y las compañías aéreas deben tener en cuenta el documento 30 de la Conferencia Europea de Aviación Civil (CEAC), parte I, sección 5, y sus anexos, en particular el Código de conducta para la asistencia en tierra de las personas con movilidad reducida establecido en su anexo J, con la redacción que tenga en el momento de adopción del presente Reglamento(Considerandos noveno y décimo).

El Reglamento (CE) nº 1107/2006 faculta en el artículo 8 apartado 4, a las gestoras aeroportuarias para la fijación de la tasa específica, que deberá ser «proporcional a los costes y transparente». El artículo 14 a su vez, permite al Estado miembro y al organismo encargado de su cumplimiento a velar por lo dispuesto en el artículo 8.

La preocupación del legislador comunitario porque la asistencia sea gratuita, se refleja incluso para el supuesto de que la asistencia prestada al pasajero sea superior o adicional al mínimo marcado por la normativa, donde se reitera que la misma sea financiada mediante una tarifa que imponga la entidad gestora del aeropuerto a la compañía aérea [artículo 9,2 Reglamento (CE) 1107/2006], o, con más precisión, al «usuario del aeropuerto»⁶⁵.

En España, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia reconoce a favor del Gestor Aeroportuario (en España, Aena) y de otros organismos públicos, el derecho a percibir una retribución por prestar ciertos servicios y por ceder el uso de las infraestructuras aeroportuarias, entre ellos el servicio de asistencia a personas con movilidad reducida⁶⁶ y que se hacen públicas a través de la página web de Aena⁶⁷

El carácter gratuito de la asistencia se reitera para el supuesto de que sea prestado por la compañía aérea en el artículo 7 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006. Y este carácter gratuito debe predicarse de cualquier aspecto relacionado con el derecho de asistencia, empezando por el momento en el que el pasajero debe comunicar al aeropuerto o a la

⁶⁵ «Toda persona física o jurídica responsable del transporte de pasajeros por vía aérea con origen o destino en el aeropuerto correspondiente» [artículo 2, apartado g Reglamento (CE) nº 1107/2006].

⁶⁶ Vid., un análisis más amplio de la fijación de tasas aeroportuarias, GÓMEZ PINEDA, en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/las-tasas-o-tarifas-aeroportuarias>.

⁶⁷ [Http://www.Aena.es/csee/ccurl/733/794/Guia%20de%20tarifas%20enero%202021.pdf](http://www.Aena.es/csee/ccurl/733/794/Guia%20de%20tarifas%20enero%202021.pdf).

compañía aérea su condición de discapacidad o movilidad reducida así como las necesidades adicionales para su transporte

En este sentido, la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso n.^o 11 de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2015⁶⁸ confirma la sentencia recurrida en la que se ratifica la sanción con el pago de multa por falta leve de 4.500 euros impuesta por Aesa a un empresario de transporte aéreo. La sanción se basa en la comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 44.1 de la Ley de Seguridad Aérea. La compañía aérea incluye en su página web una línea 902 para la asistencia a pasajeros con movilidad reducida o con discapacidad. Considera Aesa que el empresario de transporte aéreo no cumple así con su obligación de que la atención a estos pasajeros se haga sin coste adicional para los mismos. En la sentencia se desestima el recurso contencioso administrativo presentado por la compañía aérea y se confirma la sanción con base en el artículo 55.2.a) de la citada Ley de Seguridad Aérea consignándose como hechos probados los hechos imputados a la compañía aérea «consistentes en que para la reserva a través de la web de la compañía, de un pasajero con discapacidad o movilidad reducida, para el transporte de perros guía reconocidos en cabina así como para el transporte de hasta dos equipos de movilidad, la aceptación de la compañía deba hacerse telefónicamente, a través de una línea no gratuita» La compañía aérea alega que la llamada a realizar a una línea 902 no debe considerarse como cargo adicional a los efectos del artículo 10 del citado Reglamento (CE), pues no se considera teléfono de tarificación adicional y añade que estos pasajeros deberán confirmar previamente con la compañía aérea su necesidad de transporte de tales elementos, para que la compañía lo conozca y autorice, lo que se lleva a cabo a través de una llamada a una línea de atención no gratuita, pero que no puede ser considerada como de tarificación adicional, lo que también se exige a otros pasajeros con circunstancias especiales. El Tribunal considera que si bien ciertamente las líneas que comienzan con la numeración 902 no son de tarificación adicional, conforme al Real Decreto 2296/2004, que recoge el Plan Nacional de Numeración, lo son de tarificación especial, lo que implica que la llamada no es gratuita sino que, conforme al artículo 9 del mencionado Real Decreto, «el usuario llamante afronta unas cargas mayores o menores que el coste real de los medios de telecomunicaciones empleados por los operadores», siendo el precio fijado por la correspondiente compañía operadora; en segundo lugar, si bien es cierto también que, conforme a la Resolución de 15 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional (artículo 2.1.1) «son servicios de tarificación adicional aquellos servicios que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado», lo que no es aquí el caso, el artículo 10 del Reglamento (CE) n.^o 1107/2006, «lo que prohíbe es el

⁶⁸ Cendoj: 28079290112015100002

Vid comentario sobre la misma en CASTRO MARTÍNEZ, “Derechos de los pasajeros con movilidad reducida (PMR) ante las compañías aéreas”, *Legal Today*, 15 de julio de 2015, <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/derechos-de-los-pasajeros-con-movilidad-reducida-pmr-ante-las-companias-aereas-2015-07-15/>.

coste adicional para el pasajero, que no necesariamente significa la percepción correlativa de una retribución por la compañía de transporte aéreo sino que únicamente implica la prohibición de carga económica adicional alguna para el pasajero por dicho servicio, lo que aquí sin duda se produce al exigir la llamada a un número de tarificación especial para la confirmación de la asistencia. Por último, no puede oponer válidamente la parte el tenor del artículo 7 de dicho Reglamento, en relación con el artículo 10, en el sentido de estar únicamente obligada cuando el pasajero llegue al aeropuerto, pues la obligación de prestación de asistencia está supeditada por dicho precepto a que las necesidades particulares de esa persona se notifiquen a la compañía aérea, a su agente o al operador turístico en cuestión al menos cuarenta y ocho horas antes de la hora de salida del vuelo publicada, lo que exige la comunicación previa de la necesidad por parte del pasajero, que no puede entenderse como algo ajeno a la propia prestación de la asistencia y que, por tanto, no ha de implicar un cargo adicional».

3.5. Derecho de información

El derecho de información al pasajero aéreo con discapacidad o con movilidad reducida es objeto de especial atención por parte de la Unión Europea y aparece reiteradamente en la normativa [por ejemplo, el Anexo II del Reglamento (CE) n.º 1167/2006]. Por un lado, antes del comienzo del transporte aéreo, para facilitar el acceso a la aeronave y la utilización de los servicios aeroportuarios; por otro lado, como un derecho instrumental que permite a los pasajeros acceder a otros, como el derecho a una reclamación por denegación de embarque a una asistencia gratuita, entre otros.

Para hacer efectivas las pretensiones del legislador y las necesidades de la sociedad, el derecho de información se articula a través de diferentes preceptos a lo largo del texto del Reglamento (CE) n.º 261/2004 para los pasajeros en general, así como del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 para los pasajeros con movilidad reducida o con discapacidad.

El derecho de información se contempla especialmente para el supuesto de denegación de embarque. Según el artículo 4, apartado 3 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006, las aerolíneas han de informar a los pasajeros con movilidad reducida o con discapacidad sobre las medidas de seguridad y de las restricciones, y, una vez producida la denegación de embarque explicarle la causa de la denegación, tales como la falta de apoyabrazos móviles del lado del pasillo, el tamaño de los asientos y las dimensiones del pasillo, etc., relativas a los requisitos de seguridad o el tamaño de la aeronave. La información, según el citado artículo se dará «en formatos accesibles y como mínimo en los mismos idiomas que la información proporcionada a los demás pasajeros⁶⁹. Éste se refuerza con el siguiente apartado, para el caso de denegación de embarque al amparo de las excepciones del propio Reglamento CE o de exigir un acompañante la compañía aérea, sus agentes u operadores deberá informarles de las causas y si lo solicita el pasajero «comunicarán

⁶⁹ Toda la información esencial facilitada a los pasajeros del transporte aéreo debe proporcionarse en formatos alternativos que sean accesibles para las personas con discapacidad o movilidad reducida, y estar disponible, como mínimo, en los mismos idiomas que la proporcionada a los demás pasajeros (Considerando 13).

dichos motivos por escrito en un plazo de cinco días hábiles desde la fecha de la solicitud». Además, según las Directrices Interpretativas del Reglamento (CE) n.º 1167/2003 la información se pondrá a disposición en «formatos accesibles», como el lenguaje braille, la lengua de señas, entre otras⁷⁰. y se facilitará gratuitamente.

Asimismo, como veremos, se contempla expresamente el derecho de información en relación con los procedimientos de reclamación por vulneración de derechos.

La preocupación de la Unión Europea por la divulgación de los derechos del pasajero discapacitado o con movilidad reducida, se evidencian en diversas iniciativas como la creación de una página web informativa⁷¹.

En el Derecho español, consideramos relevante en el sentido de que reitera el derecho de información que tienen los pasajeros discapacitados o con necesidades especiales sobre cualquier aspecto relacionado con la asistencia que debe prestarles el operador o la compañía aérea, incluido el acompañamiento por perros guía, en la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 28, de 26 de julio de 2017 en la que, con relación a la cláusula incluida en las condiciones generales de una compañía de transporte aéreo, en los siguientes términos, «Pasajero con Restricción de Movilidad Reducida (PRM): (...) Se permite viajar con un perro de asistencia a determinadas rutas (sujeto a las condiciones enumeradas a continuación). Los perros guía/de asistencia que acompañan pasajeros se transportan en las rutas aprobadas de forma gratuita, siempre y cuando los perros sean compatibles con el Plan de Mascotas de Viaje (...)» , el Tribunal de primera instancia considera que «No cabe sostener la nulidad del apartado que identifica las condiciones de compatibilidad que determinan que los perros guía o de asistencia que acompañen a pasajeros sean transportados de forma gratuita, tras la eliminación del enlace que remite a otra página web redactada en inglés». Por el contrario, la Audiencia Provincial considera que tal cláusula no es válida: «la remisión a una página web ajena redactada en inglés sí constituye motivo suficiente para considerar que no concurren los requisitos exigidos en el artículo 5 de la Directiva 93/13 , y artículos 5.5 LCGC y 80.1 TRLGDCU, sin que la modificación operada por el predisponente una vez presentada la demanda constituya un óbice válido a la pretensión deducida», «la aquí recurrente no se limitó a solicitar la cesación en el empleo y difusión de las cláusulas impugnadas, con eliminación de las mismas del condicionado general (...), sino que también pidió expresamente la condena a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, extremo este último que no puede entenderse cubierto por la iniciativa de la apelada».

Asimismo, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 21 de octubre de 2013, en la que, como hemos indicado, se declara nula la cláusula relativa al derecho de la compañía aérea a admitir un número máximo de menores de

⁷⁰ Vid. el estudio al respecto que se hace en JUNCÀ UBIERNA, *Accesibilidad Universal de los modos de transporte en España, Problemática actual, principales avances y retos de futuro*, Madrid, 2012.

⁷¹ Vid. el citado Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011.

⁷¹ FERRER TAPIA, *El contrato de transporte*, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

edad por vuelo, por la falta de claridad de la cláusula, al amparo de la normativa general protectora de los consumidores y usuarios.

3.6. Otros derechos del pasajero discapacitado o con movilidad reducida

Aun cuando el derecho de asistencia y la prohibición de denegación de embarque pueden parecer las medidas más relevantes de protección al pasajero discapacitado o con necesidades especiales, el Reglamento (CE) nº1107/2006 contiene a lo largo de su articulado una serie de derechos complementarios de igual relevancia jurídica.

3.6.A. El derecho a un trato prioritario

El derecho a un trato prioritario, tanto para los pasajeros con discapacidad o con movilidad reducida como para sus acompañantes no aparece expresamente recogido en el Reglamento (CE) 1107/2006, aunque sí, en el Reglamento (CE) n.º 261/2004 sobre derechos de los pasajeros en caso de cancelación de vuelo o denegación de embarque, que al regular la obligación de atención al pasajero en caso de cancelación o retraso establece en el artículo 9.3 lo siguiente: «Al aplicar el presente artículo, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo prestará atención especial a las necesidades de las personas con movilidad reducida y de sus acompañantes, así como a las necesidades de los menores no acompañados». El artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 261/2004 consagra esta prioridad: «Personas con movilidad reducida o necesidades especiales: 1. Los transportistas aéreos encargados de efectuar vuelos darán prioridad al transporte de las personas con movilidad reducida y sus acompañantes o perros de acompañamiento certificados, así como de los menores no acompañados. 2. En casos de denegación de embarque, cancelación y retrasos de cualquier duración, las personas con movilidad reducida y sus acompañantes, así como los menores no acompañados, tendrán derecho a recibir atención conforme al artículo 9 lo antes posible». De este modo, el Reglamento (CE) 261/2004 pretende que los pasajeros con discapacidad o con movilidad reducida, para el supuesto de cancelación, retraso –de cualquier duración- o denegación de embarque tengan una especial protección respecto de otros pasajeros⁷².

La asistencia y atención prioritaria se reitera, como queda expuesto, en las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n.º 261/2004⁷³. Además, aun cuando en el Reglamento 1197/2006, como adelantábamos, no se hace referencia al trato prioritario, en las Directrices interpretativas del mismo se establece que serán prioritarios los pasajeros con movilidad reducida o con algún tipo de discapacidad que hayan notificado su condición en las formas establecidas, por lo que se otorga a las entidades aeroportuarias la capacidad de modificar el trato de forma discrecional con respecto a aquellos pasajeros que no hayan realizado notificación alguna, pero siempre exige que los proveedores de asistencia hagan un esfuerzo razonable a la hora de satisfacer cualquier petición de

⁷² FERRER TAPIA, *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*, Madrid, 2013, págs. 83 a 85; NIETO MENOR, *Los derechos de los usuarios del transporte aéreo*, Madrid, 2006. págs. 71 a 79.

⁷³ Por ejemplo, apartado 4.3.2, suministro de comidas, refrigerio y alojamiento, «Debe prestarse atención especial a las necesidades de las personas discapacitadas o con movilidad reducida»

asistencia por parte de personas con discapacidad y personas con movilidad reducida, y que esta diligencia razonable exige un trato prioritario para los pasajeros que hayan notificado sus necesidades especiales respecto de los que no⁷⁴.

3.6.B. El derecho a la privacidad

El considerando 12 del Reglamento (CE) n.º 1107/2006 hace referencia a la Directiva 95/46/CE⁷⁵. Según se establece en el mismo, «debe ser de estricta aplicación, con el fin de garantizar que se respete la intimidad de las personas con discapacidad o movilidad reducida, que la información requerida se limite a cumplir las obligaciones de asistencia establecidas en el Reglamento y que no se utilice en contra de los pasajeros que solicitan el servicio».

En la actualidad, el Reglamento General de Protección de datos, por el que se deroga la anterior Directiva⁷⁶ introduce en su Considerando 54 una mención especial a la discapacidad: «El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. En ese contexto, «salud pública» debe interpretarse en la definición del Reglamento (CE) n.º 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, es decir, todos los elementos relacionados con la salud, concretamente el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y la discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella, así como los gastos y la financiación de la asistencia sanitaria, y las causas de mortalidad. Este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines.

El artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁷⁷, establece un deber general de confidencialidad para los encargados de tratamiento de datos.

⁷⁴ Apartado Q7 de las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 1107/2006: “Article 7 thus empowers the airport management body to modulate the provision of assistance giving preference to those disabled persons and persons with reduced mobility that have pre-notified over those that have not.”.

⁷⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995).

⁷⁶ 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), DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

⁷⁷ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

3.6.C. El derecho a llevar un perro guía

El artículo 7.2 del Reglamento (CE) nº 1107/2006, en sede de asistencia en aeropuerto a pasajeros con movilidad reducida o con necesidades especiales, señala que cuando sea necesaria la utilización de un perro guía, «se admitirá al animal a condición de que se haya notificado previamente su presencia a la compañía aérea o a su agente o al operador turístico de conformidad con la normativa nacional aplicable al transporte de perros guía a bordo de aeronaves, si procede»⁷⁸

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004 se establecen que cuando «un pasajero que viaje con un animal de compañía no esté en condiciones de proseguir viaje por carecer de la documentación pertinente del animal de compañía no se trataría de una denegación de embarque injustificada a efectos de la aplicación del citado Reglamento CE; y, tampoco se considerará denegación de embarque injustificada –de conformidad con el artículo 2.j de la citada norma- si el empresario de transporte aéreo o el personal competente deniega el embarque por razones de seguridad debidamente motivadas. Distinto será, por ejemplo, el supuesto de que el personal de tierra no haya verificado correctamente la documentación obligatoria que debe llevar el animal de compañía, y como consecuencia no se permita el embarque del pasajero; en este caso –según las Directrices- sí se trataría de una denegación de embarque que daría lugar a la indemnización al pasajero. Y, señalan las Directrices que si como consecuencia de la denegación de embarque hubiera que proporcionar alojamiento al pasajero, debe tenerse en cuenta que el mismo esté acondicionado para el animal.

Respecto del derecho del pasajero a viajar con un perro guía, hay que tener en cuenta el Reglamento (CE) nº 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, sobre requisitos de salud animal es aplicable al desplazamiento no comercial de animales de compañía, ya que los perros guía han de regirse por dicha norma, en especial a la identificación y vacunación de los mismos.

En el Derecho interno, cabe citar el Real Decreto 3250/1983, de 7 de diciembre, por el que se regula el uso de perros guía para deficientes visuales, y la Orden de Presidencia de 18 de junio de 1985 sobre uso de perros guía para deficientes visuales.

Tanto en el Reglamento (CE) nº 1107/2006 como en el Real Decreto 3250/1983 se contempla solo como animal de compañía al perro guía; por tanto, no está amparado en ese Reglamento CE el derecho del pasajero a viajar acompañado de otro perro o animal asistencial. En el Derecho español, de manera expresa, solo se recoge el derecho de un pasajero a ser acompañado por un perro asistencial y sin que ello suponga coste adicional para el pasajero en algunas legislaciones autonómicas⁷⁹. Sin embargo, hay que recordar

⁷⁸ El Anexo I recoge entre el derecho de asistencia a prestar por la entidad gestora del aeropuerto, la «asistencia en tierra a los perros guía reconocidos, cuando así proceda»; y el Anexo II, para la asistencia de la compañía aérea, el «transporte de perros guía reconocidos en cabina, con arreglo a las normativas nacionales».

⁷⁹ Las citadas Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004, hacen referencia genérica a animales.

que el citado artículo 23.2.c del 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 contempla como «Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación», «Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, (...) así como otras formas de apoyo personal o animal»⁸⁰.

3.6.D. El derecho a llevar equipo de movilidad

El Reglamento (CE) n.º 1167/2006 no hace referencia expresa al derecho del pasajero discapacitado o con movilidad reducida a viajar con el equipo de movilidad necesario, si bien, en los Anexos I y II se impone, respectivamente, para la entidad gestora del aeropuerto y para el operador aéreo, el «Manejo en tierra de todos los equipos de movilidad, incluidos equipos como las sillas de ruedas eléctricas (previa notificación con una antelación de 48 horas y siempre que las limitaciones de espacio a bordo del avión no lo impidan, y sometido todo ello a la aplicación de la legislación pertinente en materia de mercancías peligrosas). Ahora bien, este derecho debe entenderse condicionado al requisito general de seguridad del viaje, y, de hecho, el artículo 4 permite la denegación de embarque por esta causa justificada, si bien con la obligación de publicidad previa por parte del empresario de transporte aéreo de «toda restricción del transporte de estas personas o del equipo de movilidad debida a las dimensiones de la aeronave» [artículo 4.3 Reglamento (CE) 1167/2006].

La preocupación de la Unión Europea por facilitar el transporte a las personas discapacitadas o con movilidad reducida se evidencia en los citados Anexos I y II del Reglamento (CE) nº 1167/2006 en los que se establece la obligación de la entidad gestora del aeropuerto y del empresario de transporte aéreo, en el período de responsabilidad de cada uno, de sustitución temporal del equipo de movilidad extraviado o averiado, aunque

⁸⁰ En Estados Unidos, la Norma 14CFR, parte 382, sobre no discriminación por razón de discapacidad en el transporte aéreo, elaborada por el *Department of Transportation*, establece que «Una línea aérea debe permitir que un animal de asistencia acompañe a un pasajero con discapacidad, no pudiendo denegar el transporte basándose en que podría ofender o molestar a la tripulación o pasajeros. En trayectos de 8 o más horas está permitido, como condición de aceptación, pedirle al pasajero que presente la documentación de que el animal no necesitará aliviarse en vuelo o que si lo hace no cree un problema de salud o sanitario. • Debe permitirse que el animal acompañe al pasajero con discapacidad en cualquier asiento, a menos que obstruya un pasillo u otra zona que deba mantenerse libre para facilitar una evacuación de emergencia. En caso contrario le ofrecerá otro asiento que le permita estar junto a su animal. Debe aceptar las tarjetas de identificación, otros documentos escritos, la presencia de arneses, etiquetas, o las aseveraciones verbales creíbles de la persona con discapacidad a la que el animal acompaña. Si el animal es para apoyo emocional o de asistencia psiquiátrica, la compañía no está obligada a aceptar el transporte a menos que el pasajero presente la documentación actualizada (máximo un año con no más de la fecha programada) con el membrete profesional de un profesional de la salud mental (p. ej. psiquiatra, psicólogo, un trabajador social clínico) donde declare que:– tiene una discapacidad intelectual o emocional reconocida en el Manual de Estadísticas y Diagnóstico de Desórdenes Mentales, en su cuarta edición (DSM IV);– necesita el apoyo emocional o psiquiátrico del animal durante el vuelo y/o en destino;– El profesional está colegiado como profesional de la salud mental y el pasajero está a su cuidado, fecha y los datos del colegio del profesional de expedición. Una línea aérea extranjera no está obligada a transportar animales de asistencia o guía que no sean perros. Decida a favor o en contra de aceptar un animal a bordo como animal de asistencia, la línea aérea debe explicar las razones de su decisión al pasajero y documentarlo por escrito». Vid., en <http://airconsumer.ost.dot.gov/>; recopiladas en GONZÁLEZ ROMANO, “Personas con discapacidad o movilidad reducida (PRM) normativa aplicable en el transporte aéreo”, en *Curso de derecho aeronáutico práctico para operadores aéreos: trabajos de derecho aeronáutico*, 2016, págs. 191 a 197.

no necesariamente por idéntico tipo de equipo. Esta relevancia del equipo de movilidad se evidencia en el Informe de la Comisión UE de 11 de abril de 2011, según el cual «el derecho a viajar, tal y como refleja el primer considerando del Reglamento (principios de no discriminación y de igualdad de trato), no debe limitarse al acto físico del transporte de un lugar a otro, sino que debe tener en cuenta asimismo la situación en el destino, lo que implica para esta categoría de pasajeros tener a su disposición los equipos de movilidad y el material médico necesario para su actividad *después del vuelo*» (énfasis añadido)⁸¹.

En otro orden, la pérdida o la producción de daños a equipos de movilidad reducida es objeto de atención en el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 si bien no se contemplan medidas específicas, limitándose el artículo 12 a establecer que: «En caso de pérdida o daños a sillas de ruedas u otros equipos de movilidad o dispositivos de asistencia durante el manejo en el aeropuerto o el transporte a bordo de la aeronave, el pasajero al que pertenezca el efecto será indemnizado con arreglo a las normas del Derecho internacional, comunitario y nacional»

Es una de las cuestiones que plantea el tenor literal del Reglamento (CE) 1107/2006 y que más interés suscita⁸²; para un sector doctrinal la remisión genérica a las normas internacionales, comunitarias o nacionales implica que el régimen de responsabilidad por daños a los equipos de movilidad y dispositivos de asistencia no va a quedar necesariamente regulado por los Convenios internacionales sobre transporte aéreo, esto es, el Convenio de Montreal⁸³ y el Convenio de Varsovia⁸⁴. , en la consideración de que las sillas de ruedas u otros equipos de movilidad o dispositivos de asistencia no siempre podrán calificarse como equipaje, en cuyo caso habría que aplicar las reglas generales de responsabilidad contractual que procedan conforme al Derecho nacional aplicable a cada caso; sin embargo, las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 1167/2007 señalan que normalmente será de aplicación el Convenio de Montreal. En otro orden, puesto que la disposición está redactada de forma impersonal, es decir, se refiere al manejo de los dispositivos, sin indicar quién lo realiza, puede dar lugar a que, en los casos en que el régimen de responsabilidad aplicable siga un criterio de imputación objetivo, se presenten y prosperen reclamaciones en las que quien ha estado manejando el dispositivo al que se han ocasionado daños haya sido el propio pasajero discapacitado

⁸¹ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5^a, de 25 de enero de 2005 (SAP BI 189/2005 - ECLI:ES:APBI:2005:189), como veremos, concede indemnización a una pasajera a la que no se le entrega en destino la silla de ruedas facturada en origen y que necesitaba por su discapacidad.

⁸² En la doctrina española, vid. BIEDMA FERRER, “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, cit., págs. 265 y 266.

⁸³ Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, ratificado por España el 11 de mayo de 2004 (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2004).

⁸⁴ Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, ultimado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, como consecuencia de la Conferencia internacional de Derecho privado aéreo (Gaceta de Madrid núm. 233, de 21 de agosto de 1931).

o con movilidad reducida⁸⁵, a diferencia del régimen establecido en la normativa sobre el transporte marítimo y terrestre⁸⁶. Asimismo, hay que tener en cuenta la aplicación de un distinto régimen de responsabilidad según que quien haya producido el daño sea el operador aeroportuario o el empresario de transporte⁸⁷.

En el Convenio de Montreal el daño al equipo de movilidad se considera un daño de la carga, regulado en el artículo 18 del mismo y la estimación de la indemnización se realiza a través de un sistema de conversión que atiende a diversos parámetros, expresados en los artículos 22 y 23 del mismo Convenio⁸⁸. A través del artículo 22.2 se establece que,

⁸⁵ GUERRERO LEBRÓN, “Las últimas reformas en Derecho del transporte aéreo: avances y cuestiones pendientes en la protección de los pasajeros y los terceros”, *Revista Andaluza del Derecho del Turismo*, número 3, 2010, págs. 146 y 147.

⁸⁶ En el contrato de pasaje marítimo, el artículo 15 del Reglamento (CE) nº 1177/2010, establece en relación con la «Indemnización correspondiente al equipo de movilidad u otro equipo específico», que, «1. Los transportistas y los operadores de terminal serán responsables de las pérdidas originadas por el extravío o los daños sufridos por el equipo de movilidad u otro equipo específico utilizado por una persona con discapacidad o una persona con movilidad reducida, siempre que el suceso que haya originado las pérdidas sea imputable a una falta o negligencia del transportista o del operador de terminal. Se presumirá la culpa o negligencia del transportista cuando las pérdidas hayan sido resultado de un suceso relacionado con la navegación. 2. La indemnización a que se refiere el apartado 1 equivaldrá al valor de sustitución del equipo correspondiente o, cuando proceda, al coste de la reparación. 3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando se aplique el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 392/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. 4. Además, se tomarán las medidas necesarias para proporcionar rápidamente el equipo de sustitución temporal que constituya una alternativa adecuada».

El artículo 17.1. del citado Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004, indica lo siguiente: Los transportistas y los gestores de las estaciones serán responsables de las pérdidas de sillas de ruedas, «otros equipos de ayuda a la movilidad o dispositivos de asistencia y de los daños causados a ellos. Indemnizará las pérdidas o daños el transportista o el gestor de la estación responsable de ellos. 2. La indemnización a que se refiere el apartado 1 será igual al coste de sustitución o reparación del equipo u objetos perdidos o dañados. 3. En caso necesario, se harán los esfuerzos necesarios para poner temporalmente a disposición de los interesados equipos o dispositivos sustitutivos. Las sillas de ruedas, los demás equipos de ayuda a la movilidad o dispositivos de asistencia tendrán, en la medida de lo posible, características técnicas y funcionales similares a los perdidos o dañados».

En la misma línea, para el transporte por ferrocarril el artículo 25 del citado Reglamento (CE) 1371/2007, que para el supuesto de pérdida total o parcial del equipo de movilidad del viajero, so la empresa ferroviaria es la responsable de ello, no se aplicará límite económico a la indemnización; no se concreta cuándo es responsable la empresa ferroviaria por lo que la doctrina considera aplicables las reglas CIV para la pérdida y daños en el equipaje (ZUBIRI DE SALINAS, “La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo”, *Revista de derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, pág. 79; y, ZUBIAURRE GURUCHAGA, “La protección del viajero en el transporte terrestre por carretera y por ferrocarril del ámbito nacional”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2016, núm. 18, pág. 127).

2. La indemnización a que se refiere el apartado 1 será igual al coste de sustitución o reparación del equipo u objetos perdidos o dañados.

3. En caso necesario, se harán los esfuerzos necesarios para poner temporalmente a disposición de los interesados equipos o dispositivos sustitutivos. Las sillas de ruedas, los demás equipos de ayuda a la movilidad o dispositivos de asistencia tendrán, en la medida de lo posible, características técnicas y funcionales similares a los perdidos o dañados.

⁸⁷ Vid. las consideraciones que se hacen en BENAVIDES VELASCO, “Obligaciones de información y asistencia en el transporte aéreo de personas con movilidad reducida”, cit., págs. 244 a 246.

⁸⁸ En el citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El funcionamiento y la aplicación de los derechos establecidos para los pasajeros del transporte aéreo, se indica que los límites

por norma general que la responsabilidad del transportista en estos casos asciende a 1.000 derechos especiales de giro (con el fin de facilitar las reclamaciones FACUA en su página web recoge el valor actualizado de esta unidad monetaria), a menos que se haya realizado una declaración especial de valor en el momento de facturar, abonando una suma suplementaria, si hubiera lugar⁸⁹

Como adelantábamos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5^a, de 25 de enero de 2005, condena al empresario de transporte aéreo al pago de 2.854,81 euros por los daños patrimoniales y morales causados a una pasajera discapacitada por no poner a su disposición en el aeropuerto de destino la silla de ruedas que necesitaba y que había sido embarcada en el aeropuerto de origen. Señala la Audiencia que no puede regir en el supuesto concreto que aquí se examina el límite cuantitativo de responsabilidad establecido en el Convenio de Varsovia por cuanto la reclamación lo es por daños físicos, psíquicos, y morales tal y como expresamente se indica en la demanda y estos daños quedan fuera del ámbito de la regulación especial de la responsabilidad del transportista aéreo. Señala el tribunal que en ausencia de previsión específica en el Convenio de Varsovia, no debe excluirse la posibilidad de aplicación de las normas del Código Civil cuando se ha causado un daño como consecuencia de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente este retraso existiese por causa imputable a

indemnizatorios por los datos patrimoniales a la luz del Convenio de Montreal pueden resultar insuficientes, sin contar con los posibles daños morales.

⁸⁹ Vid. en <https://www.facua.org/tusderechos/tema.php?IdTema=1369>. En esta línea, la Comisión Europea, con fecha 13 de marzo de 2013, se pronuncia sobre la necesidad de que los pasajeros con necesidades especiales o con discapacidad puedan declarar en el momento de facturar el valor real de los equipos que necesiten aumentando así los límites de responsabilidad establecidos por los Convenios internacionales (lafile:///C:/Users/Usuario/Downloads/Air_Passenger_Rights_Revision_-

Frequently_Asked_Questions_Air_passenger_rights_summary.pdf). La propuesta de modificación del Reglamento 1167/2004 y del Reglamento 2022/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente establece que: «Cuando transporten sillas de ruedas u otros equipos de movilidad o dispositivos de asistencia facturados, la compañía aérea y sus agentes informarán a los pasajeros acerca de sus derechos y ofrecerán a toda persona con discapacidad o con movilidad reducida con arreglo a la definición del artículo 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo la oportunidad de efectuar gratuitamente una declaración especial de interés conforme al artículo 22, apartado 2, del Convenio de Montreal en el momento de la reserva y, a más tardar, cuando se entregue el equipo al transportista. La Comisión adoptará actos de ejecución por los que se establezca el modelo de formulario que haya de utilizarse para dicha declaración de interés. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento consultivo contemplado en el artículo 6 septies, apartado 2. [Enm. 146»] COM/2013/0130 final □ 2013/0072(COD), https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2013_72.

Con relación a la propuesta de modificación de estos dos Reglamentos, señala GONZÁLEZ CABRERA, “La disminución de la protección del viajero en el transporte aéreo. Un cambio de tendencia (A propósito de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, modificativo de los Reglamentos CE 261/2004 y 2027/97)”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 15, 2015, pág. 121 que en la misma se contempla que se indemnice el valor real del daño producido por el transportista sobre los equipos de movilidad o el material asistencial, al tiempo que hace referencia la declaración especial de valor. Como aspecto mejorable de esta propuesta, el mencionado Dictamen del Comité Económico y social Europeo sobre normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos (programa evolutivo), Documento 2013/C327/20, de 12 de noviembre de 2013, considera que sería necesario que esta declaración especial de interés se ofreciera también por la empresa de gestión aeroportuaria; vid., en este sentido, BENAVIDES VELASCO, “Obligaciones de información y asistencia en el transporte aéreo de personas con movilidad reducida”, cit., pág. 246.

la compañía aérea, «es un incumplimiento relevante cuando no se está en caso de un simple equipaje, cual una mera maleta, sino en caso de un elemento indispensable, como ha quedado comprobado, para la movilidad física de la pasajera». Y, aunque en el caso concreto la Audiencia Provincial no considera probada la existencia de otros daños morales, físicos o psíquicos, admite que los mismos pueden existir y que también serían indemnizables.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao 133/2016, de 26 de abril de 2016⁹⁰ dicta sentencia a favor de una pasajera con movilidad reducida cuya silla de ruedas se extravió de forma temporal durante su estancia en Nueva York, por lo que la compañía aérea le facilitó una de repuesto. El Tribunal desestimó la indemnización que solicitó la pasajera, cantidad que ascendía a 2.000€, ya que tuvo una silla de repuesto, pero concedió la cantidad de 250€ por las molestias. El Tribunal acoge como normativa aplicable el Reglamento 1107/2006 y el Convenio de Montreal de 1999 y la normativa protectora de consumidores y usuarios; «Todas ellas suponen que sean objeto de indemnización, con los límites fijados, los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de transporte en relación con el equipaje facturado, en este caso una silla de ruedas, a lo que obliga también nuestro artículo 1.101 del Código Civil».

4. LOS DEBERES DEL PASAJERO DISCAPACITADO O CON MOVILIDAD REDUCIDA

Junto con los derechos de los que gozan los pasajeros con movilidad reducida o con discapacidad el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 contempla deberes para el pasajero. Éstos son pocos, ya que la intención de la norma es facilitar y equiparar al pasajero con discapacidad o con movilidad reducida a los demás pasajeros, no la de dificultar el acceso al vuelo del pasajero.

Como hemos indicado el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 establece que el pasajero tiene que notificar su condición de persona con movilidad reducida con 48 horas de antelación, tal como establecen los Anexos I y II, así como el artículo 6 para acceder al derecho de asistencia en los aeropuertos y durante el vuelo, lo que hemos catalogado como un deber del pasajero, en la medida en que permite a la empresa gestora del aeropuerto y al empresario de transporte examinar la solicitud del pasajero y disponer las medidas de auxilio necesario.

El deber de viajar con un acompañante suscita un problema específico; como se ha indicado, el artículo 4.2 Reglamento (CE) n.º 1107/2006 contempla que por razones de cumplir la normativa de seguridad, «la compañía aérea, su agente o el operador turístico podrán exigir que una persona con discapacidad o movilidad reducida vaya acompañada por otra persona capaz de facilitarle la asistencia necesaria», en caso contrario, se denegará el embarque al pasajero.

⁹⁰ Roj: SJM BI 1697/2016.; vid. también en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-133-2016-jm-bilbao-sec-1-rec-50->.

La exigencia de un acompañante debe condicionar siempre al cumplimiento de la normativa de seguridad, es decir, que la denegación de embarque estaría justificada según el Reglamento (CE) n.º 1107/2006 a través del artículo 4, apartado 1 letra a), que establece la excepción a la prohibición de la denegación de embarque por motivos de seguridad. Por tanto la regla general es que la persona con discapacidad o con movilidad reducida puede viajar sola⁹¹, salvo que el empresario de transporte aéreo justifique la exigencia de un acompañante por motivos de cumplir la normativa sobre seguridad.

El Tribunal Correccional de París en 2012 condena a una compañía aérea a pagar una indemnización por denegar el embarque a una persona discapacitada. La pasajera había hecho el mismo trayecto de ida sin ninguna incidencia. En el viaje de vuelta una vez en la cabina del avión un miembro de la tripulación le indicó que no podía viajar sola porque para ir al cuarto de baño era obligatorio que fuera acompañada. A pesar de que varios pasajeros se ofrecieron a ayudarla en caso de necesidad, el jefe de cabina rechazó los ofrecimientos porque no estaban registrados como acompañantes. La afectada se vio obligada a bajar del avión y a coger otro vuelo con un pasajero que se registró como acompañante⁹².

Respecto de la persona acompañante, el Anexo I del Reglamento (CE) nº 1107/2006 señala que la misma deberá poder prestar, si así se solicita, la asistencia necesaria en el aeropuerto y durante el embarque y desembarque; y el Anexo II de esta norma establece que «la compañía aérea hará todos los esfuerzos razonables para ofrecer a la persona acompañante un asiento junto a la persona con discapacidad o movilidad reducida» (las Directrices interpretativas de este Reglamento CE indican que en caso de que para ello sea necesario cambiar de asiento a algún pasajero, ello no debería implicar coste económico alguno para este pasajero).

El Reglamento (CE) nº 1107/2006 no contempla si ese acompañante tiene derecho a ser transportado de forma gratuita. Por un lado, el espíritu de la norma comunitaria es que cualquier asistencia adicional no suponga costes para el pasajero con movilidad reducida o con discapacidad; pero por otro, el acompañante ocupa un asiento lo que supondría una pérdida de beneficio para la compañía aérea. Las Directrices interpretativas de este Reglamento CE indican que cuando sea el empresario de transporte aéreo el que exija el embarque de una persona acompañante, el billete debería ser gratis o al menos tener un descuento elevado en el precio; incluso recoge como recomendable la buena práctica seguida por algunos empresarios de solicitar a otro pasajero el que preste asistencia a la persona con discapacidad o con movilidad reducida⁹³.

⁹¹ La Comisión UE incide en este aspecto en las Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 1167/2006.

⁹² Vid. en “EasyJet es condenada por negar el embarque a una pasajera discapacitada sin acompañante”, <https://www.20minutos.es/noticia/1421867/0/easyjet/multa/discapacidad/>.

⁹³ El citado artículo 23.2.c del 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 contempla, como «Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación», «Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, (...)», así como otras formas de apoyo personal o animal».

En el ámbito del contrato de pasaje marítimo, el artículo 8.4 del citado Reglamento (CE) nº 1177/2010, establece para el supuesto de que el empresario de transporte imponga al pasajero la necesaria asistencia de

5. CONSIDERACIONES FINALES

La entrada en vigor del Reglamento (CE) n.^o 1107/2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo ha supuesto un avance considerable en el estatuto jurídico de estos pasajeros. La relación con el resto de normas de la Unión Europea es, o más bien, ha podido ser complicada teniendo en cuenta los numerosos ámbitos en los que opera el Reglamento: seguridad, igualdad, consumidores y usuarios, aviación en general, entre otros, han sido superados en la propia norma mediante remisiones expresas y la previsión específica de cuál debe prevalecer en caso de conflicto.

Es, además, una norma de contenido amplio, que incluye medidas como la necesaria formación del personal⁹⁴, que implica no solo a la compañía de transporte aéreo sino, además, a la entidad gestora del aeropuerto, con previsiones que van más allá de la atención actual al pasajero⁹⁵. Todo ello sin perjuicio de la adopción de medidas por parte de la Unión Europea si con los derechos interno no se alcanzan los niveles de protección establecidos por esta norma⁹⁶.

Como aspecto positivo de la norma hay que señalar que ha conseguido sensibilizar a un número importante de Estados que han elaborado normas internas que recogen medidas protectoras y también ha supuesto avances voluntarios en el ámbito privado⁹⁷.

Sin embargo, quedan numerosas cuestiones relevantes sobre las que el legislador de la Unión Europea no ofrece una solución expresa; y, en muchos casos no benefician al pasajero conceptos jurídicos indeterminados como el propio concepto de discapacidad o

un acompañante que le asista que en lo que se refiere «a los servicios de pasaje, el transporte de esta persona acompañante será gratuito».

⁹⁴ Artículo 11: Formación Las compañías aéreas y las entidades gestoras de los aeropuertos: a) velarán por que su personal y el personal empleado por cualquier subcontratista que preste asistencia directa a las personas con discapacidad o movilidad reducida tengan el conocimiento necesario para responder a las necesidades de las personas con diversas discapacidades o dificultades para su movilidad; b) proporcionarán a todo su personal que trabaje en el aeropuerto y tenga trato directo con los viajeros formación relativa a igualdad de trato y sensibilización en materia de discapacidad; c) velarán por que, en el momento de la contratación, los nuevos empleados reciban formación relativa a la discapacidad y que su personal reciba asimismo cursos de actualización cuando sea necesario.

⁹⁵ El considerando 11 del Reglamento (CE 1107/2006 establece que: «A la hora de decidir el diseño de los nuevos aeropuertos y terminales, o en caso de renovaciones importantes, las entidades gestoras de los aeropuertos deben tener en cuenta, siempre que sea posible, las necesidades de las personas con discapacidad o movilidad reducida. Asimismo, en la medida de lo posible, las compañías aéreas deben tomar dichas necesidades en consideración a la hora de decidir el diseño de los aviones nuevos y nuevamente acondicionados».

⁹⁶ «Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, garantizar unos niveles de protección y asistencia elevados y equivalentes en todos los Estados miembros y asegurar que los agentes económicos operan en condiciones armonizadas en un mercado único, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la escala o los efectos de la actuación, pueden lograrse mejor en el ámbito comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos» (Considerando 19).

⁹⁷ Vid. BONAIDI, “Los aeropuertos europeos y los pasajeros con discapacidad visual”, <https://www.euroblind.org/newsletter/2020/march/es/los-aeropuertos-europeos-y-los-pasajeros-con-discapacidad-visual>, donde se recogen iniciativas de diversos aeropuertos para la mejora de la asistencia prestada a las personas con discapacidad visual, entre ellos el de Málaga,

de persona con movilidad reducida⁹⁸, o la referencia a «esfuerzos razonables» «en cuanto sea posible» [artículos 4, 6, 7 y Anexo II Reglamento CE) 1107/2006].

Incluso puede plantearse el ámbito de aplicación de la normativa europea, ya que en principio parece aplicable al contrato de transporte en línea regular que es donde además se da el ámbito protector al pasajero considerado consumidor, normativa que como hemos indicado es de aplicación complementaria al Reglamento (CE) 1107/2006; asimismo puede mantenerse la aplicación al pasajero en vuelo chárter, ya que no están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la norma europea⁹⁹, afirmación que encuentra apoyo en la referencia que se hace en este Reglamento de la Unión Europea a los viajes combinados¹⁰⁰.

En otro orden de cosas, el Reglamento 1107/2006 pretende establecer un procedimiento rápido y eficaz para presentar reclamaciones por parte del pasajero con discapacidad o con movilidad reducida, que se basa en la autoridad designada por cada Estado miembro¹⁰¹, que en el caso de España recae sobre Aesa¹⁰² (sin perjuicio de las competencias que pueda tener Aena o de que corresponda a la autoridad de otro Estado¹⁰³), que también fijarán las sanciones que corresponden a la infracción de esta norma. Por tanto, no se establecen medidas sancionadoras concretas ni se impone un

⁹⁸ Vid. el citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El funcionamiento y la aplicación de los derechos establecidos para los pasajeros del transporte aéreo».

⁹⁹ Defiende la aplicación a los vuelos chárter, BIEDMA FERRER, “La protección del pasajero aéreo en la normativa comunitaria: El Reglamento (CE) 261/04. El caso de los pasajeros aéreos con movilidad reducida o discapacidad”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 4, junio de 2010, págs. 54 y 55, con base en el Considerando 5 de dicho Reglamento y de la comparación con lo establecido por el Reglamento (CE) 295/1991, derogado por el Reglamento (CE) 261/2004, que si se refería de forma expresa a los vuelos regulares.

¹⁰⁰ ZAMBRANA MORAL, «Aspectos económicos del contrato de transporte de pasajeros por aire con incidencia en el sector turístico», *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, XXV, 2008, pág. 3.765, mantiene que no sólo pretende hacer extensiva la protección a usuarios de vuelos regulares, sino también a los de vuelos no regulares, incluidos los que forman parte de viajes combinados.

¹⁰¹ «Cada uno de los Estados miembros designará uno o varios organismos responsables de la aplicación del presente Reglamento en relación con los vuelos que salgan de los aeropuertos situados en su territorio o lleguen a los mismos. Cuando proceda, ese o esos organismos

adoptarán las medidas necesarias para asegurarse de que se respetan los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida, incluida la observancia de las normas de calidad mencionadas en el artículo 9, apartado 1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el nombre del organismo u organismos designados. 2. Los Estados miembros establecerán que, cuando proceda, el o los organismos responsables de la aplicación del presente Reglamento a que se refiere el apartado 1 garanticen también la correcta aplicación del

artículo 8, incluido lo relativo a las tarifas destinadas a evitar la competencia desleal. Los Estados miembros podrán, asimismo, designar un organismo específico al efecto» [artículo 14 Reglamento (CE) nº 1107/2006]

¹⁰² “National Enforcement Bodies under Regulation [EC] 1107/2006 concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air”, en <http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air>.

Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

¹⁰³ «Las reclamaciones relativas a la asistencia prestada en un aeropuerto deben elevarse al organismo u organismos designados para dar cumplimiento al presente Reglamento por el Estado miembro donde esté situado el aeropuerto. Las reclamaciones relativas a la asistencia prestada por una compañía aérea deben elevarse al organismo u organismos designados para dar cumplimiento al presente Reglamento por el Estado miembro que haya otorgado la licencia de operador a la compañía aérea” [Considerando 17 Reglamento (E) nº 1107/2000].

régimen válido para todo el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) que hubiera permitido la unificación de esta cuestión¹⁰⁴ pudiéndose cuestionar en la actualidad la homogeneidad y eficacia del control del incumplimiento de la normativa europea en los distintos Estados miembros¹⁰⁵.

El recurso a la reclamación ante la autoridad administrativa evita que se vaya creando una jurisprudencia que interprete, aplique y precise las medidas protectoras del Reglamento (CE) n.º 1107/2006¹⁰⁶, como medida protectora se establece que las obligaciones para con las personas con discapacidad o movilidad reducida que se establecen en el presente Reglamento «no podrán limitarse ni derogarse» (artículo 13), si bien, como queda expuesto, puede prestarse una asistencia superior o adicional al mínimo legal, sin que suponga coste para el pasajero¹⁰⁷.

El artículo 15 del Reglamento (CE) nº1107/2006 se encarga de regular el procedimiento de reclamación: «1. Una persona con discapacidad o movilidad reducida que considere que se ha infringido el presente Reglamento podrá hacerlo saber a la entidad gestora del aeropuerto o a la compañía aérea interesada, según proceda. 2. Si la persona con discapacidad o movilidad reducida no obtuviera satisfacción de esa manera, podrá presentar la reclamación por presunta infracción del presente Reglamento ante cualquiera

¹⁰⁴ Así lo contempla el Considerando 18 y se concreta en el artículo 16 Reglamento (CE) nº 1107/2006: “Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones del presente Reglamento y adoptarán cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución. Las sanciones previstas deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros notificarán esas disposiciones a la Comisión y le comunicarán con la mayor brevedad toda posterior modificación de las mismas”.

¹⁰⁵ MAMBRILLA RIVERA [“Eficacia de la normativa de la Unión Europea en la protección de los usuarios del transporte”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pág. 24 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/318>)], en relación con el Reglamento (CE) nº 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes sobre la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DOUE L 293, de 31 de octubre de 2008), señala las numerosas diferencias interpretativas planteadas por la normativa europea protectora de los pasajeros y cita como ejemplo de esta disfuncionalidad el hecho de que el Ministerio de Fomento español ha reclamado a la UE poder para sancionar a las aerolíneas extranjeras que no dispongan de la nacionalidad española, caso de un empresario aéreo respecto del que se plantea el posible incumplimiento de la normativa sobre consumo española; en este asunto, en aplicación del marco normativo europeo, Bruselas se ha desmarcado de esta petición y ha recordado que cualquier reclamación debe efectuarse ante los órganos competentes de la Unión Europea o ante el gobierno nacional que corresponda y, por ende, el gobierno español carece de competencias de supervisión en esta materia.

¹⁰⁶ Hay que recordar en este aspecto que conforme al Derecho español estos expedientes sancionadores no tienen que ser publicados [incide en este aspecto MAMBRILLA RIVERA, “Eficacia de la normativa de la Unión Europea en la protección de los usuarios del transporte”, cit., pág. 214; y aunque esta regla general contempla excepciones (vid. BLANES CLIMENT, “La transparencia en los procedimientos sancionadores y disciplinarios”, en <https://miguelangelblanes.com/2017/03/27/la-transparencia-en-los-procedimientos-sancionadores-y-disciplinarios/>) en el ámbito de las sanciones a compañías aéreas y gestores de aeropuertos no hay datos que permitan configurar una casuística de infracciones y sanciones en la materia.

¹⁰⁷ Un sector doctrinal señala cómo estas mejoras voluntarias por parte de los empresarios de transporte aéreo sería una forma importante de mejorar la atención a los pasajeros. Vid. en este sentido, OLMEDO PERALTA, “Compromisos voluntarios de las compañías aéreas en el transporte de pasajeros”, en HUGUET MONFORT y PUETZ(coordinadores); MARTÍNEZ SANZ y PETIT LAVALL (directores), *Régimen del transporte en un entorno económico incierto*, Madrid, 2011, págs. 369 a 386; y, BENAVIDES VELASCO, “Obligaciones de información y asistencia en el transporte aéreo de personas con movilidad reducida”, cit., pág. 242.

de los organismos designados con arreglo al artículo 14, apartado 1, o cualquier otro organismo competente designado por los Estados miembros. 3. Todo organismo de un Estado miembro que reciba una reclamación sobre un asunto que sea competencia de un organismo designado de otro Estado miembro remitirá la reclamación a este último organismo» evidenciando una vez más la preocupación de la Unión Europea por la información al pasajero- con la obligación que se establece en el último párrafo del artículo para que los Estados miembros informen a los pasajeros sobre este mecanismo de defensa de sus derechos¹⁰⁸. Con el sistema establecido e pretende que el pasajero con discapacidad o necesidades especiales que ha visto vulnerado sus derechos conforme al Reglamento (CE) 1107/2006 pueda disponer de un sistema de reclamaciones que permita evitar el recurso a los Tribunales en un procedimiento judicial que se presume más largo y costoso para el pasajero, dejando –como adelantábamos- a los Estados miembros la obligación de informar a los pasajeros sobre la existencia de este proceso de reclamación y estableciendo el deber de cooperación entre el Estado que recibe la reclamación y el Estado competente en un principio de proximidad al pasajero discapacitado o con movilidad reducida. Este mecanismo de resolución de conflictos, que se contempla como subsidiario de la reclamación directa a la empresa de transporte o a la entidad gestora del aeropuerto, no afecta al derecho de las personas con discapacidad o movilidad reducida a recurrir a los tribunales para obtener indemnización con arreglo a las leyes nacionales» (Considerando 15).

Respecto de los derechos del pasajero que ha visto vulnerada la prohibición de denegación de embarque u otros derechos reconocidos por el citado Reglamento (CE)¹⁰⁹, más allá de la remisión a la normativa común y a las medidas que cada Estado establezca, no se contemplan medidas indemnizatorias concretas, En este sentido, cabe plantear la extensión de las medidas indemnizatorios que establece la normativa de la Unión Europea para el supuesto de cancelación y gran retraso en el vuelo a otros incumplimientos contractuales como los previstos –entre otros- en el citado Reglamento (CE) nº 1107/2006 para los pasajeros con discapacidad o movilidad reducida, e incluso contemplar la indemnización por daños morales, como ya se ha planteado en la Unión Europea y en algún precedente judicial español en relación al extravío del equipo asistencial de una persona con discapacidad o con movilidad reducida¹¹⁰, e incluso derivado del simple

¹⁰⁸ Artículo 15 in fine Reglamento (CE) nº 1107/2006; “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para informar a las personas con discapacidad o movilidad reducida de sus derechos en el marco del presente Reglamento y de la posibilidad de presentar reclamaciones ante los organismos designados”.

¹⁰⁹ Vid. –como ha quedado expuesto- la remisión que hace el artículo 16 Reglamento (CE) nº 1107/2006 al régimen sancionador que establezca cada país para el supuesto de incumplimiento por la entidad gestora del aeropuerto o de la compañía aérea de las obligaciones que impone este Reglamento (CE); asimismo, la remisión que hace el artículo 12 de la norma para el supuesto de pérdida o daños a sillas de ruedas, otros equipos de movilidad y dispositivos de asistencia durante el manejo en el aeropuerto o el transporte a bordo de la aeronave, según el cual el pasajero afectado será “indemnizado con arreglo a las normas del Derecho internacional, comunitario y nacional”.

¹¹⁰ Cabe recordar aquí las citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, de 25 de enero de 2005, en la que si bien –como queda expuesto- no contempla la existencia de daños morales a la demandante por el extravío de la silla de ruedas embarcada en el lugar de origen y que no es puesta a su disposición en el aeropuerto de destino, considera la Audiencia Provincial que si bien en el caso concreto no se aprecia, sería posible obtener una indemnización por daños morales por pérdida del equipo de

hecho de la discriminación¹¹¹, o, concretamente de la denegación de embarque a una persona y, en concreto, de una persona por el hecho de su discapacidad o movilidad reducida, según se reconoce en algun pronunciamiento judicial en el Derecho comparado¹¹².

Asimismo, debe tenerse en cuenta que si la regulación de los supuestos de denegación de embarque pueden considerarse condiciones generales abusivas, entrarán dentro del ámbito protector de la normativa del pasajero como consumidor, y en este sentido se ha manifestado algún precedente judicial español declarando la nulidad de la cláusula en cuestión, pero, además, puede plantearse la posible aplicación de las facultades sancionadoras de la Administración pública de consumo a los empresarios de transporte aéreo¹¹³. Y, también hay que traer a colación el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre¹¹⁴, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, y en el que se contempla dentro del ámbito de aplicación –artículo 2, apartado 1, c- los transportes.

6. BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES VELASCO, P: “Los derechos de los pasajeros con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, especial referencia a la denegación de embarque injustificada”, en PUETZ, A. (coordinador). PETIT LAVALL, M^a. V.,

movilidad teniendo en cuenta la especial situación de necesidad respecto de este, y que si bien este daño moral no está amparado por el Convenio de Varsovia, sí puede ser concedido al amparo del régimen general del Código civil.

Asimismo, recogíamos el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El funcionamiento y la aplicación de los derechos establecidos para los pasajeros del transporte aéreo, se indica que los límites indemnizatorios por los datos patrimoniales a la luz del Convenio de Montreal pueden resultar insuficientes, sin contar con los posibles daños morales; vid. también la doctrina citada a favor del reconocimiento de los daños morales derivados de la pérdida de equipos asistenciales.

¹¹¹ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4^a), de 14 de enero de 2009 (JUR 2009, 193466), en la que la Audiencia Provincial, si bien no aprecia la existencia de la misma en el caso concreto; y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7^a), de 11 de enero de 2008 (AC 2008, 605) (citadas en VIVAS TESÓN, “Turismo accesible e inclusivo: la protección jurídica del consumidor con discapacidad”, cit., pág. 185.

¹¹² <https://comercioyjusticia.info/justicia/la-negativa-a-embarcar-a-un-pasajero-discapacitado-genera-dano-moral/>.

A favor de la indemnización por daños patrimoniales y morales en el supuesto de incumplimiento de la normativa protectora de los pasajeros, MAMBRILLA RIVERA, “Eficacia de la normativa de la Unión Europea en la protección de los usuarios del transporte”, cit., pág. 230, a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2011, Asunto C-83/10, Aurora Sousa y otros vs. Air France.

¹¹³ Vid., al respecto, con referencia a diversos supuestos de denegación de embarque, LYCZKOWSKA, “Las aerolíneas no se sustraen a la potestad sancionadora de la Administración de consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, págs. 48 a 51.

¹¹⁴ BOE» núm. 297, de 13 de diciembre de 2006.

MARTÍNEZ SANZ, F. y RECALDE CASTELLS, A. J. (directores), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, 2013, págs. 473 a 487.

BENAVIDES VELASCO, P. “Obligaciones de información y asistencia en el transporte aéreo de personas con movilidad reducida”, en GUERRERO LEBRÓN, M.J. (directora), *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*, Madrid, 2015, págs. 221 a 254.

BIEDMA FERRER, J. Mª.: “La protección del pasajero aéreo en la normativa comunitaria: El Reglamento (CE) 261/04. El caso de los pasajeros aéreos con movilidad reducida o discapacidad”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 4, junio de 2010, págs. 47 a 79.

BIEDMA FERRER, J Mª: “El pasajero aéreo discapacitado y la normativa comunitaria. Especial referencia al turismo accesible”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, págs. 245 a 272.

BLANES CLIMENT, M.A.: “La transparencia en los procedimientos sancionadores y disciplinarios”, <https://miguelangelblanes.com/2017/03/27/la-transparencia-en-los-procedimientos-sancionadores-y-disciplinarios/>

BONAUDI, F.: “Los aeropuertos europeos y los pasajeros con discapacidad visual”, <https://www.euroblind.org/newsletter/2020/march/es/los-aeropuertos-europeos-y-los-pasajeros-con-discapacidad-visual>.

CASTRO MARTÍNEZ, A. Mª.: “Derechos de los pasajeros con movilidad reducida (PMR) ante las compañías aéreas”, *Legal Today*, 15 de julio de 2015, <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/derechos-de-los-pasajeros-con-movilidad-reducida-pmr-ante-las-companias-aereas-2015-07-15/>.

DELGADO RIBAGORDA, “Pasajeros especiales” en *El Blog de SOS.*, 7 de agosto de 2019.

FERRER TAPIA, B.; *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*, Madrid, 2013

GASCÓN MARCÉN, A.: “Propuesta de reforma de los derechos de los pasajeros aéreos en la unión europea”, en GUILLÉN NAVARRO, N. A. e IÑIGUEZ BERROZPE, T. (Coordinadores), *Congreso Internacional de Turismo de Zaragoza 2014: actas*, 2015, págs. 123 a 135.

GÓMEZ PINEDA: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derechocivil/civil/las-tasas-o-tarifas-aeropuarias>.

GÓMEZ ROJO, M.E.: “Regulación histórico-jurídica del transporte aéreo de pasajeros con movilidad reducida en Derecho comparado”, *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, núm. 24, 2007, págs. 3.647 a 3.656.

GONZÁLEZ CABRERA, I.; “Retraso, cancelación y denegación de embarque: un análisis comparado de su tratamiento en el Derecho de la navegación marítima y aérea”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2013, número 11, págs. 81 a 114.

GONZÁLEZ CABRERA, I.: “La disminución de la protección del viajero en el transporte aéreo. Un cambio de tendencia (A propósito de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, modificativo de los Reglamentos CE 261/2004 y 2027/97)”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 15, 2015, págs. 97 a 130.

GONZÁLEZ ROMANO, J. F.: “Personas con discapacidad o movilidad reducida (PRM) normativa aplicable en el transporte aéreo”, en *Curso de derecho aeronáutico práctico para operadores aéreos: trabajos de derecho aeronáutico*, 2016, págs. 181 a 197.

GONZÁLEZ ROMANO, J. F.: “Propuesta de modificación del Reglamento (CE) Nº 261/2004 y del Reglamento (CE) Nº 2027/97. Actualización y mejora de los derechos de los pasajeros”, en *Curso de derecho aeronáutico práctico para operadores aéreos: trabajos de derecho aeronáutico*, 2016, págs. 199 a 214.

GUERRERO LEBRÓN, M. J.: “Las últimas reformas en Derecho del transporte aéreo: avances y cuestiones pendientes en la protección de los pasajeros y los terceros”, *Revista Andaluza del Derecho del Turismo*, número 3, 2010, págs. 127 a 157.

GUERRERO LEBRÓN, M. J. y ROMERO MATUTE, B.: “Transportes de pasajeros”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coordinadores), *Derecho Mercantil: vol. 8. Transportes mercantiles*, 2013, páginas 549 a 618.

JUNCÀ UBIERNA, J.A.: *Accesibilidad Universal de los modos de transporte en España. Problemática actual, principales avances y retos de futuro*, Madrid, 2012.

LYCZKOWSKA, K.: “Las aerolíneas no se sustraen a la potestad sancionadora de la Administración de consumo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, págs. 48 a 51.

MAMBRILLA RIVERA, V. M.: “Eficacia de la normativa de la Unión Europea en la protección de los usuarios del transporte”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, págs. 205 a 233 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/318>).

MÁRQUEZ LOBILLO, P.: *Denegación de embarque*, Madrid, 2013.

MARTÍN CASTRO, M.P.: *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, 2002.

NIETO MENOR, M.: *Los derechos de los usuarios del transporte aéreo*, Madrid, 2006.

OLMEDO PERALTA, E.: “Compromisos voluntarios de las compañías aéreas en el transporte de pasajeros”, en HUGUET MONFORT, J., y PUETZ, A. (coordinadores); MARTÍNEZ SANZ, F. y PETIT LAVALL, M.V. (directores), *Régimen del transporte en un entorno económico incierto*, Madrid, 2011, págs. 369 a 386.

ROMERO MATUTE, B.: “Régimen de responsabilidad en el contrato de transporte de viajeros por carretera”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, número 4, 2021, págs.129 a 178.

SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, J.M. “El transporte aéreo de los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 17, 2016, págs. 179 a 212.

SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, J.M. “El transporte aéreo de los pasajeros discapacitados en los ámbitos europeo y español”, en ZUBIRI DE SALINAS, M. (Directora), *El contrato de transporte de viajeros: nuevas perspectivas*, Cizur Menor, 2016, págs. 105 a 154.

SERRANO MARTÍNEZ, J. M^a. y GARCÍA MARÍN, R.: “Cambios recientes del tráfico de pasajeros en los aeropuertos españoles: modificaciones acusadas en un contexto económico desfavorable” *Revista Transporte y Territorio*, núm. 12, 2015, págs. 127 a 149.

VILA, C.: “Mayor accesibilidad para los pasajeros con discapacidad”, FIAPAS: Confederación Española de Familias de Personas Sordas, núm.104, 2005, págs. 17 y 18.

VIVAS TESÓN, I.: “Turismo accesible e inclusivo: la protección jurídica del consumidor con discapacidad”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2, 2012, págs. 171 a 185.

ZAMBRANA MORAL, P.: «Aspectos económicos del contrato de transporte de pasajeros por aire con incidencia en el sector turístico», *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, XXV, 2008, págs. 3.745 a 3.768.

ZAMPONE, A.: “La protezione del passeggero nel trasporto terrestre nella disciplina dell’Unione Europea”, en ZUBIRI DE SALINAS, M. (Directora), *El contrato de transporte de viajeros: nuevas perspectivas*, Cizur Menor, 2016, págs. 155 a 173.

ZUBIAURRE GURRUCHAGA, A.: “La protección del viajero en el transporte terrestre por carretera y por ferrocarril del ámbito nacional”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2016, núm. 18, págs. 111 a 147.

ZUBIRI DE SALINAS, M.: “La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo”, *Revista de derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, págs. 67 a 100.

Islam, Marriage Law and the Legal Framework of England and Wales

JAVIER GARCÍA OLIVA

Professor of Law

Universidad de Manchester (Reino Unido)

javier.oliva@manchester.ac.uk

 <https://orcid.org/0000-0003-3565-4445>

HELEN HALL

Associate Professor

Universidad de Nottingham Trent (Reino Unido)

helen.hall@ntu.ac.uk

 <https://orcid.org/0000-0001-5553-9140>

Abstract: This article examines Islam in Contemporary England and Wales, and asks what issues faced by Muslims may reveal about the legal landscape more widely, using Marriage Law as a case study. It opens with an overview of Religion, Islam and the Legal Framework in England and Wales, before addressing the modern law on the solemnisation of marriages and current proposals for reform. It then moves to examine the conscious choice of some Muslims to enter into purely religious marriages, and discusses what this reveals about Muslim communities and

Recepción: 14/10/2022

Aceptación: 03/11/2022

Cómo citar este trabajo: GARCÍA OLIVA, Javier y HALL, Helen, “Islam, Marriage Law and the Legal Framework of England and Wales”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 137-162, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.05>

the overarching legal framework. In the concluding section, the piece then addresses what can be learnt about two observable realities from Marriage Law: 1) the continued problematisation of Muslims and Muslim Communities in popular and academic perception, and 2) the significance of unregistered religious marriages for other voluntary adult partnerships outside of the system of state registration

Keywords: religion; marriage; islam; constitutional culture; United Kingdom.

Summary: 1. INTRODUCTION. 2. ISLAM IN CONTEMPORARY ENGLAND AND WALES. 3. RELIGION, ISLAM AND THE LEGAL FRAMEWORK IN ENGLAND AND WALES. 4. MODERN LAW ON THE SOLEMNISATION OF MARRIAGES. 5. PROPOSALS FOR REFORM. 5.1. The dangers of too readily recognising relationships as legally binding marriages. 5.2. The conscious choice of some Muslims to enter into purely religious marriages. 6. MUSLIM COMMUNITIES AND THE WIDER LEGAL FRAMEWORK. 6.1. Noor. 6.2. Holly. 7. ANALYSIS AND CONCLUSIONS. 7.1. The Continued Problematisation of Muslims and Muslim Communities. 7.2. Unregistered Marriages-A Tangible Problem. 8. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

The English and Welsh nations belong to the diverse society which makes up the contemporary United Kingdom.¹ The richness and variety of ethnicities, languages and cultures nested within modern Britain are justly a source of pride for many individuals and communities.² Nevertheless, it would be absurd to pretend that this Northern European setting basks in utopia, while citizens exchange in exclusively harmonious and creative dialogue. Lamentably, here as elsewhere, there are seams of racism and prejudice, both conscious and unconscious,³ as well as the taint of Islamophobia infecting European culture more widely.⁴

It is also important to bear in mind that alongside these negative and discriminatory realities, there are legitimate debates about optimal approaches to adapting legal provisions and mechanisms to meet the needs of an ever-changing society. Reforming the law is rarely straightforward in any setting, because most problems are multifaceted and the range of available solutions often present competing advantages and drawbacks, rather than a single clear and obvious path. Regulatory structures crafted in previous

¹ HARGREAVES, J., KESSLER, E., IZAMOJE, D. AND SYMON, A., *How We Get Along: The Diversity Study of England and Wales 2020*, The Woolf Institute, Cambridge, 2020.

² KHAN, A', "Ethnic Diversity Makes Britain's Culture Great: It would be a disaster if we lost it", *The Guardian*, 10/7/2019, (<https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jul/10/diversity-uk-britain-culture-arts-sport>, consultado: 22/10/2022).

³ PITCHER, B., *The Politics of Multiculturalism: Race and Racism in Contemporary Britain*, Springer, London, 2009.

⁴ JONES, S. AND UNSWORTH, A., *The Dinner Table Prejudice: Islamophobia in Contemporary Britain*, University of Birmingham, Birmingham, 2022.

centuries did not take account of the requirements of Muslim communities, because the religious demographics of their time had not generated sufficient pressure to do so. Equally, they did not consider the practical issues raised by a host of other aspects of life in the 2020s, such as: legally and socially entrenched commitments to gender equality and respect for LGBTQ+ rights,⁵ widespread cohabitation outside of marriage,⁶ obligations within international legal instruments,⁷ current understandings of children's rights,⁸ animal welfare,⁹ or medicine and mental health.¹⁰ As the very term "legal framework" implies, laws and their interpretation form part of an interconnected network of rules and norms, and shaking one part of the spider's web will send shockwaves through the whole. As a consequence, updating the law to deal with one set of demands must be done in a manner which is mindful of other necessary or desirable considerations. Bringing legal provisions to date in order to take account of a shifting religious landscape must take place alongside reforms needed to accommodate other social changes.

In light of this complexity, the interaction between legal reform and the needs of Islamic communities living within England and Welsh society is highly intricate, especially since, as discussed below, there is immense diversity amongst people who regard themselves as Muslims, and religion or worldview is only one element of the multifaceted identity experienced by human beings.¹¹

This study aims to explore one particular aspect of that complexity, examining the current debate around the solemnisation of marriages, and the desperate need to reform such a creaking machinery from the eighteenth and nineteenth centuries. Furthermore, the implications which this framework has for religious marriages without civil effects must be also be taken into consideration.¹²

In order to do so, we shall begin our discussion with an overview of the social context within which this legal challenge is embedded, before moving on to examine the relevant law. We shall then provide a brief reprisal of the macro level legal framework, setting out the overarching protections of religious freedom presently in place, and then proceed to drill down into the detailed discussions around Wedding Law and Registration. Our

⁵ Equality Act 2010.

⁶ HILL, A., "Cohabiting Couples Fasted Growing Family Type Say ONS", *The Guardian*, 7/8/2019, (<https://www.theguardian.com/uk-news/2019/aug/07/cohabiting-couples-fastest-growing-family-type-ons#:~:text=More%20than%20two%2Dthirds%20of,%25%2C%20equating%20to%203.4%20million,> consulta: 17/10/2022).

⁷ European Convention on Human Rights 1950, incorporated into United Kingdom domestic law by Human Rights Act 1998.

⁸ United Nations Convention on the Rights of the Child 1989.

⁹ Animal Welfare Act 2006.

¹⁰ BARTLETT, P. AND WRIGHT, D. (eds), *Outside of the Walls of the Asylum: The History of Care in the Community 1750-2000*, Bloomsbury, London, 1999.

¹¹ CHOUDHRY, S., *Multifaceted Identity of Interethnic Young People: Chameleon Identities*, Routledge, London, 2010, pág. 18.

¹² Law Commission of England and Wales, "A New Weddings Law: Report", 19/7/22, (<https://www.lawcom.gov.uk/project/weddings/> consulta: 30/09/2022).

ultimate goal is not only to offer some reflections on the specific debate around how best to reshape the legal arrangements on marriage recognition, but also to ask whether insights from this conversation can shed light on broader questions relating to Muslim communities and secular law. Through two hypothetical examples of young women in contemporary England and Wales, one Muslim and one non-religious, but both in partnerships outside of the framework of state registration, we inquiry what wider lessons can be learned.

2. ISLAM IN CONTEMPORARY ENGLAND AND WALES

Islam is currently the largest single minority religious group in England and Wales, with approximately 2.7 million people identifying as Muslim in these nations in the 2011 census.¹³ It is expected that this number will have risen in the intervening decade, although data from the 2021 census is not yet fully available. It is crucial to stress, however, that there is immense diversity between and within Muslim communities, a point which is often obscured in the media and popular discourse.¹⁴ As would be expected from any major religion, there are a variety of branches, differentiated by their history and stance towards doctrinal questions.¹⁵

Moreover, since its inception Islam has been a proselytising religion and not an ethno-religious group, and Muslims in England and Wales come from a variety of racial and cultural backgrounds.¹⁶ Just over two thirds of the Muslim population are of South Asian or British South Asian descent (Pakistani, Bangladeshi and Indian), while 10 % self-identified as black, 8% as white, 6% Arab and the remaining 8% opted for “Other” in the last Government census.¹⁷ The categories made available to those completing the survey were extremely broad, and each of the groups offered encompasses a wide variety of subgroups, with vastly different cultural and linguistic backgrounds.

This variation would be significant in any context, but in a paradigm in which social structures and behaviour expectations are being examined, it is absolutely key. The borderline between religion and culture is notoriously porous,¹⁸ and the very division

¹³ Office for National Statistics, “Exploring Religion in England and Wales: February 2020”, ONS, London, 2020 (<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/culturalidentity/religion/articles/exploringreligioninenglandandwales/february2020#size-of-the-religious-populations>, consulta: 18/10/2022). The processing of data from the 2021 census was severely delayed by the Covid 19 pandemic, and more recent Government statistics are not available at the time of writing.

¹⁴ CHAMBERS, C., PHILLIPS, R., ALI, N., HOPKINS, P. AND PANDE, R., “Sexual misery’ or ‘happy British Muslims’?, Contemporary depictions of Muslim sexuality”, *Ethnicities*, 19(1), 2019, págs. 66-94.

¹⁵ KHURI, F., *Imams and Emirs: State, Religion and Sects in Islam*, Saqi Books, London, 2014.

¹⁶ ADOGAME, A. AND SHANKAR, S., *Religion on the Move: New Dynamics of Religious Expansion in a Globalising World*, Brill, Leiden, 2012, pág. 162.

¹⁷ Muslim Council of Britain, “British Muslims in Numbers Briefing”, 9/5/2016, (<https://mcb.org.uk/resources/> consulta: 1/11/2022).

¹⁸ ABDULLA, M., “Culture, Religion, and Freedom of Religion or Belief”, *The Review of Faith & International Affairs*, 16:4, 2018, págs. 102-115.

itself is reliant upon an understanding of “religion” rooted in orthodoxy, rather than orthopraxy, which in turn stems from a Christian/Post Christian paradigm.¹⁹ As Vickers has demonstrated writing in the context of Equality Law, an emphasis on orthodoxy when defining religion for legal purposes works to the detriment of communities whose faith is centred around praxis, rather than an affirmation of abstract ideas.²⁰ Although this construction of religion is less exclusionary towards Islam than some other religious traditions, for example the Dharmic faiths, it undoubtedly has a detrimental impact when it comes to individuals and groups arguing that cultural practices are intrinsic to living out their religion.

It is also important, for our current purposes, to highlight that Muslim individuals from different cultural contexts may experience and manifest their faith differently. There is diversity within Islam rooted in cultural variation, as well as theological debate, and this divergence cannot rationally be dismissed as something entirely extrinsic to religion. Consequently, legal regulations intended to provide for the needs of “Muslims” in respect to matters such as marriage registration need to be drafted in a sufficiently broadly and nuanced manner to at least take account of differing practices with regard to matters like pre-marital agreements and wedding venues.

This is not to imply that state authorities must necessarily facilitate all activities and traditions of differing communities within a plural society, as there may, on occasions, be sound policy reasons for deciding not to tailor the law to enable particular forms of social arrangements (either because these carry an intrinsic risk of comprising the rights of vulnerable people, or because there are other countervailing considerations which simply make accommodation impractical, e.g. the need for accurate record keeping in respect of marriage registration). Nonetheless, there should at least be a reasoned consideration based on an accurate understanding of the reality of grassroots community life, as opposed to allowing the diplodocus of legal and administrative machinery to unintentionally, but unnecessarily, trample on the needs and preferences of citizens with its large and oblivious feet.

Furthermore, not only do particular Muslim communities have varying characteristics, the individuals who make up particular groups are, of course, also extremely diverse. For example, the experience of an adult male aged forty-five with no disabilities who has lived his entire life in England, may be radically different from that of an eighty-five year old woman who uses a wheel-chair, or a fourteen year old girl who recently arrived in the country as a refugee. In the past, public authorities in England and Wales have fallen into the trap of engaging in dialogue with some *sections* of a particular community, and interpreted this as the voice of the community as a whole.²¹

¹⁹ MIDDLETON, N., *Jesus and Women*, Lutterworth Press, London, 2022, pág. 163.

²⁰ VICKERS, L., “The Relationship Between Religious Diversity and Secular Models: An Equality Based Perspective”, in FOBLETS, M., ALIDADI, K., NIELSEN, J. AND YANASMAYAN, Z. (eds), *Belief, Law and Politics: What Future for a Secular Europe*, Routledge, London, 2014, págs. 123-130, 124.

²¹ Muslim Women Network UK, “Unheard Voices: The Sexual Exploitation of Asian Girls and Young Women”, September 2013, (<https://www.mwnuk.co.uk/reports.php>, consulta: 9/11/1022).

Hearing the voices of minorities within minorities is a highly complex endeavour, but vital in any society with a serious commitment to human rights. Those exercising power within communities and purporting to speak for others may inadvertently, or cynically, misrepresent the perspective of some members, especially if their priorities do not align. Although it is, without doubt, critical not to feed into damaging stereotypes of Muslim women being oppressed and side-lined, as commentators like ELVER rightly assert,²² recognising the multifaceted nature of human communities, as well as the need to access different constituent parts when engaging in dialogue, is the polar opposite of proceeding on the basis of narratives driven by an external perspective and predetermined agenda.

It is also significant that gender is only one relevant factor in assessing the plurality of interests within a community. Inevitably, because clashes around Islamic dress and veiling have been so prominent in both legal and political discourse in recent decades, issues around the rights and agency of women are at the forefront of our collective consciousness when approaching questions of law and Islam, especially against a family backdrop.²³ However, while the key importance of gender is in no sense denied, it is by no means the unique differentiating criterion which may place individuals in a minority position within their wider community: characteristics such as age, disability and sexuality may also have a similar impact.

In essence, the profile of Muslims living within England and Wales is remarkably diverse, at both a communal and an individual level, and sweeping generalisations are, therefore, very unhelpful. Nevertheless, Islam is a significant religious presence within contemporary society, and a legal system which is responsive to social needs must take adequate and nuanced account of large groupings, because the kaleidoscope of cultures and traditions within English and Welsh Islam does not erase points of commonality. For instance, the aspects of shared concerns and aspirations allow umbrella organisations like the Muslim Council of Britain (“MBC”) to represent over five hundred constituent groups.²⁴ being the MBC one fundamental vehicle to provide collective input into Government consultations over law reform, in areas as diverse as hate crime and responses to Covid 19.²⁵

To sum up, even though we have highlighted the importance of caution in interpreting collective expressions, and complexity of the granular detail with regard to English and Welsh Islam, the significance of overarching structures and the macro picture should not be discounted. Moreover, it is vital to highlight that questions around Islam and the legal framework do necessarily operate in the wider backdrop of constitutional arrangements

²² ELVER, H., *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, Oxford, 2014, págs. 1-71.

²³ See, for example: *Osmanoğlu and Kocabas v Switzerland* [2017] ECHR 14; *SAS v France* [2014] ECHR 695; *R (Begum) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15.

²⁴ Muslim Council of Britain, “Who Are We?”, (<https://mcb.org.uk/about/>, consulta: 30/10/2022).

²⁵ Muslim Council of Britain, “Consultation Submissions” (<https://mcb.org.uk/consultations-and-submissions/> consulta: 13/11/2022).

and culture, and precisely for this reason, we shall briefly reprise the legal structures in place, before going to look in detail at the arrangements for the solemnisation of marriage.

3. RELIGION, ISLAM AND THE LEGAL FRAMEWORK IN ENGLAND AND WALES

England and Wales are obviously constituent parts of the United Kingdom, and as such are subject to the constitutional law of that State. The Human Rights Act 1998 incorporated the provisions of the European Convention on Human Rights into domestic law, whilst guaranteeing the absolute right to hold religious beliefs, and a right to manifest such convictions which may only be subject to such limitations as are:

“prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”²⁶

Furthermore, it is well established that the right to live our beliefs is not contingent upon an individual demonstrating that their interpretation of the faith or ideology in question is mainstream, or even recognised as legitimate by a minority of adherents to the same creed.²⁷ Provided that the beliefs are sincerely held, and of a serious and profound nature, they will come within the ambit of Article 9.²⁸ On the positive side, this means that an individual Muslim will not be required to demonstrate that their personal religious practice conforms to any external set of norms.

Less happily, this mindset ties protection of religious freedom to a cerebral conviction, which as noted above, springs from Western European thought patterns emerging from the era of Reformation and the Enlightenment. Neither the architects of the ECHR, nor the judges who have nurtured its evolving interpretation, adequately addressed the question of how Article 9 relates to adults whose mental capacity is impaired, nor children and young people whose decision-making competence and sense of identity remain inchoate.²⁹ In addition, both domestic and Strasbourg judges have been reluctant to stretch the boundaries of the Article, to accommodate cultural and social practices not directly linked to religion or philosophy in a form which can be clearly or easily articulated.³⁰ For instance, in *Jones v UK* the applicant challenged a refusal by the local council to permit him to erect a gravestone for his daughter which included a photograph, and he failed to convince the European Court of Human Rights that honouring such an image was an action related to his religious faith. By the same token, members of the judiciary may be

²⁶ Art 9:2 European Convention on Human Rights.

²⁷ *Eweida v UK* [2013] ECHR 37.

²⁸ *R (Williamson) v Secretary of State for Education* [2005] UKHL 15.

²⁹ GARCÍA OLIVA, J. AND HALL, H., “Religious Decision Making and the Capacity of Children in the United Kingdom”, *Laicidad y Libertades*, 2013, págs. 137-170.

³⁰ *Jones v UK* [2005] ECHR App No. 42639/04.

cautious in permitting cultural elements of wedding practice which do not obviously relate to religion to come within Article 9.

Needless to say, it is true that the right to private and family life may assist potential applicants in all of these situations, as both children and adults with impaired capacity, as well as individuals wanting protection and recognition for cultural practices not demonstrably religious in nature, may seek refuge in the ample scope of Article 8.³¹ However, in doing so they are no longer directly asserting their right to religious freedom, but something far more amorphous, and possibly easier to justifiably de-prioritise or limit as a result.

In respect of cultural practices which appear to have some link to faith, broadly defined, it is also important to bear in mind the Common Law, and the Constitutional Culture of the United Kingdom, and in the case of England and Wales specifically, there is the ongoing influence of Anglican establishment.³² This has produced both a socio-political and a judicial trend towards respect for religion and a predisposition towards an enabling approach to faith and conscience as a default position.

The socio-political arm of this phenomenon stems from the nature of the Henrician Reformation and its aftermath,³³ and we shall need to refer to these historical events, however briefly. The break with Rome was triggered by the dynastic ambition of the monarch, rather than a groundswell of popular feeling or campaigning by the elite intelligentsia, leading to an ongoing struggle between factions fired by genuine Protestant fervour, who wanted radical reform, and those who embraced a more Catholic understanding of sacraments, ritual and ecclesiology.

Almost two hundred years of chaos and conflict ensued, interspersed by periods of relative stability, and by the beginning of the eighteenth century the appetite for bloodshed was waning. By this time a State Church which supported temporal authorities was entrenched, and in a world in which religion and politics were still indivisibly fused, a refusal to participate in its rites called into question the loyalty to the Crown.³⁴ Furthermore, access to a plethora of lucrative and prestigious personal and professional opportunities was contingent upon professing the Anglican religion, and law, Parliament, the universities, military/naval service as an officer and obviously the Church were closed to those who would not conform, and marriage prospects were significantly reduced. In light of all of this, there was a powerful incentive for both individuals and families to

³¹ BURBERGS, M., “How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in which New Rights are Born”, in Gerards, J. and Brems, E. (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, págs. 315-329.

³² GARCÍA OLIVA, J. AND HALL, H., *Law, Religion and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain*, Routledge: Abingdon, 2018.

³³ DUFFY, E., *The Stripping of the Altars: Traditional Religion in England 1400-1580*, Yale University Press, New Haven, 2005.

³⁴ COUDERT, A., *Religion, Magic and Science in Early Modern Europe and America*, ACB Clio, London, 2011, pág. 138.

squeeze their religious scruples to fit through the church door, and to tolerate some coreligionists whose views they found objectionable. Thus, a form of tolerance grounded in pragmatism found its way into the prevailing culture.

The more positive legal dimension of respect for religious diversity came later, and by the close of the eighteenth century, and increasingly into the nineteenth, it was becoming unacceptable to subject citizens to detrimental burdens on the basis of their religion. England and Wales had not experienced a revolution on British soil after 1688, and the response to religious inequality was both haphazard and conciliatory:³⁵ in broad terms, the Church of England did not lose its privileges, but gradually other groups came to share in them. Religious accommodation was increased, rather than retrenched, as a means of reducing differential treatment between faiths. Interestingly, no area of the legal system more beautifully exemplifies this than Marriage Law, as we shall shortly explore.

In the twenty first century the establishment relationship between the Church and State has not yet been dismantled, and despite the fact that in Wales the Church was formally disestablished in the early twentieth century, in response to national feeling about the imposition of an English institution,³⁶ as purely theological concern,³⁷ it remained established for a number of key legal purposes, including Marriage Law. Commentators like DOE have applied the label “quasi-established” to the Church in Wales as a result.³⁸ Given that the case study into which we shall delve relates to the law governing weddings, it is appropriate to treat the whole jurisdiction under consideration (England and Wales) as having an established Church, as substantially the same rules are in place for solemnisation of Anglican marriages in both nations.

Alongside the social and political impact for Establishment in fostering pragmatic tolerance, the legal realm of Constitutional Culture has also been moulded by Church-State relations. From the Reformation onwards, it was axiomatic that the law should support the teachings and operation of the Church of England,³⁹ but when treating some citizens less favourably on the basis of spiritual convictions became less tenable, the solution was to move from supporting the practice of Anglican religion to supporting religion in general terms. Moreover, this was followed by a small and easy step, moving from positive judicial and legislative treatment of religion to positive judicial and legislative stance towards all matters of conscience.

³⁵ INNES, J., “People and Power in British Politics to 1850”, in INNES, J. AND PHILIP, M. (eds), *Re-Imagining Democracy in the Age of Revolutions*, Oxford University Press, Oxford, 2015, págs. 129-148.

³⁶ GAINER, J., “The Road to Disestablishment”, in DOE, N., *A New History of the Church in Wales: Governance and Ministry, Theology and Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, págs. 27-44.

³⁷ Welsh Church Act 1914.

³⁸ DOE, N., *The Law of the Church in Wales*, University of Wales Press, Cardiff, 2002, pág. 11.

³⁹ PICTON, H., *A Short History of the Church of England: From the Reformation to the Present Day*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2015, págs. 17-64.

For example, deference towards religion saw the law bend at an early date to exempt Quakers from military service,⁴⁰ and during the First World War Parliament accepted that the position of all pacifists should be recognised, whether their objections to the war stemmed from religious or philosophical convictions.⁴¹ By the early twentieth century, the prevailing Constitutional Culture in England and Wales was of positive regard for religion and conscience, and an expansive interpretation of the same. Provided that beliefs were sincerely held, it did not matter whether they were deemed eccentric or countercultural, and the legal system accepted that citizens should be free to live according to their personal creed, without molestation from the State. This explains exceptions within Criminal Law, keeping activities like ritual male circumcision and religious mortification licit, when comparable assaults for non-religious purposes were proscribed, regardless of purported consent.⁴²

This expansive and libertarian approach partly justifies why the United Kingdom did not seek to enter into formal agreements with religious denominations, in a comparable manner to jurisdictions like Spain, which signed an international treaty with the Holy See in 1978⁴³ and gave other religious groups the possibility of making similar arrangements via a statutory provision.⁴⁴ It opted instead to give citizens space to pursue their own inclinations, and did not worry unduly as to whether or not they capitalised on the opportunity, nor whether the framework as a whole was coherent or efficient.

In short, in the eighteenth century, the State gave the two most prominent religious minorities of the time considerable scope to manage their own affairs, recognising marriage according to the rites of the Jews and the Quakers. Then subsequently public authorities allowed for civil marriage, and later still provided separate legal machinery for other faith groups to opt into a system of solemnising weddings with effects in Civil Law.⁴⁵ This piecemeal and essentially reactive mode of law reform, combined with an historically libertarian approach to social organisation, helps to understand how England and Wales have arrived in the contemporary era with a labyrinthine system of Wedding Law. We shall now look at the modern provisions in detail, and explore their implications for Muslim communities.

4. MODERN LAW ON THE SOLEMNISATION OF MARRIAGES

England and Wales currently have four separate routes to achieving a marriage recognised in Civil Law:

⁴⁰ Militia Ballot Act 1757.

⁴¹ Military Service Act 1916.

⁴² *R v Brown* [1993] UKHL 19.

⁴³ MARTINEZ TORRÓN, J., *Religion and Law in Spain*, Kluwer, 2nd edición, 2018, para 68.

⁴⁴ Ley Orgánica Libertad Religiosa (7/1980) Art 7.

⁴⁵ GARCÍA OLIVA, J. AND HALL, H., *Law, Religion and the Constitution: Balancing Beliefs...*, op.cit., págs. 171-175.

- 1) Marriage according to the rites of the Church of England or Church in Wales.
Anglican clergy have a duty to solemnise opposite sex marriages for anyone living within their parish if they request to do so,⁴⁶ as long as they do not have a former spouse still living.⁴⁷ Anglican clergy are free to marry divorcees if their conscience allows them to do so, but it is not a legal obligation.⁴⁸ Neither the Church in Wales nor the Church of England conduct same sex marriages,⁴⁹ although the Church in Wales will bless same sex couples after a civil marriage has taken place.⁵⁰
- 2) Marriages according to Jewish or Quaker rites.⁵¹
- 3) Civil marriages conducted by a registrar with no religious character.⁵²
- 4) Other religious marriages of faith groups in question which have opted into the legal framework for doing so.

Islamic marriages will be legally binding if they come within category number four. In order to opt-in a religious community needs a building which is registered both as a place of worship under the Places of Worship Registration Act 1855, and registered by the Registrar General for the solemnisation of marriages.⁵³ In addition, legally binding marriages must either be carried out in the presence of a registrar, or an “authorised person”, which would ordinarily be a minister of the relevant denomination.⁵⁴

This means that in practical terms, faith groups wishing to conduct marriages binding at Civil Law need to have a building, which is a potential obstacle for small religious fellowships with limited resources, who may hire or share premises. It is also, it goes without saying, problematic for faiths for whom worship generally takes place outdoors or in private spaces as a matter of conscious choice and spiritual preference, as is the case

⁴⁶ Faculty Office of the Archbishop of Canterbury, “A Guide to the Law for Clergy” (1999); see also *Davis v Black* (1841) 1 QB 900.

⁴⁷ Matrimonial Causes Act 1965, s. 8(2): ‘No clergyman of the Church of England or the Church in Wales shall be compelled – (a) to solemnise the marriage of any person whose former marriage has been dissolved and whose former spouse is still living; or (b) to permit the marriage of such a person to be solemnised in the church or chapel of which he is the minister’.

⁴⁸ GARCÍA OLIVA, J. AND HALL, H., *Law, Religion and the Constitution: Balancing Beliefs...*, op.cit., págs. 171-180.

⁴⁹ See Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, ss. 2,3 and 8. It was agreed prior to the introduction of same sex marriage that neither the Church of England nor the Church in Wales would be compelled to conduct same sex marriages, but the two Anglican provinces were empowered to decide independently whether and when they wished to do so.

⁵⁰ Church in Wales, “Church Approves Blessing for Same Sex Partnerships”, 6/9/2021, (<https://www.churchinwales.org.uk/en/news-and-events/church-approves-blessing-service-same-sex-partnerships/> consultado: 27/10/2022).

⁵¹ Marriage Act 1949, s. 26(1) (as amended by the Marriage Act 1983, Sch. 1, and the Marriage Act 1994, s. 1(1)).

⁵² Marriage Act 1949, ss. 45, 45A, 46, 46A, 46B.

⁵³ Marriage Act 1949, ss. 41–42 (as amended by the Marriage Acts Amendment Act 1958 s. 1(1) and the Marriage (Registration of Buildings) Act 1990 s. 1(1)).

⁵⁴ Marriage Act 1949, s. 2.

for some Pagan groups.⁵⁵ Once again, this illustrates that the current provisions are haphazard in their nature, and exclusive by action rather than design.

The truth is that it is currently easier for Muslim communities to opt into the legal arrangements for solemnising marriages than the system is for some other groups, because the Muslim practice of arranging their collective spiritual life around a building happens to fit more easily with the pre-existing Christian paradigm. We are at pains to stress that this does not reflect any conscious bias towards Islam or animus against Paganism, but it does demonstrate that elements of shared history and intercultural exchange have practical implications for the height of barriers to participation and the ease with which they can be surmounted. Moreover, the demand for a building is not per se problematic, because it is a resource which Muslim communities generally desire to have in any event,⁵⁶ but the two-step registration requirement is undoubtedly a layer of administrative aggravation which could be reduced.

Alongside the need for a building, the community needs to arrange for a representative to be certified as an “authorised person”, being this process again linked to the building, as the appointment is made by two trustees of the premises in question.⁵⁷ They must complete a short two-page form which can be emailed or posted to the General Register Office,⁵⁸ there is no pay fee payable, and the Government website contains detailed guidance in language which can be understood by someone without legal training.⁵⁹

It is helpful to explain that the administration is of comparable complexity to applying for a British passport for an individual born in the UK and having citizenship, and considerably more straightforward than a passport application for anyone not in that situation. It is also without the expense of £75.50 chargeable for an online passport application,⁶⁰ and it sits well within the realms of the type of administrative interaction which adults in the general population routinely engage in. This point will be relevant for our discussion below in respect of unregistered marriages, and what factors may be leading causes to their continued prevalence, particularly within Islamic contexts. The comparatively easy procedure to register buildings and appoint authorised persons seems to suggest that increasing the buy-in to state arrangements will not be achieved purely by

⁵⁵ STRMISKA, M., *Modern Paganism in World Cultures: Comparative Perspectives*, ABC CLIO, London, 2005, pág. 40.

⁵⁶ GILLIAT-RAY, S., *Muslims in Britain: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, págs. 181-205.

⁵⁷ H M Government, “Marriage Ceremonies”, 4/5/2021, (<https://www.gov.uk/government/publications/marriage-registration-guidance-for-authorised-persons/marriage-registration-guidance#authorised-persons>, consulta 6/11/2022).

⁵⁸ H M Government, “Guidance Letter for Certificate of Appointment”, 19/5/2021, (<https://www.gov.uk/government/publications/guidance-letter-for-the-certificate-of-appointment>, consulta: 6/11/2022).

⁵⁹ H M Government, “Equality Rights and Citizenship”, (<https://www.gov.uk/society-and-culture/equality-rights-and-citizenship>, consulta: 6/11/2022).

⁶⁰ HM Government, “Passport Fees”, (<https://www.gov.uk/passport-fees>, consulta: 6/11/2022).

reducing administrative burdens at a community level, particularly as these do not appear to be especially onerous.

The authorised person is responsible for: 1) Ensuring that the required legal preliminaries have been completed before a wedding ceremony takes place; 2) Making sure that the marriage is solemnised in accordance with the legislation in force and that the necessary records are properly completed; 3) Guaranteeing that the records are submitted to the Superintendent Registrar within the required timeframe.⁶¹

It should also be stressed that it is not surprising that these duties are more demanding than the steps which building trustees must make in order to appoint an authorised person, due to the importance of these formalities. Moreover, a failure to properly carry out the functions of an authorised person can lead to a criminal sanction, including imprisonment in the most serious cases,⁶² and it would be conceivable, consequently, that some communities refrain from opting into the legal arrangements for carrying out marriages with civil effects, because neither the Imam nor other representatives are willing to take on this responsibility.

The number of unregistered Muslim marriages taking place within England and Wales is a source of concern both to the Government⁶³ and groups like the Muslim Women's Network UK,⁶⁴ but by definition, unregistered marriages do not appear on official statistics, and obtaining precise numbers is challenging. However, it is telling that in 2010 there were only 200 Muslim marriages recorded in place of worship, against a backdrop of 2,706,066 Muslims in the 2011 census.⁶⁵ This situation is worrying since the framework within England and Wales does not provide cohabitantes with any financial relief or protection, so economically vulnerable individuals living in unregistered marriages will have no recourse in secular law if the relationship breaks down. In addition to that, statistically, women are more likely to be financially dependent on their partners, especially if they live in a cultural context in which they are expected to shoulder the burden of unpaid domestic care for children and elderly relatives. Whilst this is not true for all Muslim women, it applies in many cases, for example in respect of those from South Asian backgrounds.⁶⁶

⁶¹ H M Government “Authorised Persons: Advice for Marriage Ceremonies”, 7/7/2021, (<https://www.gov.uk/government/publications/a-guide-for-authorised-persons>, consulta: 12/11/2022).

⁶² Marriage Act 1949, s.76.

⁶³ House of Commons Library Briefing Paper No. 08747, “Islamic Marriage and Divorce in England and Wales”, 18/2/2020.

⁶⁴ TALWAR, D., “Wedding Trouble as UK Muslim Marriages Not Recognised”, *MWNUK* , 3/2/2010, (https://www.mwnuk.co.uk/Wedding_trouble_as_UK_Muslim_marriages_not_recognised_49_news.php, consulta: 12/11/2022).

⁶⁵ House of Commons Library Briefing Paper No. 08747, “Islamic Marriage and Divorce in England and Wales”, 18/2/2020, para 2.2.

⁶⁶ ALSTON, M., *Women, Political Struggles and Gender Equality in South Asia*, Palgrave Macmillan, London, 2014.

The absence of any protection from civil courts in the event of a marriage ending, and less favourable access even to arrangements regulating occupation of the family home in situations of domestic abuse, have the potential to trap women in unhappy unions, and at worst in situations of ongoing physical and emotional harm.⁶⁷ This dynamic also heightens the risk of children being exposed to unhealthy and sometimes actively dangerous domestic environments, when mothers are unable to escape toxic situations.

Furthermore, whilst it is imperative to address the most problematic scenarios, it is also key to remember that individuals are entitled by Human Rights Law to expect more from life and the legal system than bare physical and mental security.⁶⁸

As the Supreme Court stressed in the now infamous case of *Owens v Owens*, denying a person a viable exit strategy from an undesired marriage is a significant interference with their Article 8 right to private and family life.⁶⁹ At the time of the litigation, it was still possible to defend a divorce in England and Wales, and a petitioner had to demonstrate irretrievable breakdown of the marriage plus one of the five facts set out in legislation.⁷⁰ The husband challenged his wife's assertion that his behaviour was such that it would be unreasonable to expect her to continue to live with him. The court reluctantly agreed that the required threshold of seriousness in respect of behaviour had not been met, and lacking an alternative fact on which to rely, the wife was unable to obtain a divorce.

There was justifiable outcry at the decision, as CARROLL AND POLLOCK'S article for the Law Society attests.⁷¹ The case provided further impetus to the very belated introduction of no-fault divorce, but for our purposes it raises a serious question. If legal structures which transform a voluntary adult partnership into an involuntary adult partnership are incompatible with Article 8, is the absence of remedies for women seeking to exit religious only marriages compliant with the ECHR?

Certainly, the failure to capture the overwhelming majority of Islamic ceremonies is a disturbing feature of the present law on marriage formation, and it is one that the Law Commission have raised in their recent report, calling for a root and branch overhaul of the regulation of solemnising marriages. Given the significance of the Law Commission, as an independent body created with the aim of keeping the law of England and Wales under review, as well as recommending reform where appropriate, it is useful for us to address these proposed changes.⁷²

⁶⁷ Family Law Act 1996, ss. 33-41.

⁶⁸ ECHR Articles 8 and 12.

⁶⁹ *Owens v Owens* per Lord Wilson, [2018] UKSC 41 para 29.

⁷⁰ As the law was at the time, Matrimonial Causes Act 1973, s. 1(2), although this provision of the statute has now been repealed.

⁷¹ CARROLL, J., AND POLLOCK, J., "Owens v Owens: Unreasonable Law not Unreasonable Behaviour?", *The Law Society*, 25/7/2015.

⁷² The Law Commission, "Welcome", (<https://www.lawcom.gov.uk/#:~:text=The%20Law%20Commission%20is%20the,modern,consultation>) 20/10/2022)

5. PROPOSALS FOR REFORM

Of the proposals being made, the following suggestions have particular relevance for the context of Islamic marriages:

- 1) Regulation of officiants, rather than the location.
- 2) Universal rules for all weddings.
- 3) Recognition of a far wider range of wedding venues, including private homes.
- 4) Permitting religious ceremonies in places other than places of worship, and dispensing with the need to include certain prescribed words within the rites.⁷³

Undoubtedly, some dimensions of this report are positive and they should be highlighted, in particular: 1) the expansion of available venues, combined with dispensing with requirements for a specific verbal formula; and 2) the harmonisation of rules on the solemnisation of marriage. In respect of the first, as discussed at length above, there is huge variation within Islam in England and Wales. By no means all couples wish to celebrate their marriage in a mosque, and homes are considered traditional in some communities, whilst others prefer large community venues like sports halls or even museums. Moreover, some groups prefer gender separate arrangements, and will want facilities which permit this.⁷⁴

Therefore, flexibility in terms of location, combined with freedom with regard to the wording of undertakings, would potentially allow for a greater variety of Islamic weddings to slot comfortably within the Civil Law structure. This would be a desirable development, as amongst other reasons it would potentially bring perceptions of many couples, and in particular brides, into line with reality. It is not surprise that non-lawyers find difficult to understand that an event which has the outward dressings of marriage in accordance with their cultural expectations, and during which papers are signed, does not in fact generate a legally binding relationship,⁷⁵ and as PATEL convincingly argues, many Muslims in England and Wales currently assume that their Nikah (Islamic marriage contract) will generate a relationship binding in Civil Law.⁷⁶

Nonetheless, for a variety of reasons, it would be both dangerous and irrational to assume that even a wholesale acceptance of the Law Commission proposals (itself far from a political certainty) would resolve the social problems currently generated by non-registered Islamic marriages, and there are two principal reasons for ongoing concern: 1) The dangers of too readily recognising relationships as binding marriages; and 2) The conscious choice of some Muslims to enter into purely religious marriages. We shall

⁷³ Law Commission, “Weddings”, (<https://www.lawcom.gov.uk/project/weddings/> consultado: 9/11/2022).

⁷⁴ New York Times, “For Some Muslim Wedding Couples Gender-Separate Weddings Are the Norm”, 20/4/2020 , (<https://www.nytimes.com/2020/09/23/fashion/weddings/for-some-muslim-couples-gender-separate-weddings-are-the-norm.html>, consultado: 9/11/2022).

⁷⁵ VORA, V., “Unregistered Muslim Marriages in the United Kingdom”, in Oberauer, N., *Legal Pluralism in Islamic Contexts*, Brill, Leiden, 2019, págs. 43-62, 55.

⁷⁶ PATEL, S., “The Big Islamic Nikah Myth”, *Family Law*, 9/7/2014, (https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/the-big-islamic-nikah-myth, consultado: 5/11/2022).

discuss both of these realities, before considering what our findings can tell us about Islam and the secular legal framework more broadly.

5.1. The dangers of too readily recognising relationships as legally binding marriages

As PROBERT has demonstrated in her recent and masterful examination of the history of English Marriage Law, debates around record keeping, registration and the need for certainty are nothing new,⁷⁷ and given the implications of marital status, it is essential to have clear and verifiable evidence of whether or not a binding marriage has taken place. In England and Wales, marriage is a zero sum game, in that it is frequently a determining factor in disputes around property or relationship breakdowns and death. If a cohabitee dies, their partner can expect nothing as of right unless provision has been made in a will (although if the cohabitation has lasted more than two years, courts do have some discretion).⁷⁸ All things considered, accurate record keeping is essential if chaos and acrimony over finance and property are to be avoided.

Of even more pressing concern, legal rules around pre-marriage and marriage formalities exist in part to tackle the evils of predatory marriage and forced marriage. A reliable representative of the public authorities needs to be present in order to take all reasonable steps to ensure that the parties are giving their genuine and informed consent. Forced marriage⁷⁹ is recognised as a serious social problem within England and Wales at the current time,⁸⁰ and although by no means confined to Islamic contexts, most certainly it is an ongoing evil within some subgroups of some communities.⁸¹

There are a number of legal provisions, both civil and criminal, targeted at eradicating this practice as well as punishing those culpable of this form of abusive and demeaning treatment,⁸² and given the significance of religious marriages for many individuals in the jurisdiction, and the families and communities within which they live, criminal sanctions for forced marriages apply whether or not the ceremony generated or was intended to generate a relationship binding in Civil Law.⁸³ This is a rational and necessary approach, particularly bearing in mind the current prevalence of purely religious ceremonies. Nevertheless, whilst acknowledging that forced marriages must be robustly addressed whatever the legal status of the ceremony, it remains true that in weddings with civil

⁷⁷ PROBERT, R., *Tying the Knot*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, págs. 1-146.

⁷⁸ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975.

⁷⁹ H M Government, “Forced Marriage: Guidance”, (<https://www.gov.uk/guidance/forced-marriage>, consulta: 4/11.2022).

⁸⁰ JULIOS, C., *Forced Marriage and Honour Killings in Britain*, Taylor and Francis, London, 2016.

⁸¹ BOWEN, J., *On British Islam: Religion, Law and Everyday Practice in Sharia Councils*, Princeton University Press, Princeton, 2016, pág. 69.

⁸² Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007; Anti-Social Behaviour Crime and Policing Act 2014.

⁸³ Anti-Social Behaviour Crime and Policing Act 2014, s.121(4).

consequences, the state representative must provide an additional layer of protection, and it would be illogical to water down those obligations in a way which weakened this safeguard.

For all of these reasons, regardless of the form of any legal restructuring, it is going to be imperative to impose hefty requirements for administrative compliance on persons overseeing wedding ceremonies, and back these up with punitive criminal sanctions, and inevitably, as a result, many individuals within local Islamic communities will continue to display reticence about taking on this responsibility. Even though, as discussed above, the steps demanded of a mosque desiring to opt into performing legally binding marriages are not especially onerous, far more legal pressure is laid upon the authorised person, and it is very difficult to imagine how this could not continue to be the case in any alternative system, meaning that in practice the uptake might remain disappointingly low.

Vora argues that the experience of a celebrant-based system in Scotland has shown the potential for a greater recognition of religious marriages, and thereby stronger protection for individual citizens, especially women.⁸⁴ However, as commentators like STURROCK prove, the problem of unregistered Muslim marriage is also a cause of concern north of the border,⁸⁵ and we face here the problem of comparing apples and oranges. Scotland is indeed a radically different context both legally and socially, the legal framework dealing with voluntary adult partnerships is by no means isomorphic to that in place in England, and the Muslim population is far smaller (at around 75,000).⁸⁶ Moreover, the Scottish society has a completely distinct Constitutional Culture, especially with regard to religious matters, and in all honesty, a celebrant based model has not been a magic wand in regard to religious marriage registration in Scotland. Importantly, even if it had, caution should be exercised in assuming that a similar change would be witnessed in England were it to follow a comparable path.

We are not suggesting, however, that moving to a celebrant-based model would not be a positive move for England and Wales, because the change makes coherent sense, and it is difficult to see how a new Marriage Law allowing ceremonies in a wide variety of venues could operate on any other basis. Our contention is rather than such a development will not necessarily trigger a paradigm shift in Islamic marriage registration, given the possibility of continued reluctance to participate from those who would carry the can for ensuring compliance with formalities.

The consideration that not all Muslims find themselves outside the Civil Law framework by accident also relates to our second concern, viz the conscious choice of some Muslims to enter into purely religious marriages.

⁸⁴ VORA, V., “Unregistered Muslim Marriages in the United Kingdom”, op.cit., págs. 43-62.

⁸⁵ Sturrock, G., “Islamic Marriage and Divorce in Scotland: Will the English decision in Akhter v Khan change the position?”, *Family Law*, 24/10/2018, (https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/islamic-marriage-and-divorce-in-scotland-will-the-english-decision-of-akhter-v-khan-change-the-position, consulta: 9/11/2022).

⁸⁶ Elyshayyal, K., *Scottish Muslims in Numbers: Understanding Scotland’s Muslim Population through the 2011 census*, University of Edinburgh, Edinburgh, 2011.

5.2. The conscious choice of some Muslims to enter into purely religious marriages

SANDBERG contends that “*unregistered religious marriages are not always problematic. Where they result from a free and deliberate choice then the decision not to comply with legal formalities should be respected.*”⁸⁷

There are really two assertions wrapped within this comment. There is the claim that not all unregistered marriages are the result of either ignorance of required formalities or practical barriers to meeting these, and the subsequent contention that free and deliberate choices should be respected.

The first point is demonstrably true, as is backed by the incontrovertible evidence that some Muslims are indeed fully aware that their Islamic marriage is not binding in Civil Law.⁸⁸ The reasons behind this choice are immensely varied. In some cases, it may be a socially acceptable manner to cohabit, and the lack of Civil Law ties is seen as a positive benefit by both parties; even though this is not to imply that religious marriage and secular cohabitation are coterminous for any or all purposes. In fact, as AKHTAR demonstrates, there are crucial differences in terms of social expectations in many cases.⁸⁹ Yet having acknowledged this, there are undoubtedly instances in which some young couples may enter into a religious only marriage without intending it necessarily to be a lifetime commitment, or to become financially or practically dependent upon one another from the outset. There are a plethora of cultural traditions and viewpoints upon human relationships, as upon every other topic, within Islam in England and Wales.

Conversely, some couples may decide that as a matter of principle, they would prefer any divorce or dispute to be subject only to the jurisdiction of religious authorities. Given the uncertain status of prenuptial agreements in England and Wales, and the uncontested discretion still vested in judges as to whether to follow their terms, the surest way of achieving this end is to avoid a civil marriage.⁹⁰

In both of these scenarios, the libertarian stance of Sandberg is completely justifiable, as there appears to be no reason for the State to impose external norms or values on the couple in question. Nonetheless, religious only marriages should only be endorsed as a legitimate option if they resulted from a free and deliberate choice, and regrettably, this is not always the case, as the much-discussed case of *Akhter v Khan*⁹¹ powerfully illustrates. In this litigation, a couple entered into a religious only marriage, with the promise that a civil ceremony would follow, but the husband refused to honour his

⁸⁷ SANDBERG, R., “Marital Problems: The Law Commission’s Consultation Paper and “non-qualifying” Wedding Ceremonies”, *Ecclesiastical Law Journal*, 23(2), 2021, págs. 140-159, 158.

⁸⁸ *Akhter v Khan* [2020] EWCA Civ 22.

⁸⁹ AKHTAR, R., “Religious Only Marriages: Cohabitation: Deciphering Difference”, in AKHTAR, R., NASH, P. AND PROBERT, R., *Cohabitation and Religious Marriage: Status, Similarities and Solutions*, Bristol University Press, Bristol, 2020, págs. 69-85.

⁹⁰ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42

⁹¹ *Akhter v Khan* [2018] EWFC 54

commitment, despite years of pleading from the wife, who was acutely aware of her precarious position in Civil Law.

Although the husband was abusive, the relationship endured for years, and children were born to the couple. When the wife finally decided that she could tolerate the situation no longer, she attempted to seek financial relief through the secular courts. The first instance judge adopted a highly creative interpretation of the Matrimonial Causes Act s11(a)(iii):

“the parties have intermarried in disregard of certain requirements as to the formation of marriage);”

The judge took the view that the Islamic ceremony had been understood by the wife to be part of a broader agreement, and that she had done everything in her power to comply with the requirements of the Matrimonial Causes Act 1973. This meant that her conduct fell within the terms of s.11 and her intended marriage was void. Whilst this might not sound like a victory, given that a void marriage for the purposes of English and Welsh law is void *ab initio*, and has no presence in law *as a marriage*, it does have effect as a *void marriage*,⁹² and this is not insignificant. The acknowledgement of a void marriage opens the door to the same financial relief provisions which apply to a voidable marriage and divorce,⁹³ and if religious only marriages could generate void marriages, at least some vulnerable parties to such unions could come within the ambit of Civil Law protection as a result.

The case caused considerable consternation, and was firmly reversed by the Court of Appeal, which found that *both* parties had to be attempting to contract a marriage binding in Civil Law for s.11 of the Matrimonial Causes Act to apply.⁹⁴ The legislation bites where the parties have married in disregard “*of certain requirements*”, whereas here they had failed to comply with *any* of the necessary steps to achieve a civil marriage.

A minority of commentators were critical of the conclusion arrived at by the Court of Appeal. For example, ARSHAD argued that it constituted a step backwards for vulnerable women.⁹⁵ Equally, CUMMINGS maintained that the justification of individuals entering and remaining within unregistered marriages as a matter of free choice was flimsy, taking into consideration the precarious situation in which many religiously married wives from minority communities find themselves.⁹⁶

Nonetheless, the broad consensus was that the analysis was correct in legal terms, and that it was not for the judiciary to effectively legislate through the backdoor, however

⁹² *Hudson v Leigh* [2009] EWHC 1306.

⁹³ Matrimonial Causes Act 1973, s. 23.

⁹⁴ *Akhter v Khan* [2020] EWCA Civ 22.

⁹⁵ ARSHAD, R., “From Void Marriage to No Marriage: A Step Back for Minority Women”, *Family Law*, 2020, pág. 767.

⁹⁶ CUMMINGS, T., “Akhter v Khan: Recognising (or not recognising) religious marriages in the UK”, *Oxford Human Rights Hub*, 7/3/2020, (<https://ohrh.law.ox.ac.uk/akhter-v-khan-recognising-or-not-recognising-religious-marriages-in-the-uk/> consultado: 28/10/2022).

lamentable the state of the law.⁹⁷ All scholars agreed that wider legal reform was necessary to address the problem of high numbers of religious only marriages going unregistered, a conclusion that we would not dispute. It is certain that a significant proportion of Islamic marriages remain without force in Civil Law entirely because the parties do not appreciate that their relationship has not been registered, or are unaware of the implications of this status, but the slightly ironic point is that *Akhter v Khan* was categorically not an example of this type of situation.

Precisely because *Akhter v Khan* was atypical, the solution which this case offered would at best have been a tiny sticking plaster for a gaping wound. Even if the law of nullity had been permitted to ride to the rescue on those facts, it would have had limited wider application. The wife in *Akhter v Khan* was all too acutely aware of the parlous position in which she had been left, hence the repeated attempts to persuade her husband to follow through on his promise, which were the foundation of her claim. If the wife had been oblivious to the fact that her religious marriage had existence in Civil Law, she would not have campaigned for a civil ceremony, and therefore could not have been said to have made an effort to have complied with the required formalities.

The real problem which *Akhter v Khan* actually raises is that of one party consciously exploits the other, and deliberately avoids a civil marriage, and against this backdrop, key questions must be tackled. On the one hand, it is avowedly not the function of the law to force individuals to behave kindly or honourably, at least if we adopt a positivist separation of law and morals, which is the general trend within Common Law paradigms,⁹⁸ but on the other hand we are also compelled to ask at what point conduct becomes so harmful or dishonest as to demand a legal response.

Having raised broad and overarching questions, it is natural to move to the consideration of Islam and the legal framework more generally: what can this conundrum of Marriage Law tell us about the bigger picture? We are almost reaching the end of our journey.

6. MUSLIM COMMUNITIES AND THE WIDER LEGAL FRAMEWORK

In asking whether Marriage Law reveals any overarching features about Muslim communities and the legal framework, it may be helpful to consider the circumstances of two imaginary women: Noor and Holly.

6.1. Noor

Noor entered into an arranged marriage with Ahmad at the age of nineteen. Although her parents took the lead in making arrangements, Noor did not feel that she was in any sense

⁹⁷ PATEL, S., “AKHTER V KHAN: The law is clarified by reform needed”, *Shoosmiths*, 19/2/2020, (<https://www.shoosmiths.co.uk/insights/legal-updates/akhter-v-khan-the-law-is-clarified-but-reform-is-needed>, consulta: 28/10/2022); BAILEY HARRIS, R., “Marriage H M Attorney General v Akhter, Khan and Others”, *Family Law*, April 50, 2020, págs. 442-445.

⁹⁸ HART, H., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71(4), 1958, págs. 593-629.

forced, and initially found Ahmad funny and charming. Noor had a cousin studying law, and realised that her Islamic wedding had not generated a civil marriage, but whenever she tried to raise this with Ahmad, he brushed it off and joked about her wanting a divorce already.

After about a year of marriage, Noor had her first baby and the relationship began to deteriorate. Ahmad was not inclined to give up his social life or pull his weight looking after their daughter, and had begun to spend money on marijuana. Whenever Noor tried to discuss these issues, Ahmad became verbally abusive. Noor's parents and the wider community were neither supportive nor encouraging when she raised the possibility of leaving him, so fearing the stigma of a failed marriage, and daunted at the thought of trying to cope alone with an infant, Noor opted to stay. She knew that if she remained with her husband, her mother and sister would continue to help with the baby, and she went on to have another two children before discovering that Ahmad was having an affair.

Noor is now more desperate than ever to end her relationship with Ahmad, but the house is in his sole name. She has no job and no income of her own, no higher education and very little work experience on her C.V.

6.2. Holly

Holly was shy as a teenager, and often struggled academically due to having ADHD and a chaotic home environment. Her mother, Tracey, suffered from depression and also had an on/off relationship with an abusive and controlling partner. Holly met her partner Liam at school, and had her first baby at 17. The couple agreed to get married and find their own place as soon as they had saved up enough money. However, they moved in with Liam's mother as a temporary arrangement.

The "temporary arrangement" lasted for six years, during which time Holly had another two children, and whenever she brought up marriage, Liam always found an excuse to put off setting a date. She was worried and disappointed, but felt unable to push the issue. All of her close friends had partners and she feared that they would treat her differently if she was single. As time went on Liam became increasingly cold and distant, and eventually Holly found messages texts from another woman on his phone. She now wants to leave, but has no home of her own and would not now be welcomed with her mother. Regrettably, Holly has no independent income, work experience or qualifications.

7. ANALYSIS AND CONCLUSIONS

The implication is not that these two women are in identical situation. Indeed, while there are undoubtedly parallels, there also key differences. Secular cohabitation and religious marriage are not interchangeable in practical or cultural terms, however they are both relationships outside of the framework or registered partnerships. Each of these two hypothetical women stayed in situations in circumstances which further entrenched the obstacles to them leaving and living independent lives, and did so in part because of the social pressures to which they were subject. Moreover, each had unique circumstances which heightened their vulnerability.

Commentators like SANDBERG have already observed that the appropriate response to the challenges of non-registered religious marriages lies in an assessment of the landscape of adult partnerships more widely, and we would endorse this.⁹⁹ Nevertheless, we would push this a stage further, and ask what this crying need for focus on the bigger picture tells us about the legal framework in England and Wales and Islam. Our contention is that it reveals two realities: 1) The continued problematisation of Muslims and Muslim communities; and 2) The power of a religious identity and accompanying institutions to crystallise a problem in a way conducive to seeking solutions.

7.1. The Continued Problematisation of Muslims and Muslim Communities

In the first part of this article, we were at pains to draw out in detail the critical importance of context, and the diversity of Islam within contemporary England and Wales. It is telling that in both popular and academic discourse there has been so much focus on “unregistered Muslim marriages”, and also failure of the legal system to recognise Islamic marriages. We have some qualms about this approach, as it either casts Muslims and Muslim communities in a negative light as somehow complicated or even deviant, or it depicts the relationship between Islam and Civil Law as necessarily and intrinsically problematic.

Whilst we do not deny that cultural and religious pressures can generate a particular form of vulnerability of parties to unregistered marriages, especially female ones, it is also the case that these problems reflect wider trends within English and Welsh society. Unquestionably, issues may manifest themselves in a distinctive way in some Muslim contexts, but themes around the economic vulnerability of women who become the primary carers of children, especially at a young age, pressure to fulfil certain roles and romantic ideals, and the long term consequences of unfinished or interrupted education are not, in any sense, “Muslim issues”.

When the background mood music of European Islamophobia is taken into account, it is troubling that the problems of unregistered Islamic marriages are foregrounded, given that these questions could equally, and arguably much more rationally, be cast as the particular ways in which Muslim communities experience wider social problems. The stark truth is that rather than challenges of or for English and Welsh Muslims, most of these issues are in fact examples of a specific incarnation of universal challenges. The flip side of the coin, however, is the ability of a religious context to crystallise a problem.

7.2. Unregistered Marriages-A Tangible Problem

As stated, although there is a highly discriminatory angle to the depiction of the problems flowing from some unregistered marriages as Islamic in nature, there is also a positive aspect to this. The importance which the British Constitutional Culture continues to place on religious practice means that a lack of recognition for religious marriages is deemed

⁹⁹ SANDBERG, R., “Marital Problems: The Law Commission’s Consultation Paper and “non-qualifying” Wedding Ceremonies”, op.cit., págs. 140-159, 158-159.

inherently concerning by judges and commentators alike.¹⁰⁰ It is perceived as an unsatisfactory solution which demands investigation and action.

Furthermore, the religious, Islamic setting gives shape and form to damaging realities which remain amorphous in other paradigms, and therefore, difficult to confront. In our examples, Noor was trapped by social pressures and personal vulnerability into relying on unenforceable promises made by a partner, and exactly the same was true of Holly, but she lacked the formality and substance afforded by a religious ceremony.

Now, as in the past, it can be easier for religious individuals to assert rights and needs flowing from their faith, than it is for their non-religious neighbours to assert rights and needs which stem from their own personal beliefs, priorities and context. The call for parity of treatment between citizens could, once again, mean that vindicating the rights of faith communities leads to championing rights more widely. If religious relationships outside of the system of state registered partnerships warrant at least consideration for legal recognition in some form, then the same must be true of non-religious relationships outside of the same framework.

In light of the previous reflections, both the weight of Common Law Constitutional Culture, and the force of Article 14 of the ECHR, coupled with Articles 8, 9 and 12, will require us to consider a similar safety-net for exploitative and abusive relationships outside of the state registration, whether or not they are Muslim.

Muslims living within England and Wales are not extrinsic to our wider society, and the interaction between Islam and legal framework reflects particular experiences of shared phenomena. This means that solutions, as well as problems, should also be seen as common property.

8. BIBLIOGRAPHY

ABDULLA, M., “Culture, Religion, and Freedom of Religion or Belief”, *The Review of Faith & International Affairs*, 16:4, 2018.

ADOGAME, A. AND SHANKAR, S., *Religion on the Move: New Dynamics of Religious Expansion in a Globalising World*, Brill, Leiden, 2012.

AKHTAR, R., “Religious Only Marriages: Cohabitation: Deciphering Difference”, in AKHTAR, R., NASH, P. AND PROBERT, R., *Cohabitation and Religious Marriage: Status, Similarities and Solutions*, Bristol University Press, Bristol, 2020.

ALSTON, M., *Women, Political Struggles and Gender Equality in South Asia*, Palgrave Macmillan, London, 2014.

ARSHAD, R., “From Void Marriage to No Marriage: A Step Back for Minority Women”, *Family Law*, 2020, pág. 767.

¹⁰⁰ Consider for instance, the refusal of the court in *Akhter v Khan* to apply the label “non-marriage” to religious marriage failing to come within the scope of nullity.

BAILEY HARRIS, R., "Marriage H M Attorney General v Akhter, Khan and Others", *Family Law*, April 50, 2020.

BARTLETT, P. AND WRIGHT, D. (eds), *Outside of the Walls of the Asylum: The History of Care in the Community 1750-2000*, Bloomsbury, London, 1999.

BOWEN, J., *On British Islam: Religion, Law and Everyday Practice in Sharia Councils*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

BURBERGS, M., "How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in which New Rights are Born", in GERARDS, J. AND BREMS, E. (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013

CARROLL, J., AND POLLOCK, J., "Owens v Owens: Unreasonable Law not Unreasonable Behaviour?", *The Law Society*, 25/7/2015.

CHAMBERS, C., PHILLIPS, R., ALI, N., HOPKINS, P. AND PANDE, R., "Sexual misery' or 'happy British Muslims'? Contemporary depictions of Muslim sexuality", *Ethnicities*, 19(1), 2019, págs. 66-94.

CHOUDHRY, S., *Multifaceted Identity of Interethnic Young People: Chameleon Identities*, Routledge, London, 2010.

COUDERT, A., *Religion, Magic and Science in Early Modern Europe and America*, ACB Clio, London, 2011, pág. 138.

CUMMINGS, T., "Akhter v Khan: Recognising (or not recognising) religious marriages in the UK", *Oxford Human Rights Hub*, 7/3/2020, (<https://ohrh.law.ox.ac.uk/akhter-v-khan-recognising-or-not-recognising-religious-marriages-in-the-uk/>)

DOE, N., *The Law of the Church in Wales*, University of Wales Press, Cardiff, 2002.

DUFFY, E., *The Stripping of the Altars: Traditional Religion in England 1400-1580*, Yale University Press, New Haven, 2005.

ELVER, H., *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

ELYSHAYYAL, K., *Scottish Muslims in Numbers: Understanding Scotland's Muslim Population through the 2011 census*, University of Edinburgh, Edinburgh, 2011.

GAINER, J., "The Road to Disestablishment", in DOE, N., *A New History of the Church in Wales: Governance and Ministry, Theology and Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

GARCÍA OLIVA, J. AND HALL, H., *Law, Religion and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain*, Routledge: Abingdon, 2018.

GARCÍA OLIVA, J. AND HALL, H., “Religious Decision Making and the Capacity of Children in the United Kingdom”, *Laicidad y Libertades*, 2013.

GILLIAT-RAY, S., *Muslims in Britain: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, págs. 181-205.

HARGREAVES, J., KESSLER, E., IZAMOJE, D. AND SYMON, A., *How We Get Along: The Diversity Study of England and Wales 2020*, The Woolf Institute, Cambridge, 2020.

HART, H., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71(4), 1958, págs. 593-629.

HILL, A., “Cohabiting Couples Fasted Growing Family Type Say ONS”, *The Guardian*, 7/8/2019, (<https://www.theguardian.com/uk-news/2019/aug/07/cohabiting-couples-fastest-growing-family-type-ons#:~:text=More%20than%20two%2Dthirds%20of,%25%2C%20equating%20to%203.4%20million>, consulta: 17/10/2022).

INNES, J., “People and Power in British Politics to 1850”, in INNES, J. AND PHILIP, M. (eds), *Re-Imagining Democracy in the Age of Revolutions*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

JONES, S. AND UNSWORTH, A., *The Dinner Table Prejudice: Islamophobia in Contemporary Britain*, University of Birmingham, Birmingham, 2022.

JULIOS, C., *Forced Marriage and Honour Killings in Britain*, Taylor and Francis, London, 2016.

KHAN, A’, “Ethnic Diversity Makes Britain’s Culture Great: It would be a disaster if we lost it”, *The Guardian*, 10/7/2019, (<https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jul/10/diversity-uk-britain-culture-arts-sport>, consulta: 22/10/2022).

KHURI, F., *Imams and Emirs: State, Religion and Sects in Islam*, Saqi Books, London, 2014.

MARTINEZ TORRÓN, J., *Religion and Law in Spain*, Kluwer, 2nd edición, 2018.

MIDDLETON, N., *Jesus and Women*, Lutterworth Press, London, 2022.

Muslim Council of Britain, “British Muslims in Numbers Briefing”, 9/5/2016, (<https://mcb.org.uk/resources/> consulta: 1/11/2022).

Muslim Women Network UK, “Unheard Voices: The Sexual Exploitation of Asian Girls and Young Women”, September 2013, (<https://www.mwnuk.co.uk/reports.php>)

PATEL, S., “Akhter v Khan: The law is clarified by reform needed”, *Shoosmiths*, 19/2/2020, (<https://www.shoosmiths.co.uk/insights/legal-updates/akhter-v-khan-the-law-is-clarified-but-reform-is-needed>)

PATEL, S., “The Big Islamic Nikah Myth”, *Family Law*, 9/7/2014, (https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/the-big-islamic-nikah-myth)

PICTON, H., *A Short History of the Church of England: From the Reformation to the Present Day*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2015.

PITCHER, B., *The Politics of Multiculturalism: Race and Racism in Contemporary Britain*, Springer, London, 2009.

PROBERT, R., *Tying the Knot*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

SANDBERG, R., “Marital Problems: The Law Commission’s Consultation Paper and “non-qualifying” Wedding Ceremonies”, *Ecclesiastical Law Journal*, 23(2), 2021.

STURROCK, G., “Islamic Marriage and Divorce in Scotland: Will the English decision in Akhter v Khan change the position?”, *Family Law*, 24/10/2018, (https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/islamic-marriage-and-divorce-in-scotland-will-the-english-decision-of-akhter-v-khan-change-the-position)

STRMISKA, M., *Modern Paganism in World Cultures: Comparative Perspectives*, ABC CLIO, London, 2005, pág. 40.

VICKERS, L., “The Relationship Between Religious Diversity and Secular Models: An Equality Based Perspective”, in FOBLETS, M., ALIDADI, K., NIELSEN, J. AND YANASMAYAN, Z. (eds), *Belief, Law and Politics: What Future for a Secular Europe*, Routledge, London, 2014.

VORA, V., “Unregistered Muslim Marriages in the United Kingdom”, in Oberauer, N., *Legal Pluralism in Islamic Contexts*, Brill, Leiden, 2019.

Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee*

Artificial intelligence and civil liability. European Perspectives

GIOVANNA D'ALFONSO

Professore associato di Diritto Privato

Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” (Italia)

giovanna.d'alfonso@unicampania.it

 <https://orcid.org/0000-0002-6535-4980>

Riassunto: Lo sviluppo rapido ed esponenziale delle tecnologie digitali solleva nuove questioni di responsabilità civile, con riferimento a decisioni e comportamenti assunti dai sistemi di intelligenza artificiale che cagionino danni ai soggetti con i quali interagiscono. Il contributo evidenzia come le proposte europee di regolamentazione prevedano un sistema multilivello di responsabilità, imperniato sul principio di *accountability*.

Abstract: The rapid and exponential development of digital technologies raises new issues of civil liability, with reference to decisions and behaviours taken by artificial intelligence systems that cause damage to the subjects with whom they interact. The contribution highlights how the European regulatory proposals envisage a multilevel system of liability, focused on the principle of *accountability*.

Parole Chiave: sistemi di intelligenza artificiale, nuovi danni, responsabilità civile extracontrattuale, prospettive europee, sistema multilivello di responsabilità, principio di *accountability*.

Recepción: 15/10/2022

Aceptación: 07/12/2022

Cómo citar este trabajo: D'ALFONSO, Giovanna, “Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 163-195, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.06>

* Questo lavoro è il risultato del Progetto di Ricerca finanziato “Diritto e Intelligenza Artificiale: nuovi orizzonti giuridici della personalità e responsabilità robotica” (PID2019-108669RBI00 /AEI/10.13039/501100011033), di cui la Dott.ssa Margarita Castilla Barea è la principale ricercatrice.

Keywords: *artificial intelligence systems, new damages, tort liability, european perspectives, multi-level system of liability, the principle of accountability.*

Sommario 1. PREMESSA. 2. GLI STRUMENTI NORMATIVI DEL DIRITTO INTERNO ITALIANO APPLICABILI AI “NUOVI” DANNI, PROVOCATI DAI SISTEMI DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE. 3. PRINCIPIO DI ACCOUNTABILITY E SISTEMA MULTILIVELLO DI RESPONSABILITÀ. PROSPETTIVE EUROPEE. 4. (SEGUE) NUOVE REGOLE SULLA RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO. 5. (SEGUE) LA PROPOSTA DI *AI LIABILITY DIRECTIVE*. 6. BIBLIOGRAFIA

1. PREMESSA

Lo sviluppo rapido ed esponenziale delle tecnologie digitali emergenti, più o meno automatizzate, solleva nuove questioni di responsabilità civile, poichè possono dar luogo ad una pluralità di scenari dannosi completamente diversi rispetto a quelli tradizionalmente affrontati, a livello giurisprudenziale¹. Ciò accade quando i danni siano cagionati dai robot che compiano attività che potrebbero essere svolte dagli esseri umani, nonchè da intelligenze artificiali, dotate di capacità di autoapprendimento, le cui scelte siano assunte, senza l’ausilio dell’intervento umano, in base all’elaborazione di un algoritmo e conseguano ad un processo di adattamento c.d. *self learning*².

In quest’ultimo caso, il sistema intelligente si confronta con la realtà e si trasforma coerentemente con i dati esperienziali acquisiti nel tempo³, adottando opzioni che

¹ A. AMIDEI, “Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo”, in Giur.it, 2021 p. 100. Sul tema, si vedano, *ex multis*, tra i più autorevoli contributi, G. ALPA (a cura di) “Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile”, Pisa, 2020, *passim*; M. CASTILLA BAREA, “La universidad ante los desafíos éticos de la inteligencia artificial. Reflexiones a propósito del nuevo «marco europeo de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas»”, in Edunovatic 2020, Conference Proceedings: 5th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT, December 10 - 11, 2020, pp. 630 ss.; S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI, “Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale”, Bologna, 2020, *passim*; P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità”, Napoli, 2020, *passim*; ID. (a cura di), “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia”, Napoli, 2020, *passim*; U. RUFFOLO (a cura di), “Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica”, Torino, 2020, *passim*; A. SANTOSUSSO, “Intelligenza e diritto. Perché le nuove tecnologie sono una grande opportunità per il diritto”, Milano, 2020, *passim*; I. ZURITA MARTÍN, “La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos”, Reus, Madrid, 2020, *passim*, recensito da F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, in Actualidad Jurídica Iberoamericana, Nº 14, febrero 2021, pp. 1141 ss.; D. BUZZELLI, M. PALAZZO, “Intelligenza artificiale e diritti della persona”, Pisa, 2022, *passim*; A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI, “Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?”, Volume 1. “Diritti fondamentali, dati personali e regolazione”, Bologna, 2022, *passim*; ID., “Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?” Volume 2. “Amministrazione, responsabilità e giurisdizione”, Bologna, 2022, *passim*; M. TAMPERI, “Intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche”, Padova, 2022, *passim*.

² L. COPPINI, “Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile”, in Politica del diritto, 2018, p. 722. È imprescindibile la precisazione che non si può parlare di un’unica intelligenza artificiale, ma deve, diversamente, parlarsi di intelligenze artificiali al plurale, dal momento che le stesse possono differenziarsi, a seconda dei tipi di *machine learning* o di agenti *software*, più o meno autonomi.

³ U. SALANITRO, “Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea”, in Riv.dir.civ., 2020, p. 1247.

potrebbero non essere previste in fase di progettazione e rappresentare, invece, il risultato di interazioni inaspettate tra i componenti dello stesso o con il contesto nel quale operi⁴. Cosicché, le decisioni ed i comportamenti automatizzati si caratterizzano per essere complessi, opachi, incontrollabili ed imprevedibili e, dunque, non facilmente accertabili e possono condurre ad un'ampia serie di “nuovi” danni.

Può, così, accadere che un sistema informatico, debitamente programmato, finisca con il ledere il diritto di determinati soggetti a non essere discriminati e ad avere un libero ed equo accesso a beni e servizi⁵. I meccanismi di ‘scoring’, ampiamente impiegati nella prassi digitale, per selezionare gli aspiranti ad una posizione lavorativa, possono, infatti, condurre all’inammissibilità ad un colloquio, oltre che alla mancata assegnazione di un posto⁶. Gli stessi, utilizzati nel vaglio della potenziale solvibilità di chi miri ad ottenere un fido bancario⁷ oppure nella valutazione delle caratteristiche dei clienti con cui stipulare polizze assicurative⁸, possono anche portare ad esiti negativi della pratica bancaria o assicurativa. In tali situazioni, si pone la pregnante questione della trasparenza algoritmica, dal momento che le risoluzioni sono assunte sulla base di processi imperscrutabili ed indecifrabili per i destinatari, giacchè nascoste in una *black box*, e tale circostanza impedisce loro la comprensione, il controllo e la contestazione delle stesse, in sede giudiziaria⁹.

Il ricorso all’algoritmo può, altresì, determinare la compromissione delle libertà e dei diritti fondamentali della persona, quali la sicurezza degli individui, la loro salute, la vita privata e la protezione dei dati personali, l’integrità, la dignità, l’autodeterminazione¹⁰.

Fra i tanti casi, si pensi alle conseguenze negative che possano derivare ad una persona, sul piano economico, reputazionale ed emotivo, dal trattamento algoritmico e dalla circolazione dei suoi dati personali¹¹, nonché ai possibili incidenti dovuti dalla loro

⁴ L. COPPINI, op.cit., p. 721.

⁵ G. MOBILIO, “L’intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del *GDPR*”, in www.federalismi.it, 2020, n. 16, p. 285.

⁶ Si veda la pronuncia del Consiglio di Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, 11, III, c. 606, riguardo agli esiti della procedura dell’assegnazione delle sedi al personale docente scolastico (l. 107/2015), compiuta sulla base di un algoritmo appositamente introdotto dal Miur.

⁷ G. BIFERALI, “*Big data* e valutazione del merito creditizio per l’accesso al *peer to peer lending*”, in Dir.infor.informatica, 2018, p. 487 ss.

⁸ D. PORRINI, “*Big data*, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo”, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), “Informazione e *big data* tra innovazione e concorrenza”, Milano, 2018, pp. 319 ss.

⁹ E. TROISI, “AI e *GDPR*: l’*Automated Decision Making*, la protezione dei dati e il diritto alla ‘intelligibilità’ dell’algoritmo”, in *EJPLT*, 2019, p. 47 ss.

¹⁰ Sul punto M. GAMBINI, “Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico”, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia”, op.cit., p. 314. Autorevolmente P. PERLINGIERI, “Relazione conclusiva”, *ivi*, p. 383, puntualizza come l’esigenza di ovviare all’opacità del procedimento algoritmico si avverta in ogni settore e che il rischio digitale si pone tanto come collettivo, quanto individuale.

¹¹ M. INFANTINO, “La responsabilità per i danni algoritmici: prospettive europeo-continentali”, in *Resp.civ.prev.*, 2019, p. 1764.

perdita¹²; ai danni cagionati, in ambito sanitario, alla salute del paziente dall’uso di sistemi di supporto alla diagnosi medica che, a causa della scarsa rappresentatività o del mancato aggiornamento dei dati che gli siano stati forniti, segnalino, come urgente, un erroneo trattamento curativo o farmacologico ovvero non indichino un trattamento sanitario necessario¹³. Può verificarsi che un algoritmo incorporato in un prodotto provochi un pregiudizio alla salute di chi lo impieghi o di terzi¹⁴. Si faccia riferimento agli incidenti causati da un veicolo *self-driving*, il cui programma sbagli, nel valutare gli *input* che provengano dall’ambiente circostante¹⁵; agli errori commessi dai robot chirurgici, a danno dei pazienti e a quelli dei robot industriali che cagionino infortuni gravi ai lavoratori.

L’impiego dell’algoritmo può provocare ingenti perdite agli investitori, ad esempio, per effetto di un *bug* oppure di un comportamento anomalo del programma che animi un *robo-advisor* finanziario¹⁶.

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente come, in tale nuovo contesto, sorga il problema della responsabilità civile, dal momento che non esiste, allo stato attuale, una normativa *ad hoc* e si avverte, in maniera sempre più impellente, non solo l’esigenza di garantire una spinta deterrente nei confronti dei potenziali *tortfeasors*, ma anche il bisogno di approntare un efficace impianto di tutele, al fine di evitare che l’utilizzazione di tecnologie intelligenti possa implicare una diminuzione di sicurezza e di responsabilità, rispetto a quella tradizionale (c.d. equivalenza funzionale)¹⁷.

Nel perseguire tale obiettivo, è indispensabile principalmente rispondere al quesito di portata giuridica, nonchè etica, di chi e a quale titolo sia il soggetto responsabile delle condotte autonome dei sistemi intelligenti e, di riflesso, dei danni dalle stesse provocati, al fine allocarli nel modo più opportuno e, cioè, su colui che sia meglio in grado di minimizzarli¹⁸.

L’individuazione del danneggiante assume particolare importanza, in quest’ambito, giacché è inevitabile che la responsabilità venga condivisa tra più soggetti che intervengano nel ciclo di vita di tali sistemi, creandoli, eseguendone la manutenzione o

¹² V. ZENO-ZENKOVICH, “Liability for Data Loss”, in Mak-Tjin Tai Berlee (eds.), *Research Handbook, in Data Science and Law*, Cheltenham, 2018, pp. 39 ss.

¹³ G. COMANDÈ, “Intelligenza artificiale e responsabilità tra *liability* e *accountability*: il carattere trasformativo dell’IA e il problema della responsabilità”, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2019, p. 182.

¹⁴ Per i casi menzionati nel testo che seguono, si v. M. INFANTINO, op.cit., p. 1763.

¹⁵ Si veda il caso citato in *Self-driving Uber kills Arizona woman in first fatal crash involving pedestrian*, *The Guardian*, 19 marzo 2018.

¹⁶ M. INFANTINO, op.cit., p. 1765.

¹⁷ Si v. la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sulle implicazioni dell’intelligenza artificiale, dell’Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità, 19 febbraio 2020, (COM (2020), 64 final), p. 19.

¹⁸ Si v. la Relazione della Commissione, 12 febbraio 2020, cit. p. 22; si v. anche le argute notazioni di G. COMANDÈ, “*Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*”, in S. LOHSS, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), “*Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*”, Baden-Baden, 2019, p. 169.

controllandone i rischi associati¹⁹, quali: l'ideatore-autore-progettista dell'algoritmo, veicolante l'apprendimento; l'"addestratore", figura identificabile in colui che "addestri" un'entità artificiale intelligente o comunque la esponga ad esperienze che siano congrue ad indirizzarlo ovvero ad istruirlo²⁰; colui che lo utilizzi o lo "produca" o lo incorpori in un prodotto oppure in un componente dello stesso; il programmatore del *software*; il proprietario del *database*; il fornitore di rete ed, in alcuni casi, anche l'utilizzatore (*user*) o il "titolare" (a vario titolo) ovvero il "custode" del dispositivo digitale²¹.

Tali figure possono coincidere, soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni che, invece di affidarsi a terzi, scelgano l'internalizzazione della produzione dei componenti intelligenti del prodotto: si immagini un'impresa automobilistica che, nel costruire un'auto a guida autonoma, produca l'*hardware* e provveda all'ideazione, alla progettazione ed alla programmazione del *software* di guida intelligente.

Una volta identificati i soggetti potenzialmente responsabili, a seconda delle ipotesi, è d'uopo, come ovvio, definire il regime di imputazione e la natura della responsabilità²².

2. GLI STRUMENTI NORMATIVI DI DIRITTO INTERNO ITALIANO APPLICABILI AI "NUOVI" DANNI PROVOCATI DAI SISTEMI DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Molte delle situazioni descritte involvono, senza dubbio, rapporti contrattuali, come quello di vendita di prodotti, di lavoro, di assicurazione, di banca, di intermediazione finanziaria, di opera professionale. I soggetti lesi saranno, pertanto, legittimati ad attivare rimedi contrattuali, al fine del conseguimento del risarcimento dei c.dd. "danni algoritmici"²³.

Nel caso, ad esempio, di un malfunzionamento di un prodotto intelligente, quali un veicolo a guida autonoma o di un macchinario industriale, il produttore del bene sarà contrattualmente responsabile nei confronti del suo acquirente, il datore di lavoro verso il lavoratore danneggiato. Nelle ipotesi di errori provocati, nella elaborazione dei dati personali, da parte della banca o della compagnia di assicurazione che ledano la posizione dei loro clienti, costoro potranno agire in giudizio, ai fini del conseguimento del risarcimento del danno, in forza del contratto bancario ed assicurativo. Alla stessa stregua,

¹⁹ G. CAPILLI, "I criteri di interpretazione della responsabilità", in G. ALPA, (a cura di) "Diritto e intelligenza artificiale", *op.cit.*, p. 477.

²⁰ U. RUFFOLO "Intelligenza Artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo", in Giur.it, 2019, p. 1698.

²¹ G. CAPILLI, *op.cit.*, p. 477; U. RUFFOLO, *op. ult. cit.*, p. 1691.

²² I. GIUFFRIDA, "Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations", in *Fordham Law Review*, 2019, 88, 2, p. 443.

²³ M. INFANTINO, *op.cit.*, p. 1765. Sulla responsabilità contrattuale, connessa all'impiego dell'intelligenza artificiale, si v. M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, "Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?", in F. PIZZETTI (a cura di), "Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione", Torino, 2018, pp. 333 ss.; A. MASSOLO, "Responsabilità civile e IA", *ivi*, pp. 373 ss.

il paziente potrà citare in giudizio il medico che sbagli diagnosi o trattamento medico o farmacologico, affidandosi all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, facendo valere l'inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera professionale.

Il soggetto danneggiato da risoluzioni automatizzate potrà, poi, a seconda del caso concreto, agire in via extracontrattuale nei confronti dei soggetti coinvolti nella "catena del valore" dei sistemi intelligenti, ai quali non sia legato da un rapporto contrattuale.

Sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale, possono entrare in gioco due aspetti²⁴.

Il primo riguarda la responsabilità del produttore, visto che le tecnologie dell'intelligenza artificiale, incorporate in beni o servizi, possono determinare nuovi rischi, per la sicurezza degli acquirenti o degli utenti.

I sistemi digitali sono qualificabili come oggetti, o meglio "artefatti meccanici", e sarà loro applicabile l'articolata normativa, rivolta alla progettazione e alla costruzione di 'prodotti', nonché alla protezione della salute umana, della sicurezza pubblica e della tutela dei consumatori e degli utenti in generale²⁵.

In tale quadro normativo, assume rilevanza centrale la disciplina dettata dalla direttiva comunitaria 85/374/CE del Consiglio del 25 luglio 1985 sulla responsabilità da prodotto difettoso, ormai confluita in Italia nel Codice del Consumo (negli artt. 114 ss.) e che concerne il risarcimento dei danni provocati da difetti di fabbricazione di un prodotto, introducendo un regime di responsabilità oggettiva che prescinde dall'accertamento della colpa. Tale regolamentazione si inserisce nell'ambito di uno spazio europeo di riferimento, nel quale rientrano provvedimenti che sono espressione dell'attuazione del

²⁴ In tal senso, si v. U. SALANITRO, op.cit., p. 1253.

²⁵ E. PALMERINI, "Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea", in *Resp.civ.prev.*, 2016, p. 1826 ss. Di preminente rilievo è la *Direttiva 2001/95/CE* del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 dicembre 2001, sulla sicurezza generale dei prodotti che si pone in termini complementari alla direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso, nello stabilire i requisiti da rispettare per la messa in commercio di beni, prevedendo la tipologia di informazioni da fornire ai consumatori; ancora, la Direttiva c.d. Macchine 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006 che definisce i requisiti essenziali, in ambito di sicurezza e di salute pubblica, ai quali devono rispondere le macchine, durante la fase di progettazione, fabbricazione e funzionamento, prima della loro immissione sul mercato; la direttiva regolamenta la sicurezza delle macchina con l'obbligo di marcatura CE. Ebbene, dal momento che entrambe le direttive sono state adottate, in un momento in cui i nuovi prodotti tecnologici ed i dispositivi correlati erano rari e tecnicamente non avanzati, come allo stato attuale, entrambe le direttive sono oggetto di revisione. Il 21 aprile 2021 è stato pubblicato il testo della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti macchina (COM(2021) 202 final) che, nei prossimi mesi, una volta terminato l'*iter* di approvazione, andrà a sostituire la direttiva Macchine 2006/42/CE. Le istituzioni europee si impegnano anche ad elaborare una nuova disciplina, per rendere maggiormente operativo il requisito generale di sicurezza e a modificare la direttiva 2001/95/CE. Si v. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021, relativo alla sicurezza generale dei prodotti che modifica il regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 87/357/CEE del Consiglio e la direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2021) 346 final). Di fondamentale impatto, nel contesto oggetto di analisi, è la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che «stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione», 21 aprile 2021, (COM(2021) 206 final), c.d. legge sull'intelligenza artificiale, elaborata nell'ambito della Strategia europea per l'intelligenza artificiale, che ne propone il primo quadro giuridico europeo, dettando regole armonizzate.

principio di precauzione, quale strumento per gestire l'incertezza, facendo sì che la responsabilità sia traslata ai soggetti produttori²⁶.

La disciplina può essere applicata, ricomprendendosi le entità artificiali intelligenti nella nozione di “prodotto” (ai sensi dell’art. 2 della direttiva e dell’art. 115, comma 1, codice del consumo, che lo definiscono come «ogni bene mobile, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile») e raffigurando la sussistenza del difetto (ai sensi degli artt. 6 della direttiva e 117, codice del consumo, che qualificano un prodotto “difettoso” «quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, tenuto conto delle circostanze») in un errore di progettazione, di programmazione (nel qual caso verrebbe in rilievo l’algoritmo) o di costruzione²⁷.

Facendo puntuale richiamo al sistema intelligente *self-learning*, dalla qualificazione dell’algoritmo quale suo “componente” può discendere la configurabilità della responsabilità del suo ideatore/autore/progettista, se diverso dal produttore del dispositivo che lo incorpori, in applicazione della norma che statuisce la responsabilità sia del produttore che realizzi il prodotto finito, sia di quello della materia prima o di un suo “componente” (art. 3 della direttiva e dell’art. 115, comma 2 *bis* Cod.cons.). La responsabilità dell’inventore dell’algoritmo sarebbe distinta da quella del produttore del dispositivo che lo incorpori e sussisterebbe nei confronti del soggetto che subisca un pregiudizio, cagionato da un errore di apprendimento. Le responsabilità di tali due soggetti concorrerebbero, in linea con l’impostazione, improntata dalla Direttiva che prevede la responsabilità cumulativa e non alternativa dei soggetti facenti parte della catena produttiva, con l’obiettivo di offrire effettiva tutela ai consumatori²⁸.

La disciplina della responsabilità del produttore solleva, però, una serie di perplessità, sull’idoneità a far fronte a tutte le sfide poste dall’intelligenza artificiale²⁹.

Invero, come riconosciuto dalle Istituzioni europee³⁰, la direttiva ha dimostrato, per quasi quarant’anni, di essere uno strumento normativo efficace, per ottenere il risarcimento del

²⁶ U. IZZO, “La precauzione nella responsabilità civile”, Padova, 2004, p. 1.

²⁷ Per tali riflessioni, si v. L. COPPINI, op.cit., p. 727 s. Sul tema, si v. anche R. MONTINARO, “Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra *soft law* e *hard law*”, in Persona e mercato, 2020/4, pp. 365 ss.

²⁸ Auspicano un intervento normativo di riforma della direttiva che preveda espressamente l’algoritmo quale componente del prodotto finale, L. COPPINI, op.cit., p. 728, 739; F. NADDEO, “Intelligenza artificiale: profili di responsabilità”, in Comparazione e diritto civile, 2020, p. 1161.

²⁹ Per un’attenta disamina della questione dell’idoneità dell’attuale normativa sulla responsabilità da produzione a disciplinare i danni causati dai robot intelligenti, si v. I. ZURITA MARTÍN, “La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos”, op.cit. Sul tema si v. anche U. RUFFOLO, “Responsabilità da produzione e gestione dell’a.i. *self-learning*”, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità”, op.cit., p. 233 ss; G. CAPILLI, op.cit., pp. 471 ss.

³⁰ Si v. il punto 8 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale (si v. *infra*) e la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sulle implicazioni dell’intelligenza artificiale, dell’Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità, 19 febbraio 2020, cit., pp. 15 ss.

danno provocato da prodotto difettoso. Tuttavia, è difficile immaginare l'applicazione della normativa ai moderni prodotti digitali, quantomeno i più avanzati, dal momento che i sistemi di *deep learning* (apprendimento automatico) e di *full automation* (automazione completa) agiscono in piena autonomia, secondo processi non sempre controllabili da parte dei produttori. D'altra parte, le norme vigenti non precisano chi sia il responsabile, quando un'impresa modifichi un prodotto che sia già immesso sul mercato o qualora sia importato dal consumatore da un Paese che non sia uno Stato membro dell'Unione europea. Tale circostanza non solo non garantisce la protezione dei consumatori, ma rende, inoltre, complesso alle imprese misurare i rischi della commercializzazione di prodotti innovativi³¹.

È, quindi, da salutare con favore l'iniziativa della Commissione europea di revisione della disciplina ivi dettata- sulla quale si tornerà *infra* al § 4.

Ad ogni modo, il paradigma della responsabilità da prodotto difettoso non offre risposte esaurienti per tutti gli scenari dei “nuovi danni” tratteggiati, in quanto applicabile nelle sole ipotesi in cui i pregiudizi siano determinati da errore di progettazione, di programmazione o di costruzione dei sistemi intelligenti.

Per tale ragione, viene in rilievo un secondo aspetto che riguarda i modelli di responsabilità extracontrattuale, soggetti alle discipline di rilevanza generale nei singoli Stati membri dell'Unione europea, talvolta improntate a principi molto distanti tra loro³².

È, cioè, compito dell'interprete valutare l'applicabilità delle tradizionali regole civilistiche agli altri casi di responsabilità civile che possano realizzarsi.

Nel nostro ordinamento giuridico, l'art. 2043 c.c. assume primario rilievo, dal momento che, in quanto previsione generale, connotata dal carattere di atipicità, è applicabile a qualsivoglia tipologia di illecito ed è confacente alle evoluzioni delle tecnologie, senza richiedere, di per sé, alcun adattamento ai fini della sua applicabilità.

Nondimeno, la struttura della norma risulta inappropriate a coprire l'ampia fenomenologia dei danni cagionati da entità artificiali intelligenti, in ragione delle difficoltà probatorie che il danneggiato deve affrontare, nel dimostrare la sussistenza dei presupposti della responsabilità, relativi non solo all'elemento oggettivo del nesso di causalità tra l'attività del sistema e l'evento dannoso, ma soprattutto all'elemento soggettivo della colpevolezza del danneggiante³³.

Ancora, la presenza di tecniche sempre più sofisticate, alle quali collaborino distinti attori, rende sempre più complessa l'individuazione dell'autore del danno che, in maniera

³¹ D. MAISTO, “Nuove norme europee sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi anche derivanti da AI”, in <https://quifinanza.it/innovazione/nuove-norme-europee-sulla-responsabilità-per-danno-da-prodotti-difettosi-anche-derivanti-da-ai/669912/>

³² U. SALANITRO, op.cit., p. 1253.

³³ U. SALANITRO, op.cit., p. 1247; A. AMIDEI, op.cit., p. 96; F. NADDEO, op.cit., p. 1151.

progressiva, acquisisce quasi un carattere di anonimato, con la conseguenza che potrebbe ricorrere il pericolo dei c.dd. “danni anonimi”³⁴.

Le problematiche connesse all’imputazione della responsabilità, in forza del criterio delle colpevolezza, hanno indotto la dottrina a concentrarsi sulla figura del danneggiato e a cercare soluzioni, per impedire che le conseguenze negative, derivanti dalle attività delle intelligenze artificiali, siano da questi sopportate. A tal fine, si è proceduto all’individuazione dei soggetti cui imputare la responsabilità, indipendentemente dall’accertamento della sussistenza di un comportamento colposo, valutando, viceversa, la posizione di “prossimità al rischio” dai medesimi assunta, dalla quale far discendere la possibilità di evitarlo oppure, ad ogni modo, di amministrarlo.

La dottrina ha, così, innanzitutto, invocato le disposizioni disciplinanti le ipotesi di responsabilità vicaria.

Taluni Autori hanno mutuato il modello, previsto dall’art. 2048 c.c. per la responsabilità dei genitori, tutori, precettori e maestri d’arte, facendo emergere la responsabilità del programmatore o, in ogni caso, del soggetto che insegni al sistema digitale i comportamenti da tenere, equiparandoli alla posizione del precettore, nella sua nozione “astratta” di figura preposta ad istruire gli allievi, ed assimilando tale sistema ad un allievo/apprendista. Secondo tale indirizzo, i primi dovrebbero rispondere dei danni provocati dall’intelligenza artificiale, a meno che non provino di non avere potuto impedire il fatto³⁵.

Altri Autori hanno prospettato l’applicabilità dell’art. 2047 c.c. che stabilisce la responsabilità della persona tenuta alla sorveglianza dell’incapace di intendere e di volere che abbia provocato il danno, configurando l’entità artificiale intelligente quale ‘soggetto’, dotato di minore capacità³⁶.

Codeste ricostruzioni sono confutabili, dovendosi escludere il ricorso agli articoli 2047 e 2048 c.c., dato che tali norme sono dirette a regolamentare le responsabilità, discendenti dal controllo o dall’educazione di particolari “categorie” di esseri umani, statuendo, così, una disciplina molto settoriale, difficilmente suscettibile di estensione analogica in tale ambito³⁷.

³⁴ Per le considerazioni che seguono, si v. D. DI SABATO, op.cit., 341.

³⁵ Si v. M. COSTANZA, “Robot e impresa”, in U. RUFFOLO (a cura di), “Intelligenza artificiale e responsabilità”, Milano, 2017, p. 112 s; A. SANTOSUSSO, M. TOMASI, “Diritto, scienza, nuove tecnologie”, Padova, 2021, p. 333 e ss.; U. PAGALLO, “The law of robots. Crimes, contracts and torts”, New York, 2013, p. 128 s. ritiene che tale regime sia preferibile ad altri di responsabilità extracontrattuale, unitamente all’art. 2050 c.c.

³⁶ A. SANTOSUSSO, M. TOMASI, op.cit., pp. 338 ss.

³⁷ Così U. RUFFOLO, “Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo”, op.cit., p. 1698). In posizione critica, anche L. COPPINI, op.cit., p. 726; G. FINOCCHIARO, “Intelligenza artificiale e diritto. Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali”, in Giur. It., 2019, p. 1657.

In aggiunta, parte della dottrina³⁸ ha proposto l'applicazione analogica dell'art. 2049 c.c., il quale disciplina la responsabilità dei padroni e committenti, delineando la responsabilità dell'imprenditore per i danni provocati da un sistema intelligente che sia stato preposto allo svolgimento di mansioni connesse all'attività imprenditoriale, di norma svolte dai lavoratori. Gli elementi costitutivi della fattispecie sarebbero individuabili in una sorta di rapporto di preposizione e nel nesso di causalità tra lo svolgimento delle mansioni ed il danno provocato al terzo.

Si è, però, opportunamente sostenuto che il ricorso all'art. 2049 c.c., seppure stimolante, appare inconciliabile con il nostro ordinamento, dato che la sua specialità ne impedisce l'estensione, oltre i confini del comportamento umano. La *ratio* della norma consiste nella responsabilizzazione del committente, per una determinata ipotesi di errore dell'intelligenza (umana) del suo commesso e sarebbe complicato interpretare estensivamente la norma, con riferimento ai danni causati da condotte di sistemi non umani, a causa di un difetto della loro intelligenza artificiale³⁹.

In secondo luogo, la letteratura giuridica ha ipotizzato l'applicabilità ai "nuovi" danni di talune delle fattispecie di responsabilità, tipizzate dal legislatore negli artt. 2050-2054 c.c., comunemente definite "speciali", considerato che rappresentano modelli diversi rispetto all'impostazione dettata dalla clausola generale dell'art. 2043 c.c., in forza del quale il sorgere responsabilità civile extracontrattuale è strettamente correlato al vaglio del comportamento del danneggiante, in termini di colpevolezza. In particolare, la dottrina e la giurisprudenza prevalente e più recente si sono discostate dall'indirizzo più risalente che qualificava sia la responsabilità da cose in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., sia la responsabilità per l'esercizio delle attività pericolose, di cui all'art. 2050 c.c., come responsabilità per colpa, pur se "aggravata", con semplificazione dell'onere probatorio a favore del danneggiato; per configurarla, differentemente, come responsabilità oggettiva - puntualizzando, in merito all'art. 2050 c.c., che la mancata adozione di tutte le misure idonee ad impedire il danno non implichi necessariamente la violazione di un dovere di condotta⁴⁰.

³⁸ M. COSTANZA, "Robot e impresa", op.cit. p. 112 s. Si v. anche G. TEUBNER, "I soggetti giuridici digitali? Sullo *status privatistico* degli agenti *software autonomi*", Napoli, 2019, la cui proposta è formulata sul piano sociologico, oltre che giuridico.

³⁹ Cfr. U. RUFFOLO, "Intelligenza Artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo", op. cit., p. 1698.

⁴⁰ Influente dottrina (P. TRIMARCHI, "Rischio e responsabilità oggettiva", Milano, 1961, pp. 48 ss., pp. 193 ss.) ha sviluppato questa tesi, alla luce di un'interpretazione sistematica delle fattispecie di responsabilità speciali di cui agli artt. 2050-2054 c.c., strettamente correlata al rischio di impresa ed alle ripercussioni sul mercato assicurativo, fattori significativi che incidono sulla ripartizione dei danni e dei relativi costi dei consociati. L'Autore ha puntualizzato che la funzione della responsabilità oggettiva non è di punire, bensì di imputare a chiunque il «rischio oggettivamente creato» dalla propria attività, nella misura in cui esso sia esprimibile in costo ed amministrabile dal punto di vista economico, con le conoscenze e con i mezzi di previdenza che un buon amministratore abbia a propria disposizione. La teoria del rischio è stata criticata da C. SALVI, "La responsabilità civile", Milano, 1998, p. 149 e da C. CASTRONOVO, "La nuova responsabilità civile", Milano, 1997, pp. 57 ss. Per una ricostruzione del dibattito, mai sopito, tra dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione giuridica della responsabilità da cosa in custodia tra responsabilità "aggravata" e responsabilità "oggettiva", mi si consenta di rinviare a G. D'ALFONSO, "Il regime di responsabilità da cose in custodia tra questioni tradizionali e "responsabilità da algoritmo""", in

Orbene, parte della letteratura ha richiamato quest'ultima norma, partendo dalla presunzione che l'impiego dell'intelligenza artificiale rappresenti un'attività pericolosa, per il semplice utilizzo di sistemi intelligenti⁴¹. Si reputa che, qualora si consenta ad un automa, dotato di capacità adattative e di apprendimento, di interagire con un uomo, non esista alcuna sicurezza che lo stesso non possa tenere comportamenti lesivi dei diritti dei terzi⁴².

Non si condivide tale argomentazione, visto che l'intelligenza artificiale non è intrinsecamente pericolosa e non le si addice tale attributo, dal momento che, essendo il simbolo della tecnica, è, per ciò stesso, più affidabile dell'uomo, rappresentando, d'altra parte, un mezzo correttivo o integrativo delle imprecisioni umane⁴³. Al contrario, potrebbe accadere che la pericolosità non concerna l'attività svolta dai sistemi intelligenti in sé, quanto, piuttosto, le interazioni degli stessi con il mondo esterno e che un'attività produttiva, ritenuta, fino ad oggi, non pericolosa, lo divenga con l'ingresso dell'intelligenza artificiale nel processo di produzione o direttamente nel prodotto: ad esempio, la circolazione dei veicoli, potendo assumere connotati di pericolosità, potrebbe essere attratta dalla disciplina dell'art. 2050 c.c.⁴⁴.

Il ricorso all'art. 2050 c.c. avrebbe, d'altronde, il pregio di conferire al soggetto danneggiato una possibile strada alternativa, rispetto alla responsabilità per prodotto difettoso, al fine di ottenere il ristoro dei danni subiti⁴⁵, offrendo una maggior tutela e consentendo di evitare l'ostacolo dell'esimente del rischio da sviluppo⁴⁶.

EJPLT, 2022, 1, www.ejplt.tatodpr.eu, pp. 6 ss. Tra le voci più autorevoli che hanno configurato il regime di cui all'art. 2050 c.c. come responsabilità per colpa « aggravata », si v. A. DE CUPIS, “Il danno. Teoria generale della responsabilità civile”, Milano, 1979, pp. 88 ss.; P. FORCHIELLI, “La colpa lievissima”, in Riv.dir.civ., 1963, I, 202; E. PARAGLIA, “Appunti in tema di responsabilità da esercizio di attività pericolose,” in Diritto e pratica nell'assicurazione, 1975, 645. Fautori della ricostruzione della responsabilità oggettiva sono M. FRANZONI, “Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose”, in ALPA G., BESSONE M. (diretta da), “La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza”, Torino, 1987, pp. 459 ss.; P.G. MONATERI, “La responsabilità civile”, in SACCO R. (diretto da), “Trattato di diritto civile”, Torino, 1998, pp. 674 ss.

⁴¹ L. COPPINI, op.cit., p. 735. Si v. M. SCIALDONE, “Il diritto dei robot: la regolamentazione giuridica dei comportamenti non umani”, in E. PIETRAFESA, F. MARZANO, T. MEDICI (a cura di), “La rete e il fattore C: Cultura, Complessità, Collaborazione, Volume II, Roma, Stati Generali dell'Innovazione”, 2016, p. 76; A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, op.cit., pp. 329 ss.

⁴² C. LAENZA, “Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio”, in Resp.civ. prev., 2021, p. 1018 s.

⁴³ M. COSTANZA, “L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile”, Giur.it, 2019, p. 1688.

⁴⁴ Cfr. U. RUFFOLO, “Intelligenza artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo”, op.cit., p. 1696.

⁴⁵ Cfr. A. AMIDEI, “Intelligenza artificiale e *product liability*: sviluppi del diritto dell'Unione Europea”, in Giur.it., 2019, pp. 1725 ss.

⁴⁶ U. RUFFOLO, op.ult.cit., pp. 1684, 1687. D'altra parte, la normativa europea e quella nazionale statuiscono il cumulo della responsabilità da prodotto difettoso e le responsabilità previste da altre norme e la nostra giurisprudenza continua ad accordare, come concorrente, la tutela offerta dal regime di cui all'art. 2050 c.c. anche nelle ipotesi di danno da prodotto difettoso, qualora la sua fabbricazione o la sua distribuzione si riveli qualificabile come attività pericolosa.

Altra parte della dottrina ha affermato che l'interprete potrebbe imputare la responsabilità per l'intelligenza artificiale all'utilizzatore o al titolare oppure al custode del dispositivo digitale, richiamando, a sua discrezione, l'art. 2052 c.c., relativo alla responsabilità per i danni cagionati da animali, oppure l'art. 2051 c.c., relativo alla responsabilità da cose in custodia⁴⁷, a seconda che si configuri il dispositivo intelligente quale un'entità dinamica ed evolutiva come un animale, oppure in una prospettiva naturalistica che evidenzi che lo stesso non è né un animale, né un essere umano, ma rientra, al contrario, nella categoria delle cose in senso proprio⁴⁸.

Il rinvio all'art. 2052 c.c. va respinto⁴⁹, tenendo conto del fatto che, seppure la norma sia attuabile in astratto, dal momento che il comportamento degli animali è imprevedibile, come quello dei dispositivi intelligenti⁵⁰; da un altro punto di vista, mentre, nel primo caso, il proprietario effettua un controllo sulla capacità di reazione dell'animale, per mezzo dell'addomesticamento; differentemente, il titolare/utilizzatore/custode di tali dispositivi, oltre a non conoscerne, di base, i meccanismi di funzionamento e di reazione al mondo esterno, ha una limitata possibilità di incidere sulle loro condotte⁵¹.

Il riferimento al regime della responsabilità da cose in custodia ha costituito oggetto di svariate critiche.

Si è asserito che l'articolo 2051 c.c. fa riferimento, in sostanza, ad una *res «inanimata»* e che rappresenterebbe, perciò, un'entità lontana dai dispositivi intelligenti che sono capaci di comportamenti e decisioni, senza la supervisione umana⁵². Si è dichiarato⁵³ che il parametro della custodia potrebbe risultare inidoneo, in considerazione della circostanza che la custodia di un dispositivo intelligente, soprattutto se autonomo, sarebbe eccessivamente complessa e squilibrata per il custode, il quale potrebbe non essere in grado di controllarlo. Ancora, qualora il titolare/utilizzatore/custode fosse citato in

⁴⁷ L'art. 2051 c.c. va letto unitamente all'art. 2052 c.c., relativo alla responsabilità per i danni cagionati da animali, dato che, in entrambe le norme, il criterio di imputazione sussiste nella custodia con il limite del caso fortuito. Si v. U. RUFFOLO, op.ult.cit., p. 1699, parla dell'art. 2052 c.c. come “norma fotocopia” dell'art. 2051 c.c.

⁴⁸ L. FORT, V. IEVA, “Intelligenza artificiale, responsabilità civile e interpretazione analogica”, in www.biodiritto.org, 2020, 8, p. 2. Per le riflessioni sull'applicabilità degli artt. 2051 e 2052 c.c. in tale contesto, si v. L. COPPINI, op.cit., p. 734; U. RUFFOLO, op.ult.cit., p. 1699; M. SCIALDONE, op.cit., p. 78; M. RATTI, “Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo” in Cont.impr., 2020, pp. 1174 ss.

⁴⁹ F. NADDEO, op.cit., pp. 1158 ss.; M. SCIALDONE, op.cit., p. 79. Contra A. BERTOLINI, “*Robots as Products: the case for a realistic analysis of robotics applications and liability rules*”, in *Law Innov. Technol.*, 2013, 1, p. 227 fa leva sulla differenza tra animale e dispositivo intelligente.

⁵⁰ Cfr. M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, “Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi”, op.cit., pp. 333 ss.

⁵¹ Cfr. A. LIOR, “*AI Entities as AI Agents: Artificial Intelligence Liability and the AI Respondeat Superior Analogy*”, in Mitchell Hamline Law Review, 2020, 46, 5, 2, pp. 1060-1062.

⁵² Cfr. M. COSTANZA, “L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità”, op.cit., p. 1687; G. SARTOR, “*Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*”, in *Dir.Inf. Informatica*, 2003, pp. 55 ss.

⁵³ Cfr. L. FORT, V. IEVA, op.cit., p. 3.

giudizio, la prova dell'esimente del caso fortuito, concernente l'imprevedibilità della condotta del sistema intelligente, potrebbe divenire insormontabile⁵⁴.

Pur tuttavia, si crede che l'art. 2051 c.c., nella sua accezione di responsabilità oggettiva, sia applicabile, quando il dispositivo intelligente non costituisca uno strumento di causazione del pregiudizio, per mezzo di un'autonoma azione del titolare/utilizzatore/custode; quanto, invece, fonte stessa del danno. Il richiamo della norma al caso in esame sarebbe, invero, ragionevole, perché il dispositivo intelligente ha una natura evolutiva ed autonoma, caratteristica che lo distingue dagli esseri inanimati ed il danno sarebbe, in realtà, insito nel dinamismo intrinseco della "cosa intelligente"⁵⁵.

Vieppiù, l'art. 2051 c.c. sarebbe complementare all'art. 2050 c.c., pur dovendosi ribadire che il regime, dettato dalla prima norma, ha il pregio di prescindere dalla prova della pericolosità o della difettosità del bene in custodia⁵⁶.

Il regime della responsabilità da cosa in custodia potrà essere, per di più, applicato, ai fini dell'imputazione della responsabilità in capo all'"addestratore" dell'entità artificiale intelligente, quantomeno in via concorrente con la responsabilità del produttore del dispositivo digitale e/o con quella dell'ideatore dell'algoritmo, se distinto da quest'ultimo⁵⁷. L'insorgere della responsabilità, ai sensi dell'art. 2051 c.c., deriverebbe dalla circostanza che l'"addestratore" utilizza o gestisce la "cosa" munita di intelligenza artificiale *self-learning*, indirizzandola verso una *mentalità*, capace di sconfinare in comportamenti malevoli o devianti, senza, però, disporre meccanismi inibitori. L'"addestratore" sarebbe responsabile dei danni provocati "dalla cosa" intelligente, dacché i comportamenti della stessa, seppure non indirizzati da tale soggetto, sarebbero sicuramente il frutto e la conseguenza del suo insegnamento o dell'apertura del dispositivo ad esperienze da questi condotte. Secondo tale impostazione, l'"addestratore" sarebbe chiamato a rispondere, altresì, per i danni derivanti da un imprevedibile mutamento di atteggiamento del dispositivo intelligente, visto che da quest'ultimo "custodito". All'"addestratore" potrebbe applicarsi anche l'art. 2050 c.c., qualora ne ricorrono i presupposti.

In via conclusiva, si rimarchi che l'art. 2051 c.c. è stato menzionato dalla letteratura giuridica anche per i danni provocati dai veicoli autonomi⁵⁸: si consideri il caso in cui, a causa di un difetto della tecnologia di riconoscimento degli oggetti, un'auto a guida

⁵⁴ Cfr. L. FORT, V. IEVA, op.cit., p. 15 che rimarcano che quanto detto inciderebbe sulle scelte economiche dei consumatori che, in qualità di utilizzatori finali, sarebbero disincentivati ad acquistare i prodotti suddetti.

⁵⁵ Cfr. M. RATTI, op.cit., pp. 1174 ss.

⁵⁶ Cfr. A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, op.cit., p. 329.

⁵⁷ Si condivide la ricostruzione di U. RUFFOLO, op.ult.cit., pp. 1698, 1700.

⁵⁸ Tra i contributi sul tema, *ex multis*, M.C. GAETA, "Liability rules and self-driving cars. The evolution of tort law in the light of new technologies", Napoli, 2019 *passim*; F.P. PATTI, "The European Road to Autonomous Vehicles", 43 FORDHAM INT'L L.J. 125 (2019), pp. 125 ss.; L. GATT, I. CAGGIANO, M.C. GAETA, "Italian Tort Law and Self-Driving Cars: State of art and Open Issues", in B.H. OPPERMANN, J. STENDER-VORWACHS (a cura di), "Autonomes Fahren. Technische Grundlagen, Rechtsprobleme, Rechtsfolgen", München, 2020, pp. 239 ss..

autonoma possa identificare in maniera erronea un oggetto sulla strada e provocare un incidente, cagionando lesioni e danni materiali. Al riguardo, bisogna differenziare tra l’ipotesi in cui il veicolo circoli sotto il controllo del conducente ed il caso in cui, sebbene vi sia un conducente alla guida, il dispositivo gli si sostituisca in tutto o in parte, compiendo mansioni più o meno importanti, a seconda delle quali la responsabilità di tale soggetto potrebbe essere esclusa o limitata⁵⁹. Nel primo caso, qualora si verifichino danni, si può configurare la responsabilità del conducente, ai sensi dell’art. 2054 c.c. Nel secondo caso, qualora si decida di non applicare tale norma all’automazione intelligente, si potrebbe richiamare l’art. 2051 c.c., dal quale far derivare, in ragione della relazione fattuale di custodia del veicolo, l’imputazione della responsabilità al proprietario guidatore ovvero al proprietario ed al guidatore.

In concorso con la responsabilità del proprietario e del conducente, si potrebbe raffigurare la responsabilità del produttore, ovvero dell’ideatore dell’algoritmo, se distinto da quest’ultimo, a norma sia della disciplina della responsabilità da prodotto difettoso, sia di quella della responsabilità da attività pericolose, qualora si ritenga che l’attività di produzione di macchine a elevata automazione sia divenuta pericolosa, a causa dei corrispondenti nuovi pericoli di fallibilità del prodotto⁶⁰.

3. PRINCIPIO DI ACCOUNTABILITY E SISTEMA MULTILIVELLO DI RESPONSABILITÀ. PROSPETTIVE EUROPEE.

È necessario, a questo punto, mostrare come le nuove fattispecie di responsabilità civile extracontrattuale presentino aspetti problematici che le regolamentazioni descritte non riescono a superare.

In primis, il sovrapporsi di ruoli e competenze di molteplici attori, nell’ideazione, nella progettazione, nello sviluppo, nella diffusione ed utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale e nell’impiego di algoritmi per l’autoapprendimento, possono rendere complesso stabilire la progressione della serie di nessi causali ed incerta l’individuazione del soggetto responsabile, cui imputare il danno⁶¹. In aggiunta, il numero dei responsabili potrebbe risultare tanto elevato da rendere impossibile, se non eccessivamente oneroso, a chi abbia subito il danno di agire in giudizio per ottenere il ristoro. Ciò potrebbe accadere siccome i costi giudiziari sarebbero troppo ingenti; si porrebbero problemi di giurisdizione, di notifiche da compiere e le parti entrerebbero in conflitto, ponendo domande trasversali e di manleva, per fare in modo che la responsabilità gravi sugli altri⁶².

⁵⁹ Cfr. L. COPPINI, op.cit., p. 734.

⁶⁰ Cfr. L. COPPINI, op.cit., p. 735; analogamente A. BERTOLINI, “*Robots as Products*”, op.cit., pp. 227 ss. Sulla potenziale pericolosità dell’attività, in tale ambito, cfr. U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, “*Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema e in quello statunitense*”, in Giur .it., 2019, pp. 1704 ss., p. 1711.

⁶¹ M. GAMBINI, op.cit., p. 333.

⁶² G. CAPILLI, op.cit., p. 477.

In secondo luogo, l'operatività dei meccanismi di tutela risarcitoria potrebbe essere compromessa dal rischio che i danneggiati si trovino dinanzi ad una difficoltà insuperabile, nel dimostrare il nesso di causalità tra l'operato del sistema intelligente e l'evento dannoso, quando si tratti di prodotti ad alta complessità tecnologica, in ragione della indecifrabilità dei processi decisionali automatizzati, di cui siano destinatari⁶³. Viene, così, in rilievo la pregnante questione dell'asimmetria informativa tra questi ultimi ed i responsabili ed emerge l'esigenza di riconoscere ai soggetti danneggiati il diritto all'intellegibilità del funzionamento dell'algoritmo, nonché la possibilità di acquisire informazioni sugli elementi che possano costituire oggetto di prova⁶⁴.

Appare, dunque, di prioritario interesse esaminare la posizione, assunta dalle Istituzioni europee, e procedere alla disamina dei più rilevanti interventi normativi in corso di approvazione, anticipando, sin d'ora, che il legislatore europeo ha adottato provvedimenti, miranti al superamento delle inefficienze dei tradizionali paradigmi di responsabilità civile dei singoli Stati membri dell'Unione Europea, in un'ottica di armonizzazione.

Al fine di comprendere appieno le linee direttive delle prospettive europee, si premeta che un'efficiente politica di regolamentazione non può attribuire alla responsabilità civile un ruolo primario in tale contesto, dal momento che è chiaro che gli strumenti risarcitorii applicabili ai nuovi panorami dannosi possono concorrere, solo in parte, ad affrontare i rischi, posti dall'impiego di sistemi di intelligenza artificiale⁶⁵.

Occorre, viceversa, impiegare un approccio analogo a quello previsto dalla normativa europea sul trattamento automatizzato dei dati personali⁶⁶ che, ispirato ai principi di prevenzione e di precauzione, impieghi un sistema multilivello di responsabilità, imperniato sul principio di *accountability*, ossia sulla massima responsabilizzazione degli operatori economici del settore, poiché più congruo a risolvere i problemi giuridici, correlati alle tecnologie emergenti⁶⁷. Si deve, quindi, profilare un meccanismo a più livelli di distribuzione di doveri (di informazione, rendicontazione, giustificazione e trasparenza), di controlli e di responsabilità, con l'obbligo di rendere conto delle decisioni assunte a coloro che ne subiscano gli effetti, posti a carico dei soggetti responsabili e che

⁶³ G. MOBILIO, "L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR", op.cit., p. 285.

⁶⁴ Si v., sulla questione, la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2020 «sui processi decisionali automatizzati: garantire la tutela dei consumatori e la libera circolazione di beni e servizi» (2021/C 294/03) che ha sottolineato la necessità di tutelare i consumatori, fornendo loro un'informazione idonea sul funzionamento e controllo dei sistemi decisionali automatizzati, oltre che sulla possibilità di rettificarne la decisione. Si è, cioè, specificato che gli algoritmi devono essere spiegabili e che deve esserne garantita la revisione, al fine della correzione di eventuali errori.

⁶⁵ D. DI SABATO, op.cit., p. 343.

⁶⁶ Si fa riferimento al c.d. Regolamento europeo della *privacy*, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁶⁷ G. COMANDÈ, "Intelligenza artificiale e responsabilità tra *liability* e *accountability*: il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità", op.cit., p. 175 .

tali doveri si snodino in un raggio di azione che copra l'intero processo che vada dall'ideazione e programmazione, fino all'impiego degli algoritmi⁶⁸. In sostanza, come precisato dal Comitato economico e sociale europeo, accanto alla regolamentazione della responsabilità civile per i danni da dispositivi intelligenti, si devono sviluppare norme amministrative che stabiliscano i parametri, su cui orientare la programmazione, la produzione e la commercializzazione di sistemi intelligenti e fissino nuove procedure per la loro verifica e convalida, allo scopo di poterne valutare e controllare la sicurezza, la trasparenza, la comprensibilità, la rendicontabilità e la responsabilità etica⁶⁹. Solo in tale maniera, potrà realizzarsi un'intelligenza artificiale affidabile ed antropocentrica⁷⁰ e costruire un'architettura di sistemi intelligenti, idonea a garantire la conformità ai principi etici ed alle normative vigenti⁷¹.

Ed è proprio in tale duplice direzione che si sta muovendo l'Unione europea.

Si tralascia, in questa sede, la puntuale analisi dei numerosi atti di *soft law* ed *hard law*, emanati dalle Istituzioni europee, a partire dalla nota Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, dal titolo «Norme di diritto civile sulla robotica, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica» (2015/2013 (INL))⁷².

Si rilevi, in via preliminare, che, già nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 aprile 2018 (COM/2018/237 final), la Commissione, nell'annunciare la strategia europea per l'intelligenza artificiale, ha precisato l'esigenza di assicurare un piano di intervento non soltanto giuridico, ma anche etico adeguato che si fondi sui valori dell'Unione e che sia coerente con la Carta dei diritti fondamentali. In seguito, il Parlamento europeo ha adottato, il 20 ottobre 2020, una risoluzione «recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate» (2020/2012(INL)), specificando, in linea con la logica del *based risk*, il bisogno di regole che fissino un'impostazione etica predefinita, sin dalla progettazione dei sistemi intelligenti, e la possibilità di un intervento umano, al fine di copperire all'asimmetria tra coloro che impieghino le tecnologie di intelligenza artificiale e coloro che vi siano assoggettati. Il Parlamento europeo ha allegato alla Risoluzione una proposta di Regolamento dello stesso e del Consiglio «sui principi etici per lo sviluppo, la diffusione e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie

⁶⁸ G. COMANDÈ, op.ult.cit., p. 185.

⁶⁹ Parere del Comitato economico e sociale europeo su “L'intelligenza artificiale. Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società”, (punto 3.16), Document 52016IE5369.

⁷⁰ Come sottolineato dal Gruppo di esperti sull'intelligenza artificiale, Orientamenti etici per un'IA affidabile, punto 87 e ss. Si v. <https://promositalia.camcom.it/kdocs/1984514/ethicsguidelinesfortrustworthyai-itpdf-1.pdf>

⁷¹ M. GAMBINI, op.cit., p. 325.

⁷² Per un'articolata e puntuale rassegna degli atti di *soft* ed *hard law*, si v. G.T. ELMI, S. MARCHIAFAVA, “Sviluppi recenti in tema di intelligenza artificiale e diritto: una rassegna di legislazione, giurisprudenza e dottrina”, in Riv.it. informatica e diritto, 2022, n. 2.

correlate» (2020/2012(INL), che statuisce molteplici e specifici obblighi per le tecnologie ad alto rischio⁷³.

Nella stessa data, il Parlamento europeo ha emanato la Risoluzione, recante alla Commissione «raccomandazioni dettagliate per l'elaborazione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale» (2020/2014(INL)); alla quale ha allegato la proposta di regolamento per il funzionamento della responsabilità civile, per l'impiego dell'intelligenza artificiale, che costituisce una tappa fondamentale della regolamentazione europea in tale materia.

Il regolamento si applicherà nel territorio dell'Unione europea, dove un'attività, un dispositivo o un processo virtuale o fisico, guidato da un sistema digitale, abbia arrecato un danno o un pregiudizio alla vita, alla salute, all'integrità fisica di un individuo, al patrimonio di una persona fisica o giuridica ovvero abbia causato un danno non patrimoniale rilevante, risultante in una perdita economica verificabile (art. 2, comma 1).

Il provvedimento, al fine di superare i problemi applicativi delle discipline vigenti degli Stati membri, è volta a rendere responsabile il c.d. *deployer*, l'"operatore", disponendo, a suo favore, un'azione di regresso nei confronti del produttore del sistema intelligente difettoso, conformemente alla disciplina europea ed alle disposizioni nazionali che regolamentano la responsabilità per danno da prodotto difettoso (art. 12, comma 3). La responsabilità dell'operatore è giustificata, in ragione del fatto che beneficia del funzionamento dell'automa ed esercita il controllo sul rischio associato all'entità artificiale intelligente, in modo analogo al proprietario di un'automobile; si tiene, per di più, conto del fatto che, considerata la complessità dei sistemi intelligenti, l'operatore, in molti casi, sarà il primo punto di contatto visibile per il soggetto leso (punto 10 risoluzione).

Nella proposta di regolamento, si estende la responsabilità a tutti gli "operatori" di sistemi digitali, pur classificandoli, sulla base del grado di controllo che esercitino sul loro funzionamento⁷⁴. Si differenzia tra "operatore *front-end*" ed "operatore *back-end*", definendo il primo come la persona fisica o giuridica che esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso al funzionamento del sistema intelligente e che ne beneficia (quale, ad esempio, il proprietario o il custode dell'autovettura o del dispositivo automatizzato); il secondo come la persona fisica o giuridica che, su base continuativa, definisce le caratteristiche della tecnologia, fornisce i dati e il servizio di supporto di *back-end* essenziale ed è in grado di esercitare un elevato grado di verifica sul rischio, connesso all'operatività o al funzionamento del sistema intelligente (per esempio, il gestore di una autostrada attrezzata per la guida automatizzata).

⁷³ G.T. ELMI, S. MARCHIAFAVA, op.cit. Per un approfondimento della tematica, si v. M. CASTILLA BAREA, "La universidad ante los desafíos éticos de la inteligencia artificial. Reflexiones a propósito del nuevo «marco europeo de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas»", op.cit.

⁷⁴ Per i rilievi critici, in merito alla classificazione dei soggetti suddetti, si v. U. SALANITRO, op.cit., p. 1275.

Seguendo un metodo basato sul rischio, la proposta delinea un duplice statuto giuridico, misurato sul grado di automazione del sistema digitale⁷⁵.

Per gli operatori di un sistema “ad alto rischio”, si stabilisce un regime di responsabilità oggettiva: ai sensi dell’art. 4, comma 4, tali soggetti non potranno eludere la propria responsabilità, sostenendo di avere agito con la dovuta diligenza o che il pregiudizio sia stato cagionato da un’attività, dispositivo o processo autonomo, guidato dal loro sistema intelligente; costoro non saranno considerati responsabili, solo se il pregiudizio sia dovuto a cause di forza maggiore. Le attività ad alto rischio sono definite, in base alla probabilità del danno, alla gravità dei potenziali danni, al grado di autonomia della macchina ed alle modalità o al contesto di impiego dello strumento. Ai fini di garantire l’affidamento degli operatori, l’individuazione delle attività ad alto rischio è deputata alla Commissione europea con un apposito allegato, da sottoporre alla sua verifica ed aggiornamento. Tali operatori sono tenuti alla stipula di un’adeguata polizza assicurativa, a copertura della propria attività.

L’operatore di un sistema intelligente, che non si configuri ad alto rischio e che, di conseguenza, non sia stato inserito nell’elenco allegato al regolamento, è sottoposto ad un regime di responsabilità per colpa, “aggravata” da un sistema di presunzioni. L’operatore non sarà, in altre parole, responsabile e potrà liberarsi, ai sensi dell’art. 8, se riesca a dimostrare che la lesione provocata non sia imputabile a sua colpa, per uno dei seguenti motivi: il sistema si è attivato, senza che ne fosse a conoscenza e siano state adottate tutte le misure ragionevoli e necessarie, per impedire tale attivazione, oppure costui ha esercitato diligentemente le operazioni appropriate all’uso dell’intelligenza artificiale (selezionando un meccanismo idoneo al compito e alle competenze, mettendolo debitamente in funzione, monitorando le attività e mantenendo l’affidabilità operativa, mediante periodici aggiornamenti).

In presenza di più operatori, in caso di concorso di colpa o di coinvolgimento in un danno causato da attività ad alto rischio, tutti loro saranno soggetti a una regola di responsabilità solidale, con azione di regresso del *solvens* verso gli altri operatori, in misura proporzionale alla propria responsabilità.

Si ponga in evidenza che il Parlamento europeo ritiene che la disciplina della responsabilità civile per colpa, vigente negli Stati membri, offra, il più delle volte, un livello sufficiente di tutela alle persone che subiscano danni, in seguito all’interferenza di un terzo, quale un *hacker*, dato che, in tal caso, il soggetto danneggiato eserciterà un’azione basata sulla colpa⁷⁶. Saranno, altresì, necessarie ulteriori norme, per integrare il diritto nazionale in materia di responsabilità civile, in ipotesi specifiche, incluse quelle in cui il terzo sia irrintracciabile oppure insolvibile.

⁷⁵ C. LAENZA, op.cit., p. 1013. Per le considerazioni di commento al provvedimento che seguono, si v. U. SALANITRO, p. 1275 s.

⁷⁶ Si v. Risoluzione del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l’intelligenza artificiale, cit. (punto 9).

Ciò detto, può, in primo luogo, affermarsi che se, da un lato, la previsione di un «regime flessibile»⁷⁷ di responsabilità, per coloro che utilizzino i dispositivi digitali, avvantaggia, dal punto di vista processuale, i soggetti lesi dalle attività ad alto rischio, per le quali si è statuita la responsabilità oggettiva; da un altro punto di vista, il regime della responsabilità colposa, per le attività a basso rischio, determina difficoltà probatorie per il danneggiato, precipuamente riguardo all'elemento soggettivo del fatto illecito.

Non è stato previsto nulla, in merito alla “*probatio diabolica*” che il soggetto danneggiato dall'attività del sistema intelligente debba fornire, in merito al nesso di causalità tra la stessa e l'evento dannoso

Si è espresso scetticismo verso la distinzione tra operatore *back-end* e *front-end*, dichiarando che sarebbe stato preferibile, per il danneggiato, identificare a monte un “*entry point*”, al quale rivolgersi in caso di danni, per rimettere, di seguito, a rivalsa ed altri meccanismi la distribuzione della responsabilità tra i vari soggetti coinvolti, nella catena del sistema intelligente⁷⁸.

Avendo, infine, riguardo all'impatto che l'approvazione del Regolamento avrà sull'applicazione della disciplina della responsabilità del produttore, si sottolinei che, seppure si sia scelto di definire una cornice normativa *ad hoc* rispetto alla stessa, spostando propriamente l'attenzione dal produttore all'operatore; le Istituzioni europee si sono, di recente, attivate nel procedere alla revisione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, per adattarla al mondo digitale (sul punto si veda *infra* § 4).

Tali discipline rappresentano due pilastri dello spazio normativo comune, in materia di responsabilità per i sistemi di intelligenza artificiale e richiedono, perciò, uno stretto coordinamento ed allineamento, a livello europeo e nazionale (obiettivo 6 allegato alla risoluzione suddetta)⁷⁹. Fondamentale è l'art. 11 che, nel disciplinare la responsabilità in solido, sancisce i criteri di prevalenza dell'una sull'altra disciplina, quando l'operatore sia anche il produttore di un sistema digitale⁸⁰.

In via conclusiva, si evidenzi che il legislatore ha optato per strumento normativo del regolamento, ritenendo insufficiente la direttiva, in ragione della rilevanza strategica del settore⁸¹. È positivamente valutabile l'iniziativa legislativa di impiegare un approccio

⁷⁷ Secondo la locuzione adottata da U. SALANITRO, op.cit., p. 1276.

⁷⁸ A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, “The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: a critical assessment”, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 12, 3, p. 656.

⁷⁹ Sulla coesistenza di tali regole, si v. V. DI GREGORIO, “Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?”, in *Danno resp.*, 2022, pp. 51 ss.

⁸⁰ L'art. 11 statuisce che, se un operatore di *front-end* è anche il produttore del sistema di IA, le disposizioni del presente regolamento prevalgono su quelle della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi; se l'operatore di *back-end* è anche il produttore, ai sensi dell'articolo 3 della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, è opportuno che la stessa si applichi a tale soggetto; se vi è un solo operatore che sia anche il produttore del sistema di IA, le disposizioni del presente regolamento dovrebbero prevalere su quelle della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi.

⁸¹ U. SALANITRO, op.cit, p. 1274, s.

uniforme a livello europeo che, al fine di evitare la frammentarietà del mercato unico digitale, statuisca norme comuni per le imprese europee e garantisca certezza giuridica, fiducia ed un elevato livello di tutela dei diritti del cittadino e del consumatore (considerando 24 della proposta di regolamento). La certezza giuridica rappresenta una condizione essenziale per lo sviluppo e l'innovazione di una tecnologia basata sull'intelligenza artificiale, siccome l'assenza di un quadro giuridico di riferimento certo potrebbe limitare le scelte dei cittadini, nell'adozione di applicazioni digitali e quelle delle imprese, in particolare delle piccole e medie imprese e delle *start up*, nella produzione di dispositivi intelligenti⁸².

L'intervento normativo è dettato nel convincimento che tale obiettivo non possa essere conseguito, in modo sufficiente, dagli Stati membri e che sia necessaria l'introduzione, a livello europeo, di regimi di responsabilità per i sistemi intelligenti che siano pienamente armonizzati⁸³.

L'approvazione del provvedimento imporrà, in ogni caso, esigenze di coordinamento con la normativa nazionale ed un intervento di adeguamento a quella europea. Si menzioni la previsione (art. 4, comma 5) che il regime giuridico della responsabilità oggettiva per le attività ad alto rischio prevarrà sulle legislazioni nazionali, in caso di divergenze, nella classificazione e regolamentazione di sistemi intelligenti. Inoltre, l'ampiezza del concetto di operatore e la previsione di un regime di responsabilità oggettiva potrebbe causare alcuni problemi in settori specifici, nei quali sussista il regime di responsabilità colposa, come nel caso del medico che si serve di un sistema intelligente ad alto rischio⁸⁴.

Ordunque, a tale provvedimento ha fatto seguito, il 21 aprile 2021, la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, la c.d. legge sull'intelligenza artificiale, cit.

Il provvedimento si pone l'obiettivo di «delineare una cornice giuridica alta ed armonizzata»: «alta», considerato che ha l'ambizione di promuovere lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, mirando, da un lato, a ridurre al minimo i rischi per la sicurezza ed i diritti fondamentali generati dai sistemi intelligenti, intervenendo prima della loro immissione sul mercato dell'Unione europea, dall'altro lato, garantendo la certezza giuridica necessaria, per agevolare investimenti, innovazione e concorrenza in tale settore; «armonizzata», dacché si impegna a statuire regole uniformi, da applicare a livello europeo⁸⁵.

⁸² Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2020 “Raccomandazioni alla Commissione sul regime della responsabilità civile e intelligenza artificiale”, cit., lettera K.

⁸³ Tanto più che compito precipuo delle Istituzioni europee è la costruzione di un mercato europeo e l'affermazione di un modello europeo, anche sotto il profilo normativo. Si v. G. FINOCCHIARO, “Intelligenza artificiale e responsabilità”, in Contr.impr., 2020, p. 713 ss., p. 720.

⁸⁴ A. FUSARO, “Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo”, in Nuov. Giur. Civ.comm., 2020, p. 1353.

⁸⁵ Per le argomentazioni di commento alla proposta di regolamento, si v. V. FALCE, “Regolamento IA tra innovazione, valori e concorrenza”, “Relazione al convegno” dal titolo “Gli Stati Generali del diritto di internet”, in <https://dirittodinternet.it/atti-digitali-di-gli-stati-general-del-diritto-di-internetuiss-161718-dicembre-2021-di-giuseppe-cassano-e-francesco-di-ciommo-direttori-scientifici-premessa-gli-atti>

La proposta di regolamento, impostato sul *risk-based approach*, compie una scelta di graduazione delle regole, operando una suddivisione dei sistemi intelligenti in tre categorie di rischi: alto, basso o minimo; vietando, con eccezioni e deroghe, quelli che creino un rischio inaccettabile, in riferimento alla violazione dei diritti e delle libertà fondamentali, garantiti dall'Unione Europea, ed impedendone l'ingresso nel mercato interno. Meno stringente è la normativa per quelli classificati “ad alto rischio”, definiti sulla base della possibile incidenza sulla salute e sui diritti fondamentali delle persone fisiche e sul godimento dei valori fondamentali, come riconosciuti e sanciti dalla normativa primaria europea. Per questi ultimi, si sono previsti obblighi, in capo al produttore, di osservanza dei requisiti di qualità, di valutazione ed autovalutazione della conformità del prodotto al rischio, di istituzione di una documentazione congrua, per migliorare la tracciabilità, di condivisione di informazioni adeguate con l’“utente” e di trasparenza, di sicurezza ed affidabilità. Sono stabiliti una serie di obblighi proporzionati per i distributori, gli importatori e gli utilizzatori. Il loro rispetto è demandato ad un organismo notificato, deputato alle procedure di conformità, da seguire per ciascun sistema ad alto rischio. Dopo che sia compiuta la valutazione di conformità, il “fornitore” potrà apporre il marchio CE e dovrebbe registrare il sistema ad alto rischio in una banca dati dell’Unione Europea. Sono previsti tre livelli di sanzioni amministrative.

La proposta di regolamento è meno rigida nei confronti degli altri sistemi che risultino meno pericolosi per il sistema valoriale europeo, per i quali si prevedono meri obblighi informativi e di correttezza.

Per quanto concerne l’ambito territoriale, la disciplina è rivolta agli utenti e ai fornitori di tutti i sistemi situati nel territorio dell’Unione europea, oltre che a quelli che, pur trovandosi al di fuori di tale area, realizzino un sistema il cui *output* sia ivi impiegato.

Si tenga conto che, nel 2022, sono stati proposti numerosi emendamenti al testo originario e si è raggiunto un testo di compromesso che dovrà essere votato⁸⁶.

Le modifiche riguardano i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio⁸⁷.

Tra le più rilevanti, si segnalano la previsione di nuovi obblighi e responsabilità, in capo ai “fornitori”, nell’ottica della loro maggiore responsabilizzazione; la statuizione, anche in capo agli “utenti”, dell’obbligo di collaborazione con le Autorità nazionali, con il Consiglio Europeo per l’intelligenza artificiale e con la Commissione Europea, al fine di

⁸⁶ digitali-fanno/, p. 1. Tra i numerosi commenti, si v. F. PIZZETTI, “La proposta di Regolamento sull’IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021(COM (2021) 206 final) tra Mercato Unico e competizione digital”, in Diritto di internet, 2021, p. 591 ss.

⁸⁷ Si v. il Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM2021/0206 C9-0146/2021 2021/0106(COD)). Committee on the Internal Market and Consumer Protection Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs Rapporteur: Brando Benifei, Ioan- Tudorache.

⁸⁷ Sul punto, si v. M.R.CARBONE, “Nuovo compromesso. AI AC. Come procede il regolamento UE sull’intelligenza artificiale: il nuovo testo”, 2 settembre 2022 <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/ai-act-come-procede-il-regolamento-ue-sullintelligenza-artificiale-il-nuovo-testo/>

dimostrare la conformità del sistema; la disposizione di una corretta ripartizione delle responsabilità, lungo l'intera catena di approvvigionamento dei sistemi, chiarendo le responsabilità degli “importatori” e dei “distributori”, tenuti, anch'essi, ad impiegare misure, per limitare i rischi e a collaborare con le autorità nazionali. Il testo emendativo regolamenta, poi, le procedure amministrative, intervenendo sul ruolo degli organismi notificati, delle società private, incaricate di controllare la conformità dei sistemi ad alto rischio, delle autorità di notifica, nonché delle autorità nazionali che esercitino l'attività di controllo sugli organismi.

Può osservarsi, in definitiva, che la disciplina in corso di approvazione presenta una serie di aspetti positivi, tra i quali, l'impiego di uno strumento regolamentare che assicuri l'uniformità in ambito europeo; la scelta del “*risk based approach*” e di un meccanismo di responsabilità che si fonda, come il *GDPR*, sul principio di *accountability* e che è finalizzato al bilanciamento di misure di *ex ante* ed *ex post*, nella prospettiva della maggiore responsabilizzazione degli operatori economici e della tutela dei destinatari dei processi decisionali automatizzati, pur sempre nell'ottica di incentivo dello sviluppo tecnologico⁸⁸.

Il provvedimento presenta talune criticità, tra le quali, le incertezze nella classificazione e nelle descrizioni dei diversi sistemi intelligenti, la rigidità delle loro definizioni, con la conseguente difficoltà di tenere conto delle evoluzioni tecnologiche⁸⁹, la genericità del requisito dei metodi statistici⁹⁰. Per quanto riguarda l'obiettivo, proclamato, di voler difendere i valori ed i diritti fondamentali dell'Unione europea dai rischi dell'intelligenza artificiale, può affermarsi che se, per un verso, il provvedimento si focalizza sugli obblighi e sulle prerogative del fornitore, dell'utente e del supervisore, fissando le misure “*ex ante*”, attraverso la definizione dei requisiti di sviluppo dei sistemi, le modalità di utilizzo e di certificazione ed i meccanismi di controllo; per altro verso, non sono, però, espressamente riconosciuti ai destinatari dei processi decisionali automatizzati diritti-quali il diritto ad ottenere una spiegazione del funzionamento del sistema e dell'algoritmo e il diritto a non essere soggetti a decisioni discriminatorie-, né conferiti strumenti specifici di azione⁹¹.

⁸⁸ C. CASONATO, B. MARCHETTI, “Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale”, in Riv. Biodiritto, 2021, 3, p. 436 s.

⁸⁹ G. FINOCCHIARO, “La Proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale. Il modello europeo basato sulla gestione del rischio”, in Dir. Inform. informatica”, 2022, n. 2, pp. 303 ss.

⁹⁰ CONTISSA G., GALLI F., GODANO F., SARTOR GA., “Il Regolamento europeo sull’intelligenza artificiale. Analisi informatico-giuridica”, in “i-lex. Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale”, 23 dicembre, 2021, pp. 1 ss.

⁹¹ CONTISSA G., GALLI F., GODANO F., SARTOR GA., op.cit., pp. 15 ss.

4. (SEGUE) NUOVE REGOLE DI RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO

Recentemente, le Istituzioni europee hanno avanzato ulteriori proposte legislative di nodale rilevanza.

Specificamente, il 28 settembre 2022, la Commissione europea ha presentato due proposte di direttive che dovranno essere approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, in un pacchetto finalizzato ad adeguare le norme sulla responsabilità civile all'economia circolare, all'era digitale ed all'impatto delle catene globali del valore, garantendo l'allineamento dovuto tra questi due strumenti giuridici necessari.

La prima propone la revisione della disciplina dettata dalla direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso⁹², ponendosi il fine di dare alle imprese la certezza giuridica e la parità di condizioni di cui necessitano, per investire in prodotti nuovi ed innovativi, e di garantire ai soggetti danneggiati un elevato livello di tutela di cui abbiano bisogno, al fine di incentivare l'impiego di prodotti digitali.

Con la seconda, l'*AI Liability Directive*, la Commissione europea, facendo seguito alla Proposta di regolamento del 20 ottobre 2020, cit., propone, per la prima volta, un'armonizzazione *mirata* delle norme degli Stati membri in materia di responsabilità civile, per i danni arrecati dai sistemi di intelligenza artificiale di qualsiasi tipo (ad alto o basso rischio)⁹³.

Le due proposte di direttive sono coerenti con la strategia digitale dell'Unione europea, giacché contribuiscono a promuovere una tecnologia al servizio delle persone. Si pongono in rapporto di complementarietà con la c.d. legge sull'intelligenza artificiale che mira ad aumentare la fiducia nei prodotti con elementi digitali, riducendo le vulnerabilità informatiche e a migliorare la protezione degli utenti commerciali e dei consumatori⁹⁴.

Si analizzi, *in primis*, la proposta di revisione della direttiva della responsabilità da prodotto difettoso.

La proposta supera i problemi di applicazione della disciplina attualmente vigente ai 'nuovi' prodotti digitali, decidendo che siano risarcibili i danni provocati dalla circostanza che prodotti, quali i robot, i droni o i sistemi domestici intelligenti siano resi insicuri da aggiornamenti *software*, dall'intelligenza artificiale oppure da servizi digitali necessari per il funzionamento del prodotto, oltre che quando i produttori non gestiscano la

⁹² Proposta per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per prodotti difettosi. Brussels, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

⁹³ Proposta per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguamento delle regole della responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale, c.d. *AI Liability Directive*. Brussels, 28.9.2022 COM(2022) 496 final 2022/0303 (COD).

⁹⁴ Sul punto, si v. il punto "Consistency with other Union policies" della proposta della Commissione della direttiva, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf, p. 5 s. La proposta di direttiva non incide neanche sulle norme esistenti che regolano le condizioni di responsabilità nel settore dei trasporti e su quelle stabilite dalla legge sui servizi digitali.

vulnerabilità dei sistemi informatici⁹⁵. La disciplina chiarisce, in aggiunta, che tutti i parametri di sicurezza obbligatori, inclusi quelli previsti dalla c.d. legge sull'intelligenza artificiale, debbano essere presi in considerazione in sede giudiziale, quando si valuti la difettosità di un prodotto.

Essa dispone che la responsabilità oggettiva sorgerà in capo all'“operatore economico”, quando un prodotto difettoso cagioni danno ad una persona fisica, causandone la morte o provocandole lesioni personali, compresi i danni psicologici scientificamente riconosciuti, ovvero danni alle cose⁹⁶ o la perdita di dati. Le nuove regole non permetteranno, viceversa, il risarcimento per la violazione dei diritti fondamentali, come, ad esempio, quando l'impiego discriminatorio di un *software* di reclutamento impedisca l'esito positivo di un colloquio di lavoro.

La proposta di direttiva identifica il responsabile nell'“operatore economico”, includendo in tale nozione i numerosi soggetti coinvolti nella “produzione” del sistema intelligente, quali il prestatore di un servizio connesso, il rappresentante autorizzato, l'importatore, il distributore, il prestatore di servizi ed, in prima linea, il fabbricante di un prodotto o di un componente, figura alla quale potrà, senz'altro, ricondursi anche l'ideatore-autore-progettista dell'algoritmo.

Entrando nel merito delle importanti novità introdotte dalla disciplina rivista, essa modernizza e rafforza la normativa vigente sulla responsabilità da prodotto difettoso, garantendo regole eque e prevedibili sia per le imprese che per i consumatori.

Puntualmente, pone i consumatori su un piano di parità con gli operatori economici, statuendo una maggiore flessibilità nella determinazione delle tempistiche per la presentazione delle richieste di risarcimento del danno; alleggerendo l'onere probatorio per le vittime di casi complessi, come quelli riguardanti i farmaci o l'intelligenza artificiale e cercando di risolvere la problematica dell'asimmetria delle informazioni tra tali due categorie di soggetti, imponendo agli operatori economici di divulgare informazioni sugli elementi di prova, necessari alla dimostrazione della sussistenza del nesso di causalità tra il funzionamento del sistema intelligente, qualificabile quale “prodotto difettoso”, ed il danno subito (articolo 8).

La fissazione di regole sulla divulgazione di prove rilevanti da parte di coloro che ne dispongano, ai fini dell'accertamento della responsabilità, è di fondamentale importanza non solo per i danneggiati, per i quali l'accesso alle informazioni suddette avrà un ruolo determinante nella decisione di agire in giudizio⁹⁷; ma anche in quanto rappresenterà un

⁹⁵ Per le osservazioni di commento all'iniziativa legislativa, si v. Presse release, 28 september 2022, Brussels, “New liability rules on products and AI to protect consumers and foster innovation”, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5807; D. MAISTO, op.cit. La proposta rinnova anche le norme sulla responsabilità per i modelli aziendali di economia circolare, garantendo che siano eque e chiare per le aziende che modifichino i prodotti in maniera sostanziale.

⁹⁶ Le persone potranno chiedere il risarcimento del danno sia quando la proprietà danneggiata sia impiegata per scopi professionali, sia quando lo sia per scopi personali.

⁹⁷ Si v. considerando 16 della c.d. *AI Liability Directive*.

incentivo per gli operatori economici a rispettare gli obblighi di documentazione delle informazioni pertinenti, stabiliti dalla c.d. legge sull'intelligenza artificiale.

Infine, la proposta di direttiva, nello stabilire che i consumatori che subiscano danni causati da prodotti non sicuri che siano stati importati da Paesi terzi potranno rivolgersi all'importatore ovvero al rappresentante del fabbricante nell'Unione Europea, ha il merito di creare condizioni di maggiore parità tra i produttori dell'Unione europea e quelli extraeuropei.

In via conclusiva, per quanto attiene allo strumento normativo di revisione prescelto, sebbene il Parlamento avesse proposto di valutare se la direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso debba essere trasformata in regolamento, in fase di revisione⁹⁸, la Commissione ha optato per la direttiva, stabilendo, all'art. 3, l'armonizzazione massima.

5. (SEGUE) LA PROPOSTA DI AI LIABILITY DIRECTIVE

L'*AI Liability* ha un ambito di applicazione distinto da quello della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso e statuisce una nuova disciplina da applicare ai soli giudizi civili, promossi davanti ai giudici nazionali, in caso di colpa extracontrattuale⁹⁹. Essa regolamenta gli illeciti civili, in cui un sistema intelligente si interpone tra la condotta o l'omissione di un soggetto ed il danno provocato. Più precisamente, si tratta dei casi in cui l'inosservanza della diligenza dovuta, imputabile a chiunque (fornitori, sviluppatori, utenti), legittimi un qualunque soggetto (persona fisica o giuridica) ad agire in giudizio, ai fini del risarcimento del danno, derivante dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive, ritenute meritevoli di tutela dalla legge nazionale, quali la vita, la salute, la *privacy*, la proprietà, la pretesa a non essere discriminati, ad esempio per una posizione lavorativa.

Il regime giuridico, tracciato dalla proposta, richiama il quadro definitorio della c.d. legge sull'intelligenza artificiale (art. 2) e, dopo aver definito il dovere di diligenza, detta regole comuni unicamente in tema di onere della prova¹⁰⁰ e non anche in merito agli aspetti generali della responsabilità civile, quali la definizione di colpa, di causalità ed i diversi tipi di danno che determinano richieste di risarcimento, la distribuzione della responsabilità su più autori del medesimo illecito, il concorso di colpa, il calcolo dei danni ed i termini di prescrizione, i quali sono disciplinati, in modo diverso, dalle norme di diritto interno degli Stati membri in materia di responsabilità civile.

La proposta di direttiva prevede due principali rimedi sul piano processuale a favore di coloro che siano danneggiati da sistemi intelligenti ed agiscano in sede civile, ponendosi

⁹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale, cit., (punto 8).

⁹⁹ Per le notazioni che seguono, nel corpo del testo, sull'iniziativa legislativa, si v. Presse release, 28 september 2022, Brussels, “*New liability rules on products and AI to protect consumers and foster innovation*”; G. PROIETTI, “Sistemi di intelligenza artificiale e responsabilità: la proposta di *AI liability Directive*”, in www.dirittobancario.it , 6 ottobre 2022.

¹⁰⁰ G.T. ELMI, S. MARCHIAFAVA, op.cit.

l’obiettivo di stabilire regole uniformi che semplifichino l’*iter* legale per i soggetti danneggiati, quando si tratti di dimostrare che la colpa di qualcuno abbia causato un danno, prevedendo un aumento delle garanzie per i soggetti danneggiati¹⁰¹.

In primis, la proposta riconosce il diritto del soggetto danneggiato di accedere a quegli elementi che possano costituire una prova, nei casi in cui si tratti di un’intelligenza artificiale ad alto rischio¹⁰². L’art. 3 dispone che gli Stati membri debbano predisporre un meccanismo procedurale, per mezzo del quale l’autorità giudiziaria possa ordinare ad un “fornitore” o ad un soggetto che soggiaccia agli stessi obblighi di quell’ultimo, o ad un “utente” di esibire quelle prove pertinenti che siano a sua disposizione su uno specifico sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio (le definizioni di tali categorie di soggetti coincidono con quelle fissate dalla c.d. legge sull’intelligenza artificiale). L’ordine dell’autorità sarà subordinato alla circostanza che uno di tali soggetti si sia rifiutato di esibirlo spontaneamente e si reputi che tale sistema abbia causato un danno; lo stesso deve rispondere ai principi di proporzionalità e necessità, ossia essere limitato a quella fattispecie di richiesta risarcitoria. Qualora il convenuto non rispetti l’ordine del giudice nazionale di esibire e conservare le prove, secondo quanto statuito dall’art. 3, paragrafi 1 e 2, vi sarà una presunzione di inosservanza di un obbligo di diligenza.

In secondo luogo, la proposta di direttiva fissa presunzioni confutabili, scelte come modi pragmatici e idonei ad aiutare i soggetti danneggiati a soddisfare l’onere della prova, nel modo più mirato e proporzionato possibile.

Più precisamente, l’art. 4, paragrafo 1, detta una presunzione di causalità tra la colpa del convenuto ed il danno, qualora sia dimostrata l’inosservanza di un determinato dovere legale o giudiziale e la sua rilevanza, ai fini della produzione del danno stesso¹⁰³.

Il danneggiato è tenuto a fornire la prova della colpa del convenuto, in base alle norme nazionali ed europee applicabili: essa può essere accertata, ad esempio, per l’inosservanza di un obbligo di diligenza, ai sensi della c.d. legge sull’intelligenza artificiale o di altre norme europee, come quelle che regolano l’uso del monitoraggio e del processo decisionale automatizzati per il lavoro in piattaforma o quelle che disciplinano l’impiego di aeromobili senza pilota. La colpa può essere, altresì, presunta dall’autorità giudiziaria, in forza dell’inottemperanza dell’ordine giudiziale di divulgazione o conservazione delle prove, ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 5.

Ai fini della sussistenza della presunzione di causalità, è essenziale la ragionevole probabilità, valutabile sulla base delle circostanze del caso concreto, che la condotta

¹⁰¹ Si v. R. PANETTA, “La Commissione europea presenta oggi la proposta di direttiva europea su “Nuove regole di responsabilità sui prodotti e sull’IA per proteggere i consumatori e promuovere l’innovazione”. Passo molto atteso, per tutelare i consumatori ma anche per promuovere l’innovazione”, in www.agendadigitale.eu, 28 settembre 2022

¹⁰² Per il commento all’art. 3 della proposta di direttiva, si v. G. PROIETTI, “Sistemi di intelligenza artificiale e responsabilità: la proposta di AI liability Directive”, § 3.

¹⁰³ Si v. il commento all’art. 4, contenuto nella proposta di direttiva, “PRESUMPTION OF CAUSAL LINK IN THE CASE OF FAULT (ARTICLE 4)”, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf, pp.13 s.

colpevole del danneggiante abbia influenzato la produzione o la mancata produzione di un risultato del sistema di intelligenza artificiale.

Nel mentre, l'attore deve, in ogni caso, provare che tale sistema (ossia la sua produzione o la sua mancata produzione) abbia causato il danno.

Si aggiunga che l'art. 4, paragrafi (2) e (3), differenzia le ipotesi in cui le richieste di risarcimento siano presentate contro il fornitore di un sistema intelligente ad alto rischio o contro un soggetto sottoposto agli stessi obblighi del fornitore, ai sensi della c.d. legge sull'intelligenza artificiale, dalle ipotesi in cui siano avanzate nei confronti dell'utente di tali sistemi. La disposizione si collega alle rispettive regole, dettate dalla legge sull'intelligenza artificiale.

L'articolo 4, paragrafo 4, prevede, poi, un'eccezione alla presunzione di causalità, in caso di sistemi digitale ad alto rischio, laddove il convenuto dimostri che all'attore siano ragionevolmente accessibili le prove e le competenze idonee a provare il nesso causale. Questa possibilità può incentivare i convenuti a rispettare i loro obblighi di divulgazione, con misure stabilite dalla legge sull'intelligenza artificiale, per garantire un elevato livello di trasparenza oppure con specifici parametri di documentazione e registrazione.

Secondo l'articolo 4, paragrafo 5, in caso di domanda di risarcimento del danno riguardante un sistema di intelligenza artificiale che non sia ad alto rischio, la presunzione, di cui al paragrafo 1, si applica solo se l'organo giurisdizionale nazionale ritenga eccessivamente difficile, per l'attore, dimostrare l'esistenza del nesso di causalità suddetto. Come ovvio, tali complessità dovranno essere valutate, tenendo conto delle proprietà di alcuni sistemi, come l'autonomia e l'opacità che rendono complicato, nella pratica, spiegarne il funzionamento interno, incidendo negativamente sulla possibilità per l'attore di fornire la prova del nesso causale tra la colpa del convenuto e l'*output* dell'intelligenza artificiale.

L'art. 4, paragrafo 6, dispone il caso in cui il convenuto impieghi il sistema intelligente nell'ambito di un'attività personale non professionale, disponendo che la presunzione di causalità si applichi unicamente, quando costui abbia interferito materialmente con le sue condizioni di funzionamento oppure quando fosse tenuto e in grado di determinarne le condizioni di funzionamento ed abbia omesso di farlo. Tale previsione esprime il bisogno di contemperare gli interessi delle persone lese e degli utenti non professionali, esentando dall'applicazione della presunzione di causalità le ipotesi in cui costoro non aggiungano rischi con il loro comportamento.

L'articolo 4, paragrafo 7, dispone che il convenuto abbia il diritto di confutare la presunzione di causalità, di cui all'articolo 4, paragrafo 1.

In relazione alla disciplina dettata dalla proposta di direttiva, i legislatori nazionali potranno adottare o mantenere normative nazionali più favorevoli, purché siano compatibili con il diritto dell'Unione europea (art. 1, n. 4). Di qui, si comprende che la direttiva rappresenta lo strumento normativo più adatto per tale regolamentazione.

Un riesame dell'applicazione della direttiva, da parte della Commissione europea, è previsto nel termine di cinque anni, al fine di presentare una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio, nonché al Comitato economico e sociale europeo (art. 5).

Alla luce di quanto detto, emerge che le disposizioni dell'*AI Liability Directive* sono del tutto innovative ed introducono, senz'altro, un *quid pluris* rispetto alla proposta di regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale che va ad integrare e con la quale si pone in un rapporto di complementarietà.

Per di più, la proposta va ad integrare la c.d. legge sull'intelligenza artificiale, laddove tali due discipline si applicano in due momenti diversi, l'una prima e l'altra dopo il verificarsi dell'eventuale danno. Si conferma, in definitiva, l'approccio europeo di apprestare un sistema multilivello di responsabilità, fondato sul principio di *accountability*.

6. BIBLIOGRAFIA

ALPA G. (a cura di), “Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile”, Pisa, 2020.

AMIDEI A., “Intelligenza artificiale e *product liability*: sviluppi del diritto dell'Unione Europea”, in Giur.it, 2019, p. 1725 ss.

AMIDEI A., “Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo”, in Giur.it, 2021 p. 100 ss.

BASSINI M., LIGUORI L., POLLICINO O., “Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e *accountability*. Verso nuovi paradigmi?”, in F. PIZZETTI (a cura di), “Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione”, Torino, 2018 pp. 333 ss.

BERTOLINI A., “*Robots as Products: the case for a realistic analysis of robotics applications and liability rules*”, in *Law Innov. Technol.*”, 2013, 1, pp. 214 ss.

BERTOLINI A., EPISCOPO F., “*The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: a critical assessment*”, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 12, 3, p. 656.

BIFERALI G., “*Big data* e valutazione del merito creditizio per l'accesso al *peer to peer lending*”, in Dir.infor.informatica, 2018, p. 487 ss.

BUZZELLI D., PALAZZO M., “Intelligenza artificiale e diritti della persona”, Pisa, 2022.

CAPILLI G., “I criteri di interpretazione della responsabilità”, in ALPA G. (a cura di), “Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile”, Pisa, 2020, p. 477 ss.

CARBONE M.R., “Nuovo compromesso. AI ACT. Come procede il regolamento UE sull'intelligenza artificiale: il nuovo testo”, 2 settembre

2022 <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/ai-act-come-procede-il-regolamento-ue-sullintelligenza-artificiale-il-nuovo-testo/>

CASTILLA BAREA M., “La universidad ante los desafíos éticos de la inteligencia artificial. Reflexiones a propósito del nuevo «marco europeo de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas»”, in Edunovatic 2020, Conference Proceedings: 5th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT, December 10 - 11, 2020.

CASONATO C., MARCHETTI B., “Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale”, in Riv. Biodiritto, 2021, 3, p. 436 ss.

CASTRONOVO C., “La nuova responsabilità civile”, Milano, 1997, pp. 57 ss.

COMANDÈ G., “*Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*”, in S. LOHSS, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), “*Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*”, Baden-Baden, 2019, p. 169 ss.

COMANDÈ G., “Intelligenza artificiale e responsabilità tra *liability* e *accountability*. Il carattere trasformativo dell’IA e il problema della responsabilità”, in Analisi Giuridica dell’Economia, 2019, p. 175 ss.

CONTISSA G., GALLI F., GODANO F., SARTOR GA., “Il Regolamento europeo sull’intelligenza artificiale. Analisi informatico-giuridica”, in “i-lex. Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale”, 23 dicembre, 2021, pp. 1 ss.

COPPINI L., “Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile”, in Politica del diritto, 2018, p. 722 ss.

COSTANZA M., “Robot e impresa”, in U. RUFFOLO (a cura di), “Intelligenza artificiale e responsabilità”, Milano, 2017, p. 112 s.

COSTANZA M., L’intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile, Giur.it, 2019, p. 1688.

D’ALFONSO G., “Il regime di responsabilità da cose in custodia tra questioni tradizionali e “responsabilità da algoritmo””, in EJPLT, 2022, 1, www.ejplt.tatodpr.eu

DE CUPIS A., “Il danno. Teoria generale della responsabilità civile”, I, Milano, 1979.

DI GIOVANNI F., “Attività contrattuale e intelligenza artificiale”, in Giut.it., 2019, p. 1677 ss.

DI GREGORIO V., “Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?”, in Danno resp., 2022, pp. 51 ss.

DI SABATO D., “Strumenti riparatori e risarcitori”, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia”, Napoli, 2020, p. 338 ss.

D. DI SABATO, “Diritto e *new economy*”, Napoli, 2020.

ELMI G.T., MARCHIAFAVA S., “Sviluppi recenti in tema di intelligenza artificiale e diritto: una rassegna di legislazione, giurisprudenza e dottrina, in Riv.it. di informatica e diritto, 2022, n. 2.

FALCE V., “Regolamento IA tra innovazione, valori e concorrenza”, “Relazione al convegno” dal titolo “Gli Stati Generali del diritto di internet”, “Gli Stati Generali del diritto di internet”, in <https://dirittodiinternet.it/atti-digitali-di-gli-stati-general-del-diritto-di-internetluiss-161718-dicembre-2021-di-giuseppe-cassano-e-francesco-di-ciommo-direttori-scientifici>, p. 1.

FARO S., FROSINI T.E., PERUGINELLI G., “Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale”, Bologna, 2020.

FINOCCHIARO G., “Intelligenza artificiale e responsabilità”, in Contr.impr., 2020, p. 713 ss.

FINOCCHIARO G., “La Proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale. Il modello europeo basato sulla gestione del rischio”, in Dir. Inform. E informatica”, 2022, n. 2, pp. 303 ss.

FORCHIELLI P., “La colpa lievissima”, in Riv.dir.civ., 1963, I, pp. 202 ss.

FORT L., IEVA V. “Intelligenza artificiale, responsabilità civile e interpretazione analogica”, in www.biodiritto.org, 2020, 8, p. 2.

FRANZONI M., “Responsabilità per l’esercizio di attività pericolose”, in ALPA G., BESSONE M. (diretta da), “La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza”, Torino, 1987, pp. 459 ss.

FUSARO A., “Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo”, in Nuov. Giur. Civ.comm., 2020, p. 1353.

GAETA M.C., “*Liability rules and self-driving cars. The evolution of tort law in the light of new technologies*”, Napoli, 2019.

GAMBINI M., “Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico”, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia”, Napoli, 2020, p. 314 ss.

GATT L., CAGGIANO I., GAETA M.C., “*Italian Tort Law and Self-Driving Cars: State of art and Open Issues*”, in B.H. OPPERMANN, J. STENDER-VORWACHS (a cura di), Autonomes Fahren. Technische Grundlagen, Rechtsprobleme, Rechtsfolgen, München, 2020, pp. 239 ss.

GIUFFRIDA I., *Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations*, in *Fordham Law Review*, 2019, 88, 2, p. 443 ss.

INFANTINO M., “La responsabilità per i danni algoritmici: prospettive europeo-continentali, in Resp.civ.prev., 2019, p. 1764.

IZZO U., “La precauzione nella responsabilità civile”, Padova, 2004.

JIMÉNEZ MUÑOZ F.J., recensione al libro di ZURITA MARTÍN I., “La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos”, Reus, Madrid, 2020, in Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, pp. 1141 ss.

LAENZA C., “Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio”, in Resp.civ. prev., 2021, p. 1018 ss.

LIOR A., “*AI Entities as AI Agents: Artificial Intelligence Liability and the AI Respondeat Superior Analogy*”, in Mitchell Hamline Law Review, 2020, 46, 5, 2, pp. 1060-1062.

MAISTO D., “Nuove norme europee sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi anche derivanti da AI”, in <https://quifinanza.it/innovazione/nuove-norme-europee-sulla-responsabilita-per-danno-da-prodotti-difettosi-anche-derivanti-da-ai/669912>

MARTONE I., “Gli *smart contracts*. Fenomenologia e funzioni”, Napoli, 2022.

MASSOLO A., “Responsabilità civile e IA”, F. PIZZETTI (a cura di), “Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione”, Torino, 2018, pp. 373 ss.

MOBILIO G., “L’intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del *GDPR*”, in www.federalismi.it, 2020, n. 16, p. 285.

MONATERI P.G., “La responsabilità civile”, in SACCO R. (diretto da), “Trattato di diritto civile”, Torino, 1998, pp. 674 ss.

MONTINARO R., “Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra *soft law* e *hard law*”, in Persona e mercato, 2020/4, pp. 365 ss.

NADDEO F., “Intelligenza artificiale: profili di responsabilità”, in Comparazione e diritto civile, 2020, p. 1161.

PAGALLO U., “*The law of robots. Crimes, contracts and torts*”, New York, 2013

PALMERINI E., “Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea”, in Resp.civ.prev., 2016, p. 1826 ss.

PANETTA R., “La Commissione europea presenta oggi la proposta di direttiva europea su “Nuove regole di responsabilità sui prodotti e sull’IA per proteggere i consumatori e promuovere l’innovazione”. Passo molto atteso, per tutelare i consumatori ma anche per promuovere l’innovazione”, in www.agendadigitale.eu, 28 settembre 2022.

PAJNO A. , DONATI F., PERRUCCI A., “Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Volume 1. Diritti fondamentali, dati personali e regolazione”, Bologna, 2022.

PAJNO A. , DONATI F., PERRUCCI A., “Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Volume 2. Amministrazione, responsabilità e giurisdizione”, Bologna, 2022.

PARAGLIA E., “Appunti in tema di responsabilità da esercizio di attività pericolose”, in Diritto e pratica nell’assicurazione, 1975, pp. 645 ss.

PATTI F.P., “The European Road to Autonomous Vehicles”, 43 FORDHAM INT'L L.J. 125 (2019), pp. 125 ss.

PERLINGIERI P., “Relazione conclusiva”, P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia”, Napoli, 2020 p. 383 ss.

PERLINGIERI P. , GIOVA S. , PRISCO I. (a cura di), “Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità”, Napoli, 2020.

PERLINGIERI P. , GIOVA S. , PRISCO I. (a cura di), “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto e economia”, Napoli, 2020.

PIZZETTI F., “La proposta di Regolamento sull’IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021(COM (2021) 206 final) tra Mercato Unico e competizione digital”, in Diritto di internet, 2021, p. 591 ss.

PORRINI D., “*Big data*, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo”, in (a cura di), V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, “Informazione e *big data* tra innovazione e concorrenza”, Milano, 2018, pp. 319 ss.

PROIETTI G., “Sistemi di intelligenza artificiale e responsabilità: la proposta di AI liability Directive”, in www.dirittobancario.it , 6 ottobre 2022.

RATTI M., “Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell’attuale scenario normativo” in Cont.impr., 2020, pp. 1174 ss.

RUFFOLO U., “Intelligenza Artificiale, *machine learning* e responsabilità da algoritmo”, in Giur.it, 2019, p. 1689 ss.

RUFFOLO U. (a cura di), “Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica”, Torino, 2020.

RUFFOLO U., “Responsabilità da produzione e gestione dell’a.i. *self-learning*”, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), “Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità”, Napoli, 2020 p. 233.

RUFFOLO U., AL MUREDEN E., “*Authonomous vehicles* e responsabilità nel nostro sistema e in quello statunitense”, in Giur .it., 2019, pp. 1704 ss., p. 1711.

SALANITRO U., “Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea”, in Riv.dir.civ., 2020, p. 1247.

SALVI C. , “La responsabilità civile”, Milano, 1998, p. 149.

SANTOSUOSSO A., “Intelligenza e diritto. Perché le nuove tecnologie sono una grande opportunità per il diritto”, Milano, 2020.

SANTOSUOSSO A., TOMASI M., “Diritto, scienza, nuove tecnologie”, Padova, 2021.

SARTOR G., “*Gli agenti software e la disciplina giuridica degli strumenti cognitivi*”, in *Dir. Inf. Informatica*, 2003, pp. 55 ss.

SCIALDONE M., “Il diritto dei robot: la regolamentazione giuridica dei comportamenti non umani” in E. PIETRAFESA, F. MARZANO, T. MEDICI (a cura di), “La rete e il fattore C: Cultura, Complessità, Collaborazione”, Volume II, Roma, Stati Generali dell’Innovazione, 2016, p. 75.

TAMPERI M., “Intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche”, Padova, 2022.

TEUBNER G., “I soggetti giuridici digitali? Sullo *status privatistico* degli agenti *software autonomi*”, Napoli, 2019.

TRIMARCHI P., “Rischio e responsabilità oggettiva”, Milano, 1961.

TROISI E., AI e GDPR: l’*Automated Decision Making*, la protezione dei dati e il diritto alla ‘intellegibilità’ dell’algoritmo, in *EJPLT*, 2019, pp. 47 ss.

ZURITA MARTÍN I., “La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos”, Reus, Madrid, 2020.

ZENO-ZENKOVICH V., “*Liability for Data Loss*”, in Mak-Tjin Tai Berlee (eds.), Research Handbook, in Data Science and Law, Cheltenham, 2018, pp. 39 ss.

El agente encubierto y su especialidad informática: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado (análisis de la figura en el Anteproyecto de Ley Enjuiciamiento Criminal)

The undercover agent and his computer science specialty: pending legislative challenge in a digitized scenario (analysis of the figure in the Draft Law on Criminal Procedure)

ISABEL VILLAR FUENTES

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz (España)

isabel.villar@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9310-9560>

Resumen: La figura del agente encubierto de la LO 5/1999 supuso un gran avance en la investigación del delito y su incorporación por el legislador español fue tardía. Sin embargo, en estas casi dos décadas transcurridas los avances de las tecnologías y su aprovechamiento por el mundo criminal hacían patente una especialización del agente encubierto clásico, para la incursión del mismo en las diversas tecnologías de la información y de la comunicación. Esta figura es introducida en el sistema procesal penal español por la Ley Orgánica 13/2015, ha permitido el desarrollo de investigaciones encubiertas informáticas muy necesarias en las actuales modalidades de criminalidad. Pero las lagunas y defectos de esta figura se evidencian, en su aplicación práctica, en parte por la fragmentada y escasa regulación que se hace de ella en la LO 13/2015. Son numerosas las cuestiones que quedan sin una cobertura del legislador. El Anteproyecto de LECErim de 2020 desarrolla una casuística mucho más amplia, con diversos niveles de actividad del agente encubierto informático (entrada en canales cerrados de comunicación con identidad falsa; intercambio de archivos ilícitos y análisis de algoritmos y por último captación y grabación de imágenes incluso en el domicilio) y sus correspondientes autorizaciones judiciales. Estas cuestiones y otras como la delimitación del agente provocador se

Recepción: 20/10/2022

Aceptación: 01/12/2022

Cómo citar este trabajo: VILLAR FUENTES, Isabel, “El agente encubierto y su especialidad informática: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado (análisis de la figura en el Anteproyecto de Ley Enjuiciamiento Criminal)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 197-228, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.16.07>

abordan también desde el análisis jurisprudencial, que ha venido completando las dudas y problemas que ha generado el agente encubierto clásico y el informático.

Abstract: *The figure of the undercover agent in LO 5/1999 was a great advance in the investigation of crime and its incorporation by the Spanish legislator was belated. However, in the almost two decades that have passed, the advances in technology and its use by the criminal world made it clear that the classic undercover agent had to specialise in order to make use of the various information and communication technologies. This figure is introduced into the Spanish criminal procedural system by Organic Law 13/2015, and has allowed the development of undercover computer investigations, which are very necessary in current forms of criminality. However, the gaps and shortcomings of this figure are evident, in its practical application, partly due to the fragmented and scarce regulation of it in the LO 13/2015. There are numerous issues that remain uncovered by the legislator. The Preliminary Draft of the LECrim of 2020 develops a much broader casuistry, with different levels of activity of the undercover computer agent (entry into closed communication channels with a false identity; exchange of illicit files and analysis of algorithms and, finally, capture and recording of images even in the home) and their corresponding judicial authorisations. These questions and others, such as the delimitation of the agent provocateur, are also dealt with in the jurisprudential analysis, which has been completing the doubts and problems generated by the classic undercover agent and the computer agent.*

Palabras clave: agente encubierto digital, canales cerrados, organización criminal, tecnologías de la información y la comunicación.

Keywords: *digital undercover agent, closed channels, criminal organisation, information and communication technologies.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES COMUNES AL AGENTE ENCUBIERTO E INFORMÁTICO. 2.1. Presupuestos necesarios. 2.1.A. Delincuencia organizada. 2.1.B. Necesario permiso del agente encubierto. 2.1.C. Proporcionalidad. 2.2. Actividad y contactos previos a la autorización judicial. 3. AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO. 3.1. Cuestiones previas. 3.2. Ámbito de aplicación. 3.3. Canales cerrados de comunicación. 3.4. Actividades autorizadas. 3.4.A. Entrada en canales cerrados con una identidad falsa. 3.4.B. Intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido. 3.4.C. Análisis algoritmos asociados a archivos ilícitos. 3.4.D. Obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones. 3.4.E. Utilización de troyanos. 3.5. Delimitación subjetiva del agente encubierto informático. 3.5.A. Agente provocador. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de una digitalización de la Justicia implica referir la gran encrucijada de estos tiempos en lo concerniente al Proceso. Por una parte, es precisa la incorporación de las tecnologías al Proceso, pues son una realidad de los tiempos actuales y la Justicia no puede permanecer de espalda ellas, pero, por otra parte, esta incorporación debe ser cautelosa y segura para respetar todas las garantías y derechos fundamentales.

Lamentablemente, en la persecución y averiguación de la criminalidad, la realidad es que, ésta siempre va un paso por delante en la utilización de cuantas herramientas están a su

alcance, debido a no tener impedimentos económicos, ni legales, ni de cualquier otro orden. De tal modo, que la Justicia siempre va un paso por detrás, en la incorporación de medios técnicos, digitales y de cualquier otra índole, al servicio de la Justicia. Se trata de materias tan cambiantes con evoluciones tan rápidas, que la adaptación es sumamente compleja.

Un intento de incorporación y actualización en las herramientas de averiguación y persecución del delito, se pretendió llevar a cabo 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 (en adelante LO 13/2015).

La LO 13/2015 realiza una adaptación de la legislación procesal a las nuevas tecnologías¹, al introducir actos de investigación tecnológicos: interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de conversaciones orales mediante con dispositivos electrónicos; el uso de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imágenes; la entrada y revisión de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros online sobre equipos informáticos.

La figura del agente encubierto informático, pese a tener un ámbito de actuación tecnológico, no se encuentra recogido en este Título VIII, sino en el art. 282 bis, en los apartados 6 y 7 LECrim, puesto que en el 282 bis, apartados 1 a 5 LECrim se encontraba desde 1999² la figura del agente encubierto.

La necesidad de incorporar las tecnologías en los actos de investigación, en ocasiones ha conducido a identificar a éstas con la persecución de delitos de carácter tecnológico³, en definitiva con la llamada ciberdelincuencia. Sin embargo, este planteamiento es erróneo, pues las investigaciones con base tecnológica tienen su razón de ser en la persecución de todas las modalidades de criminalidad, teniendo como condición, tan solo el ámbito de aplicación de cada una de las diligencias, cuestiones éstas que se van delimitando más adelante en este trabajo. Por tanto, el radio de posibles actuaciones va más allá de la ciberdelincuencia.

La criminalidad, desde su diseño, hasta la organización, pasando por la gestión de las consecuencias delictivas, actualmente, son llevadas a cabo en soporte digital en la mayoría de los casos. Podríamos acotar más el ámbito, si circunscribimos esta actividad a la criminalidad organizada. En este supuesto, la digitalización es pieza clave en todas o en la mayoría de las etapas del delito más adelante en este trabajo.

¹ La LO 13/2015 introduce los artículos 588 bis al 588 *octies* LECrim como nuevas medidas de investigación tecnológica: Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la LECrim.

² Ley Orgánica 5/1999, 13 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.

³ ESTRADA POSADA, R. y SOMELLERA, R., *Revista iberoamericana de derecho informático*, “Delitos informáticos”, nº 27-29, 1998, pp. 3 y 20, indican “*El acto en el cual interviene un sistema de cómputo como utensilio en la producción de un hecho criminológico, en donde se atenta contra los derechos y libertades de los ciudadanos.*”

La figura del agente encubierto es introducida en la LECrim, como hemos indicado, por el reformado artículo 282 bis⁴, pero la adaptación a las actividades delictivas realizadas en medios tecnológicos se introduce en los nuevos apartados 6 y 7 de este artículo⁵.

En los sucesivos intentos de Proyectos y Anteproyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la última década (2011 y 2013 respectivamente)⁶, se ha referido el agente encubierto informático de forma similar, aunque con particularidades en la clasificación y ubicación. El Anteproyecto de LECrim⁷ que fue aprobado en 2020 tiene novedades interesantes sobre la figura del agente encubierto informático, razón por la cual es objeto de análisis comparativo en este trabajo.

La lucha contra la criminalidad, de forma más concreta los delitos contra la salud pública, así como en el terrorismo y ciberdelincuencia, así como la ineludible necesidad de desarrollar las herramientas necesarias para combatirlos ha dado lugar al reconocimiento de la necesidad de medidas tecnológicas de investigación encubierta, tanto a nivel internacional como en la UE.

Prueba de ello, la *Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas insta a los Estados*, advierte en el artículo 2.1, “que es de obligado cumplimiento para los Estados incorporar aquellas estrategias de investigación, partiendo de las imprescindibles reformas de carácter legislativo, para alcanzar los objetivos marcados por la Convención en la lucha contra el tráfico de drogas”. En la *Convención de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000*, donde se plantearon las coordenadas y directrices para combatir la criminalidad organizada a nivel internacional, recoge en el art. 20, la necesidad de actos de investigación especiales, destacando las investigaciones encubiertas⁸. Este art. 20 establece que los Estados deben llevar a cabo las reformas precisas para desarrollar medidas de investigación de carácter encubierto por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad que sean competentes en su ámbito de actuación para combatir de forma eficiente contra el crimen organizado.

En la UE también encontramos referencias a estas investigaciones encubiertas en el *Convenio de asistencia judicial en materia penal* de 29 de mayo de 2000. El Convenio

⁴ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵ Introducidos por 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 y modificada, por las Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre y 5/2010, de 22 de junio, dictadas para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y también por 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.

⁶ VILLAR FUENTES, I., “Reflexiones sobre el agente...”, op. cit., p. 365.

⁷ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por Consejo de Ministros del martes 24 de noviembre de 2020, recuperado en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725.

⁸ BARRIENTOS PACHO, J M^a, *Práctico Procesal Penal* (agosto 2021), recuperado en <https://app.vlex.com/#vid/380392994>.

citado viene a definir las investigaciones encubiertas como aquellas indagaciones de actividades delictivas realizadas por agentes que trabajan de forma infiltrada, en definitiva, falsa identidad. Estas investigaciones deben llevarse a cabo, con absoluto respeto a las legislaciones de los Estados miembros donde se lleven a cabo las investigaciones⁹. Este Convenio, advierte que los agentes que lleven a cabo investigaciones encubiertas precisan adquirir la preparación y formación adecuada, de modo que puedan ser requeridos para infiltrarse en una asociación ilícita criminal, con unos objetivos claros que son: acceder a información, así como poder identificar y detener a los miembros de esa asociación criminal.

2. CUESTIONES COMUNES AL AGENTE ENCUBIERTO E INFORMÁTICO

Como hemos mencionado anteriormente, el agente encubierto se regula por primera vez en la LECrim, en el art. 282 bis, este artículo fue introducido por la Ley Orgánica 5/1999, 13 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 (LO 5/1999). La LO 13/2015 añade dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 bis, para regular el agente encubierto informático, con la siguiente redacción:

Para realizar un análisis del agente encubierto informático, hay que partir del agente encubierto físico de la LECrim, en el Título III del Libro II destinado a la Policía Judicial. Anteriormente se hacía referencia a la distinta ubicación en la LECrim del agente encubierto informático, respecto a las diligencias de investigación tecnológica y ello se debe a que se encuentra desarrollada con la figura de la Policía Judicial.¹⁰

El agente encubierto recogido en el art. 282 bis LECrim es aquella *persona de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que tras los requisitos procesales previos entra con una identidad falsa en una asociación criminal para conseguir obtener información de esta organización y de su funcionamiento para conseguir el objetivo de desarticularla*.

El art. 500 del Anteproyecto de la LECrim lleva a cabo una definición similar en la cual delimita que la investigación encubierta debe ser llevada a cabo por agentes de la Policía Judicial, los cuales actúan con identidad falsa para acceder a la banda criminal.

El capítulo XLVII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECrim resume de forma diáfana las implicaciones y alcance del agente encubierto:

Se acepta, por ello, el sacrificio parcial del derecho a la intimidad de las personas investigadas haciendo que un agente policial se inmiscuya, con la nueva identidad facilitada, en las relaciones y ámbitos privados en los que se oculta la organización. En definitiva, la razón última que puede justificar la utilización de este medio de

⁹ BARRIENTOS PACHO, J. Mª, *Práctico Procesal...*, op. cit., recuperado en <https://app.vlex.com/#vid/380392994>.

¹⁰ VILLAR FUENTES, I., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Coord. FUENTES SORIANO, O., Valencia 2017, p. 367.

investigación excepcional es 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.

En las características del agente encubierto debemos hacer una primera precisión pues es cierto que de forma general se parte de una identidad falsa, sin embargo, hay que recalcar que en determinados supuestos la identidad del agente no está encubierta. Esto sucede cuando la identidad del sujeto es real, tanto en lo concerniente su identificación personal, como a su pertenencia a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero lo que se enmascara es el auténtico objetivo del mismo, pues lo que persigue es la persecución del delito y no la comisión del mismo. De tal modo que no se trata de un agente corrupto, sino de un agente encubierto. Esta situación se produce en supuestos en los que el grupo criminal precisa de la colaboración de agentes de la Policía para poder llevar a cabo o encubrir la actividad delictiva. El hecho de ser miembro de la Policía es lo que provoca la necesidad de ser reclutado por la organización criminal.¹¹

En un caso u otro, se trata de una vigilancia encubierta, que necesariamente debe ser llevada a cabo agentes de la Policía Judicial, que o bien ocultan su identidad o la finalidad de perseguir el delito.

Una vez delimitado el concepto de identidad falsa del agente encubierto es necesario delimitar el alcance de esta figura, en definitiva, qué actividades permite llevar a cabo¹²:

a) *Adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos: prevé de modo general la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos. No concreta el artículo, tales objetos, pero se entiende que se trata de mercancías y material de origen delictivo, bien por su naturaleza, bien por ser medio para la comisión de actos criminales.*

b) *Diferir incautación efectos: esta actividad permitida, tampoco es explicada, pero debe ser interpretada, como la demora en la aprehensión de material delictivo, con la finalidad de servir de medio, para una investigación criminal de mayor calado.*¹³

2.1. Presupuestos necesarios

2.1.A. Delincuencia organizada

El art. 282 bis LECrim prevé como punto de partida la delimitación de la figura en la delincuencia organizada “1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada...”

¹¹ VILLAR FUENTES, I., “Reflexiones sobre el agente...”, op. cit., p. 366.

¹² Las específicas actividades autorizadas para el agente encubierto informático, se trata más adelante en el estudio específico del agente virtual.

¹³ LECrim, reformada 13/2015, art. 282 bis,1.

El art. 282 bis.1 refiere la condición de “delincuencia organizada”, sin embargo es el apartado 4¹⁴, el que delimita esta figura y para ello señala el mínimo de miembros asociados, frecuencia de la actividad delictiva y delitos en concreto, pues está previsto un listado: “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos enumerados”. Es importante destacar que, todas estas condiciones, el legislador las circscribe a la delincuencia organizada, de modo que solo los delitos del listado que se desarrollen con las características de delincuencia organizada podrán ser investigadas mediante el agente encubierto. Esta actividad encubierta se delimita únicamente a la fase de investigación. Por tanto, nos estamos refiriendo a actos de investigación, que en el caso del agente encubierto podemos calificar como diligencias de investigación tecnológicas. Evidentemente al estar en fase de instrucción no se puede tener conocimiento cierto de la comisión de los delitos o de la pertenencia a organización criminal. Podemos afirmar que debe haber indicios suficientes, pero no se puede conocer con certeza absoluta.

En una línea similar, en la STS 767/2007, 3 de octubre¹⁵, se plantea la ausencia de un conocimiento firme de la realidad del tipo delictivo o de la pertenencia o no a la delincuencia organizada. Se trata de las investigaciones encubiertas, que se llevaron a cabo para investigar e intentar desarticular una presunta red de pedofilia. Para ello, el Juez competente resolvió permitir que un agente encubierto se infiltrara en la misma, pero por parte de la defensa se planteó la nulidad de la investigación, pues no se había probado, como es lógico, si existía tal organización criminal. En este sentido, el TS afirmó que "... la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor "ex ante" plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable"¹⁶.

¹⁴ La redacción de este apartado 4º y la definición de delincuencia organizada es redactado por el apartado dos de la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificaba la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁵ STS, Sala 2ª, de lo Penal, 767/2007, Ponente José Ramón Soriano Soriano. (<https://app.vlex.com/#vid/31969904>).

¹⁶ En el mismo sentido la STS, Sala 2ª de lo Penal 658/2019, Ponente Vicente Magro Servet (<https://app.vlex.com/#vid/837860593>) : “*El recurrente argumenta que se hablaba de dos únicas personas, lo que no puede ser un grupo organizado en el sentido manejado por el art. 282 bis. La argumentación es falaz y sesgada. Llevada a sus últimos términos obligaría a entender que solo hay organización cuando se conoce la identidad de todos sus miembros; o, al menos, de tres de ellos. Hay actividades llevadas a cabo por grupos organizados en que la investigación alcanzará a detectar solo a uno de ellos. Uno de los objetivos de la investigación será justamente identificar otras personas implicadas (lo que puede lograrse o no); y/o confirmar que en efecto los indicios de que se está ante una estructura organizada se confirmán. Pero obviamente cuando se investiga por contarse con datos indicativos de esa realidad, que necesitados de confirmación pues son provisionales, pueden utilizarse los métodos previstos en las leyes para esas pesquisas que, por resultar más difíciles, requieren medios especiales (entre ellos, el uso de agentes encubiertos). Lo exigible es que exista base indicaria valorada en un juicio ex ante de esa realidad. Es indiferente que luego se confirme o no. La investigación basada en esas metodologías, habilitadas para casos especiales, será irregular cuando no exista esa, al menos, apariencia fundada de estar ante una organización criminal; incluso aunque luego se llegue a constatar que en efecto era una organización. Por el contrario, será válida y utilizable sin matiz alguno cuando se cuente con esos indicios fundados que luego se ven desvirtuados por la investigación desarrollada llegándose a la conclusión de que no existía estructura alguna, sino actuaciones individuales descoordinadas y desconectadas.*

Este concepto de delincuencia organizada resulta problemático y restringe supuestos en los que la diligencia apropiada es la del agente encubierto y sin embargo no se autoriza por no ajustarse al concepto de asociación de tres o más personas para delinquir en alguno de los delitos previstos en el mismo apartado 4, que la define.

La delincuencia organizada hay diferenciarla de la mera asociación para delinquir, en el elemento organizativo y bien estructurado de la primera.

Se trata de un concepto con muchos prismas y peculiaridades que, si se pretende alicatar con unos rasgos definitorios muy concretos, provoca una excesiva reducción que orilla muchos supuestos que deberían ser presupuestos de determinadas diligencias tecnológicas o del propio agente encubierto.

Por ello, el Anteproyecto de la LECrim matiza este concepto y lo acerca a la actualidad:

El agente encubierto investigará principalmente el delito de promoción, formación, dirección, coordinación o pertenencia activa a una organización criminal, obteniendo todos los datos relativos a la distribución de funciones y tareas entre sus miembros, a los medios utilizados en su actividad, a sus diversos ámbitos de actuación, a sus centros de decisión y, en general, recogiendo todos los elementos determinantes de la existencia de una organización criminal tal y como viene definida en el texto punitivo¹⁷

Esta definición debe ser completada con la regulación específica del art. 500.2 del texto del Anteproyecto de la LECrim, referente al ámbito de aplicación del agente encubierto:

Cuando haya indicios racionales de la comisión de un delito de organización criminal previsto en el artículo 570 bis del Código penal siempre que en la organización investigada concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que tenga por objeto la comisión de delitos graves; b) que, aun teniendo por objeto la comisión de delitos menos graves, concurra en ella alguna de las circunstancias señaladas en el apartado 2 del artículo 570 bis del Código Penal.¹⁸

Creemos que el nuevo planteamiento de la delincuencia organizada (si definitivamente es aprobado el Anteproyecto) es correcto y va en consonancia con lo que viene interpretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se parte de la existencia de una organización estructurada para delinquir, pero no admisible como presupuesto para el agente encubierto, cuando el objetivo son delitos menores. Por ello, añade la necesidad de concurrencia de los delitos del apartado 2 del art. 570 bis del Código Penal, para “atender a la excepcional peligrosidad o complejidad de la organización”¹⁹.

De este modo los meros “grupos criminales” no pueden ser objeto de investigación mediante agente encubierto, con una sola excepción, aquellos grupos criminales

¹⁷ Anteproyecto Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2021, Capítulo XLVII.

¹⁸ Anteproyecto Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2021, art. 500.2.

¹⁹ Capítulo XLVII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la LECrim

terroristas, debido a que éstos se caracterizan, en muchas ocasiones, por una composición mínima e independiente, que actúan como células²⁰.

2.1.B. Necesario permiso del agente encubierto

Para que pueda intervenir el agente encubierto físico/encubierto es preciso un protocolo que tiene distintos protagonistas y fases: solicitud de la investigación encubierta, concesión de la misma y la propia tramitación.

En un primer momento destacar la necesaria solicitud del Fiscal, entendemos que de forma previa a la autorización. Esta solicitud de Fiscalía requiere una debida justificación de la necesidad de este tipo de investigación encubierta, para lo cual deberá referir la aparente concurrencia de los presupuestos de delincuencia organizada y tipo delictivo, así como la específica conveniencia de esta modalidad de investigación.

Esta solicitud del Ministerio Fiscal puede debe ser confundida con la autorización judicial, debido a que el art. 282 bis de la LECrim es susceptible de ser interpretado de forma ambigua pues aparece la posible autorización del Fiscal, realizada de forma fundada y motivada, con la sola condición de ser puesta en conocimiento del Juez competente. La jurisprudencia en ocasiones entiende la posible autorización por el Fiscal o el Juez de forma indistinta²¹.

Si partimos de esta posible doble vía de autorización, sería preciso aclarar la eventual decisión del Juez al tener conocimiento de la investigación iniciada por el agente encubierto. Debemos entender que el Juez competente tiene potestad para revocar la autorización de Juez y deberá hacerlo de forma motivada indicando los óbices procesales. Si el Juez entiende que se cumplen los presupuestos del art. 282 bis LECrim deberá confirmar la previa autorización y para ello realizará una resolución fundada, “*a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*”.

En el Anteproyecto de la LECrim, que estamos comparando con la regulación actual, el procedimiento y los protagonistas de la solicitud y autorización son distintos²², debido al

²⁰ Capítulo XLVII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la LECrim; “*La fisonomía del terrorismo internacional –que actúa a través de pequeñas células completamente independientes- no se ajusta a la noción penal de “organización”, lo que debe llevar, también en plano procesal, a la equiparación del tratamiento normativo de los grupos terroristas y las auténticas organizaciones de esta índole.*”. El art. 500.3: En todo caso, podrá autorizarse esta diligencia cuando concurran indicios de la comisión de un delito de organización o grupo criminal terrorista contenido en el artículo 571 del Código Penal.

²¹ STS, Sala 2^ª, Sección 1^a núm. 503/2021 de 10 junio, Ponente Vicente Magro Servet (berley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-503-2021-ts-sala-penal-sec-1-rec-10048-2021-10-06-2021-48361415?sort_fecha=1&voces%5B0%5D=Psicotrópicos&noIndex): *La autoridad policial que investiga hechos graves de tráfico de drogas que precisan que, llegado un punto de la investigación es precisa la intervención del agente encubierto pueden optar por las dos vías que permite el art. 282 bis LEC instarlo del juez o del Fiscal.*

²² Anteproyecto de LECrim, art. 502. Solicitud del Ministerio Fiscal. 1. *La solicitud que el fiscal dirija al Juez de Garantías deberá acreditar suficientemente el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley para la utilización de agentes encubiertos en el curso de una investigación penal. En concreto deberá aportar indicios fundados de la existencia de una organización criminal de las señaladas en el artículo*

cambio planteado en este texto en la dirección de la instrucción, que recae en el Ministerio Fiscal, frente al actual juez instructor de la vigente LECrim. Parte de la doctrina, sobre esta cuestión de la dirección de la instrucción, advierte que el Anteproyecto no adopta una línea diáfana. La razón de ello es que efectivamente se hace referencia al Ministerio Fiscal como director de la investigación (art. 521), pero al detallar la investigación “*el protagonismo es claramente para la policía*”. La posibilidad de actuar de forma independiente, por parte de la policía, decae cuando la dirección es asumida por el Ministerio fiscal, pero anterior a ese momento la autonomía es elevada.²³ En esta línea, se censura la falta de claridad en el Anteproyecto sobre las diligencias que deben ser ordenadas por el Ministerio Fiscal o la Policía, debiendo acudir a la concreta regulación de cada diligencia.²⁴

Pero hay que tener en cuenta que, en la medida en la que el agente encubierto físico o virtual puedan comprometer un derecho fundamental, como la intimidad o secreto de las comunicaciones, será preciso siempre acudir al Juez de Garantías²⁵ que valorará la actuación bajo los principios de necesidad y proporcionalidad.

Una vez aprobada la investigación con agente encubierto/informático es precisa la intervención del Ministerio de Interior de quien depende jerárquicamente la Policía Judicial. Es este Ministerio el que tiene que llevar a cabo las labores precisas para adjudicar una identidad falsa. Dentro de esta identidad falsa se encuentra la desaparición de su filiación en los censos, titularidades de vehículos, bienes inmuebles, etc, para ser suplantada por otra distinta. Esta identidad la tendrá el agente encubierto durante un periodo prolongado que es posterior al momento del juicio oral, donde acudirá como testigo. En este caso, hay que destacar el art. 282 bis, en su apartado 2 de la LECrim la referencia a los protocolos de Protección de Testigos, de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

La autorización debe señalar el plazo de la investigación encubierta por plazos de seis meses prorrogables, en referencia tanto a la falsa identidad, como a las concretas

anterior y de la pertenencia y colaboración de la persona investigada con la misma. 2. Asimismo, la solicitud habrá de justificar suficientemente la necesidad de practicar esta diligencia a los efectos de averiguar la concreta estructura y distribución de tareas o funciones, los centros de decisión, los medios y los integrantes de la organización criminal, sus modos operativos y sus ámbitos geográficos de actuación, o cualquier otra información imprescindible para lograr su desmantelamiento o la paralización de su actividad criminal.

²³ NIEVA FENOLL, J., “El procedimiento de investigación”, *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Valencia 2022, pp. 635 y 636. En este sentido opina que en ocasiones la autonomía de la policía judicial es excesiva, aunque celebra la prevención que hace el art. 531 del Anteproyecto, al facultar al Ministerio Fiscal para determinar “*reglas, métodos y procedimientos de obligado cumplimiento para asegurar la sujeción de la actividad investigadora de la Policía Judicial a las normas y garantías procesales.*”

²⁴ NIEVA FENOLL, J., “El procedimiento de...”, op. cit., p. 637.

²⁵ ORTIZ PRADILLO, J. C., “Vigilancias policiales y utilización de dispositivos de seguimiento”, *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Valencia 2022, pp. 834 y 835. Respecto a las vigilancias sistemáticas aquellas que se catalogan como “*especiales*” o *tecnológicas*” debido a que precisan de dispositivos o instrumentos de seguimiento, obtención de imágenes, etc. y establece la necesidad de la autorización del Juez de Garantías, salvo en los casos de urgencia.

actividades permitidas. Al igual que en la propia autorización, en la prórroga surge la duda si puede ser decretada por el Fiscal o solo por el Juez, en la actual regulación.²⁶

La autorización a un agente encubierto puede alcanzar también a los actos ilícitos que debe realizar para el desarrollo del cometido que se hubiese señalado. Sin embargo, esta autorización no se extiende a otras actuaciones ilícitas que comprendan vulneración de derechos fundamentales²⁷.

2.1.C. Proporcionalidad

La proporcionalidad debe regir las decisiones referentes al agente encubierto físico/informático, al igual que en las diligencias de investigación tecnológicas. La razón de ello es el eventual compromiso de la esfera privada y por tanto de derechos fundamentales. Por ello, el art. 282 bis.5LECrim²⁸, advierte de la exención de responsabilidad criminal para los agentes encubiertos si su autorización y su actividad se desarrolla bajo la proporcionalidad en ambos supuestos, así como la condición de que no exista provocación al delito.²⁹

La LECrim insta a la proporcionalidad, solo en cuatro ocasiones, además de la referencia citada del art. 282 bis LECrim, nos interesa para el caso que nos ocupa el art. 538 bis a LECrim, donde recoge los principios rectores que deben inspirar las citadas diligencias de investigación.

La proporcionalidad en lo concerniente al agente encubierto, a tenor del eventual compromiso de la intimidad y otros derechos fundamentales es evidente que debe regir este principio y cobra una especial importancia.

Llegados a este punto, es preciso detenerse en el concepto de proporcionalidad, el cual tiene una especial significación en su referencia a las diligencias de investigación tecnológicas, pues algunas de ellas pueden incluirse en la actividad del agente encubierto

²⁶ VILLAR FUENTES, I., “Reflexiones sobre el agente...”, op. cit, pp. 367 y ss.

²⁷ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Abogacía y Proceso Penal*, “El agente encubierto”, Valencia 2021, p. 734.

²⁸ LECrim, art. 282 bis. 5. *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.*

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

²⁹ Anteproyecto de LECrim, art. 506. *Responsabilidad por conductas delictivas durante la infiltración. 1. En ningún caso el agente encubierto podrá instigar, promover o provocar actuaciones delictivas.*

2. El agente encubierto estará exento de responsabilidad por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean proporcionadas a la finalidad de la medida, no entrañen la lesión a un bien jurídico de mayor valor que el que tratan de proteger y siempre que estén directamente relacionadas con la actividad delictiva de la organización criminal investigada.

informático. Sumamente ilustrativo, el modo de valorar la existencia de la proporcionalidad, según criterios en STS 503/2021³⁰:

Para valorar la proporcionalidad, necesariamente hay que partir de la existencia de una investigación iniciada con anterioridad, la cual arroja la previsible gravedad del delito y la necesidad de adoptar la medida específica de investigación³¹. Estos dos presupuestos analizados bajo el principio rector de la proporcionalidad son la piedra angular de la autorización y éxito de la investigación encubierta, al igual que la clave para evitar la denuncia de nulidad. La defensa de la parte pasiva, esto es, de los investigados se aferra a la proporcionalidad de los presupuestos necesarios de la investigación, pues la posibilidad de obtener la nulidad de la diligencia, puede suponer la nulidad de todo el material, fuente de prueba obtenido y por ende la absolución de su defendido.

El Anteproyecto de la LECrim refiere unos parámetros de proporcionalidad y necesidad en el art. 500.5: *La utilización de un agente encubierto solo podrá ser autorizada cuando no existan otros medios de investigación alternativos que permitan averiguar la concreta estructura y distribución de tareas o funciones, los centros de decisión, los medios y los integrantes de la organización criminal, sus modos operativos y sus ámbitos geográficos de actuación, o cualquier otra información imprescindible para lograr su desmantelamiento o la paralización de su actividad criminal.*³²

³⁰ STS, Sala 2^a, Sección 1^a, 503/2021, Ponente Vicente Magro Servet berley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-503-2021-ts-sala-penal-sec-1-rec-10048-2021-10-06-2021-. “I. Acreditación previa de una investigación “ex ante” policial para justificar la petición al Fiscal de la Audiencia nacional para la medida del agente encubierto por su “necesidad” y “proporcionalidad”.

2.- *El decreto se dicta al comprobar la suficiencia de la investigación y la necesidad de la medida interesada. Con la argumentación acerca de la suficiencia explicativa de los indicios se colige la proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada. El requisito de la suficiencia de la adopción de la medida está acreditado con la investigación ex ante.*

Pues bien, se justifica la proporcionalidad de la medida del Fiscal en base a la suficiencia previa de la investigación como apunta la AP al señalar que:

1.- *Suficiencia de la investigación policial ex ante.*

“Los agentes fundamentan la solicitud de la medida en una investigación sobre un presunto delito de tráfico de drogas en el aeropuerto internacional de Madrid- DIRECCION005, habiendo tenido notificación de alta fiabilidad por la Sección de Agentes Encubiertos alertando sobre una importante organización criminal de ciudadanos de origen venezolano que se dedican a la introducción en España a través de dicho aeropuerto de grandes cantidades de cocaína, exponiendo el resultado del acercamiento realizado por uno de los agentes encubiertos a una persona conocida como “Eduardo” (que luego resultó ser el acusado Raúl), con el que había mantenido una conversación en presencia de otra persona que con posterioridad no volvió a intervenir y no pudo ser identificado.”

³¹ STS, Sala 2^a, Sección 1^a núm. 503/2021 de 10 junio, Ponente Vicente Magro Servet, berley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-503-2021-ts-sala-penal-sec-1-rec-10048-2021-10-06-2021-48361415?sort_fecha=1&voces%5B0%5D=Psicotrópicos&noIndex “que la medida resulte proporcionada a los fines que se pretenden alcanzar; en este sentido, el delito a investigar sea grave, de entre los recogidos en el catálogo del art. 282 bis LECrim (LEG 1882, 16) , no sólo en los términos penales de una pena privativa de libertad grave, sino en cuanto a la trascendencia social del delito y a la entidad del bien jurídico atacado [SSTS 8 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1606) , 2 de noviembre de 2004, 28 de febrero de 2007, 4 de abril de 2007 y 27 de junio de 2007 (RJ 2008, 536)].

³² Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2021, art. 500.5.

2.2. Actividad y contactos previos a la autorización judicial

Como hemos visto anteriormente existe un procedimiento con unos requisitos de valoración de la investigación encubierta, aprobación, motivación de su necesidad, así como una parte administrativa, competencia del Ministerio de Interior. Todo este protocolo no es rápido, precisa de diversas fases y protagonistas. Por estas razones, debemos señalar que no es una diligencia rápida que pueda ser iniciada con todos los requisitos en un plazo breve de tiempo, todo lo contrario de lo que el desarrollo de las investigaciones policiales precisa. Cuando surge la necesidad de investigación mediante agente encubierto físico/informático, precisa generalmente celeridad, que se ve aumentada debido a unos contactos previos con los miembros de la organización criminal. La investigación encubierta es compleja, requiere de una estrategia previa que en ocasiones suponen un riesgo de fracaso si prospera la calificación de nulidad por parte de la defensa, al haberse iniciado antes de la autorización con resolución motivada. Este supuesto es recogido por la STS 575/2013 de 28 de junio.³³

La jurisprudencia entiende que la planificación de la estrategia de investigación encubierta precisa de una primera aproximación, que siempre y cuando no medie provocación, no es contraria a lo previsto en el art. 288 bis LECrim. Desde los más básicos conocimientos de investigación criminal es comprensible que el acercamiento a los miembros de una organización criminal es difícil, larga y muy delicada. Por tanto, hay un periodo de tiempo en el que se lleva a cabo la aproximación para intentar ganar la confianza, sin embargo, solicitar una autorización de agente encubierto sin esos primeros contactos puede fracasar y ser considerada de infundada.

El periodo de contactos previos a la autorización resulta admisible, pero a la vez provoca un interrogante sobre el material conocido y obtenido durante los mismos. En este caso, estaríamos hablando de la actuación de un agente encubierto, que no tiene tal condición autorizada por lo que solo podrá declarar como un testigo más de aquello que presenció u oyó. La jurisprudencia reconoce en estos casos este papel de testigo, como sucede en la STS 655/2007³⁴ e igual postura en la STS 655/2007, de 25 de junio³⁵. La STS

³³ STS, Sala 2^a, 575/2013 de 28 de junio, Ponente Manuel Marchena Gómez (<https://app.vlex.com/#vid/449384218>): “*La existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional...*”.

³⁴ STS, Sala 2^a, 655/2007, de 25 de junio, Siro Francisco García Pérez (<https://app.vlex.com/#vid/3036708>): “.. el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al periodo previo.”

³⁵ STS, Sala 2^a, núm. 655/2007, de 25 de junio, Ponente Siro Francisco García Pérez, (<https://app.vlex.com/#vid/30367081>).

1114/2002, 12 de junio en el mismo sentido plantea solo una línea roja en el respeto de derechos fundamentales y ausencia de provocación del delito.³⁶

3. AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

3.1. Cuestiones previas

La necesidad de investigaciones encubiertas, a través de agentes encubiertos de la Policía Judicial es indiscutible y tradicionalmente es una figura internacionalmente regulada en los distintos sistemas procesales penales. Los beneficios de incluir en el germen y gestión de la actividad criminal un miembro de la Policía Judicial, compensan los riesgos de intromisiones a la intimidad o compromiso de derechos fundamentales, razón por la que se asegura la concesión, siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos previstos por el legislador. Por ello, con las debidas cautelas y garantías en aras a evitar violaciones de derechos fundamentales, la acogida a ésta y otras diligencias de investigación tecnológicas es totalmente positiva.³⁷

La investigación, persecución y averiguaciones criminales tiene una baza importante con esta figura. Sin embargo, la realidad de la implantación y vertiginoso avance de las tecnologías de la información y de la comunicación han provocado la imperiosa necesidad de “entrar en la red”, para evitar, de alguna forma, la perversa ventaja que disfruta la delincuencia respecto a las fuerzas de seguridad. Es evidente que los medios utilizados hasta el momento, relativos a la investigación de la delincuencia que, se sirve de internet

³⁶ STS, Sala 2^a, núm. 1114/2002, 12 de junio, Ponente Miguel Colmenero Meléndez de Luarca, recuperado en <https://app.vlex.com/#vid/15056374> : “Ahora bien, el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo.

El testigo fue sometido al interrogatorio de las partes durante el juicio oral, y, así, su testimonio a los principios de oralidad, inmediación y publicidad. Y no pudo encerrarse indefensión para las partes acusadas el que no fuera interrogado durante la instrucción, pues el contenido del eventual objeto de sus declaraciones se desprendía del escrito de los folios 1363 y siguientes, unido al procedimiento en Santo del año 2002; y el Ministerio Fiscal propuso, como medios probatorios, junto a sus conclusiones provisionales, la prueba testifical consistente en la declaración del “agente encubierto de la Guardia Civil con identidad supuesta de Agustín” y, como documental, los folios 1116 a 1465; no se originó sorpresa alguna para las Defensas..... es cierto, como señala el recurrente, que en la fecha de los hechos no existía una previsión legal de las actuaciones del llamado agente encubierto. Pero eso no significa que su actuación haya de considerarse fuera de la ley y así lo había entendido la jurisprudencia de esta Sala (STS de 5 jun. 1999 (RJ 1999, 5466)), que afirmó que la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal en el empleo de agentes encubiertos no impide valorar como prueba sus declaraciones. Se trata de una actuación de la Policía Judicial en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en relación a la averiguación de los delitos y al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (artículo 126 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), que será lícita si no se convierte en una provocación al delito y no afecta de otra forma a derechos fundamentales, lo cual no consta que se haya producido en la investigación de los hechos objeto de la presente causa, tal como se ha puesto de manifiesto en los anteriores Fundamentos de Derecho.”

³⁷ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999, pp. 180 y 181.

como instrumento de la actividad ilícita son un reto para el Estado de Derecho. *La mundialización de la economía, ha dado lugar a un proceso de expansión de este tipo de criminalidad traspasando las fronteras nacionales, haciendo ineficaces muchos de los instrumentos de investigación utilizados tradicionalmente por el Estado de Derecho para combatir este tipo de delincuencia.*³⁸

El control de lo que sucede en las redes, en lo concerniente a la investigación criminal se hace patente en España desde el año 1996, con el Grupo de Delitos Telemáticos. El Grupo de Delitos Telemáticos nace en el seno de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, para perseguir los ilícitos penales cometidos o apoyados en las redes. El GDT de la Guardia Civil³⁹ ha evolucionado formando a sus miembros en *áreas delictivas de pornografía infantil, fraudes y estafas, propiedad intelectual y delitos de hacking, en consonancia con el Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, en el que participa personal de la Guardia Civil como expertos policiales.*⁴⁰

Las labores de rastreo y control de la delincuencia en las redes vienen llevándose a cabo desde hace más de dos décadas por estas unidades. Las patrullas ciberneticas no pueden ser confundidas con el agente encubierto informático, pues estas patrullas operan en los canales abiertos de internet, como un usuario más, pero que no precisan de una identificación y posterior autorización para entrar en un foro determinado y cerrado.

Sin embargo, fruto de estas investigaciones en canales abiertos, se han producido investigaciones de agentes encubiertos, que han contactado de forma casual en un foro abierto. En la STS de 2007, antes de la regulación legal del agente encubierto informático, ya el Tribunal Supremo refería este tipo de investigaciones⁴¹.

La novedad y avance en las investigaciones se produce con el agente encubierto informático, cuyas necesidades surgen con la complejidad y ocultación de las comunicaciones en la red, la creación de canales cerrados de comunicación, así como la *Deep web* o la *Dark web*.

La entrada en canales cerrados de comunicación, no puede llevarse a cabo sin identificación y para hacerlo con una identidad falsa, solo puede hacerse con la autorización judicial de agente encubierto informático.

³⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 14.

³⁹ Anualmente, el Foro Iberoamericano de Encuentro de Ciberpolicías (FIEC), promovido por la Guardia Civil, se constituye en un referente de colaboración internacional entre unidades de lucha contra la delincuencia informática a nivel latinoamericano y nexo de unión con otros foros a nivel europeo.

⁴⁰ <https://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/especialidades/gdt/index.html> (recuperado 14/07/2021).

⁴¹ STS, Sala 2^a, núm. 767/2007 de 3 octubre, Ponente José Ramón Soriano Soriano (<https://app.vlex.com/#vid/31969904>) “En el mes de octubre de 2005, el agente de la Guardia Civil con carné profesional número T.I.P. NUM000, tuvo conocimiento al mantener una conversación en el canal IRC de Internet, de que, unos días antes un nick denominado “ Chato ” y que resultó ser el acusado Alexander, nacido el 28-04-1942 en Uruguay, de nacionalidad uruguaya y cuyos antecedentes penales no constan, había remitido por error a otro usuario del referido canal, una fotografía de un menor de edad desnudo.”

La puesta a disposición de la investigación criminal los medios avanzados de las tecnologías, permiten “facilitar la consecución de los elementos incriminatorios que permitan una eficaz represión de las graves conductas delictivas que genera el crimen organizado”⁴².

Se ha llegado a plantear la necesidad de ampliar este tipo de investigación encubierta en delitos de violencia contra la mujer en ponencia del Senado, cuando se desarrollan en medios informáticos online. Sin embargo, esta propuesta no prosperó debido a la delimitación actual y premisas que plantea la figura del agente encubierto informático, cuestión ésta que veremos a continuación y que se ve modificada por el Anteproyecto de LECrim

*En cuanto a la posibilidad de emplear un «agente encubierto» en relación con los delitos de Violencia de Género cometidos a través de las nuevas tecnologías, se señala que esta figura está pensada para supuestos de crimen organizado y de especial gravedad. Resultaría sumamente difícil implantarlo en el ámbito de la Violencia de Género, aunque se pueden realizar avances sin recurrir necesariamente a este perfil.*⁴³

La LO 13/2015, recoge la sensibilidad por la adecuación a las nuevas tecnologías, de forma especial en las diligencias de investigación tecnológicas.

El Preámbulo de esta LO 13/2015 resume esta inquietud y la necesaria inclusión del legislador de las actividades investigativas tecnológicas, las cuales se hallaban relegadas a interpretación jurisprudencial, hasta ese momento:

*La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delinquente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros.*⁴⁴

Las medidas de investigación tecnológica son objeto de atención en la LO 13/2015, en concreto de los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con unas disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV, que afectan a todas ellas. Dentro de estas disposiciones comunes, son destacables los principios

⁴² GRANADOS PÉREZ, C., “Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente Encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia, en La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, CGPJ, Madrid, 200, pp. 74 y 75.

⁴³ Ponencia Senado, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2021)Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Núm. 131,28 de julio de 2017, pág. 14, recuperado en <https://www.senado.es/web/resultadobuscador/index.html>.

⁴⁴ Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica, 13/2015, Preámbulo, recuperado en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725.

rectores, que deben imperar en todas las diligencias tecnológicas son los de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. La necesaria presencia de estos principios se encuentra en el eventual compromiso de derechos fundamentales, por ello la pertinencia de la investigación conforme a los presupuestos, del art. 288 bis LECrim, así como la debida valoración bajo los citados principios deben quedar recogidos debidamente fundamentados y motivados

Las necesidades de investigaciones encubiertas también de carácter tecnológico se reflejan en la LO 13/2015, al incluir la figura del agente encubierto informático. Curiosamente el legislador no optó por recoger la investigación realizada por agente encubierto informático, dentro de los capítulos de las diligencias de investigación tecnológicas, como actos de investigación limitativos de derechos fundamentales, sino que la incluyó como una modalidad del agente encubierto físico, el cual a su vez se ubica en el capítulo de la Policía Judicial. El legislador añade dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 bis, para regular el agente encubierto informático, con la siguiente redacción:

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.

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.⁴⁵

La función de esta diligencia de investigación encubierta ha de ser la de aportar al proceso penal los datos necesarios para acreditar los elementos constitutivos de los delitos de organización criminal, a través del acceso, bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación.

El elemento diferenciador de estas investigaciones de agentes de la Policía Judicial, respecto a las patrullas ciberneticas, es precisamente esa identidad falsa, frente a los accesos con *nickname* al uso, en canales abiertos, así como el carácter meramente preventivo de las patrullas. En estos canales abiertos el acceso no está condicionado a identificaciones y permisos y sus usuarios son conscientes que cuantos datos y archivos se comparten son públicos.

Entendemos que el agente encubierto informático, parte de la ya existente en nuestra LECrim, del agente encubierto, pero con una adaptación a las nuevas tecnologías y de forma muy especial al *cibercrimen*⁴⁶.

⁴⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 282 bis, 6 y 7.

⁴⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, S., “La prueba obtenida por el agente encubierto informático: Un examen sobre su validez procesal y constitucional”, *La justicia digital en España y la Unión Europea*, CONDE FUENTES, J Y SERRANO HOYO, G (dirs.), Barcelona 2019, p. 252.

3.2. Ámbito de aplicación

El apartado 6, introducido por la LO 13/2015, hemos visto que, regula la posible investigación por parte de agente de la Policía Judicial con una falsa identidad, para poder acceder a comunicaciones en canales cerrados, para los delitos del apartado 4 del art.282 bis LECrim⁴⁷ o delitos previstos en el art. 588 ter a LECrim⁴⁸. El apartado 6 no recoge de forma expresa los delitos para los que reconoce su ámbito de aplicación, lo cual supone en ocasiones una reiteración y recorrido confuso, pues indirectamente remite también, al art. 579.1 LECrim. En definitiva, se puede concretar el ámbito de aplicación en: delitos dolosos, mínimo 3 años; delitos dentro de organización criminal; delitos de terrorismo.

Es el apartado 7, introducido por la LO 13/2015 el que prevé la posibilidad de llevar a cabo captación y grabaciones, tanto de audio como de imagen, previa autorización del Juez competente. Ello condicionado a las comunicaciones llevadas a cabo entre el agente

⁴⁷ LECrim art. 282 bis 4.: 4. *A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la 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:*

- 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 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.*

⁴⁸ LECrim art. 588 ter a. *Presupuestos. La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.*

encubierto informático y el sujeto o sujetos investigados. Cabe destacar que se incluyen las captadas en el domicilio.

El Anteproyecto de la LECrim plantea interesantes diferencias en la figura del agente encubierto informático y aporta soluciones a actuales lagunas. El art. 509.1 de este texto concreta el ámbito de actuación, como aquellas indagaciones que se realizan de forma online, por tanto, sin contacto físico, llevadas a cabo a distancia.

En el texto del Anteproyecto de la LECrim la regulación el agente encubierto es más extensa y detallada en sus arts. 509 a 513, que los apartados 6 y 7 del art. 282 bis de la actual vigente LECrim. En ocasiones, puede resultar reiterativa respecto a cuestiones que se recogen en el régimen general de la investigación encubierta de la Policía Judicial de los anteriores artículos. Este es el caso de la exclusividad de la Policía Judicial en las funciones de agente encubierto, en este caso informático; la proporcionalidad de la investigación, al señalar solo podrá autorizarse cuando, por la forma en que se desarrolle, sea el único medio razonablemente eficaz para descubrir la actividad delictiva e identificar a sus responsables o la autorización por el Juez de Garantías, previa solicitud del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, son destacables algunas referencias concretas del agente encubierto informático, que tienen distinto tratamiento o que no se hacen en el régimen general.

Tal es el caso del ámbito de aplicación, el Anteproyecto de la LECrim en su art. 509.1 lo delimita para la investigación de los ilícitos penales del artículo 355 del texto del Anteproyecto de LECrim. De tal modo que se aparta de la necesidad del presupuesto de “organización criminal” previsto en el ámbito de aplicación del agente encubierto físico del art. 500.2 LECrim.

El agente encubierto informático en el Anteproyecto de LECrim circunscribe su posible autorización a los delitos del art. 355 del mismo texto: *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 la misma. c) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación*⁴⁹

El ámbito de aplicación del agente encubierto informático, regulado en el Anteproyecto se ve ampliada, respecto a la figura actual de la LECrim y al menos se aproxima a la realidad criminal, en lo concerniente al uso de tecnologías e instrumentos informáticos de manera habitual. Este apartado c) permite aumentar el rango de actividades delictivas incluidas en eventuales investigaciones encubiertas informáticas y supone un acierto notable.

⁴⁹ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2021, art. 355.

En primer lugar, porque se identifica con las infracciones previstas por la diligencia de investigación tecnológica de intercepción de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, cuestión acertada, dado que el medio en el que se despliega la actividad investigadora de este agente es el de la intervención en medios telemáticos.

En segundo lugar, porque se desprende del requisito de “organización criminal”, que existe actualmente en el art. 288 bis de la LECrim (tanto para el régimen general, como para el agente encubierto en su modalidad digital) y en el art. 500 del Anteproyecto de la LECrim para el agente encubierto físico.

Esta cuestión nos lleva a reflexionar sobre el potencial campo de actuación del agente encubierto informático.

Se parte de una categoría genérica de delitos dolosos con pena igual o superior a tres años, ampliamente justificada por el eventual compromiso de derechos fundamentales de este tipo de investigación digital, de modo que impide sea utilizada para delincuencia menor.

La investigación encubierta digital se dirige hacia perfiles de delincuencia que no necesariamente actúan con una organización y estructura, más bien al contrario, encuentra en delincuentes solitarios amplias posibilidades de investigación. Sin embargo, el art. 355. b) del Anteproyecto de LECrim, al que remite el ámbito de aplicación del agente encubierto informático, se centra en un listado clásico de delincuencia organizada: 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 la misma.

Por último, el citado art. 355.b) del Anteproyecto de LECrim señala como potenciales destinatarios de la investigación encubierta informática en los delitos desarrollados en entorno digital, cuestión acertada dado que este tipo de delitos, no tiene otra vía de acceso e investigación distinta a la interceptación de comunicaciones telemáticas y el agente encubierto informático.

El ámbito de aplicación del agente encubierto informático, en ocasiones, se ha identificado con delitos netamente informáticos, porque el medio y/o el objetivo de los mismos es telemático. Pero esta sería una visión parcial de las posibilidades de investigación del agente encubierto informático y de la necesidad de la misma, dado que actualmente todas las facetas de la vida social y personal se despliegan en el terreno digital, desde las transacciones, hasta las comunicaciones, pasando por todas las actividades de la esfera personal y patrimonial.

3.3. Canales cerrados de comunicación

Los canales cerrados de comunicación suponen la especialidad de ámbito de actuación y entrada que justifica esta específica figura, tal y como hemos visto anteriormente.

El art. 282 bis LECrim señala “*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... ”. El Anteproyecto de la LECrim en el Capítulo III bajo el epígrafe *Investigaciones encubiertas en canales cerrados de investigación*, los arts. 509 a 513 realiza un tratamiento exhaustivo del al agente encubierto informático.

Las investigaciones en canales abiertos quedan fuera de la denominación “investigaciones encubiertas”, sin embargo, el Anteproyecto de la LECrim, que estamos refiriendo realiza una detallada previsión de investigaciones centradas en búsqueda y obtención de datos a través de fuentes y canales abiertos (art. 514 Anteproyecto de LECrim), dentro del Título VIII *Los medios de investigación basados en datos protegidos*, Capítulo I *El acceso y tratamiento de datos personales*. Estas investigaciones en canales abiertos con datos protegidos son de sumo interés en el acceso a datos en ficheros, cruces automatizados o inteligente de datos o el tratamiento de los mismos, pero no es objeto de este trabajo.

En primer lugar, hay que partir de la premisa anteriormente mencionada, cuando las conversaciones o comunicaciones se desarrollan en canales de comunicación abiertos, donde no es preciso que los intervenientes se identifiquen de forma fehaciente, los agentes de la Policía Judicial no precisan de autorización judicial para suplantar una identidad. De este modo, la STS 767/2007, de 3 de octubre, entiende que la utilización del *nickname* no se interpreta como identificación real, sino que, más bien al contrario, es aceptado y conocido que en estos casos se usan nombres inventados e imaginarios. El uso de estos sobrenombres o apodos es común y característico en foros abiertos, los cuales no son el ámbito del agente encubierto informático, pues no requiere de esta figura y la Policía Judicial con sus unidades especializadas entran en ellos en labores a prevención.

Por el contrario, la entrada en un foro cerrado, donde además es precisa una previa identificación personal, para investigar a personas concretas, precisa de la autorización judicial, condicionada a los presupuestos y requisitos de los párrafos 6 y 7 del art. 282 bis LECrim o de los arts. 509 a 513 del Anteproyecto de LECrim.

El art. 288 bis 6 LECrim permite para el agente encubierto informático actuar bajo una identidad falsa, para poder entrar en foros, conversaciones, en definitiva, comunicaciones que se lleven a cabo en las redes. Al hacerse mención a canales cerrados hay que reducir el concepto y por tanto la necesidad de autorización judicial a ese tipo de canales. *Sensu contrario*, la navegación en internet por foros y comunicaciones abiertas por parte de la Policía Judicial no implica injerencia en derecho fundamental alguno, no precisa autorización, ni identificación expresa.

3.4. Actividades autorizadas

La autorización judicial de agente encubierto informático, en el párrafo 6 del art. 282 bis LECrim permite tres actividades: a) entrar en canales cerrados con una identidad falsa; b) intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido; c) analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos; d) captación de imagen y audio, así como su grabación en comunicaciones dentro de esos canales cerrados.

3.4.A. Entrada en canales cerrados con una identidad falsa

Esta intromisión del agente encubierto en los canales cerrados hemos visto que es la esencia de esta figura. Se trata de hacer creer a los sujetos que están llevando a cabo una actividad criminal, que el agente encubierto informático también se encuentra involucrado en los ilícitos penales⁵⁰. Se trata en principio, de atribución, con autorización judicial, de una identidad falsa. Identidad que es otorgada por el Ministerio del Interior por plazo de 6 meses prorrogable por períodos de igual duración. El Anteproyecto de LECrim desarrolla la falsa identidad otorgada para el supuesto de agente encubierto físico, donde entendemos alcanza máxima importancia, por el contrario, en el agente encubierto informático, puede ser de menor índole. De todos modos, en aquellos casos, en los cuales sea precisa para el agente encubierto informático será de aplicación lo previsto en el art. 504 del Anteproyecto: *1. Cuando se haya autorizado la actuación del agente encubierto bajo una identidad supuesta, esta le será atribuida por el Ministerio del Interior. A tal fin, se podrán crear y modificar los correspondientes documentos de identificación, así como adoptar cualesquiera otras medidas para reforzar la apariencia real de la nueva identidad. 2. Los agentes encubiertos, en cuanto sea necesario para preservar su seguridad, podrán actuar en el tráfico jurídico y social con la nueva identidad que se les atribuya. 3. La resolución en la que el Ministerio del Interior confiera la identidad supuesta reflejará también la verdadera y se conservará en pieza separada y secreta.*⁵¹

En este punto, cabe reflexionar sobre la posibilidad de entrada de un agente encubierto informático, que no oculta su condición de Policía Judicial, pero que interviene con la finalidad de perseguir el delito y no de cometerlo, como veíamos anteriormente, que sucede con el agente encubierto físico. Entendemos que puede darse el caso, por ejemplo, con la entrada en un canal cerrado donde se está diseñando la ejecución de una actividad criminal y cuentan con la colaboración de miembro de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para facilitar la comisión y evitar el descubrimiento de la misma.

La asignación de una identidad falsa, que permite en ese caso el acceso a la intimidad, comunicaciones y datos, plantea sus cuestiones constitucionales. Se puede interpretar como una invasión de la intimidad personal (art. 18.1 CE)⁵², pues el acceso al canal cerrado se hace con un consentimiento “viciado” (art. 18.3 CE)⁵³. Por esta razón, la solicitud de agente encubierto informático debe cumplir escrupulosamente los requisitos

⁵⁰ STS, Sala 2^a, 750/2019, Ponente Luis Artemio Sánchez Melgar, recuperado en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d142f585286f5b5e/20190321>: “Los agentes de policía de esta manera se verán autorizados “a actuar bajo supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos” ex art. 282 bis 1 LECrim. Esta identidad supuesta tiene una duración máxima definida en un plazo de seis meses, con posibilidad de ser prorrogados por períodos de igual duración, siempre que la investigación lo requiera justificadamente.”

⁵¹ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2021, art. 504.

⁵² Art. 18.1 Constitución española: *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

⁵³ Art. 18.3 Constitución española: *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

legales, empezando por la existencia de investigación previa, ...*existencia de indicios racionales de la comisión de una actividad delictiva organizada a las que se refiere el apartado cuarto del artículo 282 bis LECrim. Corresponde a la Policía Judicial acreditar la existencia de estos indicios, y al Juez o al Fiscal fundamentar suficientemente que concurren en el caso concreto. La medida «resulte necesaria a los fines de la investigación» y que guarde una proporcionalidad con el delito objeto de investigación.*⁵⁴

El serio compromiso de derechos fundamentales obliga a solicitar y autorizar judicialmente la investigación encubierta digital presidida por principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad y excepcionalidad.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho a la intimidad personal, “en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.⁵⁵

Para lo cual se deben valorar los parámetros planteados anteriormente en relación a la proporcionalidad en el agente encubierto físico. Filtro que debe ser aplicado siempre por el órgano judicial competente en el momento de valorar la solicitud, pese a posturas que plantean en casos excepcionales donde debería autorizarse por la propia Policía Judicial, para posteriormente ser controlado por el juez.⁵⁶

En esta cuestión la doctrina mayoritaria afirma el monopolio judicial del control de la investigación encubierta informática, desde el momento de la eventual autorización, durante la misma y en una posible prórroga.

El necesario control judicial, parte de la *competencia del juez instructor en los presuntos hechos criminales y de la resolución fundada, que refleje que sirve o es necesaria a los fines de la investigación y contendrá autorización para que los funcionarios de la policía judicial actúen bajo identidad supuesta.*⁵⁷

En relación también a la eventual afectación de derechos fundamentales, en concreto del art. 18, párrafos 1 y 3 de la CE, solo pueden ser agentes encubiertos, tanto físico (*quienes sean funcionarios de la Policía Judicial*)⁵⁸, como informático (*Solo podrán actuar como agentes encubiertos los funcionarios de la Policía Judicial*)⁵⁹, miembros de la Policía Judicial. La intimidad y el resto de derechos no pueden verse comprometidos por sujetos

⁵⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F. *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Granada, 2001, p. 14.

⁵⁵ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a, “Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de delitos de child grooming y su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de investigación tecnológica”, *Justicia Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2018, p. 185. Comenta en este sentido, la STC 173/2011, de 7 de noviembre, fj 2.

⁵⁶ CAROU GARCÍA, S., “Cuadernos de la Guardia Civil”, nº 56, 2018, p. 38.

⁵⁷ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “El agente encubierto”, op. cit., p. 733.

⁵⁸ Anteproyecto de LECrim, art. 500.1.

⁵⁹ Anteproyecto de LECrim, art. 509.2.

distintos, se trata de un nivel más de protección y seguridad de los destinatarios de la investigación.

Toda la información, íntegramente, deberá ser aportada al proceso, que será valorada en conciencia por el juez competente.⁶⁰

3.4.B. Intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido

El apartado segundo del párrafo 6 del art. 282 bis LECrim permite con autorización específica este intercambio de archivos ilícitos: *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.⁶¹*

La referencia a “autorización específica” no es baladí, se trata de un requisito añadido a la aprobación del Juez de la investigación genérica encubierta informática. De ello se desprende que, la autorización del primer párrafo del mismo apartado 6 del art. 282 bis LECrim. *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*, se circunscribe a esa actividad detallada de “entrada en canales cerrados con identidad falsa”.

Se requiere, por tanto, para el intercambio de archivos una autorización específica, se trata de un nivel más de reforzamiento, de protección.

El Anteproyecto de LECrim en el art. 511 d), refiere también esa autorización específica que no está incluida en la general de investigación encubierta informática: *La extensión de la medida especificando si comprende la autorización para intercambiar o enviar archivos ilícitos por su contenido.*

El intercambio y envío de archivos ilícitos no plantea dudas sobre su oportunidad y necesidad pues, en definitiva, viene a coincidir con la autorización judicial de circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, del art. 263 LECrim.

Sin embargo, los archivos ilícitos plantean una de las cuestiones más complejas de la actividad del agente encubierto informático, cuando se trata de material pedófilo. La tenencia y el intercambio de estos archivos, no plantea problema pues hemos identificado esa actividad con la circulación y entrega vigilada de sustancias, por lo que el agente encubierto informático está exento de responsabilidad criminal. El conflicto surge en ese material de pornografía infantil, que en muchos casos es solicitado por el delincuente para dar entrada al foro cerrado de intercambio de esos archivos. El agente encubierto informático no puede entregar material ya creado por otros criminales pedófilos, pues estos sujetos controlan la mayoría de las imágenes que circulan y en muchos casos será preciso material nuevo. Con el gran escollo, que estos canales cerrados, que

⁶⁰ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “El agente encubierto”, op. cit., p. 736.

⁶¹ LECrim, art. 282 bis, 2.

mencionábamos anteriormente, suelen requerir para la entrada en los mismos, archivos con estos contenidos, como forma de garantizar la “fiabilidad” del sujeto, que pretende acceder. En este sentido *en atención a comunidades de pederastas que no se fían de la gente con la que hablan y piden algo con el fin de creer que están hablando con alguien con los mismos gustos que ellos.*⁶²

La creación de esas imágenes, cuando sea para redes de pornografía infantil no pueden generarse, a no ser que se trate de simulaciones de jóvenes, realizadas por adultos y nunca en material con niños. Sin embargo, existen situaciones donde se complica la posibilidad de intercambio de archivos ilícitos, cuando se trata de redes de pedofilia, donde las imágenes son de menores. Para estos casos, hasta un límite de edad se ha utilizado la imagen de adultos con aspecto aniñado o infantil, tanto actores como miembros de la Policía. Actualmente se está trabajando, gracias a la Inteligencia Artificial⁶³, en la creación de imágenes infantiles para ser utilizadas como moneda de cambio con los pedófilos. La actividad autorizada por el Juez para el agente encubierto informático no incluye en ninguno de los casos la creación de material de imágenes (fotografías o videos) con niños, jamás puede plantearse esta opción y por ello en la desarticulación de estas redes se diseñan estrategias alternativas, como las que exponemos.

El intercambio de archivos ilícitos, siempre y cuando la intención delinquir haya partido previamente del sujeto investigado, no puede ser considerado como provocación del delito. El Anteproyecto de LECrim, tiene en cuenta ese riesgo y el art. 509.4 advierte: *En ningún caso la investigación encubierta podrá consistir en instigar, promover y provocar el delito. No tendrá esta consideración la actividad consistente en intercambiar o enviar archivos ilícitos.*

3.4.C. Análisis algoritmos asociados a archivos ilícitos

El mismo segundo párrafo del apartado 6, del art. 282 bis, recoge que solo él refiere la figura del agente encubierto informático, señala la *autorización específica para ello*, para *analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos*. En este punto critica el Consejo Fiscal firmado por Consuelo Madrigal, Fiscal General del Estado,⁶⁴ que la redacción no es del todo correcta, pues lo que interesa a los investigadores es el resultado de los algoritmos, pues es lo que sirve para identificar los archivos informáticos, en concreto interesa el *HASH*, el cual es la clave alfanumérica de los archivos.

Tal identificación es de vital importancia, para conocer los recorridos y modificaciones, que se les hace, para tenerlos localizados y más aún, si estos archivos ilícitos, han tenido

⁶² BUENO DE MATA, Federico. “El Agente Encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Coruña, 2011, p. 303 y ss.

⁶³ <https://www.nvidia.com/es-es/>

⁶⁴ MADRIGAL, C., “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”, 2015, pp. 25-28.

que ser introducidos por el propio agente encubierto informático, para tras hacer su función, localizarlos y eliminarlos y evitar la temida provocación de delito.⁶⁵

El requisito expreso y específico también en el análisis inteligente de los algoritmos, permite calibrar, el alcance y compromiso que puede suponer esta actividad. El control y rastreo de los algoritmos, a través de la Inteligencia Artificial, permiten conocer todos los recorridos que han tenido, donde se han generado y por qué IP han pasado. Este acceso a información y datos, protegidos por el art. 18.3 de la Constitución Española en el que *se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

3.4.D. Obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones

Esta última actividad permitida, tiene también un requisito específico de autorización, pues, en este caso no se permite la solicitud y por tanto autorización *a priori*, en un momento inicial. Mientras que la autorización específica de intercambio de archivos y análisis de algoritmos, pese a precisar ese reforzamiento, frente a la autorización general de entrada en canales cerrados con identidad falsa, puede realizarse desde el principio, la obtención de imágenes requiere una investigación iniciada previa, así el art. 282 bis, 7 LECrim: *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 desarrolle en el interior de un domicilio.*

Nuevamente se produce un aumento de la intensidad de protección, justificada por el bien jurídico protegido en este caso, pues se admitiría incluso la grabación de imágenes en el domicilio. Este compromiso de derechos no puede ser autorizado de forma mecánica en el inicio de la investigación, sin existir indicios específicos de su necesidad, para cumplir los principios mencionados anteriormente de proporcionalidad, idoneidad y excepcionalidad.

La grabación de imágenes en domicilio en los supuestos de agente encubierto físico, ya han planteado problemas en el pasado, al tratarse de un consentimiento del titular del domicilio, que se encuentra viciado por el “engaño” del policía.

La captación y grabación de imágenes, hemos referido que es una de las actividades previstas para el agente encubierto informático, pero el apartado 7 del art. 282 bis de la LECrim dirime el conflicto con el domicilio, pues especifica la posibilidad de acceso y grabación incluso en el domicilio.

El acceso al domicilio con permiso de su morador planteaba problemas pues el consentimiento del titular del mismo tiene un vicio, pues autoriza al acceso con un error

⁶⁵ STS, Sala 2^a, núm. 4038/2018, Ponente Vicente Magro Servet, CENDOJ (<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/050415cd390760f2/20181210>). “Tampoco las facultades reconocidas por el artículo al agente encubierto informático tienen encaje en la actuación que llevó a cabo Bucanero: el legislador prevé que pueda intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de esos archivos.”

en la persona, que está actuando con identidad falsa. Pese a no ser un acceso con autorización plena, sí se entiende que el agente encubierto que accede al domicilio en estas circunstancias, puede declarar en el juicio oral como testigo de lo que ve y lo que oye, aunque nunca apotrar grabaciones.⁶⁶

La STS 750/2019, se hace eco de esta posibilidad del art. 282 bis 7 LECrim, al referir que la grabación de las imágenes captadas durante una comunicación con los investigados por delitos de captación y adoctrinamiento terrorista en su domicilio no es ilegal. Durante las conversaciones online mantenidas por el agente encubierto informático se apreciaba una bandera yihadista de Al qaeda y se consideró material incriminatorio, razón por la cual se captaron las imágenes.

3.4.E. Utilización de troyanos

El art. 588 *septies* de la LECrim permite el acceso y registro de dispositivos informáticos de forma remota, mediante la instalación de software. Este software es conocido como troyano o *malware* y permite acceder a todo tipo de información y datos. Los presupuestos para poder llevar a cabo esta diligencia de investigación tecnológica se centran en el tipo delictivo, delimitando la medida en delitos dentro de organización criminal, terrorismo, con víctimas menores o con la capacidad modificada judicialmente, contra la Corona, traición y delitos desarrollados a través de medios informáticos.

Dado que este tipo de registro remoto está previsto en la LECrim, cabe pensar que es una actuación que puede ser llevada a cabo por el agente encubierto informático, dándose el presupuesto delictivo que acabamos de exponer y cumpliendo el requisito esencial de estar recogida de forma expresa en la resolución judicial. Esta resolución debe indicar de forma clara y concreta el dispositivo de almacenamiento masivo objeto de este registro telemático, el agente que la llevará a cabo, el modo de conservarse los datos y la preservación de los mismos.

3.5. Delimitación subjetiva del agente encubierto informático

El artículo 282 bis de la LECrim, sólo hace referencia a los funcionarios de forma más concreta específica Policía Judicial. De este modo se excluye a cualquier otra figura similar que pueda ostentar el cargo. Se hace una mención expresa al carácter voluntario de la figura, por lo que no puede haber coacción por parte de los superiores, debe ser una elección libre y voluntaria. En el caso que nos ocupa del agente encubierto informático, no podemos dejar de señalar, que se tratará de miembros de la Policía Judicial de las unidades especializadas informáticas, como es el caso en la Policía Nacional de la Brigada Central de Investigación Criminal (BCIT) o en la Guardia Civil el Grupo de Delitos Telemáticos. Es evidente la necesario especial capacitación y concreta habilitación de los miembros de la Policía Judicial destinados a las funciones del agente encubierto

⁶⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Presupuestos en el proceso penal español*, 2010, p. 195.

informático, pues el acceso a los canales cerrados de comunicación, a la *dark web* y todas las actividades periféricas requieren unos conocimientos tecnológicos avanzados.

Sin embargo, existen dos excepciones a la delimitada figura del agente encubierto informático, por una parte los miembros CNI (Centro Nacional de Inteligencia) en supuestos de amenazas para la seguridad del Estado⁶⁷ podrán hacer uso de este medio de investigación y por otra los agentes policiales extranjeros, en los supuestos expresamente previstos, para determinadas labores de investigación en territorio español⁶⁸, así como los miembro de EUROPOL.

3.5.A. Agente provocador

El art. 282 bis LECrim, no soluciona el conflicto del agente encubierto físico/informático en lo concerniente a los riesgos de actuación delictiva en la que podrían incurrir, estos miembros de la Policía Judicial. La eventual determinación de comisión de ilícitos se remite a la valoración del juez competente, conforme al principio rector de proporcionalidad. El apartado 5 del art. 282 bis, 5 LECrim advierte *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.*

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

No cabe duda, que al agente encubierto físico/informático se encuentra sumamente expuesto en su investigación, pues las situaciones a las que se enfrenta son en muchas ocasiones imprevisibles y debe actuar con cautela, pues *a posteriori* el órgano judicial puede valorar una falta de proporcionalidad o una provocación al delito. Habría que interpretar con posterioridad, si se produce una falta de proporcionalidad, un exceso en las actividades permitidas por la figura.

En la nueva regulación del Anteproyecto de LECrim el art. 506 Responsabilidad por conductas delictivas durante la infiltración, refiere de forma sucinta esta cuestión: *1. En ningún caso el agente encubierto podrá instigar, promover o provocar actuaciones delictivas. 2. El agente encubierto estará exento de responsabilidad por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Siempre y cuando sean proporcionadas a la finalidad de la medida, no entrañen la lesión a un bien jurídico de mayor valor que el que tratan de proteger y siempre que estén*

⁶⁷ Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

⁶⁸ Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE 15 de octubre de 2003).

directamente relacionadas con la actividad delictiva de la organización criminal investigada.

El Tribunal Constitucional ha fijado los conceptos necesarios para delimitar una posible provocación al delito. El recurso por parte de la defensa de una provocación al delito, por parte del agente es reiterada, calificando al sujeto investigado como parte pasiva en la decisión de delinquir y al agente como parte activa.

El Tribunal Constitucional define de forma clara la verdadera conducta de provocación citando la Sentencia del Tribunal Supremo 848/2003, 13 de junio⁶⁹.

La Audiencia Nacional justifica también la necesaria intervención de agente encubierto y delimita esta investigación encubierta de cualquier calificativo de provocación al delito, Audiencia Nacional, Sección 2, Sentencia Penal, 30/2019⁷⁰.

La delimitación de la provocación al delito, entendemos más determinante y que sitúa el elemento diferenciador en el momento que nace la voluntad de delinquir, previa posterior al contacto con el agente encubierto, se detalla también en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3, 25/2019⁷¹.

⁶⁹ STS, Sala 2^a, 848/2003, 13 de junio, recuperado en <https://app.vlex.com/#vid/15742563>. “... *el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesionaría los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS núm. 1344/1994, de 21 junio). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, 15 de septiembre, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación --en realidad, una forma de instigación o inducción-- parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el «iter criminis», desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial.”*

⁷⁰ Audiencia Nacional, Sección 2, Sentencia Penal, 30/2019, recuperado en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-30-2019-an-servicios-centrales-sec-2-rec-16-2018-30-12-2019-48129958>. “*La actuación del agente encubierto con la oportuna autorización judicial es una medida apta y hábil en estos casos de terrorismo yihadista cometidos a través de las redes sociales para conseguir la información de la autoría, no siendo un delito provocado en modo alguno, sino una medida reconocida legalmente para la obtención de pruebas con respecto a los hechos que son objeto de investigación, y en donde, al igual que en las medidas de limitación de derechos fundamentales se llega a un punto en la investigación en donde ya no se puede continuar, precisando la introducción de medidas de investigación, como la del agente encubierto, para acceder a esa información de la que no podría accederse de otra manera.*”

⁷¹ Audiencia Nacional, Sección 3, 25/2019, recuperado en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-25-2019-an-servicios-centrales-sec-3-rec-4-2018-04-06-2019-47994442>. “*...que el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un... ...de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo*

4. CONCLUSIONES

El agente encubierto informático responde a la necesaria actualización de los medios de investigación a las nuevas tecnologías, pues de otro modo la criminalidad se despliega a una velocidad y con unos medios, que dificultan su persecución.

No cabe duda, que los medios no solo tecnológicos, sino económicos siempre están al alcance de la delincuencia con mayor facilidad, por esta razón es precisa una constante adaptación de la legislación, especialmente en materias de investigación criminal.

Esta es una razón de la conveniencia de la investigación encubierta informática, pero no podemos olvidar que las tecnologías, el mundo virtual alcanza a todas las facetas de la vida individual y social, siendo indispensable para cualquier gestión, transacción o actividad. Por ello, el delito también se desarrolla volcado en el modo virtual, más concretamente los criminales y organizaciones criminales, debiendo hacer aquí especial mención a los terroristas.

Por estas razones, es preciso tener muy presente que el radio de actuación del agente encubierto informático no se puede reducir a los clásicos delitos tecnológicos, sino como hemos visto en el ámbito de aplicación, se extiende a diversas modalidades de delincuencia. En este punto, la superación del único concepto de delincuencia organizada es sumamente plausible, dado que existen supuestos de criminalidad y más concretamente de terrorismo, con funcionamiento celulares, que requieren investigación encubierta informática.

En el marco legislativo de esta figura, actualmente regulada por el art. 282 bis, 6 y 7 LECrim, desde la LO 13/2015, tiene especial importancia el Anteproyecto de LECrim, al cual nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo. La razón de ello se encuentra en la inminente aprobación de la nueva LECrim y a la amplia detallada regulación del agente encubierto informático en sus arts. 509 a 513.

La sensibilidad del Anteproyecto de LECrim, ante las nuevas tecnologías se refleja en la existencia de un Título destinado a *Medios de Investigación basados en datos protegidos*.

En cualquier caso, hay que destacar el perfecto equilibrio de cualquier medio de investigación, bien sea informático, tecnológico o con datos protegidos y la protección de derechos y libertades. Este espíritu se encuentra tanto en la legislación nacional como en toda la reglamentación de la UE, requiriendo unos estrictos mecanismos de licitud y sometimiento al principio de legalidad. Para ello el control judicial es crucial en estas materias.

Para el caso concreto del agente encubierto informático en la actual LECrim la autorización genérica de entrada en canales cerrados bajo identidad falsa y las específicas de intercambio de archivos y análisis de algoritmos, así como la de grabación de imágenes, ya iniciada la investigación es competencia del Juez Instructor, pese a la posible solicitud del Ministerio Fiscal. En el Anteproyecto de LECrim, debido al cambio

siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, mientras que el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto.”

de modelo de dirección de la Instrucción, este control es llevado a cabo por el Juez de Garantías.

Pese a esta herramienta necesaria de investigación criminal virtual, debemos tener en cuenta que estamos en un escenario cambiante y en continua evolución, razón por la cual, que las averiguaciones y persecuciones criminales con base tecnológica son y van a ser una constante a las cuales será preciso, que el legislador se adapte, tal es el caso de Inteligencia Artificial al servicio de la investigación, elaboraciones de perfiles, reconocimiento fácil, biométrico...

Sin embargo, todos estos avances tecnológicos deberán tener como planteamiento central el respeto a la persona, sus derechos y libertades.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Abogacía y Proceso Penal*, “El agente encubierto”, Valencia 2021.

BARRIENTOS PACHO, J M^a, *Práctico Procesal Penal* (Agosto 2021), recuperado en <https://app.vlex.com/#vid/380392994>.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”*, Madrid, 2004.

BUENO DE MATA, Federico. “El Agente Encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Coruña, 2011.

CAROU GARCÍA, S., “Cuadernos de la Guardia Civil”, nº 56, 2018.

ESTRADA POSADA, R. S y SOMELLERA R. en “Delitos informáticos, Informática y derecho”, *Revista iberoamericana de derecho informático*, 1998.

GASCÓN INCHAUSTI, F. “Infiltración policial y «agente encubierto», Granada, 2001 *La Ley penal*, núm. 18, enero de 2016.

GRANADOS PÉREZ, C., “Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente Encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia”, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ GARCÍA, S., “La prueba obtenida por el agente encubierto informático: Un examen sobre su validez procesal y constitucional”, *La justicia digital en España y la Unión Europea*, J. Conde Fuentes y G. Serrano Hoyo (dirs.), Barcelona 2019.

NIEVA FENOLL, J., “El procedimiento de investigación”, *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Valencia 2022.

- ORTIZ PRADILLO, J. C., “Vigilancias policiales y utilización de dispositivos de seguimiento”, *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Valencia 2022.
- REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a, “Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de delitos de *child grooming* y su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de investigación tecnológica”, *Justicia Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2018.
- VELASCO NÚÑEZ E., “Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”, *La Ley Penal*, 2016.
- VELASCO NÚÑEZ E., “Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en Internet”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 1-2/2010, enero 2010.
- VILLAR FUENTES, I., “Reflexiones sobre el agente encubierto informático”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Coord. FUENTES SORIANO, O., Valencia 2017.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Presupuestos en el proceso penal español*, 2010.

ANÁLISIS

Protección penal contra la aporofobia en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: un paralelo entre la realidad española y brasileña

Criminal protection against aporophobia in the context of the 2030 Agenda for Sustainable Development: a parallel between the Spanish and Brazilian reality

APARECIDA DE SOUSA DAMASCENO

Abogada

Brasil

damasceno.aparecida.adv@gmail.com

Resumen: El presente trabajo de investigación, a partir del estudio bibliográfico y de la estrategia metodológica cualitativa, pretende una reflexión sobre la necesidad de protección penal contra la aporofobia, estableciendo un paralelo entre la realidad española y brasileña en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En este sentido, se profundiza en torno del concepto de aporofobia y su comprensión a la luz de la tutela constitucional de los colectivos vulnerables y de la dignidad de la persona, reflexionando sobre el marco normativo de la aporofobia en España, sobre la situación en Brasil y la importancia de la participación popular en el debate sobre el tema. La promoción de sociedades inclusivas, con la facilitación del acceso a la justicia para todos, es también un hilo conductor de este estudio.

Abstract: This research, based on the bibliographic study and the qualitative methodological strategy, aims to reflect on the importance of criminal protection against aporophobia, establishing a parallel between the Spanish and Brazilian reality in the context of the 2030 Agenda for Sustainable Development. For this, it deepens around the concept of aporophobia and its understanding in light of the constitutional protection of vulnerable groups and the dignity of the person, reflecting on the regulation on aporophobia in Spain, on the situation in Brazil and the necessity of popular participation in the debate on the matter. The promotion of inclusive societies, with the facilitation of access to justice for all, is also a common thread of this study.

Recepción: 15/04/2022

Aceptación: 14/11/2022

Cómo citar este trabajo: DE SOUSA DAMASCENO, Aparecida, “Protección penal contra la aporofobia en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: un paralelo entre la realidad española y brasileña”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 231-260, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.08>

Palabras clave: aporofobia, protección penal, dignidad de la persona, Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Keywords: *aporphobia, penal protection, dignity of the person, 2030 Agenda for Sustainable Development.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS METODOLÓGICOS. 2.1. Descripción del problema y justificación de su elección. 2.2. Objetivo general y objetivos específicos. 2.3. Abordaje y estrategias de investigación. 3. CONSTRUCCIÓN DE CONCEPTOS. 3.1. Pobreza y vulnerabilidad social. 3.2. Exclusión social. 3.3. Aporofobia. 4. EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES. 4.1. La dignidad como valor intrínseco de la persona. 4.2. El principio de la dignidad en las Constituciones de España y Brasil. 5. PROTECCIÓN PENAL CONTRA LA APOROFobia: ANÁLISIS CONTEXTUAL Y NORMATIVA EN ESPAÑA Y BRASIL. 5.1. Breve recorrido estadístico en España y Brasil. 5.2. El marco normativo. 5.3. La importancia de la participación popular en el debate. 6. RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN CONTRA LA APOROFobia Y LA AGENDA 2030 PARA ELE DESARROLLO SOSTENIBLE. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

*“Caminante, no hay camino:
Se hace camino al andar”.*¹

Los caminos se construyen caminando. Por eso, para construir un mundo más justo y solidario, es fundamental avanzar paso a paso, con mucha ilusión, creatividad y determinación. La palabra *aporofobia* fue acuñada por la profesora Adela Cortina Orts, Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, que en 2017 publicó el libro “Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia”. En diciembre de este mismo año, la Real Academia Española de la Lengua (RAE) incluyó en su diccionario esta palabra y la definió como “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”.

El neologismo *aporofobia* también fue elegido la palabra del año 2017 por la Fundación del Español Urgente - Fundéu².

La ausencia de una palabra específica para designar un problema que, de hecho, ya es tan antiguo, contribuyó por mucho tiempo a su invisibilidad, dificultando el debate sobre el tema. A partir de la inclusión de la aporofobia en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la ampliación del debate sobre la violencia contra las personas sin

¹ MACHADO, Antonio (2010). *Proverbios y cantares*. Biblioteca Virtual Universal. Editorial del Cardo. Recuperado a partir de: <<https://biblioteca.org.ar/libros/158144.pdf>>. Consultado el 17 de julio de 2021.

² La Fundación del Español Urgente - Fundéu es una institución sin ánimo de lucro que tiene como principal objetivo impulsar el buen uso del español en los medios de comunicación.

recursos, especialmente las que viven en la calle, viabilizó discusiones sobre la necesidad de incluir también en el Código Penal español normas destinadas a punir delitos cometidos por motivos de aporofobia.

Así, tras regular trámite legislativo, en 2021 se incluyó la aporofobia en el Código Penal español, a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio – lo que se espera que permita una mayor prevención contra la práctica de conductas aporofóbicas. Actualmente esta palabra aparece seis veces en el Código Penal de España (Artículo 22, 4º; Artículo 314; Artículo 511, 1 y 2; Artículo 512 y Artículo 515, 4º).

Antes de la disposición legal, análisis estadísticos realizados por el Ministerio del Interior español (Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España) ya tenían en cuenta la aporofobia e indicaban datos preocupantes. Las circunstancias de los delitos de odio relacionados con el fenómeno de la aporofobia también ya apuntaban a la importancia de proteger a las víctimas en esta situación de especial vulnerabilidad. Además, se sabe que las estadísticas no reflejan la totalidad de los delitos, ya que muchos casos ni siquiera llegan a ser denunciados.

La existencia de normas para la protección penal contra la aporofobia y la necesaria discusión constante sobre el tema, asociados a una educación basada en el respeto y capaz de viabilizar que las posibles víctimas sean conscientes de sus derechos puede hacer posible que, a largo plazo, además de la perspectiva meramente punitiva, el Derecho penal cumpla también su misión preventiva en el combate a los delitos con motivación aporofóbica.

Por otro lado, en Brasil el debate aún es muy incipiente. Solo en este año de 2021, y a partir del ejemplo español, se incluyó la palabra aporofobia en el Vocabulario Ortográfico. Sin embargo, desde 2020 ya tramita en la Cámara de Diputados brasileña el Proyecto de Ley 3.135, propuesto por el diputado Fábio Trad, que tiene como objetivo introducir la aporofobia en el Código Penal.

Ante este escenario, esta investigación busca, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, una reflexión sobre la necesidad de protección penal contra la aporofobia, partiendo de un paralelo entre la realidad española y brasileña. España, pionera en la regulación de la materia, tiene mucho que enseñar al mundo sobre los impactos de la aplicación de la recién aprobada norma.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

“[...] una buena política antipobera es la que intenta promocionar a las personas para que puedan salir de ella”³.

³ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. 1^a edición. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, Editorial Planeta, pág. 35.

La investigación científica es muy importante para comprender fenómenos que se desarrollan en la sociedad a lo largo del tiempo, y para la búsqueda de soluciones a problemas concretos. Reflexionar sobre conductas de rechazo y odio a las personas pobres es un paso importante en la formulación de políticas públicas de combate a la pobreza y marginalidad, haciendo también que este colectivo tenga más conciencia de sus propios derechos.

La realidad de las personas sin hogar es una de las más desconocidas, lo que facilita que se perpetúe el estigma, los mitos y los prejuicios que han acompañado la imagen que la sociedad tiene de estas personas⁴. La discusión sobre las causas de la aporofobia depende de un abordaje profundizado de varios factores, todos interrelacionados.

Muchas personas creen que la pobreza es una condición voluntaria; desarrollando, por desconocimiento, innumerables prejuicios y rumores. El sistema capitalista y el modelo económico liberal contribuyen mucho a esta situación, considerando que, a partir de la noción de meritocracia, teóricamente, los que se dedican tendrán éxito (y la ausencia de éxito, por tanto, sería un indicativo de falta de esfuerzo). Este es un pensamiento evidentemente equivocado, porque existe un conjunto de factores políticos, sociales y económicos que llevan una persona al contexto de pobreza – como la mala distribución de recursos y la falta de oportunidades relacionadas con la educación, formación profesional y trabajo.

En este sentido, a partir de un estudio bibliográfico, esta investigación pretende examinar los perímetros de la protección penal contra la aporofobia en España (donde la norma fue aprobada recientemente, en junio de 2021), en contraste con la realidad brasileña, donde la discusión es aún incipiente, a través de una estrategia metodológica cualitativa.

3. CONSTRUCCIÓN DE CONCEPTOS

“Muita coisa importante falta nome”⁵.

Falta nombre para muchas cosas importantes, como señaló el importante escritor brasileño João Guimarães Rosa en su obra “*Grande Sertão: Veredas*”.

La aporofobia, a pesar de ser un fenómeno concreto y presente en las sociedades desde los tiempos más remotos, no existía como palabra, lo que dificultaba su discusión y la confrontación del problema. Por otro lado, se sabe que muchos fenómenos que ya han sido nombrados también carecen de una comprensión más profunda, ya que, por su complejidad, la simple definición genérica es insuficiente para abarcar todos sus matices.

⁴ HATENTO (2015a). *Algunas pautas. Muchos retos. Los delitos de odio contra las personas sin hogar*. Primera edición. Madrid: Fundación RAIS, pág. 04.

⁵ GUIMARÃES ROSA, João (1994). *Grande Sertão: Veredas*. – Vol. 2. Biblioteca Luso-brasileira. Rio de Janeiro: Nova Aguilar.

Para discutir la protección penal contra la aporofobia es necesario, en primer lugar, construir algunos conceptos que son claves para la adecuada comprensión de la dimensión del fenómeno y para la búsqueda de soluciones en sintonía con los derechos fundamentales.

Así, es necesario comprender inicialmente los conceptos de pobreza, de vulnerabilidad y de exclusión social, para luego entender qué es la aporofobia, cuáles son sus raíces y cuáles son los caminos para superarla.

3.1 Pobreza y vulnerabilidad social

La pobreza y la vulnerabilidad son conceptos complejos que merecen atención. Conforme el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE), pobre es el “necesitado, que no tiene lo necesario para vivir”.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la pobreza es una condición humana caracterizada por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales; y la extrema pobreza es una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social, en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible⁶.

La pobreza representa, por tanto, una serie de restricciones a la existencia digna de los sujetos, imponiéndoles una vida de privaciones. Amartya Sen afirma que el desarrollo demanda la eliminación de fuentes de la ausencia de libertad, incluidas: “pobreza y tiranía, oportunidades económicas escasas y privaciones sociales sistemáticas, falta de servicios públicos, intolerancia y sobre actuación de estados represivos”⁷. Así, para esta autora, la pobreza significa también falta de libertad.

La situación de pobreza supone una imposibilidad de llevar adelante los planes de vida y carencia de las capacidades básicas necesarias para tomar las riendas de la vida, que tiene para quien la sufre consecuencias indeseables como no poder ser agente de su vida, y no poder perseguir la felicidad por el camino que desearía elegir⁸. En este sentido, es fundamental que los Estados y la sociedad civil tomen medidas urgentes y sostenibles

⁶ NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*. Resolución 21/11, 27 de septiembre de 2012. Consejo de Derechos Humanos, pág. 02. Recuperado a partir de: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2021.

⁷ SEN, Amartya (2000). *El desarrollo como libertad*. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales - Distrito Federal, México. Gaceta Ecológica, n. 55, pág. 15. Recuperado a partir de: <<https://www.redalyc.org/pdf/539/53905501.pdf>>. Consultado el 14 de agosto de 2021.

⁸ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, op. cit.*, pág. 130.

para combatir la pobreza, permitiendo a este colectivo vulnerable la emancipación de una existencia de pocas oportunidades.

Conforme las Naciones Unidas⁹, las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social para ejercer sus derechos y, en consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente – como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud –, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza; por lo que las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente.

En esta perspectiva, es necesario cuestionar las raíces de la pobreza y los problemas que la originan. Es necesario comprender por qué el modelo económico actual permite la concentración de recursos en las manos de unos pocos, haciendo insuficientes esfuerzos para combatir la privación de derechos de tantas otras personas.

Cortina Orts¹⁰, afirma que “El pobre es el que queda fuera de la posibilidad de devolver algo en un mundo basado en el juego de dar y recibir”. Por eso la pobreza es un fenómeno que provoca la exclusión social.

Paul Spicker sostiene que la pobreza es un tema multidimensional, formulando grupos de significados a partir de condiciones materiales, económicas y sociales, conforme la figura:

⁹ NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pág. 02.

¹⁰ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, *op. cit.*, pág. 80.

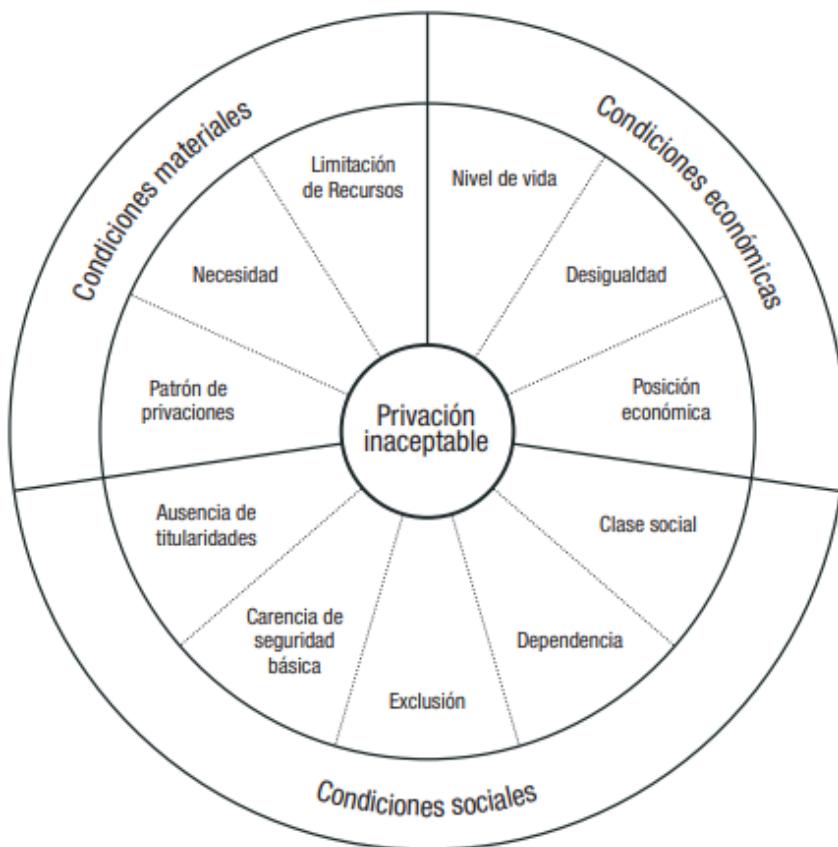


Figura 1: Aspectos similares en diferentes conceptos de pobreza¹¹

Según Spicker¹², la pobreza como un concepto material significa que “la población es pobre porque no tiene algo que necesita, o cuando carece de los recursos para acceder a las cosas que necesita”.

Ya la pobreza como situación económica tiene como uno de los enfoques más utilizados el de los ingresos, asociando la pobreza a bajos ingresos, a la posición económica y a la desigualdad – las personas pueden ser consideradas pobres porque están en condición de desventaja económica respecto de otros en la sociedad¹³.

Por fin, las definiciones de pobreza a partir de las condiciones sociales tienen como criterio la idea de “clase social”, que identifica la posición socioeconómica con el estatus socioeconómico. Para esta concepción, los roles sociales y ocupacionales son constitutivos de la noción de clase¹⁴.

¹¹ SPICKER, Paul (2009). *Definiciones de pobreza: doce grupos de significados*. En Pobreza: Un glosario internacional. Edición a cargo de Paul Spicker; Sonia Alvarez Leguizamón y David Gordon – 1^a ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, pág. 302.

¹² SPICKER, Paul (2009). *Definiciones de pobreza: doce grupos de significados, op. cit.*, pág. 292.

¹³ SPICKER, Paul (2009). *Definiciones de pobreza: doce grupos de significados, op. cit.*, pág. 295.

¹⁴ SPICKER, Paul (2009). *Definiciones de pobreza: doce grupos de significados, op. cit.*, pág. 297.

Por otro lado, el vulnerable, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE), es el “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. Cualquier persona, en algún momento de la vida, puede atravesar una situación de vulnerabilidad. Así, la vulnerabilidad en el contexto social es también un concepto polisémico y multidimensional. En los múltiples usos en boga de esta noción, parece predominar el supuesto de que la vulnerabilidad social es un rasgo de la privación de recursos económicos, sociales y culturales de que disponen los individuos, hogares, comunidades, o grupos específicos en una sociedad, para cubrir sus necesidades fundamentales y hacer frente de manera exitosa a situaciones adversas producto de la presencia de crisis sociales¹⁵.

A partir de estos conceptos, se observa que la pobreza es un factor capaz de generar vulnerabilidad social y obstaculizar el acceso a derechos básicos, en afronta a la dignidad de la persona.

3.2. Exclusión social

Para Spicker¹⁶ la exclusión social afecta a individuos, grupos y áreas geográficas; y puede ser vista no sólo en términos de niveles de ingreso, sino también vinculada a cuestiones como salud, educación, acceso a servicios, vivienda y deuda.

La exclusión social es un concepto más amplio que el de pobreza, y por eso se utiliza cada vez con mayor frecuencia. Hernández Pedreño afirma que el concepto de exclusión social ha sustituido en gran medida al de pobreza, porque “explica con mayor claridad los nuevos grupos sociales vulnerables, así como los distintos ámbitos vitales en los que se ven afectados (ingresos, salud, trabajo, educación, relaciones sociales, vivienda y participación)”¹⁷.

La exclusión social tiene su origen en la mala distribución de los recursos, que dificulta el acceso a derechos fundamentales. Cortina Orts¹⁸ comenta que un gran problema mundial es la globalización económica asimétrica, que beneficia de modo diferente a los distintos estratos sociales, generando desigualdad, hambre y exclusión; y critica la ausencia de una ética y una política igualmente globalizadas, que permitan poner los bienes de la globalización al servicio de las personas.

¹⁵ MORA SALAS, Minor; PÉREZ SÁINZ, Juan Pablo (2006). *De la vulnerabilidad social al riesgo de empobrecimiento de los sectores medios: un giro conceptual y metodológico*. Revista Estudios sociológicos, Vol. 24, n. 70, Ciudad de México, pág. 104.

¹⁶ SPICKER, Paul (2009). *Definiciones de pobreza: doce grupos de significados*, op. cit., pág. 299.

¹⁷ HERNÁNDEZ PEDREÑO, Manuel (2010). *El estudio de la pobreza y la exclusión social. Aproximación cuantitativa y cualitativa*. Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 69 (24,3), Universidad de Zaragoza, Zaragoza, pág. 26.

¹⁸ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 141.

El sinhogarismo constituye la forma más extrema de exclusión social, porque limita la participación plena de las personas como ciudadanos o ciudadanas y, de hecho, cuestiona el estatus mismo de ciudadanía¹⁹.

Se observa, por tanto, que la exclusión social es un fenómeno complejo, que debe combatirse a partir de la unión de esfuerzos de diferentes agentes, a nivel global. La formulación e implementación de políticas públicas y acciones sociales inclusivas es fundamental en la formación de contextos más solidarios y comprometidos con el desarrollo sostenible, sin excluir a nadie.

3.3. Aporofobia

La aporofobia es una palabra reciente, creada por Adela Cortina Orts para fomentar el debate²⁰ sobre un viejo problema de la humanidad: el rechazo a las personas pobres.

Para Cortina Orts²¹, la aporofobia es el desprecio al pobre, el rechazo a quien no puede devolver nada a cambio, o al menos, parece no poder hacerlo. Por eso se le excluye en un mundo basado en el dar y el recibir, en el que sólo pueden participar los que parecen tener algo interesante que devolver como retorno.

Es el pobre el *áporos*, el que molesta, incluso el de la propia familia, porque se vive al pariente pobre como una vergüenza que no conviene airear, mientras que es un placer presumir del pariente triunfador, bien situado en el mundo académico, político, artístico o en el de los negocios²².

Así, quien comete esta conducta de odio se convence de que existe una desigualdad estructural en relación a la víctima, y cree que está en una posición de superioridad frente a ella, utilizando el discurso para seguir manteniendo esa sensación de superioridad, como sucede con la ideología²³. Al final, se logra que la víctima se desprecie a sí misma, después de experimentar el desprecio ajeno.

La aporofobia incluye la invisibilidad, la discriminación, los insultos o las vejaciones a las personas pobres y, en situaciones más extremas, violencia física²⁴. Luego, es

¹⁹ HATENTO (2015b). *Muchas preguntas. Algunas respuestas. Los delitos de odio contra las personas sin hogar*. Primera edición. Madrid: Fundación RAIS, pág. 09.

²⁰ “Por eso, estas realidades sociales necesitan nombres que nos permitan reconocerlas para saber de su existencia, para poder analizarlas y tomar posición ante ellas. En caso contrario, si permanecen en la bruma del anonimato”, conforme CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 18.

²¹ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 14.

²² CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 21.

²³ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 38.

²⁴ HOGAR SÍ (2021). *Denuncia y judicialización de los delitos de odio: Un laberinto para las víctimas en situación de sinhogarismo*. Madrid: Fundación RAIS. Recuperado a partir de: <https://hogarsi.org/pdf/2021_HOGAR_SI_Denuncia_y_judicializaci%C3%B3n_delitos_de_odi.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2021.

fundamental promover una cultura de inclusión, que no solo sea eficaz en combatir las ideas aporofóbicas, sino que también sea capaz de fortalecer a las víctimas potenciales y concienciarlas de sus derechos.

Un factor que contribuye a la diseminación de la aporofobia es la asociación entre pobreza y delincuencia, que promueve una cultura de miedo, favoreciendo la exclusión. La aporofobia se induce, se provoca, se aprende y se difunde a partir de relatos alarmistas y sensacionalistas que relacionan a las personas de escasos recursos con la delincuencia y con una supuesta amenaza a la estabilidad del sistema socioeconómico. Sin embargo, un análisis riguroso de los datos disponibles nos muestra que la mayor parte de la delincuencia, y la más peligrosa, no procede de los sectores pobres de la población²⁵.

Para Pérez Cepeda, “nos encontramos con un Derecho Penal distópico, imperfecto y profundamente desigual, en el que existe un estrecho vínculo entre la responsabilidad penal y la pobreza”²⁶.

En este sentido, es importante reflexionar sobre las acciones que refuerzan la exclusión y, así, promover un cambio de mentalidad, de discursos y de medidas sociales, políticas y económicas. Para que esto suceda, es fundamental la educación en derechos humanos, así como la producción y difusión de información fiable, buscando consolidar un ambiente de respeto y colaboración entre las personas para la construcción de un mundo más justo, fraterno y solidario.

4. EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES

“Los nadies: los hijos de nadie, los dueños de nada. [...] Que no son, aunque sean. [...] Que no figuran en la historia universal, sino en la crónica roja de la prensa local”²⁷.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, fue elaborada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo de evitar la repetición de los horrores de ese conflicto. En su Artículo 1º, la dignidad está expresa como valor inherente a todo ser humano: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y

²⁵ MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio (2002). *Aporofobia*. En CONILL, Jesús (coord.): *Glosario para una sociedad intercultural*. Valencia: Editora Bancaja, pág. 18.

²⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2022). *Aporofobia y Derecho penal en el Estado social*. En BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; GIL NOBAJAS, María Soledad (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de la aporofobia*. Volumen 14. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, pág. 69.

²⁷ GALEANO, Eduardo (1989). *El libro de los abrazos*. Buenos Aires: Editora Catálogos, pág. 52.

conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”²⁸. En 1945, la dignidad ya se había mencionado, también, en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

La definición de dignidad formulada por el filósofo Immanuel Kant en el siglo XVIII – la persona como un fin en sí misma, y nunca solamente como un medio – sigue siendo utilizada con frecuencia en la actualidad: aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad – aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio sino un valor interno, esto es, *dignidad*²⁹.

Conforme Cabrera Caro³⁰, ser persona o tener dignidad es lo mismo: además de un atributo natural, constituye el principio de la igualdad – porque todos pertenecemos a la misma especie, poseemos la misma naturaleza y, en consecuencia, la misma dignidad.

Las conductas aporofóbicas olvidan la dignidad: el ser humano en condición de pobreza no es visto como alguien que tiene valor en sí mismo, sino como alguien que no puede ofrecer nada a cambio: “Y es que es el pobre el que molesta, el sin recursos, el desamparado, el que parece que no puede aportar nada positivo al PIB del país al que llega o en que vive desde antiguo, el que, aparentemente al menos, no traerá más que complicaciones.”³¹.

A pesar del reconocimiento de la dignidad a todos los seres humanos, sin distinción, y de la afirmación de este principio con carácter universal a nivel formal, materialmente en el siglo XXI persisten una serie de factores y circunstancias que refuerzan la exclusión, ignorando la dignidad de personas y colectivos en situación de vulnerabilidad. En este sentido, el concepto de dignidad, cuando no es plenamente eficaz en el mundo práctico, corre el riesgo de convertirse en una expresión vacía.

El poema de Galeano en el epígrafe de este capítulo describe una realidad que no debería ser tan común: la consideración del ser humano como “nadie” por falta de recursos. Es necesario repensar la palabra dignidad y, más allá de un concepto, convertirla en un norte para la formulación y aplicación de políticas públicas más inclusivas.

²⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas, 217 (III) A, 10 de diciembre de 1948. Recuperado a partir de: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Consultado el 24 de septiembre de 2021.

²⁹ KANT, Immanuel (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de M. García Morente. Madrid: Encuentro, pág. 74.

³⁰ CABRERA CARO, Leticia (2002). *Autonomía y dignidad: la titularidad de los derechos*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, 3, 11-41, pág. 37. Recuperado a partir de: <<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110011A>>. Consultado el 19 de septiembre de 2021.

³¹ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, op. cit.*, pág. 14.

4.1. La dignidad como valor intrínseco de la persona

La dignidad es un valor intrínseco a la persona, independientemente de cualquier condición. Esta premisa es el punto de partida para la protección de los derechos fundamentales.

Para Pele³², la idea de dignidad humana suele ser definida actualmente de dos formas complementarias: primero como valor de todos los seres humanos, y segundo, como el fundamento de los derechos fundamentales. En relación con el primer aspecto, la dignidad humana sería un valor inherente y absoluto al ser humano. En cuanto al segundo aspecto, los derechos humanos tendrían su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de la dignidad humana. Estas dos dimensiones permiten entender el paradigma contemporáneo de dignidad: atribuyen un valor intrínseco al ser humano, que no depende de ninguna conducta para ser adquirido (siendo intrínseco) y justificando la consolidación y el desarrollo de los derechos fundamentales³³.

Habermas³⁴ sostiene que, en la historia, la experiencia de violaciones a la dignidad de la persona desempeñó en muchos casos (y puede desempeñar aún) una función creativa, incluso ante la marginación de las clases sociales empobrecidas; una vez que, a la luz de retos históricos específicos, “diferentes aspectos del significado de la dignidad humana surgen desde la pléthora de experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente”.

En este sentido, la observación de situaciones humillantes y degradantes, como es el caso de los comportamientos aporofóbicos, puede funcionar como un impulso creativo para ampliar la protección de la dignidad a través del desarrollo de los derechos fundamentales. Según Habermas³⁵, las experiencias de exclusión, maltrato y discriminación enseñan que los derechos civiles clásicos adquieren igual valor para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales.

En este contexto, es de suma importancia la previsión de la dignidad de la persona en las normas constitucionales de cada país, orientando las acciones de las personas, de la sociedad y del Estado.

4.2. El principio de la dignidad en las Constituciones de España y Brasil

A principios del siglo XX la dignidad de la persona fue prevista normativamente en las Constituciones de México (1917) y de Alemania en Weimar (1919). Pero fue después de

³² PELE, Antonio (2015). *La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales*. Revista Brasileira de Direito, 11(2): 7-17, julio-diciembre, Passo Fundo, pág. 07-08.

³³ PELE, Antonio (2015). *La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales*, op. cit., pág. 07-08.

³⁴ HABERMAS, Jürgen (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Dianoia: Anuario de Filosofía, vol. 55, n. 64, páginas 3-25, pág. 08.

³⁵ HABERMAS, Jürgen (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, op. cit., pág. 09.

la Segunda Guerra Mundial cuando el concepto ganó mayor prominencia, y varias Constituciones incluyeron la protección en sus textos.

La Constitución Española establece en su Artículo 10.1 que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”.

A partir de la disposición constitucional, la dignidad de la persona se convierte en parámetro para la conducta de todos y en base para decisiones judiciales. A modo ilustrativo, es válido mencionar dos importantes decisiones del Tribunal Constitucional de España.

En la Sentencia 120/1990, de 27 de junio, en la que se discutió la situación de personas reclusas en un centro penitenciario de Madrid, la Corte entendió que la dignidad ha de permanecer inalterada, cualquiera que sea la circunstancia en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, “un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”³⁶.

Ya en la Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, sobre protección civil del derecho al honor de una mujer judía, el Tribunal destacó que de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menoscabar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social³⁷.

En Brasil, la Constitución prevé en su Artículo 1º, III, que la República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de Estados y Municipios y el Distrito Federal, constituye un Estado Democrático de Derecho y tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona³⁸.

El Supremo Tribunal Federal en Brasil, que tiene como principal competencia la salvaguardia de la Constitución³⁹, ya invocó como fundamento de varias de sus decisiones

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1990). Boletín Oficial del Estado. *Sentencia 120/1990, de 27 de junio*. Publicada en: BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990. Recuperado a partir de: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/1545>>. Consultado el 03 de octubre de 2021.

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1991). Boletín Oficial del Estado. *Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre*. Publicada en: BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991. Recuperado a partir de: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/1853>>. Consultado el 03 de octubre de 2021.

³⁸ BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da União.

³⁹ Así prevé el Artículo 102, *caput*, de la Constitución Brasileña. BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da União.

la dignidad de la persona. En el contexto del Habeas Corpus 85237/DF, de 17 de marzo de 2005, por ejemplo, resaltó que el postulado de la dignidad de la persona representa, considerada la centralidad de este principio esencial, un significativo vector interpretativo, un verdadero valor-fuente que configura e inspira todo el orden constitucional vigente en Brasil⁴⁰.

Por tanto, se observa que la presencia del principio de la dignidad de la persona en las Constituciones es necesaria para orientar de manera clara el comportamiento de las personas, de la sociedad y del Estado, influyendo en la producción de leyes adecuadas, en su posterior aplicación y en las decisiones de los tribunales.

5. PROTECCIÓN PENAL CONTRA LA APOROFOBIA: ANÁLISIS CONTEXTUAL Y NORMATIVA EN ESPAÑA Y BRASIL

*“El progreso del estado de derecho y de la democracia sustancial, difícil y fatigoso, consiste obviamente, más que en el crecimiento de las promesas, en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad”*⁴¹.

Considerando lo expuesto en los capítulos anteriores, se observa que la protección penal contra la aporofobia puede contribuir a garantizar la efectividad del principio de la dignidad de la persona, ofreciendo a potenciales víctimas las herramientas necesarias para actuar frente a las conductas aporofóbicas, para que dejen de ocupar un espacio de anonimato e impunidad. Cortina Orts⁴² sostiene que es necesario castigar este tipo de delitos no sólo porque el derecho tiene una función punitiva y rehabilitadora, sino también porque tiene una función comunicativa.

Es fundamental establecer cuáles son los principios de una sociedad. La norma jurídica tiene, en esta perspectiva, el papel de decir lo que se admite y lo que no se admite en determinado tiempo y lugar. Así, la función comunicativa está en “dejar constancia de que esa sociedad no está dispuesta a tolerar determinadas acciones, porque violan los valores que le dan sentido e identidad”⁴³.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (2005). Diario de Justicia. *Habeas Corpus 85237/DF*, de 17 de marzo de 2005. Publicado en: Diario de Justicia de 29 de abril de 2005. Recuperado a partir de: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79796>>. Consultado el 10 de octubre de 2021.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, pág. 867.

⁴² CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, op. cit.*, pág. 39.

⁴³ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, op. cit.*, pág. 41.

El Derecho penal debe estar comprometido con los derechos fundamentales, regulando temas relacionados a bienes jurídicos relevantes; de lo contrario, puede dejar desprotegidas a las posibles víctimas de esa omisión. La aporofobia, como conducta de odio, merece ser combatida a través de la protección penal.

Para Ferrajoli⁴⁴, el Derecho penal es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación, que se manifiesta en restricciones sobre las personas de los potenciales desviados, de todos aquellos de los que se sospecha o de los que son condenados como tales. Las restricciones son tres, y corresponden cada una de ellas a los tres momentos de la técnica punitiva. La primera restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones⁴⁵.

Por tanto, el Derecho penal es un instrumento importante para la protección de bienes jurídicos fundamentales, mediante la prevención de delitos. Cortina Orts⁴⁶ defiende que, si actuamos de forma más prosocial cuando nos sentimos observados por otras personas, sería conveniente ir lanzando mensajes claros de que la sociedad rechaza las conductas aporofóbicas y apuesta por actuaciones que empoderan a los pobres, así como publicitar que apreciamos las acciones que tienden a incluir en vez de excluir; a acoger, y no rechazar.

La protección penal contra la aporofobia, además de su carácter punitivo y educativo, representa en su función preventiva una forma de enfatizar que la sociedad no admite este tipo de conductas, y que el problema no debe permanecer en el anonimato. El Derecho penal debe ser un instrumento a favor de la democracia y de la justicia social, no un mecanismo de opresión.

El sistema penal es excluyente en la medida en que hereda y refuerza la situación de exclusión social preexistente: la define, la criminaliza y le da respuesta punitiva, de manera que integran así el Derecho penal de exclusión el conjunto de normas penales que potencian, activa u omisivamente, las situaciones de exclusión social⁴⁷.

La motivación fundamental de un delito de odio es la intolerancia, los prejuicios y el rechazo hacia determinados grupos, que son considerados diferentes. En el caso de las

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pág. 209.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pág. 209.

⁴⁶ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 95-96.

⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. 1^a edición. Barcelona: Bosch Editor, pág. 58.

personas sin hogar, estas serían seleccionadas por el hecho de vivir en la calle, en contexto de exclusión social⁴⁸.

En este sentido, las normas de protección contra la aporofobia ya vigentes en España, y el Proyecto de Ley para la criminalización de la aporofobia en Brasil son medidas fundamentales en la lucha contra estos comportamientos, ampliando el debate sobre el tema y, principalmente, a la luz de los derechos fundamentales, protegiendo a las víctimas, que son un colectivo en situación de gran vulnerabilidad.

5.1. Breve recorrido estadístico en España y Brasil

El Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España⁴⁹ registró 12 (doce) hechos conocidos relacionados a aporofobia en España en 2019 y 10 (diez) hechos conocidos en 2020. Además, 06 (seis) hechos relacionados a aporofobia fueron esclarecidos en España en 2019, y 09 (nueve) en 2020.

En 2020 el perfil de las víctimas según sexo fue de 08 (ocho) víctimas hombres y 01 (una) mujer; y el perfil de los autores según sexo fue de 08 (ocho) autores hombres y 04 (cuatro) mujeres⁵⁰.

Sin embargo, los datos mencionados son aún insuficientes para verificar la dimensión del problema, ya que muchos hechos no se denuncian.

Uno de los problemas fundamentales cuando tratamos de abordar los delitos de odio contra las personas sin hogar es la falta de datos y la dificultad de comparar las pocas fuentes existentes – el escaso nivel de denuncias de las personas sin hogar de este tipo de hechos dificulta que tengamos datos oficiales. La falta de datos cuantitativos oficiales hace que se tienda a minimizar los hechos en cuanto a alcance y gravedad del problema⁵¹.

En Brasil, en el período de septiembre de 2012 a marzo de 2020 hubo un aumento significativo (140%) de la población sin hogar, en razón de la crisis económica y del aumento del desempleo y de la pobreza⁵², como se muestra en el siguiente gráfico:

⁴⁸ HATENTO (2015a). *Algunas pautas. Muchos retos. Los delitos de odio contra las personas sin hogar*, op. cit., pág. 06.

⁴⁹ MINISTERIO DEL INTERIOR (2020). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*. Gobierno de España. Dirección General de Coordinación y Estudios, pág. 17. Recuperado a partir de: <<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>>. Consultado el 27 de octubre de 2021.

⁵⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR (2020). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*. op. cit., pág. 30.

⁵¹ HOGAR SÍ (2021). *Denuncia y judicialización de los delitos de odio: Un laberinto para las víctimas en situación de sinhogarismo*, op. cit., pág. 21.

⁵² NATALINO, Marco (2020). *Nota técnica n. 73. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020)*. IPEA, Diretoria de Estudos e Políticas Sociais, Brasília, pág. 12. Recuperado a partir de: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10074/1/NT_73_Disoc_Estimativa%20da%20populacao%20em%20situacao%20de%20rua%20no%20Brasil.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2021.

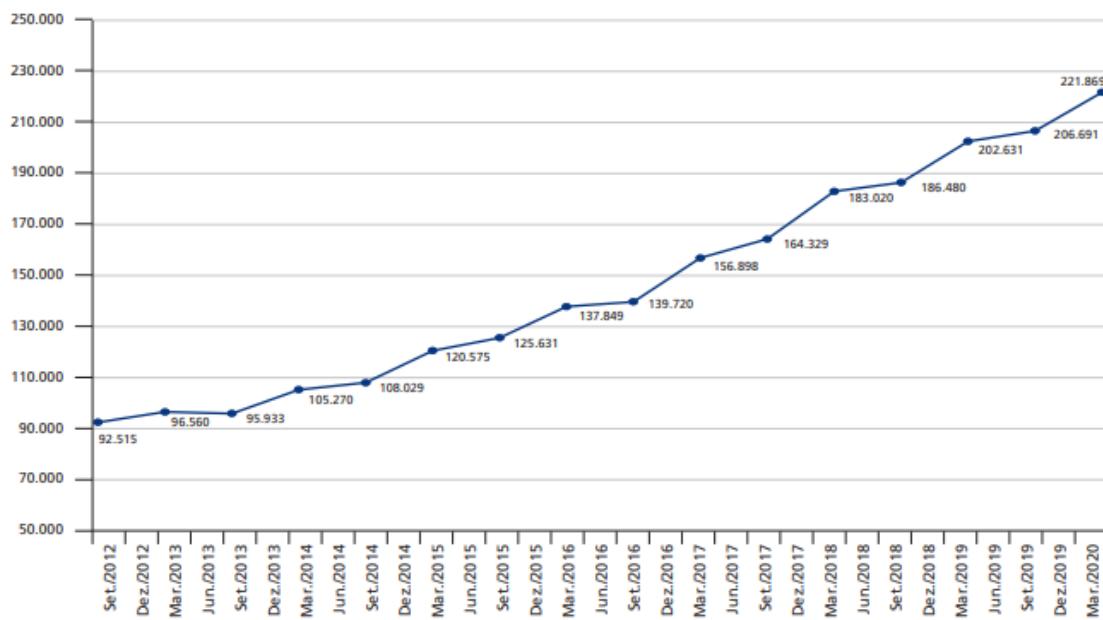


Figura 2: Número estimado de personas sin hogar en Brasil de septiembre de 2012 a marzo de 2020⁵³

En el período de 2015 a 2017 fueron denunciados en Brasil 17.386 casos de violencia contra personas sin hogar. Los delitos se concentraron más en víctimas de 15 a 24 años, con 6.622 casos (38,1%); de 25 a 34 años, con 3.802 casos (21,9%); y de 35 a 44 años, con 2.561 casos (14,7%). Las notificaciones de violencia contra personas sin hogar fueron más frecuentes por mujeres (50,8%) y por personas negras (54,8%), en el mismo período⁵⁴.

Sobre los tipos de violencia sufrida por las víctimas en el período de 2015 a 2017, se destacaron los siguientes: física (16.149 - 92,9%); psicológica/moral (4.025 - 23,2%); sexual (673 - 3,9%); tortura (655 - 3,8%) y negligencia/abandono (460 - 2,7%). El probable autor de la violencia era un desconocido, para la mayor parte de las notificaciones estudiadas⁵⁵.

Las estadísticas mencionadas indican que la aporofobia es un problema grave, que el Estado no debe ignorar. A continuación, se discutirán las medidas adoptadas en España para hacer frente a esto, así como la propuesta legislativa que tramita actualmente en Brasil.

⁵³ NATALINO, Marco (2020). *Nota técnica n. 73. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020)*, op. cit., pág. 10.

⁵⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE (2019). *Boletim Epidemiológico n. 14. População em situação de rua e violência – uma análise das notificações no Brasil de 2015 a 2017*. Volumen 50, Brasilia, pág. 03. Recuperado a partir de: <<https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2019/junho/13/2019-010-publicacao.pdf>>. Consultado el 31 de octubre de 2021.

⁵⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE (2019). *Boletim Epidemiológico n. 14. População em situação de rua e violência – uma análise das notificações no Brasil de 2015 a 2017*, op. cit., pág. 05.

5.2. El marco normativo

En España fue recientemente aprobada la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en que el Poder Legislativo aprovechó la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de los tipos penales que regulan delitos de odio (Artículo 22, 4º; Artículo 314; Artículo 511, 1 y 2; Artículo 512 y Artículo 515, 4º del Código Penal); siendo estos motivos ya mencionados en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁶.

En su Título I, Capítulo IV - De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, el Artículo 22, 4º del Código Penal de España prevé como circunstancia agravante cometer un delito por razones de aporofobia o de exclusión social.

En el Título XV - De los delitos contra los derechos de los trabajadores, el Artículo 314 del Código Penal establece que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razones de aporofobia o de exclusión social.

En el Título XXI, Capítulo IV - De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, el Artículo 511, 1 e 2 del Código Penal prevé que incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razones de aporofobia o de exclusión social; y que las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razones de aporofobia o de exclusión social. Ya el Artículo 512 establece que quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razones de aporofobia o de exclusión social incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años. Por fin, el Artículo 515, 4º del Código Penal prevé son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razones de aporofobia o de exclusión social.

⁵⁶ Artículo 21

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. UNIÓN EUROPEA (2010). Diario Oficial de la Unión Europea. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Publicada en: DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. Recuperado a partir de: <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>>. Consultado el 12 de noviembre de 2021.

En Brasil, todavía existe un gran retraso en la regulación de los delitos de odio. La Ley 7.716, de 5 de enero de 1989, prevé penas únicamente para delitos resultantes de discriminación o prejuicio por motivos de raza, color de piel, etnia, religión u origen nacional. La práctica del racismo constituye delito imprescriptible y no admite fianza, según establece el Artículo 5º, XLII, de la Constitución brasileña.

En la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO) 26, el Pleno del Supremo Tribunal Federal entendió que hay una omisión constitucional del Congreso Nacional brasileño por no editar ley penalizando los actos de homofobia y transfobia; y, por eso, incluyó estas conductas como delitos tipificados en la Ley 7.716, de 1989, hasta que el Congreso Nacional elabore una ley sobre la materia⁵⁷. Así, la homofobia y la transfobia pasaron a equiparse al delito de racismo en Brasil.

La omisión de los Estados en el abordaje y discusión sobre los delitos de odio puede contribuir a la permanencia del problema. Es necesario adoptar medidas de afrontamiento efectivas, capaces de dar respuesta a estas situaciones que, sin regulación, se quedan cubiertas por la impunidad.

No solo por exceso (en este caso punitivo) sino también por defecto el sistema político, y también jurídico, puede terminar siendo aporófobo: en el primer caso, porque el Estado es el encargado de proporcionar medios suficientes para acabar con el problema, pero no lo hace; permanece a todas luces impasible y prefiere apartar de la visión pública al pobre, al desfavorecido, o en su caso señalarlo como el peligroso o criminal⁵⁸.

Es urgente actualizar la legislación brasileña para dar un tratamiento adecuado a los delitos de odio – incluida la aporofobia – buscando ampliar los perímetros de protección, combatir la impunidad y hacer justicia a las innumerables víctimas de estas conductas.

Sufrir un delito de odio supone una vulneración del derecho a la integridad física y/o moral de las personas y como tal, las víctimas tienen derecho a denunciar los hechos con el fin de que se persiga a quien lo haya cometido y que le sean reparados los daños sufridos, porque, más allá de estas consecuencias directas, denunciar tiene un importante valor simbólico contra la injusticia⁵⁹.

Sobre la aporofobia en Brasil, desde 2020 tramita en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 3.135, propuesto por el diputado federal Fábio Trad, que tiene como objetivo su introducción en el Código Penal⁶⁰.

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (2020). Diario de Justicia. ADO 26, de 13 de junio de 2019. Publicado en: Diario de Justicia de 06 de octubre de 2020. Recuperado a partir de: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Consultado el 30 de octubre de 2021.

⁵⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4º CP.)*. 1ª edición. Barcelona: Bosch Editor, pág. 61.

⁵⁹ HATENTO (2015a). *Algunas pautas. Muchos retos. Los delitos de odio contra las personas sin hogar*, op. cit., pág. 19.

⁶⁰ BRASIL (2020). Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.135, de 2020, que criminaliza atos violentos praticados contra pessoa em decorrência de sentimento de ódio por sua condição de pobreza, assim denominados como aporofobia.* Recuperado a partir de:

El Proyecto mencionado incluye la aporofobia como circunstancia que justifica una pena superior en el caso de homicidio – reclusión de doce a treinta años. Además, aumenta en 1/3 la pena para lesiones practicadas debido al sentimiento de odio por la condición de pobreza de la víctima; y prevé la aporofobia como circunstancia que justifica pena superior también en los delitos de injuria (reclusión de uno a tres años y multa).

Está claro que la propuesta legislativa es un intento importante de avanzar en el debate del tema. Sin embargo, siendo la aporofobia una conducta de odio, sería fundamental su inclusión también en la Ley 7.716, de 1989 (Artículo 1º, Artículo 3º, párrafo único, Artículo 4º, párrafo 1º y Artículo 20), porque no solo se cometen delitos de homicidio, lesiones e injurias por motivos de aporofobia, sino varios otros. Por tanto, se observa que el Proyecto no aborda el tema de forma suficiente, dejando de aprovechar una gran oportunidad de llevar a cabo la regulación más amplia de los delitos de odio en Brasil.

Para hacer más efectiva la protección de colectivos en situación de pobreza y exclusión social, el Proyecto de Ley 3.135, de 2020 merecería ser mejorado en el curso de su tramitación. Considerando que la propuesta ya fue sometida a la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados brasileña para análisis (recibida el 10 de febrero de 2020), este es un momento importante para discutir el tema, con la amplia participación de toda la sociedad, a fin de construir una norma coherente con los derechos fundamentales.

5.3. La importancia de la participación popular en el debate

La participación popular en el debate sobre temas que le afectan es de suma importancia en el contexto democrático. En el caso de la aporofobia, que se incluyó en el Vocabulario Ortográfico de la Lengua Portuguesa solo en 2021, es necesario que la palabra y su concepto sean más conocidos en Brasil, como una forma de luchar de manera más efectiva contra el problema.

Para Häberle⁶¹ es esencial superar el modelo de interpretación de una “sociedad cerrada”, contemplando principalmente la interpretación de la “jurisprudencia” constitucional y los procedimientos formalizados, para dar espacio al modelo de sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, promoviendo el pluralismo y el diálogo. Según el autor, existe un círculo muy amplio de participantes en el proceso de interpretación pluralista, por lo que, en la interpretación constitucional “se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos”, porque “no hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales”.

Es fundamental que los colectivos vulnerables conozcan sus derechos. Las Naciones Unidas, en “Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos”, abordaron la necesidad de asegurar la participación efectiva de personas que viven en

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao? idProposicao=2254552>>. Consultado el 11 de junio de 2021.

⁶¹ HÄBERLE, Peter (2008). *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*. Buenos Aires, Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, año 6, número 11, páginas 29-61, pág. 30-31.

situación de pobreza y exclusión social en asuntos públicos, destacando también la importancia de ofrecer previamente una educación sobre derechos humanos, destacando que la participación efectiva y fructífera es una afirmación del derecho de todo individuo y grupo a participar en la conducción de los asuntos públicos. Es también una forma de promover la inclusión social y un componente esencial de los esfuerzos por combatir la pobreza, entre otras cosas al velar por que las políticas públicas sean sostenibles y estén diseñadas para atender a las necesidades expresas de los sectores más pobres de la sociedad⁶².

Los Estados deben garantizar la participación activa, libre, informada y provechosa de las personas que viven en la pobreza en todas las fases del diseño, la aplicación, la vigilancia y la evaluación de las decisiones y políticas que las afectan; y, para ello es necesario fortalecer la capacidad y ofrecer educación sobre los derechos humanos a las personas que viven en la pobreza, y establecer mecanismos y arreglos institucionales específicos, en distintos niveles de la adopción de decisiones, para superar los obstáculos que se oponen a la participación efectiva de esas personas⁶³.

La participación popular también tiene apoyo en las ideas de Jürgen Habermas, para quien el acto comunicativo guiado por la racionalidad posibilita mejoras efectivas al posibilitar el consenso a través de la experiencia reflexiva. Según el autor, los que actúan comunicativamente se encuentran en un ambiente que ellos mismos ayudan a constituir a través de interpretaciones negociadas cooperativamente⁶⁴.

Además, los Estados que tengan leyes e instituciones que incluyan activamente a las personas que viven en la pobreza pueden contar con la participación social y la contribución de toda su población; y así, la comunidad internacional también se beneficia del hecho de que estos Estados logren la cohesión social, un mejor nivel de vida para los sectores más pobres, el empoderamiento de las personas que viven en la pobreza y su integración en sistemas de derechos y obligaciones⁶⁵.

Por tanto, es necesario estimular el debate sobre los delitos de odio en Brasil. En el caso de la aporofobia, la existencia de un Proyecto de Ley en trámite debe ser la oportunidad para una amplia reflexión, con la participación de toda la sociedad.

Cabe señalar que la protección penal contra la aporofobia es importante también para el logro de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, contribuyendo a la construcción de un mundo más justo e inclusivo.

⁶² NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pág. 10.

⁶³ NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, pág. 92.

⁶⁵ NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pág. 04.

6. RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN CONTRA LA APOROFOBIA Y LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

*“Não é no silêncio que os homens se fazem,
mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão”⁶⁶.*

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por la 70^a Asamblea General de las Naciones Unidas durante la Cumbre de Desarrollo Sostenible en Nueva York es un plan universal de compromiso con la efectividad de los derechos humanos. Su texto incluye 17 Objetivos y 169 Metas, considerando las dimensiones económica, social y ambiental.

Conforme las Naciones Unidas, tras la aprobación de la Agenda 2030, “son necesarios diversos esfuerzos para su implementación y seguimiento, como valorar capacidades y recursos de todo tipo, desarrollar nuevas estrategias y diseñar arquitecturas institucionales a nivel nacional, regional y global”⁶⁷.

El Objetivo 1 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es “Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo”, y algunas de las Metas relacionadas a este objetivo son “implementar a nivel nacional sistemas y medidas apropiados de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, de aquí a 2030, lograr una amplia cobertura de las personas pobres y vulnerables” y “fomentar la resiliencia de los pobres y las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad”⁶⁸.

Para Cortina Orts⁶⁹, la creación de instituciones que eliminen la pobreza y reduzcan las desigualdades es la mejor forma en que la economía podrá contribuir a erradicar la aporofobia. La mala distribución de los recursos amplía abismos y acentúa la desigualdad.

Bauman advierte que es necesario romper con esa lógica de la desigualdad: en casi todas partes del mundo la desigualdad está creciendo rápidamente, y esto significa que los ricos, y especialmente los muy ricos, son cada vez más ricos, mientras que los pobres, y especialmente los muy pobres, son cada vez más pobres (en su mayor parte en términos relativos, pero, en cada vez un mayor número de casos, en términos absolutos). Además, los ricos se están enriqueciendo sólo porque son ricos y los pobres se empobrecen sólo

⁶⁶ FREIRE, Paulo (1987). *Pedagogia do oprimido*. - 17^a ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, pág. 50.

⁶⁷ NACIONES UNIDAS (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. LC/G.2681-P/Rev.3, Santiago, pág. 09.

⁶⁸ NACIONES UNIDAS (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*, op. cit., pág. 15-16.

⁶⁹ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 144.

porque son pobres, por lo que, hoy en día, la desigualdad se agrava siguiendo su propia lógica y su propio ritmo⁷⁰.

Según las Naciones Unidas⁷¹, la discriminación contra las personas que viven en la pobreza está generalizada y es ampliamente tolerada, una vez que estos colectivos a menudo son desatendidos o abandonados por los políticos, los proveedores de servicios y los responsables de la formulación de políticas, debido a su falta de voz política, capital social y financiero; siendo desproporcionadamente afectadas por un gran número de violaciones de los derechos humanos. Esta es una triste realidad, contra la que son necesarias medidas urgentes y eficaces.

Un factor indispensable es la prioridad a políticas públicas más igualitarias, capaces de garantizar la dignidad de la persona a todos, sin distinción; y la protección y preservación de los derechos fundamentales, garantizando el acceso a la salud, a la educación, al trabajo y al saneamiento básico, por ejemplo. La adopción de estas políticas es una forma de empoderar a las personas en situación de pobreza.

Además, la criminalización de la aporofobia también es un mecanismo de defensa frente al desamparo de estas personas en contextos de vulnerabilidad. La protección de este colectivo a través del Derecho penal representa una afirmación concreta de reconocimiento de sus derechos.

El Objetivo 4 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es “Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos”⁷².

Adela Cortina entiende que es necesaria la construcción de la igualdad desde la educación y de las instituciones. Para ella, intentar eliminar la aporofobia económica “exige educar a las personas, pero muy especialmente crear instituciones económicas y políticas empeñadas en acabar con la pobreza desde la construcción de la igualdad”⁷³.

Para el educador brasileño Paulo Freire⁷⁴, en una educación como actividad humanista y liberadora, lo importante es que las personas sometidas a la dominación luchen por su emancipación. En el mismo sentido, Cortina Orts afirma que, para producir cambios en la dirección de ideales igualitarios es necesario contar con la educación en la familia, en la escuela, a través de los medios de comunicación y en el conjunto de la vida pública. Pero también construir el tipo de instituciones y organizaciones que caminen en esa

⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt (2014). *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Traducción de Alicia Capel Tatjer. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, pág. 22.

⁷¹ NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, op. cit., contraportada.

⁷² NACIONES UNIDAS (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*, op. cit., pág. 27.

⁷³ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 43.

⁷⁴ FREIRE, Paulo (1987). *Pedagogia do oprimido*, op. cit., pág. 49.

dirección, porque no sólo serán justas, que es lo que les corresponde, sino que ayudarán a configurar caracteres justos⁷⁵.

El Objetivo 10 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es “Reducir la desigualdad en los países y entre ellos”, y algunas de las Metas relacionadas a este objetivo son “potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas”, “garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”⁷⁶.

La desigualdad en los países es un grave problema. La Carta Encíclica *Fratelli Tutti* sobre la fraternidad y la amistad social advierte que cuando la sociedad local, nacional o mundial abandona en la periferia una parte de sí misma, no habrá programas políticos ni recursos policiales o de inteligencia que puedan asegurar indefinidamente la tranquilidad⁷⁷.

La desigualdad entre países y regiones del mundo también es un problema que debe ser abordado con atención. Según la Resolución 1/2020, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en las Américas está el nivel más alto de desigualdad del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región⁷⁸.

Para Güemes y Wences Simon⁷⁹, un obstáculo para el desarrollo, para el bienestar individual y general y para la confianza social en América Latina es que el incumplimiento normativo se encuentra ampliamente extendido en esta región y se acompaña de la sensación de que existe un orden que difícilmente se respeta. Por eso, también son necesarios cambios coyunturales y estructurales para que los individuos puedan recuperar la confianza en las instituciones de sus Estados, en un proceso que demanda ética, transparencia y compromiso con la justicia social.

⁷⁵ CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, op. cit., pág. 126.

⁷⁶ NACIONES UNIDAS (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*, op. cit., pág. 47-48.

⁷⁷ PAPA FRANCISCO (2020). *Carta Encíclica Fratelli Tutti sobre la fraternidad y la amistad social*. Vaticano, 03 de octubre. Recuperado a partir de: <https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html#_ftn222>. Consultado el 15 de noviembre de 2021.

⁷⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020). *Resolución 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Adoptado por la Comisión el 10 de abril de 2020, pág. 03. Recuperado a partir de: <<https://www.cejis.org/resolucion-1-2020-de-cidh-pandemia-y-derechos-humanos-en-las-americas/>>. Consultado el 26 de septiembre de 2021.

⁷⁹ GÜEMES, Cecilia; WENCES SIMON, Isabel (2019). *Comportamientos incumplidores: contextos y posibles tratamientos políticos*. Papers: Revista de Sociología, vol. 104, n. 1, págs. 75-99.

Por fin, el Objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”, y una de las Metas relacionadas a este objetivo es “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”⁸⁰.

La promoción de sociedades inclusivas, con la facilitación del acceso a la justicia para todos es fundamental. En este sentido, la protección penal contra la aporofobia puede permitir a las víctimas en condición de pobreza y exclusión social obtener una respuesta judicial a la situación humillante a la que fueron sometidas. Esto representa una forma de combatir la impunidad, prevenir la práctica de estas conductas y sancionar y educar al agresor, en conformidad con los principios de dignidad de la persona y justicia social.

Por tanto, la protección penal contra la aporofobia puede contribuir a la consecución de los objetivos y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

7. CONCLUSIONES

“[...] la multitud de los abandonados queda a merced de la posible buena voluntad de algunos. Esto hace ver que es necesario fomentar no únicamente una mística de la fraternidad sino al mismo tiempo una organización mundial más eficiente para ayudar a resolver los problemas”⁸¹.

La aporofobia es un problema antiguo que existió durante mucho tiempo sin un nombre que lo identificara, lo que contribuyó a su invisibilidad e a la indiferencia de muchas personas. Actualmente, el neologismo ya forma parte del vocabulario, del diccionario, de las estadísticas y del Derecho penal español.

El ejemplo tiene efecto multiplicador y ha inspirado a Brasil a reflexionar sobre el tema. Reconocer que la aporofobia existe y luchar contra ella es también una forma de pensar sobre la pobreza y la exclusión social, problemas profundos de nuestra sociedad global, que requieren medidas socioeconómicas transformadoras, capaces de superar los graves abismos existentes entre las personas, donde algunas se ven privadas del acceso a una vida digna.

El Derecho penal puede ejercer un papel importante en el combate a la aporofobia, a través de la protección de las víctimas y de la sanción de los agresores. La intervención del Derecho penal es necesaria porque hay una evidente vulneración de la dignidad de la

⁸⁰ NACIONES UNIDAS (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*, op. cit., pág. 71-72.

⁸¹ PAPA FRANCISCO (2020). *Carta Encíclica Fratelli Tutti sobre la fraternidad y la amistad social*. op. cit., Vaticano.

persona e de derechos fundamentales, como la igualdad. Por tanto, la ausencia de una sanción específica para estas conductas implica en omisión e impunidad.

Las víctimas de aporofobia son personas sin recursos, expuestas a diversos riesgos y que sufren grave exclusión. Una intervención penal específica en estos casos representa mayor seguridad y visibilidad del problema, cumpliendo parámetros de justicia social. A través de las funciones punitiva, preventiva y pedagógica de la sanción penal, la intervención auxilia en la reducción de la práctica de este tipo de conducta.

Además, la lucha contra la aporofobia contribuye a la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Las políticas públicas adoptadas en la actualidad se han mostrado insuficientes para promover una efectiva inclusión. Varias medidas económicas, directa o indirectamente, siguen reforzando un sistema basado en el consumismo depredador, en el individualismo y en una constante necesidad de demostración de estatus social; generando distancias cada vez mayores entre los que tienen y los que no tienen recursos. En el ámbito penal existe también una triste selectividad discriminatoria en las políticas criminales, asociando pobreza y delincuencia. Las personas sin hogar son consideradas peligrosas para el sistema y clasificadas como enemigas, y esta lógica contribuye aún más a la formación de prejuicios, sembrando el miedo.

La Agenda 2030 de las Naciones Unidas busca promover cambios en esta mentalidad, presentando objetivos y metas para la promoción de los derechos humanos y del bienestar de todas las personas, a nivel global. Se trata de una importante iniciativa, que fomenta la solidaridad y la unión de esfuerzos por los cambios necesarios para un desarrollo sostenible, que no excluya a nadie.

El Derecho penal, al proteger a las víctimas de la aporofobia, tiene la función de reafirmar sus derechos y, así, puede contribuir a los cambios en materia de pobreza y exclusión social. En Brasil todavía hay un retraso en la regulación de los delitos de odio, y es necesario tomar medidas para corregir esto, ampliando los perímetros de protección.

La propuesta legislativa para inclusión de la aporofobia en el Código Penal brasileño es una iniciativa válida, pero no aborda la cuestión en su totalidad. La aporofobia es una conducta de odio, y sería fundamental su inclusión también en la Ley 7.716, de 1989. En este sentido, el Proyecto de Ley 3.135 merece ser mejorado, a partir del diálogo y de la participación de toda la sociedad.

8. BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas, 217 (III) A, 10 de diciembre de 1948. Recuperado a partir de: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Consultado el 24 de septiembre de 2021.

BAUMAN, Zygmunt (2014). *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* Traducción de Alicia Capel Tatjer. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da União.

BRASIL (1989). Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Brasília: Diário Oficial da União. Recuperado a partir de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Consultado el 06 de noviembre de 2021.

BRASIL (2020). Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.135, de 2020, que criminaliza atos violentos praticados contra pessoa em decorrência de sentimento de ódio por sua condição de pobreza, assim denominados como aporofobia*. Recuperado a partir de: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254552>>. Consultado el 11 de junio de 2021.

BUSTOS RUBIO, Miguel (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4º CP.)*. 1ª edición. Barcelona: Bosch Editor.

CABRERA CARO, Leticia (2002). *Autonomía y dignidad: la titularidad de los derechos*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, 3, 11-41. Recuperado a partir de: <<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110011A>>. Consultado el 19 de septiembre de 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020). *Resolución 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Adoptado por la Comisión el 10 de abril de 2020. Recuperado a partir de: <<https://www.cejis.org/resolucion-1-2020-de-cidh-pandemia-y-derechos-humanos-en-las-americas>>. Consultado el 26 de septiembre de 2021.

CORTINA ORTS, Adela (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. 1ª edición. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, Editorial Planeta.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2020). Real Academia Española de la Lengua (RAE). Recuperado a partir de: <<https://dle.rae.es>>. Consultado el 16 de junio de 2021.

ESPAÑA (1978). Boletín Oficial del Estado. *Constitución Española*. Publicada en: BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Recuperado a partir de: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>>. Consultado el 02 de octubre de 2021.

ESPAÑA (1995). Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Publicada en: BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Recuperado a partir de: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Consultado el 11 de junio de 2021.

ESPAÑA (2021). Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Publicada en: BOE núm. 134, de 4 de junio de 2021. Recuperado a partir de:

<<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/dof/spa/pdf>>. Consultado el 11 de junio de 2021.

FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta.

FREIRE, Paulo (1987). *Pedagogia do oprimido*. - 17^a ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra.

GALEANO, Eduardo (1989). *El libro de los abrazos*. Buenos Aires: Editora Catálogos.

GÜEMES, Cecilia; WENCES SIMON, Isabel (2019). *Comportamientos incumplidores: contextos y posibles tratamientos políticos*. Papers: Revista de Sociología, vol. 104, n. 1, págs. 75-99.

GUIMARÃES ROSA, João (1994). *Grande Sertão: Veredas*. – Vol. 2. Biblioteca Luso-brasileira. Rio de Janeiro: Nova Aguilar.

HÄBERLE, Peter (2008). *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*. Buenos Aires, Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, año 6, número 11, páginas 29-61.

HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Dianoia: Anuario de Filosofía, vol. 55, n. 64, páginas 3-25.

HATENTO (2015a). *Algunas pautas. Muchos retos. Los delitos de odio contra las personas sin hogar*. Primera edición. Madrid: Fundación RAIS.

HATENTO (2015b). *Muchas preguntas. Algunas respuestas. Los delitos de odio contra las personas sin hogar*. Primera edición. Madrid: Fundación RAIS.

HERNÁNDEZ PEDREÑO, Manuel (2010). *El estudio de la pobreza y la exclusión social. Aproximación cuantitativa y cualitativa*. Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 69 (24,3), Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

HOGAR SÍ (2021). *Denuncia y judicialización de los delitos de odio: Un laberinto para las víctimas en situación de sinhogarismo*. Madrid: Fundación RAIS. Recuperado a partir de: <https://hogarsi.org/pdf/2021_HOGAR_SI_Denuncia_y_judicializaci%C3%B3n_de_delitos_de_odio.pdf>. Consultado el 30 de octubre de 2021.

KANT, Immanuel (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de M. García Morente. Madrid: Encuentro.

MACHADO, Antonio (2010). *Proverbios y cantares*. Biblioteca Virtual Universal. Editorial del Cardo. Recuperado a partir de: <<https://biblioteca.org.ar/libros/158144.pdf>>. Consultado el 17 de julio de 2021.

- MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio (2002). *Aporofobia*. En CONILL, Jesús (coord.): *Glosario para una sociedad intercultural*. Valencia: Editora Bancaya.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (2019). *Boletim Epidemiológico n. 14. População em situação de rua e violência – uma análise das notificações no Brasil de 2015 a 2017*. Volumen 50, Brasília. Recuperado a partir de: <<https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2019/junho/13/2019-010-publicacao.pdf>>. Consultado el 31 de octubre de 2021.
- MINISTERIO DEL INTERIOR (2020). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*. Gobierno de España. Dirección General de Coordinación y Estudios. Recuperado a partir de: <<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>> . Consultado el 27 de octubre de 2021.
- MORA SALAS, Minor; PÉREZ SÁINZ, Juan Pablo (2006). *De la vulnerabilidad social al riesgo de empobrecimiento de los sectores medios: un giro conceptual y metodológico*. Revista Estudios sociológicos, Vol. 24, n. 70, Ciudad de México.
- NACIONES UNIDAS (2012). *Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*. Resolución 21/11, 27 de septiembre de 2012. Consejo de Derechos Humanos. Recuperado a partir de: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2021.
- NACIONES UNIDAS (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. LC/G.2681-P/Rev.3, Santiago.
- NATALINO, Marco (2020). *Nota técnica n. 73. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020)*. IPEA, Diretoria de Estudos e Políticas Sociais, Brasília. Recuperado a partir de: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10074/1/NT_73_Disoc_Estimativa%20da%20populacao%20em%20situacao%20de%20rua%20no%20Brasil.pdf>. Consultado el 31 de octubre de 2021.
- PAPA FRANCISCO (2020). *Carta Encíclica Fratelli Tutti sobre la fraternidad y la amistad social*. Vaticano, 03 de octubre. Recuperado a partir de: <https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html#_ftn222>. Consultado el 15 de noviembre de 2021.
- PELE, Antonio (2015). *La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales*. Revista Brasileira de Direito, 11(2): 7-17, julio-diciembre, Passo Fundo.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2022). *Aporofobia y Derecho penal en el Estado social*. En BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; GIL NOBAJAS, María Soledad (coord.): *Alternativas político-criminales frente al Derecho Penal de la aporofobia*. Volumen 14. Valencia: Editora Tirant lo Blanch.

- SEN, Amartya (2000). *El desarrollo como libertad*. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales - Distrito Federal, México. Gaceta Ecológica, n. 55. Recuperado a partir de: <<https://www.redalyc.org/pdf/539/53905501.pdf>>. Consultado el 14 de agosto de 2021.
- SPICKER, Paul (2009). *Definiciones de pobreza: doce grupos de significados*. En Pobreza: Un glosario internacional. Edición a cargo de Paul Spicker; Sonia Alvarez Leguizamón y David Gordon – 1^a ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (2005). Diario de Justicia. *Habeas Corpus 85237/DF*, de 17 de marzo de 2005. Publicado en: Diario de Justicia de 29 de abril de 2005. Recuperado a partir de: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79796>>. Consultado el 10 de octubre de 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (2020). Diario de Justicia. *ADO 26*, de 13 de junio de 2019. Publicado en: Diario de Justicia de 06 de octubre de 2020. Recuperado a partir de: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Consultado el 30 de octubre de 2021.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. 1^a edición. Barcelona: Bosch Editor.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1990). Boletín Oficial del Estado. *Sentencia 120/1990, de 27 de junio*. Publicada en: BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990. Recuperado a partir de: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/1545>>. Consultado el 03 de octubre de 2021.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1991). Boletín Oficial del Estado. *Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre*. Publicada en: BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991. Recuperado a partir de: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/1853>>. Consultado el 03 de octubre de 2021.
- UNIÓN EUROPEA (2010). Diario Oficial de la Unión Europea. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Publicada en: DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. Recuperado a partir de: <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>>. Consultado el 12 de noviembre de 2021.
- VOCABULARIO ORTOGRÁFICO DE LA LENGUA PORTUGUESA (2021). *Nueva palabra: aporofobia*. 6^a edición. Academia Brasileña de Letras (ABL). Recuperado a partir de: <<https://www.academia.org.br/nossa-lingua/vocabulario-ortografico>>. Consultado el 14 de agosto de 2021.

Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de las empresas públicas*

Interpretative autonomy of criminal law and the criminality of public companies

MERCEDES GARCÍA ARÁN

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

mercedes.garcia@uab.cat

 <http://orcid.org/0000-0002-9701-7559>

Resumen: El Código Penal español excluye a determinadas personas jurídicas de la responsabilidad penal o bien limita las penas que les son aplicables. Se trata de órganos del Estado y empresas creadas o controladas por el Estado que se utilizan para realizar determinadas prestaciones públicas, lo que difumina los límites entre el derecho público y el derecho privado y, a la vez, lleva conceptos de derecho administrativo al derecho penal. Esto plantea problemas interpretativos que el derecho penal debe solucionar con autonomía respecto del derecho administrativo. Este trabajo se dedica a analizar esos problemas planteados y a plantear argumentos para su interpretación.

Abstract: *The Spanish Criminal Code either excludes certain legal persons from criminal liability or limits the penalties applicable to them. These are State bodies and companies created or controlled by the State that are used to carry out certain public services, which blurs the boundaries between public law and private law and, at the same time, brings concepts of*

Recepción: 15/06/2022

Aceptación: 09/10/2022

Cómo citar este trabajo: GARCIA ARÁN, Mercedes. “Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de la empresa pública”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 261-291, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.09>

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación I+D “Prevención de la corrupción en el sector público empresarial”, Ref. D2020-117526RB-100, del que Miriam Cugat Mauri es investigadora principal.

administrative law into criminal law. This raises interpretative problems that criminal law must solve autonomously from administrative law. This paper is devoted to analysing these problems and putting forward arguments for their interpretation.

Palabras clave: responsabilidad penal empresas públicas, responsabilidad penal del Estado, potestad administrativa, servicios públicos.

Keywords: *criminal liability of public enterprises, criminal liability of the State, administrative authority, public services.*

Sumario: 1. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA. 2. CLASIFICACIÓN DE PARTIDA: LOS ENTES DEL SECTOR EMPRESARIAL COMO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL. 3. AUTONOMÍA Y ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL: UN TEMA CLÁSICO. 4. ANTECEDENTES EUROPEOS. 4.1. El necesario contexto de la evolución del derecho actual. 4.2. Alcance de la autonomía interpretativa. 5. LA RESPONSABILIDAD PENAL “DE” LAS EMPRESAS PÚBLICAS. ALGUNAS VÍAS INTERPRETATIVAS. 5.1. La irresponsabilidad penal de las Administraciones y entes estatales. 5.3. Las potestades administrativas a efectos penales. 5.4. La limitación de penas aplicables a algunas sociedades mercantiles públicas. 6. REFERENCIAS.

El artículo 31 quinque del Código Penal español (CP) excluye a determinadas personas jurídicas de la responsabilidad penal. Junto a lo que son claramente órganos estatales, se incluyen también entidades empresariales con distinto tratamiento: las Entidades Públicas Empresariales (EPE), exentas de responsabilidad por el número 1 del artículo citado y las Sociedades Mercantiles Estatales (SME) que pueden tener responsabilidad penal, pero, en determinados casos citados en el número 2, pueden verse favorecidas por una restricción de las penas que les son aplicables. Unas y otras forman parte de los llamados “entes instrumentales”, a los que acude el Estado para realizar determinadas prestaciones, en un marco de difuminación de los contornos que separan el derecho público del derecho privado y, a la vez, de importación de conceptos administrativos por el derecho penal. A cómo abordar los problemas interpretativos que todo ello comporta se destinan estas páginas.

1. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Entre los rasgos de la Administración Pública de nuestro tiempo está lo que ya ha sido denominado “huida del derecho administrativo” que se produce cuando el Estado recurre a la creación de entes instrumentales o especializados para la prestación de funciones o servicios o, simplemente, desarrollo de actividades de interés público. Dicha “descentralización funcional” pretende -se dice- una mayor eficacia en el desempeño de la actividad al evitarse los más rígidos controles del derecho administrativo, en tanto algunas de dichas entidades están total o parcialmente sometidas al derecho privado.

Como tendencia privatizadora no ha estado exenta de críticas, entre las que destaca la de PARADA VAZQUEZ, refiriéndose a tales entidades como “miríada de organizaciones públicas con personalidad jurídica propia a las que se encomienda un servicio o función

específica en aras de una presunta mayor eficacia en la gestión administrativa”¹. Efectivamente, como -no sin esfuerzo- intentaremos resumir, en el llamado sector público institucional se incluyen categorías a caballo entre el derecho público y el derecho privado que generan una casuística complicada, especialmente, cuando se trata de trasladar algunas de dichas categorías al derecho penal.

En la doctrina penal, GOMEZ RIVERO manifiesta su preocupación por que la huida del derecho administrativo se convierta también en una huida del derecho penal, en tanto la regulación privada de la gestión de intereses públicos lleve a ámbitos de responsabilidad más laxos². A ello se añade, como veremos, que el CP es colonizado por conceptos administrativos a veces evanescentes que en su origen no están pensados para fundamentar la responsabilidad penal y pueden terminar por hacerla difícilmente exigible. Por tal razón, el intérprete penal los contempla desde la relativa autonomía de los conceptos penales respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, cuestión clásica que, en mi opinión, adquiere una nueva relevancia en la evolución actual del derecho penal y sus relaciones con el derecho administrativo.

2. CLASIFICACIÓN DE PARTIDA: LOS ENTES DEL SECTOR EMPRESARIAL COMO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL

La autonomía interpretativa del derecho penal es relevante para abordar la delincuencia “en” los entes instrumentales, esto es, si la “miríada de organizaciones” de la que habla PARADA constituyen parte de la Administración Pública a los efectos del bien jurídico protegido y cómo cabe interpretar los elementos típicos manejados en la parte especial del CP, teniendo en cuenta las especiales características de dichas entidades³. En dicho análisis no entraremos aquí, sin perjuicio de alguna mención a problemas concretos de interpretación.

El objeto central de estas páginas es la delincuencia “de” las empresas públicas, esto es, su condición de posibles sujetos de responsabilidad penal a partir del art. 31 quinquies CP. Y en tanto se trata de delimitar sujetos, el primer problema al que se enfrenta el penalista es qué terminología utilizar para ubicar simplificadamente las entidades que nos ocupan, evitando hasta donde sea posible las farragosas y a veces entrecruzadas clasificaciones administrativas que, para la mentalidad sistemática del derecho penal, provocan un cierto desconcierto.

Aquí nos interesan las entidades mencionadas en el art. 31 quinquies CP arriba enunciadas (EPE y SME) que manejaremos a partir de su clasificación en el art. 3 de la Ley General Presupuestaria (LGP). Allí se incluyen en el denominado *sector público empresarial*, diferenciándolas de las integradas en el *sector público administrativo* (resumidamente,

¹ PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho administrativo. I*. Ediciones Universitarias, 2013, p. 22.

² GOMEZ RIVERO, C, “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-06, 2016, pp. 5 y 6.

³ Tales problemas, así como los derivados del concepto de autoría en estructuras organizadas como éstas de dedica el trabajo de GOMEZ RIVERO, “El castigo penal....” cit, pp. 11 y ss.

Administración General del Estado (AGE) y organismos que dependen o se vinculan a ella, así como algunos consorcios con un perfil mercantil menor) y el *sector público fundacional* (fundaciones del sector público estatal).

En mi opinión, la separación de estos tres sectores resulta más útil que la manejada en el art. 84 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) con el mismo contenido, pero con distinto criterio sistemático que no se basa en la función predominante (empresarial, administrativa) sino en la vinculación a organismos públicos. La elección de una u otra sistemática no es, a mi juicio, gratuita. En la LRJSP las EPE y las SME se separan en función de su vinculación a la Administración General del Estado lo que, siendo correcto, deja en segundo plano su carácter empresarial. Por otra parte, la LRJSP no diferencia clases de consorcios en función de su mayor o menor perfil empresarial lo que, como veremos (infra, V.1), resulta necesario para considerarlos o no incluidos en las entidades exentas de responsabilidad penal. En suma, al existir distintos grados de vinculación a la AGE tal criterio ofrece unas fronteras más difusas que las *funciones* predominantes en cada sector lo que, en cambio, favorece la interpretación material de los conceptos penales.

Intentando superar el galimatías anterior -por el que pido disculpas-, resulta necesario resumir las diferencias entre EPE y SME para comprobar cuál es el fundamento de la exención de responsabilidad penal de las primeras y de la eventual reducción penológica de las segundas. Tal fundamento, a su vez, será necesario para interpretar conceptos como “ejercicio de potestades administrativas” (vinculado a las EPE) o “servicios de interés económico general” (vinculado a las SME), aunque, como veremos, no desprovisto de zonas oscuras.

Así, las EPE son entidades de derecho público, con patrimonio propio y autonomía de gestión que se financian con ingresos de mercado. Pueden ejercer potestades administrativas y también actividades prestacionales, de gestión de servicios o producción de bienes. (ver art. 103 LRJSP). En la clasificación general del art. 84.1 LRJSP están incluidas en la letra a) junto a los Organismos Autónomos y las Agencias Estatales y se crean por un acto normativo⁴

En cambio, las sociedades mercantiles estatales (SME), son sociedades mercantiles controladas por la Administración General o por alguna entidad del sector público institucional mediante una participación directa en el capital superior al 50%⁵ (art. 111 LRJSP). No requieren un acto normativo para su creación, sino sólo autorización del Consejo de Ministros. Se rigen por el derecho privado en la gestión de su patrimonio, pero el sometimiento al control público afecta a varias materias: actuación presupuestaria,

⁴ Sobre la caracterización de dichas entidades, VALEIJE ALVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 quinque 2 CP)” en AA.VV. *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Vazquez-Portomeñe (dir.)/ Sanjurjo Rivo (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 77.

⁵ Además, el control de la Administración se ejerce sobre las sociedades que están en el supuesto del art. 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores.

contable, contratación etc. En principio, no pueden ejercer potestades administrativas, aunque excepcionalmente la ley puede atribuirlas (art. 113 LRJSP).

En el bosque normativo al que están sometidas dichas entidades se entrecruzan también normas sobre contratación (Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público), protección de determinados sectores (por ejemplo, Ley 2/2022 de Economía Sostenible), normas autonómicas y locales etc., lo que provoca un caos conceptual notable⁶.

Nuevamente, entre la doctrina administrativista, PARADA VAZQUEZ es especialmente duro con el caos conceptual dominante en esta materia: así, se refiere a entes “disfrazados de sociedad mercantil” que, contando con capital íntegramente público se rigen por el derecho privado en sus relaciones con terceros, y al grupo “ciertamente asexuado” que incluye los EPE y las Agencias cuyo régimen no es ni totalmente público ni totalmente privado.⁷. Asimismo, CHINCHILLA MARIN destaca el carácter híbrido de las SME cuestionando abiertamente su caracterización como sometidas al derecho privado y criticando como extravagante que la ley permita atribuirles-si bien excepcionalmente- el ejercicio de potestades públicas⁸. Incluso hay quien cuestiona la constitucionalidad de tal derivación de potestades públicas por ser contraria a la noción constitucional de Administración Pública⁹.

En suma, nos enfrentamos a conceptos híbridos con escasas o nulas fronteras entre el derecho público y el derecho privado. Por ejemplo, una SME puede ser totalmente de patrimonio público (el 50% es sólo un mínimo) y seguir clasificada como sujeto de derecho privado. O una SME como miembro del sector público institucional puede crear, a su vez, otra SME, que pese a contar con la autorización del Consejo de Ministros, se encontrará probablemente más alejada de los fines públicos.

Lo cierto es que la inflación normativa y conceptual en el ámbito del derecho administrativo, no puede ser trasladada sin más a la interpretación del Código Penal. Es obvio que cuando se manejan términos de los que puede depender la responsabilidad penal, la exigencia de delimitación de los conceptos afecta al principio de legalidad penal y a las garantías que contiene¹⁰, como el principio de taxatividad. Ciertamente, ello está en crisis desde hace tiempo, pero precisamente por ello es necesario el esfuerzo clarificador.

⁶ Al respecto, MONTOYA MARTIN, E. “El plan nacional de empresas y derechos humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 49, 2014, pp. 180 y ss.

⁷ PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo*. p. 23.

⁸ CHINCHILLA MARIN, C., “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 17-56, 2017.

⁹ MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JL., “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en AA.VV, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público*. (Velasco Ruiz, C.I (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 27.

¹⁰ Esta es una advertencia frecuente acerca de las leyes penales en blanco como técnica que puede difuminar los contornos del delito perjudicando el mandato de determinación. Entre otros, CUERDA RIEZU, A., *Sobre la ley penal (de lege poenali)* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 129.

Por estas razones y como paso previo a algunas propuestas de vías interpretativas, conviene detenerse a plantear hasta qué punto la interpretación penal está vinculada a la regulación administrativa y con arreglo a qué criterios goza de autonomía interpretativa.

3. AUTONOMÍA Y ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL: UN TEMA CLÁSICO

3.1. Algunas precisiones conceptuales

Como es sabido, la cuestión de si el derecho penal es autónomo o accesorio respecto a otros sectores del ordenamiento jurídico es un tema clásico en el que, en síntesis, se ha discutido si la norma penal se limita a sancionar el valor o desvalor procedente de otros sectores del ordenamiento (carácter accesorio o secundario) o bien si el injusto penal debe obedecer a pautas valorativas propias del derecho penal (carácter autónomo)¹¹ lo que repercute en la interpretación posterior de la ley.

Ello afecta a la decisión del poder legislativo sobre qué comportamientos ya intervenidos, por ejemplo, por el derecho civil o administrativo deben ser acotados para integrarlos en un tipo penal. Y, específicamente en las *leyes penales en blanco* que exigen para la perfección típica la infracción de normas administrativas, sea centrándose exclusivamente en ellas, como por ejemplo en la financiación ilegal de partidos políticos del art. 304 bis CP (accesoriedad extrema), sea añadiendo elementos típicos propios de la misma norma penal, como por ejemplo en el delito ecológico del art. 325 CP (accesoriedad limitada)¹².

En el tema que nos ocupa, planteamos la cuestión acerca de los abundantes elementos normativos relativos a las empresas públicas, entendidos como elementos típicos procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico cuyo significado debe precisarse a partir de las normas extrapenales que regulen la materia¹³. Aquí interesa diferenciarlos de las citadas leyes penales en blanco *stricto sensu* en las que una infracción de la normativa extrapenal se incorpora a la tipicidad penal porque en ellas el margen interpretativo del penalista es relativamente estrecho y condicionado a la comprobación de si tal infracción extrapenal se ha producido o no, sin entrar ahora en los problemas que ello plantea¹⁴. En cambio, los elementos normativos como los que aquí nos interesan admiten un mayor margen de interpretación vinculado a las necesidades de aplicación de

¹¹ Entre las obras generales, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 11^a ed. 2022, pp.65-70. DIEZ RIPOLLES, JL. *Derecho Penal español. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 5^a ed. 2020, pp. 51-52.

¹² La remisión a infracciones de normas extrapenales, si son de rango inferior al CP plantea problemas de inconstitucionalidad planteados y parcialmente solucionados en la STC 127/1990 de 5 de julio en los que no necesitamos entrar aquí.

¹³ Entre otros muchos, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, p. 67.

¹⁴ La comprobación de contravenciones administrativas para integrarlas en un tipo penal también admite varias interpretaciones como se ha desarrollado, especialmente, con relación al delito ecológico. Ampliamente, NAVARRO CARDOSO, F., *El delito de contaminación acústica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 90-98.

la norma penal¹⁵, constituyendo casos de la llamada “accesoriedad conceptual”. Es cierto que, como dice ROXIN, también los elementos meramente descriptivos (“sustraer”, “edificio”) pueden necesitar de una valoración a partir de la finalidad de la norma penal, de manera que la diferenciación respecto de los elementos normativos puede relativizarse porque prácticamente todos los elementos típicos son una mezcla de elementos descriptivos y normativos¹⁶. Sin embargo, aquí nos enfrentamos a conceptos cuyo punto de referencia son normas extrapenales que incluso manejan sistemáticas distintas de manera que la interpretación penal no sólo debe entrar en la complejidad intrínseca de los términos en cuestión, sino, además, mantener en sus conclusiones la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Y en tal tarea, la normatividad de los conceptos es prácticamente exclusiva.

En todo caso, los elementos normativos de carácter jurídico como los que nos interesan son casos de “accesoriedad de derecho” y no “de acto”¹⁷. La primera, como se ha dicho, parte de una remisión implícita a otra norma, mientras que la segunda depende de la existencia de un acto administrativo, como ocurre, por ejemplo, cuando el CP se refiere a la ausencia de autorización como elemento de la tipicidad penal (por ejemplo, “sin estar legítimamente autorizado” en las coacciones del art. 172 CP). Los elementos que veremos después son accesorios al derecho, aunque los casos de accesoriedad de acto pueden plantear cuestiones de incoherencia entre la decisión administrativa y la penal.

Como última precisión valga la siguiente: la accesoriedad (absoluta o relativa) del derecho penal respecto del derecho administrativo es un concepto independiente del llamado carácter *subsidiario* del derecho penal, esto es, del principio político criminal por el cual el recurso al derecho penal sólo debe producirse cuando resulten ineficaces otros instrumentos legales. La ley penal -teóricamente sólo en lo que es imprescindible-, puede acotar o individualizar sectores de la realidad que también están regulados por el derecho administrativo (por ejemplo, el medio ambiente) pero ello, si se parte del carácter no meramente sancionador del derecho penal, no significa que la interpretación penal deba asumir mecánicamente los conceptos administrativos sin pasarlos por el filtro de las necesidades autónomas del derecho penal.

De tales cuestiones nos ocupamos a continuación.

¹⁵ En un trabajo ya antiguo, llamé “remisión en bloque” a las que incorporan infracciones administrativas al CP y “remisión interpretativa” a las que coinciden con el concepto de elemento normativo. GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992/1993, pp. 66 y ss.

¹⁶ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. T.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conledo, de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, pp. 304-305.

¹⁷ Entre otros, ha desarrollado tal distinción GONZALEZ GUITIAN, L., “Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente”, *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90, pp. 119 y ss.

3.2. La relativa autonomía de la interpretación penal. La cuestión de la prejudicialidad

De todo lo anterior se desprende, en mi opinión, que en esta materia -e incluso en la fase de evolución del derecho que estamos viviendo- penalistas y administrativistas estamos condenados a entendernos. Pero para ello es necesario un esfuerzo de aproximación mutua comenzando por el grado de autonomía de las distintas perspectivas.

Así, en la doctrina penal no se discute que la interpretación de términos propios de otros sectores jurídicos integrados en el injusto penal debe partir del sentido que tengan en la norma de procedencia, pero cabe dotarles de un contenido parcialmente distinto si ello es necesario para la funcionalidad de la norma penal. Como veremos, la doctrina administrativa matiza lo anterior, pero, en todo caso, la complejidad del derecho penal actual ha desbordado los problemas tradicionalmente planteados en este tema.

En efecto, antes de que la expansión del derecho penal alcanzara de lleno a otros sectores del ordenamiento jurídico y complicara extraordinariamente sus interrelaciones, especialmente, con el derecho administrativo, los ejemplos de la manualística en esta materia eran claros e indiscutidos: así, es pacífico que el concepto de “cosa mueble” del delito de hurto (art. 234 CP) parte de los conceptos manejados por los artículos 334 y siguientes del Código Civil, pero los adapta a las necesidades de aplicación penal para poder considerar objeto del hurto a cosas como estatuas, pinturas, etc. que pueden ser “sustraídas” pero que, para el derecho civil pueden ser cosas inmuebles por incorporación¹⁸.

En cambio, los conceptos administrativos relativos a las empresas públicas como parte de la Administración pública presentan, de entrada, unas complicaciones denunciadas como tales por los mismos especialistas en Derecho administrativo. Como hemos visto, incluso la enumeración de las entidades que nos interesan puede partir de dos clasificaciones legales distintas. Y el intérprete penal, en primer lugar, debe desentrañar un bosque normativo -a veces, con instrumentos dogmáticos distintos-, y, después, comprobar si la interpretación de la doctrina especializada -que también es heterogénea- resulta o no funcional para la aplicación de la norma penal, adaptándola a ésta si es necesario.

Mientras en la doctrina penal no se discute, sino que, se reivindica la autonomía relativa de la interpretación penal de los elementos normativos, en cambio, en la doctrina administrativista es frecuente la opinión según la cual la complejidad de los conceptos manejados, o bien no pueden dejarse exclusivamente en manos del juez penal, o bien deben ser abordados específicamente en una cuestión prejudicial. Aunque no siempre se dice expresamente, esta última opción suele referirse a la *cuestión prejudicial no devolutiva*, esto es, a resolver por el mismo tribunal penal al inicio del juicio oral. Nos detendremos brevemente en este extremo, en tanto afecta a la competencia del juez penal

¹⁸ Así, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20^a ed. pp. 329-330.

para decidir sobre los elementos típicos, renunciando a abordar la cuestión del *non bis in idem*, que desbordaría los límites de este trabajo¹⁹

En la doctrina administrativa MUÑOZ MACHADO sitúa correctamente el problema en la administrativización del derecho penal y, paralelamente, criminalización del derecho administrativo que lleva a una “mezcolanza institucional desasosegante” sin atención a la función de cada institución concreta²⁰. Según el mismo autor, ello supone un cambio de las circunstancias históricas que justificaron la tradicional preferencia de la jurisdicción penal y aconseja acudir a cuestiones prejudiciales, incluso sin temor a las dilaciones propias de las cuestiones prejudiciales devolutivas. Bien es cierto que el autor citado se refiere a casos en que la integración del tipo penal debe contar con la infracción de la normativa administrativa -que aquí hemos considerado leyes penales en blanco *stricto sensu*-, pero también pueden encontrarse opiniones que reivindican una más amplia prejudicialidad administrativa en el proceso penal. Así, BALLBÉ y PADRÓS, admiten la prejudicialidad en la accesорiedad conceptual, esto es, respecto a conceptos que aquí hemos incluido en la categoría penal de elementos normativos, tales como “acto administrativo” o el mismo concepto de funcionario -se entiende, el contenido en el art. 24 CP a efectos penales- dado el incremento de colaboradores de la función pública (por ejemplo, vigilantes de zonas azules de aparcamiento)²¹.

Los autores citados destacan la revitalización de la prejudicialidad administrativa en el proceso penal que ha mantenido el TC, si bien en ella se abordan supuestos que, en mi opinión, no son equiparables. En efecto, varias sentencias obligan a la prejudicialidad administrativa en asuntos que tienen una resolución pendiente en la jurisdicción contenciosa (en casos de homologación de títulos extranjeros a efectos del delito de intrusismo: SSTC 30/1996, 255/2000, entre otras), pero en cambio, la STC 170/2002, confirma la sentencia penal (SAP Alicante 180/1998) en la que se rechaza la cuestión prejudicial para valorar los términos civiles “depósito”, “comisión” “administración” a efectos del delito de apropiación indebida .

Lo que se plantea es la correcta inclusión del problema bien en el art. 3, bien en el art. 4 de la LECrim. El primero, establece “por regla general” la competencia de los tribunales penales para resolver cuestiones prejudiciales propuestas sobre conceptos civiles o administrativos, mientras que el art. 4, establece la excepción para casos en que la cuestión prejudicial “fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia”, en los que procede la cuestión devolutiva a “quien corresponda” con suspensión del procedimiento penal. Esta cuestión prejudicial devolutiva con suspensión del procedimiento, a resolver por la jurisdicción contenciosa, no se descarta totalmente en la opinión de MUÑOZ

¹⁹ Una completa exposición del tema en NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Colex, Madrid, 2001, pp. 34-43.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, I*. Iustel, Madrid, 2006, pp. 79-80.

²¹ BALLBÉ MALLOL, M./PADROS REIG, C. *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2004.

MACHADO, para quien la devolución debe admitirse cuando es imprescindible para determinar la responsabilidad²².

A mi juicio, los problemas a considerar deben partir de la diferenciación de situaciones no siempre individualizadas en la doctrina administrativa, como las siguientes:

Por un lado, están los casos en que el juicio penal se celebra cuando existe un litigio pendiente y afectante al tema aun no definitivamente resuelto en la jurisdicción contenciosa. Tal es el caso de la homologación de títulos extranjeros que, en las SSTC citadas, había obtenido una resolución contenciosa favorable, pero estaba pendiente de casación. El TC recuerda que el “inconveniente” de sentencias contradictorias sobre los mismos intereses debe soportarse en aras de la independencia judicial, pero es legítima la prejudicialidad no devolutiva “como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos” en los que se entrecruzan instituciones atribuidas a distintos órdenes jurisdiccionales (STC 30/1996 FJ 5, remiténdose a la STC 171/1994).

El mismo problema de incoherencia entre dos decisiones estatales puede plantearse en los casos de accesoriedad de acto en los que el tipo penal depende expresamente, de la ausencia de autorización de un órgano administrativo o bien, cuando el tipo penal remite -a mi juicio, irresponsablemente- a cualquier infracción de la normativa extrapenal que puede consistir en una auténtica maraña normativa. Es lo que ocurre, por ejemplo, con “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” del delito ecológico en el que se dan casos de condena penal (art. 325 CP) por un vertido autorizado administrativamente²³ lo que, a mi juicio, liquida sin compasión el derecho a esperar y obtener resoluciones judiciales previsibles y coherentes, esto es, a la tutela judicial efectiva. En casos como éstos en los que cabe calibrar la utilización de la cuestión prejudicial devolutiva, pese a que, como demuestra NAVARRO CARDOSO, plantea tanto ventajas como inconvenientes²⁴

En cambio, el tema de los elementos típicos en la delincuencia “de” las empresas públicas que aquí nos ocupa no contiene supuestos como los acabados de enunciar, sino ejemplos de un problema que *debe ser diferenciado en cuanto a su interpretación y respecto de la eventual prejudicialidad administrativa*. En efecto, lo que aquí hemos encuadrado en la categoría de elementos normativos merecedores de un mayor espacio para la interpretación penal, incluye conceptos como “potestades administrativas” (art. 31 quinque 1 CP) y otros muchos dispersos en los delitos contra la Administración Pública (cargo público, servicio público, caudales públicos etc.) que necesitan conectarse con la compleja regulación de las empresas públicas. Planteamos ahora alguna precisión sobre

²² MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit. p. 85.

²³ BALLBÉ MALLOL, M./PADROS REIG, C., *La prejudicialidad*, cit. p. 55 recogen la SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 1996 condenando por un vertido autorizado administrativamente con el siguiente argumento: “...una norma administrativa no puede autorizar o consentir una acción capaz de perjudicar un bien jurídicamente protegido”.

²⁴ NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa*, cit. pp. 47-49.

la prejudicialidad, dejando para el apartado siguiente los criterios generales para su interpretación.

En cuanto a la cuestión de la prejudicialidad tal y como vimos se plantea en la doctrina administrativa, lo cierto es que los arts. 3 y 4 de la LECRim no resuelven plenamente la cuestión. Creo que la cuestión devolutiva mencionada en el art. 4 para los supuestos en que sea determinante de la “culpabilidad o inocencia”, si se interpreta formalmente conduce a resultados insostenibles: *todos* los elementos empleados en la definición de un tipo penal son imprescindibles para concluir la culpabilidad o la inocencia del acusado y su comprobación no puede ser remitida al orden contencioso-administrativo cuyo colapso se incrementaría paralelamente a la dilación insostenible del juicio penal.

Respecto a la cuestión prejudicial no devolutiva que puede haber sido planteada de acuerdo al art. 3 LECRim debe ser resuelta por el mismo tribunal penal “para el sólo efecto de la represión”, pero lo cierto es que carece de sentido llevar la interpretación de todos los elementos normativos procedentes del derecho administrativo o civil a la cuestión prejudicial. Recuperamos aquí la STC 170/ 2002 y el rechazo de la cuestión por la SAP Alicante 180/1998 sobre la existencia de título jurídico en que basar el delito de apropiación indebida. En ella se argumentó que, de admitirse, “en todos los supuestos de apropiación indebida cabría plantear una cuestión prejudicial suspensiva para determinar si existía título y la naturaleza de este título, determinante de la tenencia del dinero o cosa mueble, que el Código no reduce a un *numerus clausus*, sino que sigue un claro signo de *numerus apertus*”. Lo relevante aquí es que el TC considera que con la argumentación del rechazo de la cuestión se cumple suficientemente con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En suma, sobre muchos de estos elementos normativos (cosa mueble, depósito, documento etc.) y los afectantes al Título XIX del CP y los delitos contra la Administración Pública (funcionario, resolución administrativa, etc.) existe ya un corpus de interpretación doctrinal y jurisprudencial que puede ser y es manejado en la aplicación de los tipos penales sin necesidad de cuestión prejudicial alguna. Lo que nos ocupa ahora es cómo conformar un similar bagaje interpretativo de los elementos normativos afectantes a las empresas públicas, actualmente mucho menor que el disponible en los ejemplos anteriores puesto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se incorporó a nuestro CP en 2010 (LO 5/2010) y el vigente art. 31 quinque CP fue incorporado en 2015 (LO 1/2015)

4. LA INTERPRETACIÓN RELATIVAMENTE AUTÓNOMA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS AFECTANTES A LAS EMPRESAS PÚBLICAS

4.1. El necesario contexto de la evolución del derecho actual

La autonomía de la interpretación penal que se mantiene en estas páginas puede provocar una cierta inquietud cuando se basa en valoraciones materiales un tanto alejadas de los conceptos formales procedentes del derecho administrativo. Inquietud lógica que se inscribe en la indudable crisis del principio de legalidad, especialmente en lo que se

refiere al mandato de determinación de las conductas punibles, lo que, como recuerda PALAZZO, constituye ya un lamentable lugar común²⁵ y conduce a la tensión entre el principio de legalidad y la creación judicial del derecho, o si se quiere, en el llamado diálogo entre normas y jueces²⁶, que aquí no podemos abordar.

Sin embargo, a modo de explicación de lo arriesgado de algunas interpretaciones, creo útil advertir que los conceptos que aquí interpretaremos se inscriben de lleno en esas características del derecho penal actual que propician la crisis del principio de legalidad, al menos en su concepción tradicional. En efecto, los elementos normativos aquí abordados adquieren una especial dimensión cuando el derecho penal se expande y los ordenamientos en general, se complican (no olvidemos que estamos hablando de normas nacidas ya entrado el siglo XXI) porque los sectores en los que intervienen son, a su vez, más complejos. A ello se añade la superposición de ordenes normativos (comunitario, estatal general, autonómico, local) no siempre coherentes entre sí y frecuentemente hipertrofiados en su afán regulador. Todo ello conduce también -quizá inevitablemente-, al abandono del afán racionalizador y sistematizador de la codificación, advertido incluso en instancias oficiales²⁷.

No es descartable la influencia del pragmatismo anglosajón como generador de normas dispersas sobre asuntos aislados que afecta, cuando no anula, las construcciones dogmáticas de los sistemas continentales²⁸, pero ello no justifica la utilización de una técnica legislativa defectuosa, cuando no caótica, en virtud de la cual las normas se incorporan al Código Penal sin comprobar sus posibles confluencias o colisiones con otros sectores del ordenamiento jurídico cuya unidad se encuentra abiertamente puesta en entredicho, lo que conduce a la reivindicación de una teoría de la legislación que ponga un cierto orden en el caos actual²⁹.

²⁵ PALAZZO, F. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de *regla iuris*” *Revista Penal*, 25, 2010, p. 104. BERDUGO, I, *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 194. Un planteamiento completo de la evolución del principio de legalidad puede verse en los trabajos recopilados en AA.VV , *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?*, Montiel (ed.) Marcial Pons, Madrid, 2012, especialmente la introducción de MONTIEL, J.P. pp. 27 y ss.

²⁶ Ampliamente, CORRECHER MIRA, J. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Aborda el estudio comparado del principio de legalidad penal en la cultura anglosajona y continental. La globalización del derecho y la convivencia de ordenamientos en la UE también contribuido a la tensión. Ver NIETO MARTIN, A., “Derecho Penal y Constitución en la era del *global law*”, en AA.VV , *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.) Gómez Martin (Coord.) Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 93 y ss.

²⁷ Así, la presentación de la Comisión de Codificación como órgano asesor del Ministerio de Justicia (mjusticia.gob.es) advierte que el “...término codificación parece llevarnos al pasado frente a la profusión y celeridad normativa de nuestros días...”

²⁸ Con todo, parece que se produce una cierta aproximación de la cultura anglosajona sobre el principio de legalidad a partir de la jurisprudencia del TEDH. Ver CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad*, cit, p. 182.

²⁹ A “contaminación legislativa” se refiere SARRABAYROUSE, E.C., “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración” en AA.VV, *La crisis del principio...*cit. p. 35-38, destacando la necesidad de construir una teoría de la legislación.

Visto el fenómeno desde la perspectiva de los juristas continentales, son frecuentes las apelaciones a los riesgos de exceso de algunas interpretaciones jurisprudenciales³⁰, lo que en nuestro caso puede ser un problema real porque cuando las normas extrapenales que se incorporan al derecho penal son dispersas, complejas y contradictorias, el espacio de interpretación que se ofrece a los jueces penales es mucho más comprometido que lo que deberían permitir garantías del principio de legalidad como la clara determinación de los comportamientos punibles.

4.2. Alcance de la autonomía interpretativa

Admitamos que la abundancia de elementos normativos es inevitable desde el momento en que el derecho penal decide intervenir en sectores con una previa intervención administrativa³¹, lo que, a mi juicio, conduce a admitir que es igualmente inevitable la autonomía de la interpretación penal. La cuestión, lógicamente, es hasta dónde y de qué manera ejercerla.

En la interpretación de los elementos normativos procedentes de otros sectores del ordenamiento, se ha dicho ya que debe partirse del concepto extrapenal y adecuarlo a las necesidades de la norma penal, lo que, ciertamente sólo es un punto de partida metodológico. Cabría añadir, en primer lugar, que esa adecuación debe hacerse acudiendo a alguno de los métodos de interpretación admitidos y que los argumentos deben expresarse en la motivación de la sentencia³². Se dirá que con la referencia a los métodos de interpretación admitidos llegamos a espacios igualmente discutidos como el contexto del término a interpretar, el fin de la norma penal y su función de protección de bienes jurídicos si se parte de este concepto, (lo que tampoco es unánime), pero en todo caso, con ello estamos ya en el terreno de interpretaciones admisibles y revisables en el sistema de recursos. Como dice LASCURAIN, en materia de interpretación la seguridad jurídica se vincula a la previsibilidad y ésta consiste en que la interpretación judicial sea “axiológica y metodológicamente razonable”³³

Una de las diferencias entre los elementos normativos que deben ser interpretados y las leyes penales en blanco *stricto sensu* que incorporan infracciones administrativas, es que la formalidad de dichas infracciones no puede ser desbordada por la norma penal, aunque

³⁰ Así, ALVAREZ GARCÍA, FJ., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.177. DEMETRIO CRESPO, E, *El derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus, Madrid, 2020, p.119. ORTIZ DE URBINA, I. “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en AA.VV, *La crisis del principio...*”, cit, pp. 178 y ss.

³¹ Así lo entiende LASCURAIN SANCHEZ, A., en relación al delito ecológico en “Elogio del art.325 del Código Penal, en AA.VV , *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Jorge Barreiro (dir.) Comares, Granada, 2005.

³² FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid,2009, p. 209. QUINTERO OLIVARES, G ,“Legalità e iudice”, en Torre,V. (a cura di) *Il principio di legalità tra legislatore e guidice*, Pacini, Pisa, 2020, p. 29.

³³ LASCURAIN SANCHEZ, A. “La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal”, AA.VV ,*La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Perez Manzano/Lascurain Sánchez (dirs.) Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 123.

en ésta se exija un *plus* de ofensividad añadido a la infracción extrapenal. En cambio, en los elementos normativos que aquí interesan se plantea si la interpretación penal puede ir más allá del tenor de la normativa extrapenal de la que proceden. Así ocurre, desde luego, con el concepto penal de funcionario del art. 24 CP, mucho más amplio que el concepto propio del Derecho administrativo, ampliación *ex lege* que, si bien no sirve como ejemplo de interpretación judicial, confirma la posibilidad de que los elementos normativos penales procedentes del Derecho administrativo presenten contornos más amplios que los originarios.

Lógicamente, si no existe un concepto legal a efectos penales que habilite a ello (como hace el concepto de funcionario “a efectos penales”), el intérprete no puede llegar a conclusiones que desborden el sentido literal posible del término en cuestión. La fijación de tal sentido literal es, desde el punto de vista del método, la utilización del denominado método gramatical o formal, como punto de partida necesario pero no suficiente que necesita ser complementado con otros métodos y especialmente, el lógico sistemático que, en ocasiones, coincide con el teleológico³⁴.

Sin embargo, en el caso de los conceptos del 31 quinquies CP (potestad administrativa, servicios de interés económico general) tanto el método gramatical como el sentido literal posible poseen una relativa eficacia. Por un lado, la inconcreción del concepto extrapenal es tal que resulta difícil la misma precisión de su sentido literal, de manera que la clásica referencia al límite de la ley para su interpretación, aquí puede llevarnos a un razonamiento circular: no podemos apelar al límite de lo que dice la ley cuando, precisamente, estamos interpretando qué es lo que dice.

Por otro lado, suponiendo que le atribuyamos el máximo sentido literal posible, podemos llegar a soluciones incongruentes con la aparente voluntad de la ley penal. A mi juicio, la preferencia por interpretaciones restrictivas del concepto administrativo puede basarse en los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* del derecho penal, en tanto suponen el acotamiento de aquellos sectores respecto de los que son insuficientes otros instrumentos sancionadores, lo que normalmente llevará a ámbitos más reducidos que los abarcados por la norma administrativa.

Sin embargo, la aparente simplicidad de esta propuesta, forzosamente muy abierta, queda en entredicho cuando se acude a conceptos administrativos que deben ser pasados por el filtro de la interpretación penal, cuyos difusos contornos hacen que no siempre puede saberse si la interpretación penal restringe o extiende el concepto extrapenal interpretado. Por tanto, en conceptos muy formalizados en los que el tenor literal tiene un contenido claro para el derecho administrativo, dicho tenor puede jugar un papel de límite a la interpretación penal, pero en aquellos otros en los que el ordenamiento extrapenal y la doctrina que lo desarrolla ofrece, a su vez, amplios márgenes de valoración, los conceptos de interpretación restrictiva o extensiva pierden gran parte de su funcionalidad, lo que deja las manos más libres al intérprete penal para aplicar los métodos que contienen ya

³⁴ Punto de partida mantenido en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 138-139. En sentido similar, ORTIZ DE URBINA, I., “¿Leyes taxativas...” cit. pp. 200-201.

sus propios límites. Tendremos ocasión de comprobarlo en relación a los términos manejados en el art. 31 quinquies CP en los que existe una elaboración todavía escasa si se compara con la existente en los tipos de la parte especial del CP.

5. LA RESPONSABILIDAD PENAL “DE” LAS EMPRESAS PÚBLICAS. ALGUNAS VÍAS INTERPRETATIVAS

A partir de lo dispuesto en el art.31 quinquies CP pueden establecerse tres grupos de supuestos: a) en el número 1 del art. 31 quinquies se incluyen las entidades que *no* pueden ser responsables penalmente: el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales (EPE), las organizaciones internacionales de derecho público ni aquellas otras que *ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas* (número 1 del art.31 quinquies CP); b) en segundo lugar, en el número 2 del art. 31 quinquies), se incluyen las Sociedades Mercantiles Públicas (SME) que *ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*: tienen responsabilidad penal, pero con limitación de las penas imponibles a las de las letras a) y g) del art. 33.7 y, por último, c) todas las personas jurídicas no incluidas en los números anteriores, tienen responsabilidad penal con el régimen penológico general (todas las penas del art. 33.7 CP). En este grupo se incluyen las SME no incluidas en el anterior, esto es, las que no ejecutan políticas públicas. GONZALEZ CUSSAC señala un último nivel en el que están las sociedades creadas fraudulentamente con el propósito de eludir la responsabilidad penal, claramente responsables y acreedoras del régimen penológico general (art. 31 quinquies 2, *in fine*)³⁵

La responsabilidad penal de *todas* las SME con uno u otro régimen penológico es evidente³⁶. Si se interpretara que sólo tienen responsabilidad penal las citadas en el número 2 del art. 31 quinquies CP eximiendo de responsabilidad a las restantes éstas resultarían equiparadas a las del número 1, es decir, a las que ejercen potestades públicas, lo que resulta totalmente contrario a su condición puesto que ni siquiera se relacionan con políticas o servicios de interés general. Más abajo analizaremos si algunas pueden ser incluidas en el ejercicio de potestades administrativas para quedar exentas de responsabilidad penal.

5.1. La irresponsabilidad penal de las Administraciones y entes estatales

Las entidades citadas expresamente en el número 1 del art. 31 quinquies CP conducen al conocido tema de la irresponsabilidad penal del Estado. En este caso, se mencionan órganos de las Administraciones territorial e institucional a los que se asimilan los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas empresariales y las

³⁵ GONZALEZ CUSSAC, JL en González Cussac (dir.) Górriz/Matallín (coords.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209.

³⁶ La Circular 1/2016 de la FGE así lo reconoce, aunque con una redacción no absolutamente clara. En efecto, aunque vincula la limitación penológica y las características de las SME, la redacción puede interpretarse también en el sentido de que sólo con dichas características especiales tienen responsabilidad penal. “...la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP...”.

organizaciones internacionales de derecho público. El fundamento y función que se atribuya a esta exención es importante para aplicarlo a la interpretación del ejercicio de potestades administrativas que, como cláusula abierta, coloca a otras entidades en el mismo nivel de exención que se atribuye a dichos órganos estatales.

La exención de responsabilidad penal del Estado sigue el modelo francés por el que se planteó que el Estado, ejerciendo el monopolio de la sanción penal, no puede castigarse a sí mismo, autoimponiéndose consecuencias negativas que pueden perjudicar el mismo desarrollo de su actividad, impidiendo el desarrollo de sus funciones³⁷. Con todo, la progresiva descentralización de funciones estatales ha favorecido debates como el mantenido en Holanda respecto de municipios responsables de contaminación ambiental que concluyó con la declaración de su irresponsabilidad por el Tribunal Supremo pero sólo cuando se tratara de funciones que no podían ser ejercidas por particulares³⁸ y también opiniones de la doctrina española sobre la excesiva amplitud de tal exoneración que alcanza a espacios vulnerables a la corrupción como los Ayuntamientos³⁹ o a las Agencias y EPE⁴⁰

No desarrollaremos aquí tal debate que parece limitado sólo a la responsabilidad *penal*, puesto que en otros ámbitos no es extraño que determinados órganos del Estado ejerzan potestades sobre otros adoptando decisiones imperativas que les afectan. Por ejemplo, los tribunales pueden declarar la responsabilidad civil del Estado o anular decisiones administrativas en la jurisdicción contencioso-administrativa, sin olvidar que por RD 421/2006 de 7 de abril, el Consejo de Ministros, a petición de la Junta de Andalucía disolvió el Ayuntamiento de Marbella por su gestión dañosa para los intereses generales⁴¹. No resulta inimaginable, por tanto, que la sanción no penal de unos órganos estatales sobre otros, ya hoy posible, se amplíe algún día a la sanción penal.

Ello apoya, además, que los órganos hoy exentos de responsabilidad penal sean reducidos y reducida deba ser también la interpretación de una eventual ampliación basada en las “potestades administrativas” que menciona el art. 31 quinque 1 CP. Tanto las Administraciones como el resto de organismos citados expresamente se definen por conceptos totalmente formalizados que vinculan al intérprete penal y, al mismo tiempo, no plantean dudas. Como Organismos Reguladores puede citarse la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Comisión Nacional de la Energía. Como Agencias

³⁷ Así, ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., “Societas delinquere potest”, en Zúñiga/Gorjón/Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, 2011, p.16. VALEIJE ALVAREZ, I., “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles...” p. 67.

³⁸ Recogido y explicado por VERVAELE, J., “Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 115/2007, CGPJ, Madrid, pp. 54 y ss.

³⁹ Así, NIETO MARTIN, A./MAROTO CALATAYUD, M., criticando la exoneración, por ejemplo, de Ayuntamientos corruptos en AA.VV, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Demetrio Crespo/Rodriguez Yagüe (Coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 561.

⁴⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, (5^a ed. adaptada a la LO 1/2015), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 604.

⁴¹ En aplicación del art. 61.1 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Estatales, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y la Agencia Estatal Antidopaje. Tampoco cabe dudar de cuáles son Entidades Públicas Empresariales porque el art. 103.3 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público obliga a que en su denominación figure la indicación “entidad pública empresarial” o su abreviatura (E.P.E).

Por tanto, lo que plantea dudas es el ejercicio de “potestades de soberanía o administrativas”, cajón de sastre con el que concluye el número 1 del art. 31 quinque CP puesto que, en principio, puede eximir de responsabilidad a cualquier persona jurídica. Para ello, de acuerdo con el método tradicional, comenzaremos por ver cuál es el concepto de potestad administrativa que maneja el derecho administrativo.

5.2 El ejercicio de potestades de soberanía o administrativas en el derecho administrativo

Lo primero que llama la atención en los términos del CP es la colocación en el mismo nivel de dos conceptos vinculados al ejercicio del poder, pero de muy diferente aprehensibilidad: las “potestades de soberanía”, concepto abarcable teóricamente y las “potestades administrativas”, concepto de tal dispersión en el derecho administrativo que no puede ser trasladado como tal al derecho penal.

Comenzando por las potestades de soberanía, si ésta reside en el pueblo español y de ella emanan los poderes del Estado (art.1.2 CE), se corresponden con el poder legislativo, ejecutivo y judicial. Lógicamente, sus funciones no pueden ser desempeñadas por entidades distintas de los órganos que ejercen el poder ni, mucho menos, como recuerda MUÑOZ MACHADO, transformarse en actividades mercantiles mediante entidades del sector público empresarial. El mismo autor añade las atribuciones de autoridad reservadas constitucionalmente al Estado, lo que impide también la mercantilización de las relaciones exteriores, el ejército, la justicia o la policía. Sin embargo, advierte que el ejercicio de la función debe diferenciarse de la gestión de algunos aspectos de dichos servicios que pueden ser abiertos a la actividad empresarial⁴².

Claramente, las potestades de soberanía no pueden ser mercantilizadas, pero la observación sobre que una cosa es la titularidad de la función y otra la gestión de algunos de sus servicios conduce a entes que pueden intervenir en la organización de funciones propias de potestades estatales como las de policía o justicia en las que está creciendo la privatización de determinados servicios. Piénsese en las labores de vigilancia de aeropuertos o centros penitenciarios que se ejercen ya por empresas privadas de seguridad que, si bien el más amplio concepto administrativo de potestad quizá pueda considerarlas incluidas, no pueden ser consideradas exentas de responsabilidad penal suponiéndoles el ejercicio de potestades de soberanía.

Esto último puede plantearse también en relación con el ejercicio de “potestades administrativas”, que pueden ser atribuidas a entidades de muy distinto nivel. Por lo que

⁴² MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado*, cit. p.1066. Expresamente cita la prestación de servicios de policía y sistema penitenciario por empresas privadas en p. 1072.

aquí interesa, las SME pueden tener atribuidas potestades administrativas porque así se reconoce en el art. 2.2 LRJSP (en cuyo caso se someten a los principios de dicha ley) y en el art. 113 LRJSP cuando dice que tales entidades no “podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el *ejercicio de potestades administrativas*”

En efecto, como veremos, el concepto es tan amplio, que puede llevar a equiparar órganos del Estado y entidades de derecho privado en la exclusión de responsabilidad penal del art. 31 quinques CP. Para calibrar su alcance, veamos en primer lugar, el concepto de potestad administrativa del que debemos partir.

Al respecto, resulta difícil encontrar en la doctrina administrativa un concepto claro y unánime de potestad administrativa. Es frecuente partir del manejado por Santi Romano que la identifica con ejercicio de un poder atribuido por la ley sin que implique otros sujetos obligados, sino sólo afectados y sometidos a dicha potestad. GAMERO CASADO partiendo de dicho concepto, lo desarrolla para alcanzar la siguiente definición: la potestad administrativa es un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional), que tiene como consecuencia la sumisión al derecho administrativo⁴³.

La consideración como *poder jurídico unilateral* significa que los ciudadanos pueden verse sometidos a él sin necesidad de un acto jurídico obligacional previo (por ejemplo, un contrato) lo que hace inevitable la referencia a la satisfacción del interés general. El concepto puede compartirse, pero el problema es que las leyes administrativas permiten “atribuir” tal potestad a entidades de perfil *mayoritariamente* privado.

En efecto, desde la óptica penal, es difícil admitir que entidades de derecho privado -pese a su parcial sumisión al derecho administrativo-, ejerzan potestades administrativas al mismo nivel que los órganos de la Administración, lo que apunta a la necesaria identificación de un espacio de potestades administrativas más reducido que el concepto general, del que constituirían una suerte de núcleo duro. En esta línea, GAMERO CASADO, identifica un espacio más reducido por el ejercicio de autoridad o *imperium*, en el que no se incluyen actividades atribuidas al sector privado (concesionarios, particulares ejercientes de funciones públicas)⁴⁴

El art. 113 LRJSP, arriba citado, introduce una distinción entre autoridad y potestad en el sentido de que las SME pueden tener atribuidas potestades, pero no el ejercicio de autoridad, distinción de la que ha dicho CANALS AMETLLER que dada su dificultad,

⁴³ GAMERO CASADO, E., “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 73. Asumiendo el concepto de Santi Romano, MUÑOZ MACHADO, *Tratado*, cit. p. 523.

⁴⁴ GAMERO CASADO, E., “El ‘retorno’ al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista española de derecho administrativo*, 189, 2018, p. 2.

asegura la confusión”⁴⁵. Sin embargo, en mi opinión, con ello se apunta a dos niveles de ejercicio de potestades administrativas (con o sin autoridad) y, por tanto, a dos clases de entidades ejercientes de potestades administrativas. El concepto de autoridad no está desprovisto de problemas y tampoco puede decirse que sólo las entidades que la ejercen son las que ejercen potestades administrativas, pero con lo dicho puede bastar para mantener distintos grados de titularidad de las repetidas potestades, lo que permite considerar que tampoco todas las entidades mencionadas en el art. 31 quinqueis CP son iguales a efectos penales.

Por otra parte, con ello se apunta a la distinción predominantemente *funcional* de los entes del sector público. En el apartado siguiente abordaremos la cuestión en el CP, donde comprobaremos la utilidad de atender a las funciones predominantes de las entidades a partir de la antes citada clasificación de los sectores públicos estatales en el art. 3 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria (*supra*, II). La reproducimos aquí de forma más completa.

En el *sector público empresarial* se incluyen las EPE, las SME y “cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados a la Administración General del Estado, los *consorcios* y los fondos sin personalidad jurídica *no* incluidos en el sector público administrativo.

En cambio, en el *sector público administrativo*, se incluyen

- a) órganos de la Administración General del Estado, universidades públicas no transferidas etc. que no son los entes instrumentales que aquí nos interesan y,
- b) “cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los *consorcios*...que cumplan con alguna de las dos características allí señaladas: resumidamente, que la actividad principal *no* consista en producción en régimen de mercado...sin ánimo de lucro, o bien, que *no* se financien mayoritariamente con ingresos comerciales obtenidos como contrapartida de entregas de bienes o servicios.

Obsérvese que los consorcios, en principio, forman parte del sector empresarial pero excepcionalmente pueden ser incluidos en el sector público administrativo. O bien, al revés: forman parte del sector público administrativo cuando su actividad y su financiación mayoritaria no se ubican en el régimen de mercado y, residualmente, del sector empresarial cuando no reúnen los requisitos del sector administrativo, es decir, cuando presentan un perfil mayoritariamente mercantil.

Al respecto, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado ha entendido que todos los entes del citado *sector público administrativo* desempeñan potestades administrativas, con lo que se sitúa en el criterio funcional que aquí hemos compartido. Ello deja planteadas dos cuestiones:

⁴⁵ CANALS AMETLLER, D., “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, en *La potestad administrativa*, cit. Gamero Casado (dir.) p. 330.

1. Si están exentas de responsabilidad las SME a quienes en su creación se les ha atribuido excepcionalmente el ejercicio de potestades administrativas.
2. Si todos los organismos de derecho público incluidos en el sector administrativo (ciertos consorcios y también otros organismos de derecho público vinculados a la AGE) están exentos de responsabilidad penal porque ejercen potestades administrativas.

5.3. Las potestades administrativas a efectos penales

El ejercicio de potestades administrativas como criterio para ampliar la exención de responsabilidad en el art. 31 quinque 1 CP es doblemente criticable: por la misma ampliación de una exención ya de por sí cuestionada y por la laxitud e indefinición del concepto que acabamos de ver. Por otra parte, mientras los órganos y entidades mencionados expresamente disfrutan de la exención por el mero hecho de ser lo que son, las entidades que hipotéticamente se vieran favorecidas por el ejercicio de potestades administrativas, lo serían en atención a las actividades desempeñadas y, por tanto, valoradas a estos efectos manejando el criterio funcional.

En lo que se me alcanza, la doctrina penalista no se ha detenido especialmente en esta cuestión, pero, a mi juicio, la enorme amplitud de los conceptos administrativos puede contar con algunos límites a efectos penales.

En primer lugar, en este punto no es asumible la cierta equiparación entre la potestad administrativa y la función pública que en ocasiones se encuentra en la doctrina administrativa, aunque se ha apuntado a la función como actividad dirigida a fin en el ejercicio de la potestad⁴⁶. En un intento de interpretación penal podría apuntarse que toda potestad incluye funciones como actividad, pero no todo ejercicio de funciones constituye ejercicio de potestad. La función pública, para el CP, no sólo es -en términos genéricos-, el bien jurídico afectado por los delitos contra la Administración Pública, sino, además, el concepto de referencia para la definición penal de funcionario público como aquél que “participa en el ejercicio de funciones públicas” (art. 24 CP), de manera que, de confundirse con la idea de potestad, llevaría al absurdo de que todos los funcionarios, en sentido penal, ejercen potestades administrativas.

En segundo lugar, el ejercicio de potestades administrativas como causa de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas, parte del concepto administrativo enunciado más arriba (poder unilateral, servicio al interés general etc.) pero debe ser interpretado sistemáticamente en relación al contexto que le acompaña en el art. 31 quinque CP. Es decir, debe limitarse a personas jurídicas que se encuentren en un nivel similar a los entes estatales citados en el mismo precepto, esto es, administraciones públicas y entes asimilados respecto de los cuales opera la motivación clásica acerca de que el Estado no puede sancionarse a sí mismo ni afectar a su propio funcionamiento con las sanciones impuestas. Ya hemos visto que éste es un criterio discutible, pero en tanto sea dominante no debe incrementar sus problemas ampliándose todavía más. En otras

⁴⁶ En cambio, parte de la delimitación de tales conceptos NAVARRO GONZALEZ, R., “La atribución de potestades administrativas”, en Gamero Casado (dir.) *La potestad..*cit. pp. 231 y ss.

palabras, no son equiparables los órganos del Estado y sus entes instrumentales, aunque éstos estén total o parcialmente sometidos al derecho administrativo.

En tercer lugar, el ejercicio de potestades administrativas a efectos del art. 31 quinquies CP podría valorarse de dos maneras: atendiendo a si la entidad tiene, en general, atribuidas potestades administrativas o bien, en concreto, atendiendo a si en la actuación ilícita en cuestión se estaban ejerciendo las repetidas potestades. VALEIJE ALVAREZ plantea el tema con relación a las SME y los supuestos en los que la actuación pertenece a su giro societario privado⁴⁷, pero podría plantearse también respecto de las EPE.

En mi opinión, la cuestión no operaría de manera igual o paralela en los dos números del art. 31 quinquies CP. En el número 1, el criterio concreto reduciría la eximente de los órganos estatales y las EPE, aplicándola sólo en aquellos casos de ejercicio concreto de potestades, es decir, se ampliaría su punibilidad cuando son los órganos y las empresas más claramente excluidas de responsabilidad penal. En cambio, en las SME en las que se parte indudablemente de su responsabilidad penal, se les proporcionaría una eximente en determinados casos, esto es, cuando ejercieran potestades administrativas defraudando el encargo extraordinario que se les haya hecho. En resumen, el criterio concreto perjudica a las EPE y beneficia a las SME, esto es, opera en dirección contraria a la distinción de los párrafos del art. 31 quinquies CP.

En el siguiente apartado nos detendremos en tal efecto para las SME, pero en este punto cabe pronunciarse por el eventual efecto perjudicial del criterio concreto para los órganos estatales y las EPE. En mi opinión, en el plano de los principios no existen especiales inconvenientes en reducir la exención prevista para los órganos estatales y las EPE, en tanto en cuanto, como se dijo más arriba, tal privilegio resulta discutible. Sin embargo, la comprobación del ejercicio concreto de potestades en el acto ilícito tropieza con dos inconvenientes: el primero, que el redactado del art. 31 quinquies 1 CP, menciona el ejercicio de potestades como atributo de otras entidades distintas de los órganos citados y las EPE (“...aquellas *otras* que ejerzan...”), no como un requisito de la actuación de las entidades citadas, a las que se les presume. De todas formas, de admitirse un forzamiento de la interpretación en el sentido indicado, el segundo inconveniente es el tropiezo con la indefinición y vaguedad del concepto de potestades administrativas que es inevitable soportar en relación a entidades no mencionadas expresamente en el número 1 del art 31quinquies, pero puede resultar excesivo para todos los sujetos indicados en él.

Veamos ahora cómo abordar los interrogantes planteados más arriba en torno al sector público administrativo.

5.3. A. Las SME con potestades administrativas.

El primer interrogante de los arriba enunciados es el planteado por CARDONA BARBER acerca de si las SME que ejerzan potestades administrativas (lo que, como se ha visto, permite el art. 113 LRJSP) pueden incluirse en el número 1 del art. 31 quinquies CP y así

⁴⁷ Lo plantea VALEIJE ALVAREZ, I., “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles..” cit, p. 81.

resultar exentas de responsabilidad criminal⁴⁸. A mi juicio, la respuesta debe ser negativa. Como recuerda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 de 22 de enero, la reforma penal de 2015 demostró la clara voluntad de recuperar la responsabilidad penal de dichas entidades excluida por la redacción legal anterior con lo que siguió la recomendación de la OCDE.

En mi opinión, la exención suprimida no puede ser desvirtuada subrepticiamente asumiendo sin más la problemática extensión del concepto extrapenal de potestad administrativa. Ni mucho menos, puede incluirse a empresas privadas que colaboren en el ejercicio de potestades como las apuntadas más arriba en funciones de vigilancia, seguridad, etc. que, ni están totalmente sometidas al derecho administrativo ni cumplen los requisitos conceptuales apuntados. Si el ejercicio de potestades administrativas por las SME es “excepcional” según el art. 113 LRJSP pese a que están controladas por el derecho administrativo en algunos aspectos (normativa presupuestaria, contratación etc.), cuando se trate de empresas totalmente privadas no cabe admitirlo en ningún caso. En definitiva, si la propia doctrina administrativa cuestiona la atribución de potestades administrativas a entidades privadas en mano pública⁴⁹ con mayor razón cabe excluirlas en una interpretación forzosamente restrictiva en el ámbito penal. Por otra parte, el manejo de la valoración funcional evita plantear la restricción de las SME a estos efectos atendiendo al porcentaje de participación de capital público.

Un último argumento puede apoyar la exclusión de las SME de la exención prevista para las entidades que ejercen potestades administrativas: si uno de los fundamentos de la exoneración de las entidades del número 1 del art. 31 quinquies CP es evitar que su sanción provoque perjuicios en las actividades del Estado y determinados entes de derecho público, eso mismo puede evitarse acudiendo al número 2 del mismo precepto, por el que se limita la sanción de las SME que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, conceptos amplios que normalmente estarán presentes en aquellos casos de atribución de una igualmente amplia potestad administrativa. En tanto sólo pueden ser sancionadas con una multa o una intervención judicial destinada a salvaguardar los derechos de trabajadores o acreedores, no se perjudica la actividad que tuvieran encomendada.

Veamos ahora la aplicabilidad en estos casos del criterio concreto de comprobación del ejercicio de potestades en la actuación ilícita. Como se ha apuntado, no las SME “que” ejercen potestades, sino “cuando” las ejercen. Si se admite lo mantenido aquí, excluyendo a todas las SME de la exoneración de responsabilidad, ya no cabría plantearse la exoneración parcial en los casos de ejercicio de potestades, pero valga alguna consideración añadida: en mi opinión, esa exoneración parcial arrastra todos los problemas enunciados en la perspectiva anterior en cuanto a su equiparación a los órganos

⁴⁸ CARDONA BARBER, A., “La responsabilitat penal de les societats mercantils publiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4,2021, p. 947.

⁴⁹ Así, GAMERO CASADO, E., “Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de derecho privado”, en AA.VV , *La potestad administrativa*, cit., Gamero Casado (dir.) pp. 445 y ss.

del Estado o la Administración y además, supone un trato privilegiado para una sociedad de personificación jurídica privada, a la que se han encomendado “excepcionalmente” potestades administrativas, precisamente cuando ha defraudado esa encomienda cometiendo actos ilícitos en su ejercicio. Para expresarlo con un ejemplo: imaginemos que una empresa privada de seguridad a la que se han encomendado funciones de control en un aeropuerto establece un sistema por el que recibe contraprestaciones ocultas a cambio de flexibilizar el control para permitir que otros lleven a cabo hechos de contrabando, lo que sin duda sería incardinable en el delito de cohecho pasivo que es uno de los que puede ser atribuido a personas jurídicas (art. 427 bis CP). En mi opinión, es posible negar el ejercicio de potestades administrativas en la prestación de determinados servicios de colaboración, pues no se olvide que, en los aeropuertos, el ejercicio de la potestad en sentido estricto está atribuido a la Guardia Civil. Pero si no se admite lo anterior, habría que eximir de responsabilidad penal a la citada empresa, también con el criterio de comprobación del ejercicio de potestades en el caso concreto lo que se antoja un privilegio insostenible.

5.3.B. Las entidades de derecho público dependientes de la AGE y los consorcios

Podría decirse que, con la interpretación restrictiva mantenida hasta aquí, el concepto de potestad administrativa en el art. 31 quinque 1 CP puede resultar casi vacío de contenido, puesto que son pocas las entidades de derecho público distintas (“...y aquellas otras...”) de las mencionadas expresamente en dicho precepto a las que pueda aplicarse tal concepto. Al respecto, cabe insistir en que la exoneración por esta vía debe ser extraordinariamente restrictiva puesto que mediante un concepto tan amplio se pretende situar a determinadas entidades al nivel de entidades estatales de la máxima protección a estos efectos. Con ello apuntamos al segundo de los interrogantes arriba planteados sobre otras entidades de derecho público.

A mi juicio, en la línea de lo mantenido por la FGE, el ejercicio de potestades administrativas a los efectos del art. 31 quinque 1 CP debe limitarse a los entes del *sector público administrativo* en la clasificación del art. 3 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria. Muchas de ellas ya están expresamente mencionadas en el CP y otras no poseen personalidad jurídica, pero subsisten entidades en las que no resulta anómalo atribuir ejercicio de potestades administrativas. Me refiero a las mencionadas en la letra b) del art. 3.1 de la citada ley: en primer lugar, los “organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado” en los que se incluyen Autoridades Portuarias, Consorcios de Zonas Francas y Grupos de Autoridades Portuarias ⁵⁰y, en segundo lugar, los consorcios -que podríamos denominar de perfil predominantemente público- que la misma ley incluye en el sector público administrativo cuando su actividad principal *no* se desarrolla en el mercado o *no* se financian mayoritariamente con ingresos comerciales. Se trata de entidades cuyo carácter público y encuadramiento en la Administración resulta mucho más claro que en las EPE,

⁵⁰ Listado proporcionado por el Ministerio de Hacienda en www.pap.hacienda.gob.es. Consulta en marzo de 2022, aunque los últimos datos aportados son de 2020.

por lo que no resulta extraño equiparlas a efectos de exención de responsabilidad penal, sin perjuicio de reiterar la crítica a su amplitud.

En cuanto a las fundaciones del sector público estatal e integradas en el llamado *sector público fundacional* la Circular 1/2016 de la FGE las considera exentas de responsabilidad penal, pese a no estar “expresamente mencionadas” en el CP, por su sometimiento al derecho administrativo (LRJSP, Ley 50/2002 de Fundaciones y Ley 47/2003 General Presupuestaria). El criterio del sometimiento administrativo es elástico puesto que, como ya hemos visto, las SME, pese a su personificación de derecho privado, se someten al derecho administrativo en muchos aspectos de su actividad, por lo que resulta más visible el argumento de la FGE en torno a su actividad siempre relacionada con competencias del sector público o su sometimiento a control por la Intervención General de la Administración del Estado.

5.4. La limitación de penas aplicables a algunas sociedades mercantiles públicas.

Los conceptos del art.31 quinquies 2 CP a desentrañar aquí son la *ejecución de políticas públicas* y la *prestación de servicios de interés económico general*. De concurrir en una SME que resulte responsable penal, sólo cabe imponerle la pena de multa o la intervención con el fin de proteger los derechos de los trabajadores o los acreedores, de manera que resultan inaplicables las penas de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades en las que se haya cometido el delito o inhabilitación para obtener subvenciones (art. 31 quinquies 2 con relación al art. 33.7 ambos del CP).

Podemos adelantar aquí que la amplitud de tales conceptos puede llegar a incluir a prácticamente todas las SME que se beneficiarían así de la restricción penológica. Es más, si no se consigue su restricción, deberíamos llegar a la conclusión de que en realidad no existen dos tipos de SME a estos efectos (las beneficiadas por la restricción penológica y el resto, que se somete al régimen penológico general). Sin embargo, la redacción del art. 31 quinquies 2 CP (“En el caso de las...que ejecuten...”), apunta claramente a que sólo algunas están contempladas en dicha norma.

La Circular 1/2016 de la FGE mantiene que “será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la *calificación y relevancia del servicio prestado*” sin encorsetarse en la categoría administrativa de servicio público (subrayado mío). Con ello, se opta por el análisis caso por caso, pero no se concreta qué debía entenderse por los conceptos manejados.

Comenzando por la ejecución de políticas públicas, si se atiende a los requisitos de constitución de una SME, resulta difícil imaginar casos en los que no se de tal requisito entendido en sentido amplio. La creación de una SME debe ser autorizada por el Consejo de Ministros previa justificación de la necesidad de su creación “por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades” y por resultar una forma jurídica más eficiente frente a la creación de un organismo público” (art. 114 1,a) y b) LRJSP). Por tanto, el poder ejecutivo las autoriza porque considera que resultan necesarias y eficientes para determinadas funciones, sin que exista otro ente

que pueda prestarlas, pero sin tratarse de régimen de monopolio, por lo que la SME concurrirá con otras empresas en el mercado.

Es de esperar que, en principio, todas las políticas de las que se habla en el Consejo de Ministros sean públicas, de manera que la autorización de una SME debe suponer la de su utilidad para ejecutar alguna política pública en la que, además, se invierten fondos públicos para la participación en el 50% del capital social, como mínimo. Sin embargo, los ámbitos en los que el Estado interviene mediante el control, de alguna SME son muy variados: la cultura (Museo del Prado), información y entretenimiento (RTVE), el ocio y el turismo (Paradores), la recaudación (Loterías y Apuestas del Estado), transportes y comunicaciones (Correos, Renfe) o ámbitos de difícil clasificación como el Hipódromo de la Zarzuela⁵¹. Aunque el hecho de participar con capital público puede interpretarse como una relación con el interés y las políticas públicas *lato sensu*, lo cierto es que no cabe valorar igual el interés estatal en crear una SME dedicada al transporte ferroviario y el que pueda tener, por ejemplo, en controlar el Hipódromo de la Zarzuela.

La mera repercusión social de unas y otras actividades permite diferenciar entre ellas, en la línea de la “relevancia” mencionada por la FGE. Como criterio valorativo es, sin duda, excesivamente amplio, por lo que debe intentarse su concreción a partir de la finalidad del precepto en el que se inserta esa ejecución de “políticas públicas”. Recuérdese que tal situación es la que permite al art. 31 quinquies 2 CP vetar que la SME en cuestión sea sancionada con penas que eliminen o dificulten seriamente su actividad. Es decir, se acude a uno de los argumentos tradicionales que niegan la responsabilidad penal del Estado, aunque aquí sea sólo para limitar las penas aplicables, esto es, la necesidad de mantener -o no limitar excesivamente-, la actividad de prestación en determinado sector.

Ciertamente, sigue siendo un criterio muy laxo, pero a mi juicio, la alternativa es interpretar las políticas públicas en el sentido amplio antes apuntado, con lo que prácticamente se vacía de contenido a estos efectos, puesto que resulta aplicable a todas las SME. Por otra parte, la valoración de las consecuencias “económicas y sociales” para imponer una pena distinta de la de multa ya está prevista en el art. 66 bis CP, para todas las personas jurídicas en general, con lo que podía lograrse el mismo efecto que con el art. 31 quinquies 2 CP, sin crear un nuevo e innecesario problema interpretativo.

Aunque algo más concreto, el concepto de *servicios de interés económico general*, (SIEG) tampoco ofrece especial seguridad a la hora de ser manejado por el derecho penal. En efecto, dicho concepto se acuña en el ámbito de la UE de forma paralela al proceso de liberalización de actividades económicas, en el que al tiempo que se relegan los contenidos monopolísticos de algunos servicios públicos, se acepta salvar la prestación de servicios de interés general (prestados en régimen de mercado) permitiendo en ellos algunas excepciones a las reglas de la libre competencia (ayudas públicas, obligaciones propias del servicio público)⁵². Se busca así un cierto contrapeso a la competitividad para

⁵¹ Listado proporcionado por el Ministerio de Hacienda www.pap.hacienda.gob.es . Véase la nota anterior.

⁵² TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, p. 202.

garantizar el acceso a servicios de interés general proclamado en el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵³. La UE pretende un concepto bajo el que quepan las versiones estatales de los servicios públicos, lo que en el caso español ayuda poco pues, como dice Tomas RAMÓN FERNANDEZ, nunca ha habido un criterio fijo ni una regla para establecer qué son o deben ser servicios públicos, pudiendo considerarse sólo un modelo teórico destinado a garantizar necesidades⁵⁴.

Aunque tampoco resulta transparente, puede ayudar la distinción entre servicios de interés económico general (SIEG) y los que son de interés general, pero no económico (SIGNE). Aquí incluye TORNOS los que denomina “personales”, como instrumentos de cohesión social basados en la solidaridad: sanidad, educación, servicios sociales, aunque reconociendo su difícil distinción⁵⁵. En cambio, según DIEZ PICAZO, si con el acceso a los SIEG se pretende promover la cohesión social y territorial de la UE (art. 36 Carta de Derechos Fundamentales de la UE), pueden incluirse ahí servicios cuya finalidad primaria no es empresarial como los acabados de citar, pero siempre que se produzcan “dentro del sistema económico”⁵⁶.

Vista la indefinición del concepto comunitario al que se remite nuestro CP, procede nuevamente denunciar la alegría e irresponsabilidad con que se llevan a la ley penal conceptos tan condicionantes y, a la vez, tan imprecisos que están pensados para finalidades distintas de la de fundamentar la responsabilidad penal o las penas aplicables. En efecto, el concepto comunitario puede resultar útil para lo que está previsto, es decir, para legitimar determinadas limitaciones de las reglas ultraliberales de la competencia admitiendo, por ejemplo, ayudas públicas y otros tratos diferenciados favorables para determinados servicios que interesan a la ciudadanía, pero es más que discutible trasladar tal trato privilegiado a las consecuencias penales aplicables a empresas semipúblicas, precisamente cuando se ocupan de tales intereses generales.

Por tanto, procede, nuevamente, iniciar el esfuerzo interpretativo que como penalistas nos corresponde, aunque en ocasiones resulte tarea tan voluntarista como discutible en sus resultados.

De entrada, si el art. 31 quinques 2 CP se refiere a los SIEG como determinantes de la repetida limitación de penas, será porque parte de la base de que existen SIGNE, pese a las dificultades para distinguir unos de otros porque el interés “económico” es un concepto laxo que, como hemos visto, también puede interpretarse en el sentido amplio y favorecedor de la cohesión social. Pero si, como se desprende de nuestro CP, los SIGNE

⁵³ DIEZ PICAZO, L., “La idea de servicios de interés económico general”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2, 2002, p.252. Ver art. 86 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, (actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el que se dice que las empresas encargadas de la gestión de SIEG se someten a las reglas de la competencia, en la medida en que ello no impida “de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

⁵⁴ RAMON FERNANDEZ, T., “Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, pp. 59-62.

⁵⁵ TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público...”, p. 209.

⁵⁶ DIEZ PICAZO, L “La idea de servicios.”, p. 252.

no se benefician de la restricción penológica y en ellos incluimos servicios como la educación, la sanidad o la asistencia social, la conclusión es demoledora: serían éstos los excluidos del trato penal beneficioso y por tanto, cabría disolverlos, suspender su actividades etc. perjudicando a sectores amplios y generalmente más vulnerables de la ciudadanía. Recordemos de nuevo que tal perjuicio sólo podría evitarse acudiendo a la valoración de las consecuencias “económicas y sociales” de la elección de la pena (art. 66 bis CP).

El concepto de interés económico general es, en efecto, un intento de superación comunitaria de los conceptos clásicos de servicio público, pero ello no significa necesariamente la abolición de este concepto sino, como mantiene PAREJO ALFONSO, su actualización⁵⁷. Es posible identificar algunos elementos de tal concepto que, coherentes con la normativa comunitaria y con nuestro propio sistema, ayuden a explicar por qué determinadas SME prestadoras de determinados servicios quedan excluidas de penas que dificultarían o anularían su actividad.

En primer lugar, es obvio que el acceso a un servicio público (ahora, de interés general) es voluntario, lo que lo diferencia del ejercicio de potestades administrativas antes analizadas.

En segundo lugar, el hecho de que nos refiramos a sociedades mercantiles confirma que no es necesaria la titularidad pública del servicio en cuestión como ocurre en la tradición francesa de la que procede nuestro concepto de servicio público⁵⁸, bastando con la gestión del mismo.

En cuanto al interés en cuestión, el carácter económico del adjetivo que lo califica es el que menos ayuda a los efectos que aquí interesan y no sólo porque todos los servicios prestados por una sociedad mercantil pueden tener un interés económico en sentido amplio, sino porque su interpretación estricta dejaría fuera del trato privilegiado a los servicios más esenciales para la cohesión social.

En cambio, es el carácter general del interés -heredero del concepto de servicio público- el que puede dejar fuera del privilegio punitivo a SME que prestan servicios que pueden tener interés económico pero que no están “generalizados”, esto es, cuya prestación debe garantizarse para toda la ciudadanía en condiciones de accesibilidad, igualdad y calidad⁵⁹. Volviendo sobre ejemplos ya señalados, ello concurre en infraestructuras de comunicación o transporte, pero no parece que concurra en la SME Hipódromo de la

⁵⁷ PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 7,2004, p. 57, donde se mantiene que en el concepto de servicio de interés general de la UE caben las dos variantes del concepto clásico de servicio público, esto es, la funcional o amplia que atiende a la prestación en sentido objetivo y, dentro de ésta, la formal o estricta de reserva de monopolio en favor del sector público.

⁵⁸ Ampliamente, MALARET GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto” *Revista de Administración Pública*, 145, 1998, pp. 58 y ss.

⁵⁹ Son las notas del servicio público en el trabajo de TORNOS, “El concepto de servicio público...” cit. p. 200. Para DIAZ PICAZO, “La idea de servicios...” cit., p. 255, también son estas notas las que deben predicarse del concepto comunitario de servicios de interés general.

Zarzuela ni en otras de interés claramente económico como, por ejemplo, un puerto deportivo.

La finalización de este trabajo no puede sino dejar una cierta sensación de frustración respecto de los objetivos propuestos. Todas las interpretaciones que se mantienen en un estudio de cualquier disciplina jurídica -y, especialmente, de derecho penal-, presentan márgenes de inseguridad discutibles que el intérprete asume. Sin embargo, en este caso no se nos han presentado sólo los habituales espacios interpretativos sometidos a discusión desde otras perspectivas, sino la expresión de un fenómeno actual que he intentado describir como pérdida de contornos del derecho penal en relación a otros sectores del ordenamiento jurídico, confusión de lo público y lo privado y relajación del principio de determinación propio del principio de legalidad. La tradicional función de la dogmática en la descripción de categorías que garanticen la aplicación racional del derecho se encuentra claramente comprometida y este trabajo ha intentado aportar alguna línea argumentativa presidida por la necesidad de preservarla.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVAREZ GARCÍA, FJ, *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BALLBÉ MALLOL, M./PADROS REIG, C. *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2004.
- BERDUGO, I, *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.
- CANALS AMETLLER, D. “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CARDONA BARBER, A. “La responsabilitat penal de les societats mercantils publiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4,2021.
- CHINCHILLA MARIN, C. “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 17-56, 2017.
- CORRECHER MIRA, J. *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CUERDA RIEZU, A. *Sobre la ley penal (de lege poenali)* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- DEMETRIO CRESPO, E, *El derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Reus, Madrid, 2020.
- DIEZ PICAZO, L, “La idea de servicios de interés económico general”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2, 2002.

DIEZ RIPOLLES, JL, *Derecho Penal español. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 4^a ed. 2016.

FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2009.

GAMERO CASADO, E, “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GAMERO CASADO, E. “El ‘retorno’ al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista española de derecho administrativo*, 189, 2018.

GAMERO CASADO “Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de derecho privado”, en AA.VV , *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA ARÁN, M. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992/1993.

GOMEZ RIVERO, C. “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-06, 2016.

GONZALEZ CUSSAC, JL en González Cussac (dir.) Górriz/Matallin (coords.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZALEZ GUITIAN, L, “Sobre la accesoriad del derecho penal en la protección del ambiente”, *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90.

LASCURAIN SANCHEZ, A en relación al delito ecológico en “Elogio del art.325 del Código Penal, en AA.VV *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Jorge Barreiro (dir.) Comares, Granada, 2005.

LASCURAIN SANCHEZ, A. “La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal”, AA.VV ,*La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Perez Manzano/Lascurain Sánchez (dirs.) Marcial Pons, Madrid, 2016.

MALARET GARCÍA, E. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto” *Revista de Administración Pública*, 145,1998.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, (5^a ed. adaptada a la LO 1/2015), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JL, “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en AA.VV, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público*. Velasco Ruiz, C.I (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.

MONTOYA MARTIN, E “El plan nacional de empresas y derechos humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 49,2014.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20^a ed.

MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M, *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 11^a ed. 2022.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, I*. Iustel, Madrid, 2006.

NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.

NAVARRO CARDOSO, F., *El delito de contaminación acústica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

NAVARRO GONZALEZ, R. “La atribución de potestades administrativas”, en AA.VV. *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*. Gamero Casado (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

NIETO MARTIN, A. “Derecho Penal y Constitución en la era del *global law*”, en AA.VV, *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.) Gómez Martin (Coord.) Marcial Pons, Madrid, 2012.

NIETO MARTIN/MAROTO CALATAYUD, criticando la exoneración, por ejemplo, de Ayuntamientos corruptos en AA.VV, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Demetrio Crespo/Rodriguez Yagüe (Coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ORTIZ DE URBINA, I. “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en AA.VV, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Montiel (ed.) Marcial Pons, Madrid,2012.

PALAZZO, F. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de *regla iuris*” *Revista Penal*, 25,2010.

PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho administrativo, I*. Ediciones Universitarias, 2013.

PAREJO ALFONSO, L. “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 7,2004.

QUINTERO OLIVARES,G. “Legalità e iudice”, en Torre,V (a cura di) *Il principio di legalità tra legislatore e guidice*, Pacini, Pisa,2020.

RAMON FERNANDEZ, T. “Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, 150,1999.

ROXIN, C. *Derecho Penal.Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conledo, de Vicente Remesal), Civitas, Madrid,1997.

- SARRABAYROUSE, E.C. “La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración” en AA.VV , *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Montiel (ed.) Marcial Pons, Madrid,2012.
- TORNOS MAS, J. “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, 200, 2016.
- VALEIJE ALVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 quinquies 2 CP)” en AA.VV. *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Vazquez-Portomeñe (dir.) Sanjurjo Rivo (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia,2022.
- VERVAELE, J. “Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 115/2007.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. “Societas delinquere potest”, en Zúñiga/Gorjón/Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, 2011.

CRÓNICAS

Presentación de una propuesta de modelos de contrato de alojamiento en vivienda completa y en habitación de uso turístico

Presentation of a proposal for a model contract for accommodation in a dwelling and in a room for tourist use

MARÍA LUISA MORENO-TORRES HERRERA

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Málaga (España)

mlmt@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5003-0409>

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga (España)

ancr@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0003-4399-0879>

1. LA ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE MODELOS DE CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

1.1. El *iter* de elaboración de la propuesta

La presente propuesta de modelos de contrato constituye uno de los resultados de la ejecución del proyecto de investigación I+D+I UMA-18-FEDERJA-132 titulado “los alojamientos turísticos contratados entre particulares en plataformas colaborativas”,

Recepción: 17/11/2022

Aceptación: 13/12/2022

Cómo citar este trabajo: MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa y GÁLVEZ CRIADO, Antonio, “Presentación de una propuesta de modelos de contrato de alojamiento en vivienda completa y en habitación de uso turístico”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 295-310, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.10>

dentro del programa FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera y el Dr. Antonio Gálvez Criado. Asimismo, han colaborado miembros del Grupo de Investigación permanente de la Junta de Andalucía SEJ-325 “Derecho de la actividad turística”; en total, han sido 11 profesores de las Universidades de Málaga, Granada y Jaén los autores de la propuesta, pertenecientes a las Áreas de Derecho Civil, Derecho Mercantil y Organización de Empresas¹.

Este resultado del proyecto mencionado ha constituido la última fase del mismo, pues ha venido precedido de una primera fase de estudio, análisis y exposición por cada uno de los investigadores de los temas o materias concretas asignadas y que posteriormente han servido de base para realizar y presentar al resto del grupo una propuesta concreta de cláusula. Sin embargo y como es lógico, ha sido muy frecuente que la redacción de una cláusula haya sido el resultado de una propuesta conjunta de varios investigadores, cada uno de los cuales ha redactado los aspectos relacionados con su tema de investigación previo.

En esta primera fase de estudio y análisis se ha contado también con expertos externos en determinadas materias que han sido invitados para exponer los principales problemas que dichas materias podían presentar y que resultaban de utilidad.

Cada propuesta de cláusula concreta ha sido expuesta y debatida por todos los investigadores en sucesivas reuniones, unas veces presenciales y otras online, que se han sucedido en ejecución del proyecto y que generalmente se han celebrado el último miércoles de cada mes. Como resultado de ello, debe decirse que han existido cláusulas que han contado con el acuerdo unánime de todos los investigadores y otras donde han existido discrepancias que se han mantenido hasta el final, de manera que la redacción final de las mismas responde al parecer mayoritariamente manifestado. En cualquier caso, todos los autores asumen conjuntamente el resultado final alcanzado.

La última fase de la elaboración de la propuesta de modelos de contrato, y de forma previa a la publicación de los resultados definitivos, ha estado constituida por la revisión de estos modelos realizada por expertos jurídicos externos al proyecto de investigación. En este

¹ Por orden alfabético, los autores de los modelos de contrato han sido:

Dr. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada.

Dra. Paula Castaños Castro, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

Dr. José Antonio Castillo Parrilla, Becario de investigación. Universidad de Granada.

Dr. Antonio Gálvez Criado, Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

Dra. Margarita Jiménez Horwitz, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada.

Dra. Isabel L. Martens Jiménez, Becaria de investigación. Universidad de Málaga.

Dra. Inmaculada Martín Rojo, Catedrática de E.U. de Organización de Empresas. Universidad de Málaga.

Dra. María Cruz Mayorga Toledano, Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Málaga.

Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

Dr. Antonio J. Quesada Sánchez, Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

Dra. Carmen Villanueva Lupión, Profesora Colaboradora de Derecho Civil. Universidad de Jaén.

sentido, el día 17 de octubre de 2022 se celebró en Granada una jornada presencial de debate en la que participaron profesores de Derecho Civil y Derecho Mercantil de las Universidades de Cádiz, Complutense de Madrid, San Pablo CEU y Zaragoza².

A consecuencia de ello, se introdujeron modificaciones en las propuestas iniciales y se procedió a la redacción definitiva por los miembros del proyecto en una reunión posterior.

Debe añadirse, por último, que cada una de las propuestas de modelos de contrato (de cesión de vivienda completa y de cesión de habitación) viene acompañada de una extensa memoria explicativa en la que, respecto a cada cláusula, se exponen y justifican las razones jurídicas para su inclusión en el contrato y su contenido concreto, dando cuenta también en ocasiones de los diversos puntos de vista u opiniones manifestadas por los miembros del proyecto de investigación al respecto.

1.2. Aclaraciones sobre el contenido de la propuesta

Estos modelos de contrato están pensados para ser utilizados en las cesiones a cambio de precio de viviendas de uso turístico situadas en Andalucía, de una duración de hasta dos meses continuados a favor de un mismo sujeto. En un caso se ha redactado para la cesión de una vivienda completa y en el otro caso para la cesión de una habitación de la vivienda.

Como resulta lógico, se ha tomado como referencia el contrato de cesión de vivienda de uso turístico completa, realizándose las adaptaciones convenientes para el caso de cesión de una habitación, aunque las diferencias en algunos puntos resultan muy relevantes y ello ha justificado un tratamiento diferente.

A pesar de que la regla general es el principio de libertad de forma en la contratación, que recoge el art. 1278 CC, razones de distinto tipo aconsejan documentar el contrato de alojamiento en viviendas turísticas. Fundamentalmente, razones de seguridad jurídica y de protección de los usuarios. Entre los derechos que la Ley 13/2011, de Turismo de Andalucía reconoce a las personas usuarias de los servicios turísticos se encuentra el de “*obtener los documentos que acrediten los términos de su contratación*” (art. 21, b). Por su parte, el art. 7.1 del Decreto andaluz 28/2016, sobre viviendas con fines turísticos ordena que a los usuarios de las viviendas turísticas se les entregue un documento, “*a modo de contrato*” con un contenido mínimo fijado en el precepto; y el art. 7.1 ordena

² Por orden alfabético, los expertos externos intervenientes fueron los siguientes:

Dra. María Teresa Álvarez Moreno, Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

Dra. Margarita Castilla Barea, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cádiz.

Dra. María Dolores Cervilla Garzón, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Cádiz.

Dr. Pablo Jarne Muñoz, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza.

Dra. Patricia Represa Polo, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

Dr. Pedro Robles Latorre, Catedrático de Derecho Civil. Universidad San Pablo CEU.

Dra. Sara Zubero Quintanilla, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.

Dra. Isabel Zurita Martín, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Cádiz.

que la persona o entidad explotadora conserve una copia de dicho documento, ya firmado por el usuario, a disposición de los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía, durante un año, “*teniendo valor de prueba a efectos administrativos y la consideración de contrato*”.

Los documentos que se presentan deberán ser firmados por las partes al tiempo o inmediatamente después de formalizarse la reserva a través de una plataforma en línea (o por cualquier otro medio), pues es este el momento de perfección del contrato. Es cierto que el ya citado art. 7.1 del Decreto andaluz prevé que la entrega del documento se produzca en el momento de recepción de la persona usuaria y no al tiempo de formalizarse la reserva, pero probablemente ello se deba a que no se está pensando en la contratación a distancia.

Ha sido criterio inspirador de los modelos de contrato que se proponen el de la máxima contención y claridad. Se ha perseguido un texto sucinto, claro y comprensible, sin detrimento del rigor jurídico. Se ha puesto especial cuidado en evitar reiteraciones o reglas superfluas.

También se ha tenido muy en cuenta, por así decirlo, la finalidad didáctica que el contrato puede cumplir. El clausulado que se presenta aspira a facilitar el conocimiento de los contratantes sobre sus derechos y obligaciones.

Los modelos que se proponen presuponen que, en la mayoría de las ocasiones, el contrato se celebrará en línea a través de una plataforma. No obstante, son perfectamente útiles y fácilmente adaptables a los casos en los que no sea así, lo mismo que pueden adaptarse a las exigencias de la normativa propia de otras Comunidades Autónomas.

1.3. La terminología utilizada

En ambos modelos presentados, el contrato de cesión de uso de una vivienda turística completa o de una habitación a cambio de un precio es denominado “contrato de alojamiento” por tratarse de la terminología más usada por la normativa turística. Es ejemplo de ello el Decreto andaluz y, en concreto, sus arts. 1 y 2. La normativa autonómica considera el alojamiento en viviendas con fines turísticos un servicio turístico.

Debe aclararse que el hecho de haberse adoptado esa terminología no significa aceptar que se trata de un verdadero contrato de servicios, en el sentido del Derecho codificado. En lo relativo a la naturaleza jurídica del contrato de cesión de viviendas turísticas existe un debate doctrinal, sobre el que este modelo de contrato en realidad no toma postura, no solo por no existir acuerdo entre las personas que lo han elaborado, sino, sobre todo, porque no es imprescindible hacerlo, toda vez que la postura que se acoja carece de consecuencias cuando de lo que se trata es de redactar un contrato.

En efecto, lo que se debe tomar en consideración es que *en todos* los contratos de cesión de viviendas turísticas el cedente se compromete a ceder el uso de la vivienda (o de una habitación) por un tiempo determinado, a cambio de un precio. Además de ello, *en ocasiones*, el cedente se obliga a prestar determinados servicios al cessionario.

Por lo que se refiere a las partes contratantes, se ha estimado oportuno denominarlos anfitrión o cedente y huésped o cesionario. Se trata de una terminología bastante asentada y que no prejuzga el tipo contractual. Incluso si se piensa que la naturaleza del contrato de cesión es un arrendamiento, no resulta suficientemente preciso hablar de "arrendador" y "arrendatario", términos estos que, por su generalidad, deben ser descartados en el contrato que nos ocupa, sobre todo porque contamos con unos más precisos, indicativos de que nos encontramos ante una relación contractual propia del ámbito turístico.

2. MODELO 1: CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN VIVIENDA DE USO TURÍSTICO^(*)

En , a de de

REUNIDOS

De una parte:

D./D.^a , mayor de edad, con domicilio en , y con Documento Nacional de Identidad³ número

De otra:

D./D.^a , mayor de edad⁴, con domicilio en , y con Documento Nacional de Identidad⁵ número

INTERVIENEN

D./D.^a , en su propio nombre y derecho⁶, en lo sucesivo "el anfitrión o cedente", y

D./D.^a , también en su nombre y derecho⁷, en lo sucesivo "el huésped o cesionario".

^(*) El presente modelo de contrato ha sido elaborado en ejecución del proyecto de investigación I+D+I UMA-18-FEDERJA-132 titulado "los alojamientos turísticos contratados entre particulares en plataformas colaborativas", dentro del programa FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera y el Dr. Antonio Gálvez Criado (www.alojamientosturisticos.uma.es).

³ O documento de identificación que corresponda.

⁴ La referencia al "mayor de edad" incluye también a los menores de edad con capacidad jurídica suficiente para celebrar por sí mismos este contrato.

⁵ O documento de identificación que corresponda.

⁶ En caso de que el anfitrión o cedente actúe por representación deben consignarse los datos de representante y representado.

⁷ En caso de que el huésped o cesionario actúe por representación deben consignarse los datos de representante y representado.

Ambas partes se reconocen mutuamente capacidad jurídica para celebrar el presente
CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN VIVIENDA DE USO TURÍSTICO

EXPONEN

PRIMERO. Que el anfitrión tiene título suficiente⁸ para ceder el uso objeto de este contrato de la vivienda sita en , calle número de la localidad de.....

Dicha vivienda se encuentra amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato y reúne los requisitos exigidos por la normativa autonómica. Está inscrita en el Registro de Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad Autónoma, con número de registro.....

SEGUNDO. Estando ambas partes interesadas en la cesión del uso de la vivienda más arriba descrita, de común acuerdo celebran el presente CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN VIVIENDA DE USO TURÍSTICO, con arreglo a las siguientes

CLÁUSULAS

Primera. Régimen jurídico aplicable al contrato

1. En lo no previsto expresamente serán de aplicación a esta relación contractual las normas del Código civil sobre derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario de los artículos 1554 a 1574, así como el régimen general de las obligaciones y contratos del Libro IV del Código civil.
2. Será también de aplicación, en su caso, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. A tal fin, el anfitrión declara que actúa en este contrato como particular (o como empresario).
3. No es aplicable la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 5, apartado e).
4. Si el contrato se celebra a través de una plataforma en línea, deberán tenerse también en cuenta los derechos y las obligaciones de la propia plataforma.

Segunda. Integración del contrato

1. Sin perjuicio de los deberes de información que se deriven de la normativa autonómica y del principio de la buena fe, la información que se proporciona por el anfitrión al

⁸ La expresión “título suficiente” incluye también y en su caso a una empresa gestora cuando esta tenga cedido el uso y actúe como anfitrión en concepto de explotadora de la vivienda.

huésped antes de la celebración del presente contrato de alojamiento forma parte del mismo, en particular:

- a) Información sobre las características de la vivienda.
 - b) Información sobre cancelación de la reserva.
 - c) Información sobre pagos adicionales que le correspondan por impuestos, tasas y comisiones.
 - d) Información sobre el procedimiento de presentación de quejas y reclamaciones.
2. En un lugar visible de la vivienda estará disponible para el huésped información sobre el uso de los servicios e instalaciones de la vivienda, del edificio y de los elementos comunes. Esta misma información podrá estar disponible por otros medios.

Tercera: Confirmación de la celebración del contrato

El huésped tiene derecho a recibir la confirmación del contrato en soporte duradero.

Cuarta. Duración del contrato

1. La duración del contrato será la que expresamente se haya acordado entre las partes. El contrato se extinguirá automáticamente una vez finalizado dicho periodo de alojamiento. Esto se entiende sin perjuicio de los acuerdos entre anfitrión y huésped sobre la continuación o prórroga del periodo de alojamiento inicialmente pactado. No es de aplicación el art. 1566 del Código civil sobre tácita reconducción.

2. El derecho de ocupación de la vivienda comenzará a las 16,00 horas del primer día del periodo contratado y finalizará a las 12,00 horas del último día. El modo de acceso a la vivienda se acordará previamente con el anfitrión.

3. Concluido el periodo de alojamiento, el huésped estará obligado a desocupar la vivienda y ponerla a disposición del anfitrión.

El incumplimiento de esta obligación generará para el huésped la obligación de satisfacer, en concepto de cláusula penal, la cantidad equivalente al doble del precio correspondiente al que figura en la oferta para cada una de las noches en que la vivienda esté indebidamente ocupada.

Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber del huésped de desocupar el inmueble y del derecho del anfitrión de reclamar una indemnización por otros daños.

4. El anfitrión no está obligado a conservar los objetos y pertenencias olvidadas o abandonadas por el huésped más allá de un plazo de sesenta días naturales desde la finalización del periodo de alojamiento.

Quinta. Precio del alojamiento

1. El precio del alojamiento es el establecido libremente por las partes y se determina como total.
2. El precio incluye, en todo caso, el suministro de agua, energía eléctrica, calefacción, refrigeración, limpieza a la entrada de nuevas personas usuarias y el uso de ropa de cama y baño y de menaje.
3. El precio también incluye, salvo que se indique lo contrario, el uso de los servicios e instalaciones del inmueble y de las zonas comunes.
4. Si junto con el alojamiento se contratan otros servicios adicionales, el precio y las condiciones del pago deberán detallarse.
5. Asimismo serán a cargo del huésped los pagos adicionales que le correspondan por impuestos, tasas y comisiones.
6. Salvo pacto en contrario, el pago se realizará mediante tarjeta bancaria.

Sexta. Entrega de factura o justificante de los pagos

1. El anfitrión entregará al huésped una factura o justificante de los pagos recibidos por él.
2. Si el pago se ha recibido por una plataforma en línea, se estará a las obligaciones que a esta le correspondan.

Séptima. Obligaciones del huésped en relación al uso de la vivienda objeto del contrato

1. El huésped debe usar la vivienda con la debida diligencia y destinárla exclusivamente al uso acordado. Asimismo, se compromete a cumplir las normas relativas al uso de las instalaciones, dependencias y equipos de la vivienda, restricciones para personas fumadoras u otros usos restringidos de los que ha sido informado, así como respecto a la admisión y existencia de animales en la vivienda, salvo perros de asistencia a las personas con discapacidad o enfermedad, siendo responsable el huésped de los desperfectos o daños que cause.
2. El huésped también se compromete al cumplimiento de las normas de régimen interior de la comunidad de propietarios, de las que habrá sido previamente informado.

Octava. Prohibiciones a los huéspedes

1. Se prohíbe expresamente la pernocta de un número superior de usuarios a los acordados en este contrato.
2. Tampoco podrá el huésped subarrendar la vivienda o parte de ella o ceder el contrato a terceros sin la autorización expresa y por escrito del anfitrión.

No obstante lo anterior, se permite la cesión de la reserva a favor de un tercero que reúna todas las condiciones aplicables a este contrato, sin consentimiento del anfitrión, en aquellos casos en los que la cancelación tenga para el huésped un coste económico superior al 30% del precio total pactado. La cesión deberá ser comunicada al anfitrión antes de la fecha y hora de comienzo del periodo de alojamiento. El cedente no podrá lucrarse con la cesión.

3. No podrá el huésped realizar obras ni alteraciones de ningún tipo en la vivienda.

Novena. Obras y reparaciones

1. El anfitrión está obligado a realizar las reparaciones necesarias para mantener la vivienda en las condiciones adecuadas para el uso pactado. Para ello, el huésped está obligado a notificar al anfitrión la necesidad de las reparaciones y de su urgencia.
2. Si la reparación impide el adecuado disfrute de la vivienda durante un periodo excesivo, el huésped podrá optar entre la disminución del precio pactado o poner fin al contrato.

Décima. Cancelación del contrato y efectos económicos de la cancelación

1. La cancelación de la reserva por el huésped producirá los efectos previstos en la “política de reservas y cancelaciones” aplicable al presente contrato, y dará lugar, si así se hubiere establecido, al reembolso total o parcial de las cantidades abonadas.
2. Sin embargo, si la cancelación se produce por causa de fuerza mayor, el huésped tiene derecho al reembolso del precio del alojamiento proporcional al periodo de tiempo no disfrutado.

No tendrán la consideración de fuerza mayor los impedimentos derivados de circunstancias personales o familiares del huésped.

3. Los derechos del huésped reconocidos en virtud de este contrato respecto al régimen de las cancelaciones y reembolsos no afectan a los derechos legales o contractuales que le pudieran corresponder frente a la plataforma en línea.
4. Queda excluido el derecho de cancelación del anfitrión, salvo causa de fuerza mayor.

Undécima. Responsabilidad del anfitrión por la pérdida o deterioro de los objetos del huésped

1. El anfitrión no responde frente al huésped por la pérdida o deterioro de los objetos introducidos en la vivienda, salvo que se demuestre culpa o negligencia del anfitrión.
2. Si el anfitrión asume un deber de custodia directa de los objetos del huésped, responderá como depositario de la pérdida o deterioro que aquellos sufran, salvo que el daño provenga de fuerza mayor.

Duodécima. Resolución de conflictos derivados de este contrato

1. Sin perjuicio de las quejas y reclamaciones que puedan en su caso formularse ante la plataforma, el huésped tiene a su disposición en la propia vivienda hojas de quejas y reclamaciones mediante las cuales podrá dirigir sus pretensiones al anfitrión a través del procedimiento regulado en el Decreto 82/2022 de 17 de mayo, de la Consejería de Salud y Familias, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias de Andalucía (BOJA n. 25 de 20 de mayo de 2022)
2. Para la solución en vía judicial de los conflictos derivados de este contrato, las partes se someten a los juzgados y tribunales del lugar en donde está ubicada la vivienda turística. En los casos en los que el anfitrión sea un empresario, podrá ser demandado por el huésped en el domicilio de este último.

Decimotercera. Tratamiento de datos personales

1. El tratamiento de datos personales se adecuará a lo dispuesto en la normativa de datos personales. El responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que cumple con los principios relativos al tratamiento de datos.

Si la contratación entre huésped y anfitrión tiene lugar a través de una plataforma en línea, anfitrión y plataforma serán responsables del tratamiento de datos del huésped en los términos consignados en el acuerdo de corresponsabilidad.

2. El tratamiento de datos personales del huésped por parte del anfitrión perseguirá los siguientes fines:

- a) El cumplimiento o ejecución del presente contrato de alojamiento
- b) El cumplimiento de obligaciones legales derivadas del contrato

Los datos recabados para estos fines no podrán utilizarse para otros que resulten incompatibles con ellos.

3. El huésped podrá consentir el tratamiento de sus datos para otros fines no previstos en el apartado anterior. El consentimiento deberá ser libre, específico, informado e inequívoco y otorgarse por escrito.

4. El huésped podrá revocar el consentimiento al que se refiere el apartado anterior en cualquier momento y ejercitar sus derechos en materia de protección de datos personales dirigiéndose a...

Y en prueba de conformidad con cuanto antecede, firman las partes contratantes el presente contrato en el lugar y fecha al principio indicados.

3. MODELO 2: CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN HABITACIÓN DE VIVIENDA DE USO TURÍSTICO^(*)

En , a de de

REUNIDOS

De una parte:

D./D.^a , mayor de edad, con domicilio en , y con Documento Nacional de Identidad⁹ número

De otra:

D./D.^a , mayor de edad¹⁰, con domicilio en , y con Documento Nacional de Identidad¹¹ número

INTERVIENEN

D./D.^a , en su propio nombre y derecho¹², en lo sucesivo "el anfitrión o cedente", y

D./D.^a , también en su nombre y derecho¹³, en lo sucesivo "el huésped o cessionario".

Ambas partes se reconocen mutuamente capacidad jurídica para celebrar el presente **CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN HABITACIÓN DE VIVIENDA DE USO TURÍSTICO**

EXPONEN

^(*) El presente modelo de contrato ha sido elaborado en ejecución del proyecto de investigación I+D+I UMA-18-FEDERJA-132 titulado “los alojamientos turísticos contratados entre particulares en plataformas colaborativas”, dentro del programa FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera y el Dr. Antonio Gálvez Criado (www.alojamientosturisticos.uma.es)

⁹ O documento de identificación de las personas físicas que en su caso corresponda

¹⁰ Se entiende que el huésped podría ser también un menor de edad

¹¹ O documento de identificación que corresponda

¹² En caso de que el anfitrión o cedente actúe por representación deben consignarse los datos de representante y representado.

¹³ En caso de que el huésped o cessionario actúe por representación deben consignarse los datos de representante y representado.

PRIMERO.- Que el anfitrión tiene título suficiente para ceder el uso objeto de este contrato de la habitación¹⁴ de la vivienda sita en , calle número de la localidad de.....

Además de la habitación objeto de este contrato, que será de uso exclusivo del huésped, este tendrá un derecho de uso (compartido con otras personas) sobre los siguientes espacios de la vivienda:

Tanto la habitación como los espacios de uso común se encuentran amueblados y equipados y en condiciones de uso inmediato y reúnen los requisitos exigidos por la normativa autonómica. La vivienda está inscrita en el Registro de Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad Autónoma, con número de registro.....

SEGUNDO.- Estando ambas partes interesadas en la cesión del uso de la habitación en la vivienda más arriba descrita, de común acuerdo celebran el presente CONTRATO DE ALOJAMIENTO EN HABITACIÓN DE VIVIENDA DE USO TURÍSTICO, con arreglo a las siguientes

CLÁUSULAS

Primera. Régimen jurídico aplicable al contrato

1. En lo no previsto expresamente serán de aplicación a esta relación contractual las normas del Código civil sobre derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario de los artículos 1554 a 1574, así como el régimen general de las obligaciones y contratos del Libro IV del Código civil.
2. No será de aplicación el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, al no ostentar el cedente la condición de empresario. Ello sin perjuicio de su obligación de respetar lo establecido en la legislación autonómica.
3. No es aplicable la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos.
4. Si el contrato se celebra a través de una plataforma en línea, deberán tenerse también en cuenta los derechos y las obligaciones de la propia plataforma.

Segunda. Integración del contrato

1. Sin perjuicio de los deberes de información que se deriven de la normativa autonómica y del principio de la buena fe, la información que se proporciona por el anfitrión al

¹⁴ Debe hacerse constar si se trata de habitación individual, doble, triple, doble para uso individual. Y también si cuenta con baño propio, de uso exclusivo del huésped.

huésped antes de la celebración del presente contrato de alojamiento forma parte del mismo, en particular:

- a) Información sobre las características de la vivienda.
 - b) Información sobre cancelación de la reserva.
 - c) Información sobre pagos adicionales que le correspondan por impuestos, tasas y comisiones.
 - d) Información sobre el procedimiento de presentación de quejas y reclamaciones
2. En un lugar visible de la vivienda estará disponible para el huésped información sobre el uso de los servicios e instalaciones de la vivienda, del edificio y de los elementos comunes. Esta misma información podrá estar disponible por otros medios.

Tercera. Confirmación de la celebración del contrato

El huésped tiene derecho a recibir la confirmación del contrato en soporte duradero.

Cuarta. Duración del contrato

1. La duración del contrato será la que expresamente se haya acordado entre las partes. El contrato se extinguirá automáticamente una vez finalizado dicho periodo de alojamiento. Esto se entiende sin perjuicio de los acuerdos entre anfitrión y huésped sobre la continuación o prórroga del periodo de alojamiento inicialmente pactado. No es de aplicación el art. 1566 del Código civil sobre tácita reconducción.

2. El derecho de ocupación de la habitación comenzará a las 16,00 horas del primer día del periodo contratado y finalizará a las 12,00 horas del último día. El modo de acceso a la vivienda se acordará previamente con el anfitrión.

3. Concluido el periodo de alojamiento, el huésped estará obligado a desocupar la habitación y ponerla a disposición del anfitrión.

El incumplimiento de esta obligación generará para el huésped la obligación de satisfacer, en concepto de cláusula penal, la cantidad equivalente al doble del precio correspondiente al que figura en la oferta para cada una de las noches en que la habitación esté indebidamente ocupada.

Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber del huésped de desocupar la habitación y del derecho del anfitrión de reclamar una indemnización por otros daños.

4. El anfitrión no está obligado a conservar los objetos y pertenencias olvidadas o abandonadas por el huésped más allá de un plazo de sesenta días naturales desde la finalización del periodo de alojamiento.

Quinta. Precio del alojamiento

1. El precio del alojamiento es el establecido libremente por las partes y se determina como total.
2. El precio incluye, en todo caso, el suministro de agua, energía eléctrica, calefacción, refrigeración, limpieza a la entrada de nuevas personas usuarias y el uso de ropa de cama y baño y de menaje.
3. El precio también incluye, salvo que se indique lo contrario, el uso de los servicios e instalaciones del inmueble y de las zonas comunes.
4. Si junto con el alojamiento se contratan otros servicios adicionales, el precio y las condiciones del pago deberán detallarse.
5. Asimismo serán a cargo del huésped los pagos adicionales que le correspondan por impuestos, tasas y comisiones.
6. Salvo pacto en contrario, el pago se realizará mediante tarjeta bancaria.

Sexta. Entrega de factura o justificante de los pagos

1. El anfitrión entregará al huésped una factura o justificante de los pagos recibidos por él.
2. Si el pago se ha recibido por una plataforma en línea, se estará a las obligaciones que a esta le correspondan.

Séptima. Obligaciones del huésped en relación al uso de la habitación y zonas comunes objeto del contrato

1. El huésped debe usar la habitación y zonas comunes con la debida diligencia y destinárla exclusivamente al uso acordado. Asimismo, se compromete a cumplir las normas relativas al uso de las instalaciones, dependencias y equipos de la vivienda, restricciones para personas fumadoras u otros usos restringidos de los que ha sido informado, así como respecto a la admisión y existencia de animales en la vivienda, salvo perros de asistencia a las personas con discapacidad o enfermedad, siendo responsable el huésped de los desperfectos o daños que cause.
2. El huésped también se compromete al cumplimiento de las normas de régimen interior de la comunidad de propietarios, de las que habrá sido previamente informado.

Octava. Prohibiciones a los huéspedes

1. Se prohíbe expresamente la pernocta de un número superior de usuarios a los acordados en este contrato.
2. Tampoco podrá el huésped subarrendar la habitación o parte de ella, o ceder el contrato a terceros sin la autorización expresa y por escrito del anfitrión.

No obstante lo anterior, se permite la cesión de la reserva a favor de un tercero que reúna todas las condiciones aplicables a este contrato, sin consentimiento del anfitrión, en aquellos casos en los que la cancelación tenga para el huésped un coste económico superior al 30% del precio total pactado. La cesión deberá ser comunicada al anfitrión antes de la fecha y hora de comienzo del periodo de alojamiento. El cedente no podrá lucrarse con la cesión.

3. No podrá el huésped realizar obras ni alteraciones de ningún tipo en la vivienda.

Novena. Obras y reparaciones

1. El anfitrión está obligado a realizar las reparaciones necesarias para mantener la vivienda en las condiciones adecuadas para el uso pactado. Para ello, el huésped está obligado a notificar al anfitrión la necesidad de las reparaciones y de su urgencia.
2. Si la reparación impide el adecuado disfrute de la vivienda durante un periodo excesivo, el huésped podrá optar entre la disminución del precio pactado o poner fin al contrato.

Décima. Cancelación del contrato y efectos económicos de la cancelación

1. La cancelación de la reserva por el huésped producirá los efectos previstos en la “política de reservas y cancelaciones” aplicable al presente contrato, y dará lugar, si así se hubiere establecido, al reembolso total o parcial de las cantidades abonadas.
2. Sin embargo, si la cancelación se produce por causa de fuerza mayor, el huésped tiene derecho al reembolso del precio del alojamiento proporcional al periodo de tiempo no disfrutado.

No tendrán la consideración de fuerza mayor los impedimentos derivados de circunstancias personales o familiares del huésped.

3. Los derechos del huésped reconocidos en virtud de este contrato respecto al régimen de las cancelaciones y reembolsos no afectan a los derechos legales o contractuales que le pudieran corresponder frente a la plataforma en línea.
4. Queda excluido el derecho de cancelación del anfitrión, salvo causa de fuerza mayor.

Undécima. Responsabilidad del anfitrión por la pérdida o deterioro de los objetos del huésped

1. El anfitrión no responde frente al huésped por la pérdida o deterioro de los objetos introducidos en la habitación en aquellos casos en los que esta disponga de un mecanismo de cierre, salvo que se demuestre culpa o negligencia del anfitrión.
2. Si el anfitrión asume un deber de custodia directa de los objetos del huésped, responderá como depositario de la pérdida o deterioro que aquellos sufran, salvo que el daño provenga de fuerza mayor.

Duodécima. Resolución de conflictos derivados de este contrato

1. Sin perjuicio de las quejas y reclamaciones que puedan en su caso formularse ante la plataforma, el huésped tiene a su disposición en la propia vivienda hojas de quejas y reclamaciones mediante las cuales podrá dirigir sus pretensiones al anfitrión a través del procedimiento regulado en el Decreto 82/2022 de 17 de mayo, de la Consejería de Salud y Familias, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias de Andalucía (BOJA n. 25 de 20 de mayo de 2022)
2. Para la solución en vía judicial de los conflictos derivados de este contrato, las partes se someten a los juzgados y tribunales del lugar en donde está ubicada la vivienda turística.

Decimotercera. Tratamiento de datos personales

1. El tratamiento de datos personales se adecuará a lo dispuesto en la normativa de datos personales. El responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que cumple con los principios relativos al tratamiento de datos.

Si la contratación entre huésped y anfitrión tiene lugar a través de una plataforma en línea, anfitrión y plataforma serán responsables del tratamiento de datos del huésped en los términos consignados en el acuerdo de corresponsabilidad.

2. El tratamiento de datos personales del huésped por parte del anfitrión perseguirá los siguientes fines:

- a) El cumplimiento o ejecución del presente contrato de alojamiento
- b) El cumplimiento de obligaciones legales derivadas del contrato

Los datos recabados para estos fines no podrán utilizarse para otros que resulten incompatibles con ellos.

3. El huésped podrá consentir el tratamiento de sus datos para otros fines no previstos en el apartado anterior. El consentimiento deberá ser libre, específico, informado e inequívoco y otorgarse por escrito.

4. El huésped podrá revocar el consentimiento al que se refiere el apartado anterior en cualquier momento y ejercitar sus derechos en materia de protección de datos personales dirigiéndose a...

Y en prueba de conformidad con cuanto antecede, firman las partes contratantes el presente contrato en el lugar y fecha al principio indicados.

Una mirada al Derecho islámico: crónica del Congreso internacional “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”

A look at Islamic Law: chronicle of the International Conference “Islamic identity and public policy in an inclusive society”

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz (España)

dolores.cervilla@uca.es

 <http://orcid.org/0000-0001-8221-9222>

Durante los días 14 a 16 de septiembre se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, en el Campus de Jerez, el Congreso Internacional “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”, broche de oro del Proyecto con el mismo título cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, que estaba llegando a su fin.

Dirigido por la Investigadora Principal del meritado Proyecto, Dra. Isabel Zurita Martín, este Congreso convocó a un nutrido grupo de investigadores, todos ellos miembros del equipo de investigación o de trabajo, para exponer y debatir desde distintas perspectivas sobre las diferentes facetas que un tema, con tantas aristas como este, suscita.

Basta una rápida mirada al programa para que aflore la calidad de las intervenciones que, los que asistimos, tuvimos la oportunidad de disfrutar. Derecho Constitucional, Derecho Eclesiástico del Estado, Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Internacional Privado,

Recepción: 12/12/2022

Aceptación: 12/12/2022

Cómo citar este trabajo: CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Una mirada al Derecho islámico: crónica del Congreso internacional “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva””, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 311-314, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.11>

Antropología... se entremezclan y se dan la mano para componer un escenario en el que fluyen las reflexiones y las propuestas. Pero no solo enriquece el Congreso la multidisciplinariedad de los ponentes, pues el tratamiento internacional del tema, con una fuerte implicación de juristas venidos de países islámicos, aportó el enfoque necesario para convertir en universales las premisas y conclusiones que allí se vertieron.

Con el fin de contextualizar el debate en un entorno social, se inician las jornadas con la conferencia inaugural de Ignacio Cembrero, comunicador, periodista y escritor, que nos acercó y nos condujo, con la claridad de sus palabras, a la España de Alá, un país donde los musulmanes encuentran cobijo y se aglutan en asociaciones con un peso cada vez mayor en la toma de decisiones.

Continuando con una visión general de la materia (y partiendo de ella), la primera mesa desciende a cuestiones más controvertidas o técnicas que sirven de primer escalón a una profundización mayor y más precisa. El Derecho Romano nos aportó el marco jurídico previo, pues en cualquier debate jurídico que se precie, y este Congreso es, ante todo un Congreso jurídico, “todos los caminos llevan a Roma”. El tratamiento en el Reino Unido y en Turquía, expuesto con maestría por profesores de la Universidad de Manchester y de la Universidad de Bilgi en Estambul, constituyó un punto de inflexión ya que, tras ambas ponencias, quedó claro que este no es, en modo alguno, un tema nacional, sino que solo desde un estudio transfronterizo se alcanzarán resultados reales y trasplantables a distintos modelos sociales. La intervención de la antropóloga coadyuvó a ubicar las interesantes pinceladas que nos regaló el profesor de Derecho eclesiástico; su didáctica exposición, llevando al auditorio a las cuestiones prácticas en las que se visibiliza la identidad islámica, supuso un acercamiento tangible a las cuestiones cotidianas en las que esta se materializa.

La segunda mesa abordó la delimitación de un concepto tan resbaladizo como técnico, tal cual es el orden público; concepto vital, pues actúa como eje vertebrador del Congreso y filtro que dará acceso al reconocimiento jurídico de resoluciones o instituciones islámicas en el mundo occidental con una tradición diferente. Uno de los grandes logros del Congreso ha sido, a mi juicio, la construcción de esta mesa, la coordinación entre sus componentes y, sobre todo, la calidad de las intervenciones. Hacer asequible y fácil una temática tan difícil, solo pueden hacerlo los grandes investigadores que supieron explicarnos, valiéndose de claras y pedagógicas presentaciones, la intrincada amalgama de normas y sus distintas interpretaciones. Los representantes de las universidades de Oporto, de Cádiz y de Sevilla, todos ellos especialistas en Derecho Internacional Privado, fueron los ponentes y protagonistas de la mesa.

Entrando ya en materia, las mesas tres y cuatro se dedican al análisis de las instituciones propias de Derecho de familia islámico. El repudio, la poligamia, la kafala, el matrimonio urfi, la custodia, la tutela, las reglas sucesorias... entraron en el Congreso, al ritmo de las citas del Corán que las fundamentan y regulan. Suras, aleyas, preceptos del Código Civil español y del italiano (pues una de las ponentes pertenece a la Universidad de Salerno), normas de los estatutos personales de países como Marruecos, Jordania, Túnez.... se entremezclan para ir recomponiendo los conceptos y las instituciones. Mesas llenas de

“colorido” jurídico, en la que se funden tradición y Derecho; mesas que miran a los derechos de las personas, que actúan como una estrella polar del discurso, para evitar que este derrape al oscuro terreno de la desigualdad. Desde la perspectiva del orden público atenuado, los ponentes fueron capaces de apuntar soluciones a conflictos jurídicos acaecidos por el reconocimiento de efectos de sentencias dictadas en países islámicos, o invocando normas de los estatutos personales en nuestros Tribunales, alineadas con la integración y el respeto a la multiculturalidad. En otras ocasiones, como en Derecho de sucesiones, ello es abiertamente inviable, dada la abierta confrontación al principio de igualdad, pilar del orden público, de las reglas sucesorias que claramente atribuyen mayores cuotas hereditarias al varón.

Finaliza el programa con una última mesa sobre las implicaciones de la identidad islámica en el Derecho laboral. ¿Cómo conjugar el respeto a las tradiciones con el cumplimiento de las normas laborales? Los tres profesores Dres. en Derecho del Trabajo (de la Universidad de Cádiz y de la Politécnica de Cartagena), miembros del proyecto, nos ofrecen soluciones, argumentando a la luz de la reciente jurisprudencia de nuestros Tribunales y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Descubrimos cómo, actualmente, algunas situaciones jurídicas propias del Derecho islámico, como la poligamia, gozan de consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de la pensión de viudedad.

Si comenzamos con una lección inaugural de carácter divulgativo y sociológico, la clausura del mismo fue encargada a la que es, sin duda, una de las mayores especialistas en Derecho islámico de nuestro país: la Dra. Esteban de la Rosa; pionera en estos estudios, en particular, de la Mudawana marroquí, y que cualquier investigador de la materia conoce por haber leído y estudiado sus múltiples ensayos y obras. En esta ocasión, disertó brillantemente sobre “Excepción de orden público y Reglamento 1259/2010 en el ámbito de la disolución del matrimonio”, ilustrando a los asistentes sobre el marco jurídico disponible que actúa como barrera para el reconocimiento de los efectos de la disolución del matrimonio establecidos en sentencias o normas de países extranjeros. Como es habitual y coherente con las tesis por ella mantenidas, la perspectiva de género, el orden público atenuado y la integración constituyeron el andamio sobre el que deslizó su discurso.

Como presidenta del comité científico quisiera destacar la alta calidad de las comunicaciones presentadas y defendidas en el Congreso, que he tenido la oportunidad de leer previamente para llevar a cabo la difícil selección que me ha correspondido realizar. Prueba de que el tema interesa a los investigadores noveles, lo cual incentiva, a los no tan növeles, a continuar en esta línea de trabajo que tanto puede aportar a mejorar la calidad de vida (y con ella la felicidad) de muchas personas que se han visto obligadas a abandonar sus países para vivir en otros con tradiciones distintas.

Una vez más, y que sean muchas, la Universidad actúa como plataforma de visibilización de conflictos sociales, como foro de debate y de propuesta de soluciones, con sensibilidad a los valores éticos de una sociedad, como la europea, que tiene claro, en la teoría al

menos, cuáles son los valores que está llamada a defender y que constituyen las señas de identidad de su cultura.

La Historia de la humanidad es la historia de las migraciones. Hemos progresado cuando hemos acogido. Nuestra cultura es una mezcla de otras muchas que nos precedieron, que se adaptaron y se integraron a las del lugar de destino. Una vez más, y no es la primera, le toca a Europa acoger e integrar. En este Congreso hemos aprendido que es posible hacerlo, sin perder, en el camino, los valores que, con tanto esfuerzo, hemos conquistado. Existen fórmulas en nuestro ordenamiento positivo y otras que es preciso implementar; existe voluntad en nuestros operadores jurídicos y sensibilidad en la sociedad europea. Solo es preciso, mediante la información-formación, desterrar posturas extremistas y xenófobas que son las que, en verdad, dificultad e impiden el avance de algo que es tan viejo como la humanidad: los movimientos migratorios.

RECENSIONES

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1^a ed., 2022, 117 páginas*

MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (España)

mserfer@upo.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8384-3115>

La ratificación por España el 23 de noviembre de 2007 de la Convención de las Naciones Unidad sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención) exigía que el legislador español adaptara nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a la persona con discapacidad intelectual a los principios que informaban dicha Convención. Dicha exigencia se ha cumplido con la aprobación 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.

Siguiendo las directrices de la Convención, la nueva ley impone un cambio en el sistema hasta ahora vigente en nuestro Derecho, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada quién, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones (art. 249.2 CC) en todos

Recepción: 12/07/2022

Aceptación: 27/09/2022

Cómo citar este trabajo: SERRANO FERNÁNDEZ, María, “LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1^a ed., 2022, 117 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 317-320, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.12>

* Esta obra se enmarca en el Proyecto de Investigación “Sujetos, e Instrumentos del tráfico privado VII. Reforma del Derecho de Sucesiones”, (PID2020-11811GB-100) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación.

aquellos asuntos que le afecten. Como se reconoce en el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise; apoyo que, tal como la Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. En tal sentido, y a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de ésta, la nueva regulación trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc.

A la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación refuerza la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al nivel de la curatela o del defensor judicial, y deja de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La razón de este cambio es que la realidad demuestra que, en muchos supuestos, la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias. La guarda de hecho se configura, pues, como una medida informal de apoyo prioritaria a las medidas judiciales, que serán subsidiarias no solo a las voluntarias, sino a la propia guarda de hecho (art. 263 CC), que adquiere una especial relevancia en la Ley 8/2021.

La monografía que hoy comentamos tiene el propósito fundamental de analizar todos los aspectos relevantes en la nueva regulación, dedicando una especial atención a aquellas cuestiones que han suscitado un mayor debate en la doctrina y que, como la propia autora reconoce, en muchos casos habrá que esperar a las resoluciones judiciales para, a través de sus pronunciamientos, obtener una interpretación unívoca de algunos de sus preceptos más cuestionados; entre ellos destaca el análisis de la guarda de hecho con labores de representación, la acreditación y publicidad de la guarda de hecho, dado que su carácter fáctico dificulta constatar su existencia, o las medidas de control y vigilancia cuyo objetivo es evitar que exista conflicto de intereses e influencias indebidas sobre la persona objeto de protección.

Desde estos planteamientos, la monografía de la profesora LÓPEZ SAN LUIS se desarrolla en cinco capítulos cuyo contenido pasamos a exponer.

El capítulo I, denominado Introducción comienza con una sucinta exposición de las principales novedades de la Convención, para exponer los hitos más relevantes de la nueva regulación, así como los principales aspectos que se van a analizar en relación con la figura de la guarda de hecho. La finalidad que persigue la autora con este capítulo es ofrecer al lector un panorama del contenido de su obra, advirtiendo que con ella no pretende acotar todos los temas derivados del nuevo régimen jurídico de la guarda de hecho de las personas con discapacidad sino sólo, como ya se ha apuntado, abordar aquellas cuestiones que se han considerado más relevantes.

El capítulo II está dedicado íntegramente a la Convención, en el cual se vuelve a hacer hincapié en el cambio radical que este texto ha supuesto en el tratamiento de las personas con discapacidad. En tal sentido, los discapacitados dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o programas sanitarios para ser consideradas sujetos de derechos humanos. Acorde con este planteamiento, la Convención veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones e instaura un sistema de apoyo y asistencia que fomente su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás. En este capítulo LÓPEZ SANLUIS analiza las características más relevantes de dicho texto, para luego dedicarle un apartado al estudio del principio del respeto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas con discapacidad en la medida que dicho principio constituye el eje vertebrador de la Convención.

En el capítulo III se titula antecedentes legislativos e incompatibilidades de la regulación de la discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español con la Convención de Nueva York (2006). Ciertamente, la Constitución española recogía los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad en diversos preceptos; por ejemplo, en los artículos 9, 10, 14 o el 49. A partir de la publicación de la Constitución en 1978, se aprobaron diversas leyes cuyo objetivo fue desarrollar los preceptos constitucionales citados. No obstante, era evidente que dichos textos normativos eran insuficientes, y por ello se consideraba imprescindible una revisión de toda la legislación vigente, fin de modificar y/o derogar las normas de Derecho interno que estaban en contradicción con dicho texto internacional. Ese es precisamente el propósito que inspira la Ley 8/2021 con la cual se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York. Sin embargo, desde mi punto de vista, el título del capítulo es más amplio que su contenido, pues tras su lectura se echa en falta un análisis o, al menos, una breve exposición de aquellos aspectos concretos en los que de una manera más clara se apreciaba la contradicción entre ambos textos normativos.

El capítulo IV se denomina medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal. En dicho capítulo la autora analiza las principales reformas llevada a cabo por la Ley 8/2021, deteniéndose especialmente en aquellas que han generado un mayor debate en la doctrina, como sucede con la supresión de la tradicional distinción entre las nociones de capacidad jurídica y capacidad de obrar, o de las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La segunda parte de dicho capítulo, de gran interés para el lector, está destinado a comentar los principios de la Ley 8/2021, de 2 de junio, aplicables a la guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con

discapacidad. Se trata sin duda de una aportación importante porque, más allá de la regulación sobre la guarda de hecho prevista en el Código Civil, dichos principios constituyen el marco general dentro del cual debe actuar el guardador de hecho. Como ya se ha apuntado, destaca como principio fundamental de la nueva ley el respeto a la voluntad, deseos y preferencia de la persona, el cual debe prevalecer sobre el principio según el cual se debe de actuar conforme al “mejor interés de la persona con discapacidad”. Al respecto, la profesora LÓPEZ SAN LUIS recoge los recientes pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que consideran que el principio de la voluntad, deseos y preferencias no puede ser el único a tener en cuenta a la hora de determinar la medida de apoyo que mejor se adapte a las necesidades de la persona necesitada de ella. Claros ejemplos de esta opinión son las polémicas Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 y del TEDH de 23 de marzo de 2017. Otros principios a tener en cuenta por el guardador de hecho son los de subsidiariedad y los de necesidad y proporcionalidad los cuales están destinados a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro.

Finalmente, el capítulo V del libro está específicamente destinado al estudio de la guarda de hecho como medida de apoyo; capítulo que comienza con los antecedentes de la guarda de hecho en el ordenamiento jurídico español cuya regulación la autora no duda en calificar como escasa e incorrecta. Se trataba además de una situación transitoria ya que la regulación de nuestro Código estaba basada en la idea de aplicar mecanismos de control, regularizar la tutela y terminar con la situación de hecho. Todo ello originaba una serie de problemas en la práctica, tales como las reglas que le eran aplicables, la validez de los actos realizados por el guardador de hecho, o su posible responsabilidad, que son abordados con detalle por LÓPEZ SAN LUIS. Ya en la segunda parte del capítulo se aborda el estudio de esta figura tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, que ha otorgado un protagonismo a la guarda de hecho que no tenía en la anterior regulación. La tercera parte del capítulo V se destina al estudio del régimen jurídico de esta figura, comenzando por su concepto y naturaleza jurídica, para continuar con el análisis de las facultades y deberes del guardador de hecho. Dentro de estos apartados se detallan los actos que puede llevar a cabo con o sin autorización judicial y el mecanismo de impugnación de tales actos, cuestionando si el tipo de ineficacia es el de la nulidad o la anulabilidad. Concluye el capítulo con el estudio de la acreditación y publicidad de la guarda de hecho, las medidas de control y las causas de extinción.

Nos encontramos ante una interesante monografía en la que la autora realiza un estudio detallado de la guarda de hecho, a la que la nueva ley ha dotado de la importancia que merecía pues, como se ha dicho, era la gran cenicienta que no tenía el protagonismo legal que sí alcanzaba en la práctica social.

La autora es profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Almería y una reconocida investigadora especializada en Derecho de Familia, como lo demuestran las numerosas publicaciones sobre esta materia. Esperamos y deseamos que la profesora LÓPEZ SAN LUIS continúe investigando sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio que tan profundamente ha modificado nuestro ordenamiento jurídico y que seguro que continuará provocando encendidos debates en la doctrina y polémicos pronunciamientos judiciales.

**DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro (Dir.) y CALVO MARISCAL,
Lorena y EL HOUDAÏGUI, Rachid (Coords.), *Inmigración y derechos
humanos en las fronteras exteriores del sur de Europa*, Dykinson,
Madrid, 1^a ed., 2021, 319 páginas**

MARÍA DE LOS ÁNGELES BELLIDO LORA

Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Cádiz (España)

mabellidolora@gmail.com

Desde la crisis de refugiados sirios de 2015, las cuestiones migratorias han pasado a ser un asunto de especial relevancia en el seno de la Unión Europea (en adelante, UE), en general, y en los Estados miembros que conforman las fronteras exteriores del sur de Europa, en particular. Hablamos de un aumento de la presión migratoria hacia Europa, de la respuesta tardía e insuficiente de la UE en situaciones de crisis o, por ejemplo, la tendencia cada vez más consolidada a la deslocalización de las funciones de control de fronteras fuera de territorio europeo. Todo ello, junto a los nuevos retos a los que nos vemos obligados a hacer frente, como la pandemia de la COVID-19, constituyen un escenario único donde poner el foco en el respeto a los Derechos Humanos, la solidaridad y los valores europeos. Considerando estos nuevos desafíos, la presente obra colectiva, titulada “*Inmigración y Derechos Humanos en las Fronteras Exteriores del Sur de Europa*”, consigue crear el foro académico idóneo para recoger y analizar las cuestiones más actuales sobre la gestión y el control de los flujos migratorios en el área Euro-mediterránea, sus nuevos desafíos y las nuevas estrategias adoptadas en materia migratoria.

Recepción: 11/10/2022

Aceptación: 14/10/2022

Cómo citar este trabajo: BELLIDO LORA, María de los Ángeles, “DEL VALLE GÁLVEZ, Ajejandro (Dir.) y CALVO MARISCAL, Lorena y EL HOUDAÏGUI, Rachid (Coords.), *Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores del sur de Europa*, Dykinson, Madrid, 1^a ed., 2021, 319 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.^o 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 321-329, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.13>

Esta obra surge como recopilación de las reflexiones obtenidas durante las I y II Jornadas del Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Cádiz, celebradas en 2019 (Tánger-Tetúan) y en 2020 (Rabat- online) entre la Universidad de Cádiz y la Universidad Abdelmalek Essaâdi, junto con participantes procedentes de diversas Universidades e Instituciones. Asimismo, la obra se presenta como la culminación de uno de los compromisos del Centro de Excelencia Jean Monnet “*Inmigración y Derechos Humanos en las Fronteras Exteriores Europeas*”/Jean Monnet Centre of Excellence “*Migration and Human Rights in Europe’s External Borders*”, concedido por la Comisión Europea al Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz para el periodo 2017-2021. Bajo la dirección del Dr. Alejandro del Valle Gálvez, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, este Centro está destinado a la formación, la investigación y la divulgación académica sobre asuntos migratorios, de fronteras y Derechos Humanos a nivel europeo. Con una larga trayectoria dedicada al estudio y a la divulgación sobre esta materia, este Centro de Excelencia ha destinado su trabajo a proyectar la región del Estrecho de Gibraltar y de la provincia de Cádiz como área geográfica idónea para comprender la complejidad del fenómeno migratorio, evaluar las políticas de control y gestión migratoria, y observar el cumplimiento y respeto a los Derechos Humanos de los inmigrantes.

La obra objeto de recensión cuenta con la participación de 25 autores procedentes de reconocidas Universidades e Instituciones situadas a ambas orillas del Mediterráneo. Es precisamente esta variedad de profesionales que en ella participan lo que permite contar con distintas perspectivas y visiones, compartiendo todas ellas, una especial atención a los Derechos Humanos y las cuestiones migratorias y de gestión de control de fronteras exteriores en el Sur de Europa como núcleo común. Compuesta por un total de 24 capítulos, alberga aportaciones redactadas en tres idiomas diferentes (español, inglés y francés) como ejemplo de la diversidad y el alcance internacional que representa la obra.

El libro se abre con una presentación a cargo del Director de la misma, el Dr. Alejandro del Valle Gálvez, y de los dos Coordinadores, Dña. Lorena Calvo Mariscal, Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz y el Dr. Rachid El Houdaïgui, Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Abdelmalek Essaâdi y Profesor de la Universidad Mohamed VI. Este preámbulo se encarga de presentar el panel de expertos y de jóvenes investigadores que contribuyen con sus aportaciones a reafirmar la gran actualidad y relevancia que entraña esta obra. Asimismo, define las distintas temáticas abordadas a lo largo de su páginas, destacando seis grandes bloques: 1. Gestión y control de flujos migratorios en el espacio Euro-mediterráneo y la experiencia en la gobernanza de la inmigración en el mediterráneo Oriental, Central y Occidental; 2. La incidencia de la COVID-19 en la gestión de la inmigración; 3. Externalización y cooperación con terceros Estados; 4. Inmigración y seguridad en las fronteras exteriores europeas; 5. Respeto de los derechos humanos, solidaridad y valores europeos; y 6. Asilo, refugio, minorías e integración de inmigrantes en España.

El análisis que abre esta obra se titula “*Le contexte migratoire dans l'espace euro-méditerranéen: Pour une gestion concertée des flux*” (Capítulo I) y corresponde al Dr. Mohamed Khachani de la Universidad Mohamed VI. Con esta aportación, el autor parte de los peligros que afrontan los jóvenes africanos en sus trayectos hacia los países de la UE para manifestar la necesidad de definir una política migratoria orientada a una gestión concertada de los flujos migratorios entre la UE y los países del Sur. Tras un análisis de lo que el autor denomina las paradojas de la política migratoria europea, es decir, obstáculos que han llevado a varios Estados miembros a recurrir a soluciones nacionales en materia migratoria, el autor realiza un detallado resumen de los factores que definen la tendencia de esta política y que, a su vez, impiden la consecución de la deseada migración “segura, ordenada y regular” que garantiza los intereses de ambas partes y, ante todo, de los inmigrantes. Esta aportación supone un acertado arranque para la obra al asentar el escenario general de este fenómeno migratorio que, posteriormente, se orientará al estudio y la práctica de determinadas regiones.

Le sigue el trabajo del Dr. Giuseppe Cataldi, Catedrático de la Universidad de Nápoles “L’Orientale”, titulado “*Euro-mediterranean experiences on management of migration governance*” (Capítulo II). Centrándose en la ruta Mediterránea central, el Dr. Cataldi se propone analizar las iniciativas del gobierno italiano destinadas a reducir las llegadas irregulares de inmigrantes por vía marítima. Destacando la externalización de la gestión migratoria a través de instrumentos como el Memorándum de Entendimiento firmado con Libia en 2017, así como la tendente desvinculación con las operaciones de búsqueda y rescate, el autor dirige su interés a analizar el “decreto de seguridad bis” de 2019, por el cual, el gobierno italiano impone limitaciones al conocido derecho de “paso inocente”. Expone de manera concisa y clara las razones que le llevan a definir esta iniciativa como un decreto ilegítimo, cuya finalidad intrínseca es la de dificultar el rescate y desembarco de inmigrantes en las costas italianas, al considerarlas como operaciones contrarias al orden y la seguridad pública. Ante la dimensión migratoria vivida desde 2015 en la ruta central, el autor reafirma, finalmente, la necesidad de atender al deber internacional de prestar auxilio en el mar (recogido en el art. 98 del CNUDM), especialmente cuando nos encontramos ante la inacción de países como Italia y, asimismo, de entender la indudable legalidad de las acciones llevadas a cabo por ONGs para suplir esta ausencia. Siguiendo esta línea, el Dr. Simone Marinai, Profesor de la Universidad de Pisa, se ocupa de examinar la problemática de la reciente práctica italiana sobre el control de flujos migratorios marítimos. Con su aportación titulada “*The control of migration flows in the central mediterranean sea: Insights from recent italian practice*” (Capítulo IV), aborda la conocida estrategia de “puertos cerrados” adoptada por Italia a fin de reducir la actuación de las ONGs en operaciones de rescate de inmigrantes en el Mediterráneo, lo que consigue a través de su criminalización. Además de dichas prácticas, ampliamente criticadas por la sociedad internacional, el autor estudia la cooperación con terceros Estados como estrategia de gestión migratoria cada vez más común entre los países de la UE, resaltando la aspiración por un marco de cooperación a nivel europeo que promueva una gestión de los flujos migratorios en concordancia con el respeto de los derechos humanos y la solidaridad entre Estados. El estudio del Mediterráneo Central como ruta

migratoria se completa con la aportación titulada “*La ruta migratoria del Mediterráneo Central en tiempos de pandemia: ¿Cambio en las reglas del juego?*” (Capítulo XII), a cargo de la Dra. Ángeles Jiménez García-Carriazo, Profesora del IMO “International Maritime Law Institute” en Malta. La autora nos brinda un novedoso análisis sobre los efectos de la COVID-19 en las condiciones afrontadas por los inmigrantes que llegan a Europa a través de esta ruta marítima, con una especial atención al aumento de la vulnerabilidad de este colectivo por los cierres de fronteras y las restricciones a la movilidad impuestas para frenar el avance de los contagios. Con un actualizado análisis, la autora aporta datos exactos sobre la precarización de la ruta central, para así pasar a examinar los efectos de la COVID-19 en las diferentes políticas de movilidad adoptadas por los gobiernos europeos, las cuales han afectado gravemente a los patrones de inmigración haciendo de esta ruta una de las más peligrosas y arriesgadas.

En este sentido, la Dra. Inmaculada González García y el Dr. Miguel A. Acosta Sánchez, Profesores Titulares de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, centran sus aportaciones en la ruta Atlántica a fin de analizar las crisis migratorias sucedidas en la travesía marítima con destino a las Islas Canarias. La Dra. González firma el trabajo titulado “*Las crisis migratorias en las Islas Canarias. De la crisis de los cayucos a la crisis de la pandemia, un comparativo*” (Capítulo VI), donde realiza un estudio comparativo de los instrumentos políticos y operativos utilizados durante ambas crisis para luchar contra la inmigración irregular en la región. Con un excelente recorrido por los proyectos europeos y los acuerdos bilaterales firmados con terceros Estados, la autora ilustra los esfuerzos realizados para disminuir las salidas hacia las Islas Canarias y desarticular, de la misma forma, las redes mafiosas que operan en las rutas atlánticas impulsando la inmigración irregular. Aún con importantes resultados, estos mecanismos no han conseguido evitar la reactivación de la ruta Atlántica en 2019 que, tal y como señala la autora, está intensificada por el control migratorio en la región del Estrecho de Gibraltar y en las ciudades de Ceuta y Melilla, así como por la inestabilidad en la región del Sahel y los efectos de la pandemia del COVID-19. Con el trabajo titulado “*Migratory crisis in Canary Islands, solidarity mechanisms and european values. Some reflections*” (Capítulo VIII), el Dr. Acosta complementa este estudio sobre la reciente crisis migratoria en las Islas Canarias. A tal fin, el autor ofrece una singular relación de los diferentes instrumentos a disposición de la UE para gestionar las llegadas masivas de inmigrantes, resaltando la incapacidad unilateral de los Estados para proveer una respuesta adecuada a dicha problemática y la necesidad de respaldar una política migratoria integrada en un contexto de solidaridad europea entre los Estados miembros. La experiencia profesional de ambos autores en este ámbito de estudio hace que sus contribuciones sean una magnífica explicación del nuevo escenario migratorio en las Islas Canarias y las nuevas necesidades que envuelve a UE en busca de una solución efectiva y conforme a los valores europeos.

Con su trabajo titulado “*The maritime dimension of new common security and defence policy - CSDP initiatives and instruments and its connection to migration*” (Capítulo XXII), Dña. Beatriz Cózar Murillo, Profesora en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, realiza un original

estudio de la cooperación en materia de seguridad y defensa de la UE desde la perspectiva migratoria. La autora se centra en el estudio de la Revisión Anual Coordinada de la Defensa (CARD) y la Cooperación Estructurada Permanente (CEP) a fin de establecer los puntos de conexión existentes entre los nuevos desarrollos de la PCSD y la inmigración, para acabar resaltando el contexto migratorio marítimo como escenario donde encontrar ejemplos de una posible y eficaz coordinación entre los Estados miembros.

Declarando que las crisis migratorias vividas en el Mediterráneo han tenido un papel vital en la configuración del actual sistema de gestión y control de fronteras exteriores europeo, el Dr. Alejandro del Valle Gálvez participa con su trabajo titulado “*Migrations and international borders: Notes about the evolution of Europe's model of external borders*” (Capítulo III) donde analiza la evolución del nuevo modelo funcional de control de fronteras externas de la UE, un sistema que altera la concepción tradicional de frontera, desagregando las funciones de control fronterizo y proyectándolas más allá de las líneas fronterizas de la UE. Tras un primer análisis de los elementos que configuran el modelo de control fronterizo interior de la UE, el autor reconoce que la UE se encuentra en la necesidad de configurar un nuevo modelo de gestión migratoria en las fronteras exteriores a corto, medio y largo plazo. Para ello, se deben reconocer las exigencias del proceso migratorio, así como la necesidad de crear canales legales de entrada que permitan gestionar los flujos migratorios manteniendo la línea de los valores europeos y garantizando los estándares de protección de Derechos Humanos. En este sentido, el autor aborda la aplicación y protección de los Derechos Humanos en las fronteras exteriores europeas en una segunda contribución que cierra la presente obra, bajo el título “*The externalisation of migration controls, and the fragility of Human Rights in the EU's external borders. Some reflections*” (Capítulo XXIV). A través de la distinción entre las situaciones de “externalización” y “extraterritorialización” de los controles migratorios europeos, el autor señala los nuevos escenarios fronterizos como lugares cuestionables para la garantizar la protección de los derechos de los extranjeros, y donde la “desterritorialización” de los controles exteriores redundan en un necesario fortalecimiento de las relaciones y la cooperación con terceros Estados. En este sentido, Dña. Lorena Calvo Mariscal plantea en su trabajo titulado “*Current aspects of the international cooperation between international organizations in the field of migration and asylum and its implication in Africa*” (Capítulo XX) un análisis sobre la cooperación establecida entre la UE y aquellas Organizaciones Internacionales con competencia en materia de gestión migratoria y protección internacional y su repercusión en los territorios de los Estados africanos de origen y tránsito. Aunque reconociendo su innegable y necesaria labor, la autora manifiesta que estas OO.II han ido reorientando sus objetivos de protección de inmigrantes hacia una aplicación más próxima al enfoque europeo de la inmigración, basado en la prevención de flujos migratorios que desean alcanzar las fronteras exteriores de Europa, como consecuencia de esta reciente colaboración. Otro ejemplo de estudio sobre las consecuencias de esta deslocalización de controles exteriores lo encontramos en el trabajo titulado “*The externalisation of Europe's data protection law in Morocco: An imperative means for the management of migration flows*” (Capítulo

Abordar las raíces de la inmigración en las regiones de origen (y tránsito) se ha constituido como un objetivo primordial en las políticas migratorias adoptadas por la UE. El Dr. Juan Domingo Torrejón Rodríguez, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, aborda este tema en su trabajo titulado *"Migraciones y movilidad de las personas en África: Notas sobre el caso de la Comunidad Económica de Estados de África Central (CEDEAO-ECOWAS)"* (Capítulo XV). Con esta aportación novedosa y escasamente tratada por la doctrina, el autor aborda un análisis del marco jurídico general sobre la política de libre circulación de personas en la CEDEAO, espacio de gran relevancia para la inmigración hacia Europa y hacia otros países africanos, y bajo la cual advierte los esbozos de una política de control migratoria.

Desde la crisis migratoria de 2015, la respuesta ofrecida por los Estados miembros para garantizar la seguridad en la región y asegurar, a su vez, la protección de los Derechos Humanos de los inmigrantes y el respeto de los valores de la UE, se ha descrito como una respuesta tardía e ineficaz. En este sentido, encontramos una serie de aportaciones que resaltan las carencias y defectos de estas políticas migratorias, y apuntan recomendaciones para abordar este fenómeno desde una perspectiva más solidaria y humana. De esta manera, el Dr. Anass Gouyez Ben Allal, Profesor de la Universidad Abdelmalek Essaâdi, en su estudio titulado *"Le défi de la crise migratoire en Méditerranée: Réflexion sur la dialectique sécurité, droit et solidarité"* (Capítulo XVIII), presenta el principio de solidaridad entre Estados como la respuesta a los problemas de seguridad transnacionales que se vinculan a las crisis migratorias vividas recientemente en el Mediterráneo. A través de la promoción de la paz y la seguridad, el autor defiende la solidaridad como el elemento clave para la gestión migratoria, rompiendo el dilema establecido entre la seguridad de las fronteras y la protección de los derechos humanos, y apostando por un equilibrio entre ambos lados de la balanza que implique una responsabilidad compartida y equitativa entre los Estados.

Siguiendo esta temática, el Dr. Juan Manuel López Ulla, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, participa con su trabajo *"About the case law of the European Court of Human Rights regarding unaccompanied children"* (Capítulo V) donde resalta la actuación del TEDH como protector de derechos fundamentales en las situaciones de detención de menores no acompañados a través del análisis de los casos *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, y *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2016, relacionados con la protección de los menores no

acompañados y la prohibición a la tortura y a un trato inhumano (art. 3 CEDH). La detención como herramienta para la gestión de flujos migratorios irregulares también ha sido estudiada en esta obra gracias a la aportación conjunta de D. Francisco M. Fernández Caparrós, Miembro de la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía -APDHA-, y del Dr. Diego Boza Martínez, Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, titulada “*La detención como instrumento de gestión migratoria. Algunas evidencias desde la frontera sur de Europa*” (Capítulo XVII). Partiendo de un análisis de los datos publicados por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) sobre detenciones a personas extranjeras practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad nacionales y autonómicos en Andalucía (2016-2019), los autores ponen de relieve el excesivo uso de la privación de libertad, sobre todo ante llegadas irregulares por vía marítima, desprendiéndola de su carácter eminentemente penal para convertirlo, así, en una herramienta más para el control y la gestión migratoria. Por su parte, el Dr. Ángel M. Ballesteros Barros, Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Cádiz, aborda en su estudio titulado “*Secuestro de menores y derechos humanos: ¿Protección equivalente o geometría variable?*” (Capítulo XIII) un análisis sobre la protección de los derechos fundamentales afectados en los supuestos de traslado ilícito de menores. El autor parte de la aplicación de la doctrina *Bosphorus* para resaltar la existencia de una presunción *iuris tantum* de compatibilidad entre el Derecho de la UE y los derechos protegidos en el CEDH. En el mismo sentido, la Dra. Mercedes Soto García, Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, en su aportación titulada “*Une approche comparée aux derniers apports jurisprudentiels sur l'immigration aux frontières terrestres entre l'Espagne et le Maroc: L'arrêt 172/2020 du Tribunal Constitutionnel espagnol du 19 novembre 2020 et l'arrêt de la CEDH (Grand Chambre) du 13 février 2020, affaire N.D et N.T. c. L'Espagne*” (Capítulo XVI), finaliza con estos estudios jurisprudenciales al realizar un análisis comparativo de ambas sentencias, resaltando los elementos comunes y divergentes que se aprecian en relación con la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes en los procesos de devoluciones en caliente entre España y Marruecos.

En particular, la protección del trabajo como derecho fundamental de los inmigrantes también encuentra un hueco en las páginas de esta obra. En primer lugar, la Dra. Nora Seddiki-El Houdaïgui, Profesora de Derecho Privado de la Universidad Abdelmalek Essaâdi, en su trabajo titulado “*Orientation universitaire axée sur le marché du travail: Repenser la mobilité - Le cas du Maroc*” (Capítulo VII), se centra en el caso particular de Marruecos para analizar el rol que representa actualmente la Universidad en el apoyo a la inserción en el mercado laboral de los jóvenes en edad de trabajar. La autora considera que el estudio de las capacidades de la universidad para alcanzar estos objetivos a través de la formación es esencial para proponer vías de mejora, constituyendo a la universidad como un actor imprescindible en el desarrollo socioeconómico en el presente y futuro de Marruecos. Por su parte, la Dra. Mª Isabel Ribes Moreno, Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, en su estudio titulado “*Trabajadores migrantes pre y post Brexit: Apuntes sobre el desafío de la coordinación de sistemas de Seguridad Social*” (Capítulo XI), se centra en la singular situación de los

trabajadores migrantes en Reino Unido, y específicamente, en los trabajadores transfronterizos en Gibraltar, para realizar un análisis comparativo sobre la normativa aplicable en el escenario pre-Brexit y post-Brexit. La autora presta especial atención a la coordinación de los sistemas de la Seguridad Social entre los Estados miembros, cuya finalidad reside en proteger este derecho, y que viene siendo un reto para el proceso de integración de la UE.

Avanzando en los capítulos de esta obra, observamos cómo el debate sobre las estrategias europeas para la integración de los inmigrantes en los países de destino ocupan un importante lugar en la misma. El Dr. Miguel Á. Cepillo Galvín y la Dra. Siham Zebda, Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, junto con Dña. Marina Ortega Aparicio, abogada, contribuyen con una serie de reflexiones sobre el papel que juega actualmente el contexto europeo, a través de la UE y el Consejo de Europa, en los procesos de integración e inclusión de inmigrantes, analizando los recientes planes adoptados y los desafíos a superar, y prestando especial atención a los casos particulares de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla. El Dr. Cepillo Galvín, en su trabajo titulado “*Notas sobre el Plan de Acción de la Unión Europea en materia de integración e inclusión para 2021-2027*” (Capítulo X), realiza un explicativo análisis sobre el Plan de Acción de la UE aprobado en 2020. Atendiendo a los retos que envuelve la complejidad y heterogeneidad de la sociedad europea, el autor recopila los bloques de acción a través de los cuales este Plan busca establecer una propuesta común que garantice la integración satisfactoria de inmigrantes. En este sentido, la Dra. Zebda presenta su trabajo titulado “*Réflexions sur les politiques d'intégration des immigrés dans l'UE et en Espagne*” (Capítulo XIX) donde, tras exponer un marco general sobre los Principios Básicos Europeos que guían la integración de inmigrantes en la UE, dirige su análisis a la integración de los marroquíes en España, resaltando acertadamente la importancia que representa este grupo en dicho país. Manteniendo el foco en la integración de inmigrantes en España, Dña. Marina Ortega Aparicio, en su aportación titulada “*El fenómeno de las minorías en Europa y España: Anotaciones sobre la especial situación en las ciudades de Ceuta y Melilla*” (Capítulo XXIII), incluye en la ecuación la cuestión de las “minorías”, analizando la incidencia de las políticas de integración para estos colectivos en las ciudades de Ceuta y Melilla, en particular. Asimismo, la autora estima que la falta de una identidad europea común entre los Estados miembros promueve la discriminación y la desigualdad, y es causa de las dificultades para conseguir un plan de integración común que promueva una mejor protección de esta comunidad.

Finalmente, los profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, el Dr. Jesús Verdú Baeza, Profesor Titular, y el Dr. Michel Remi Njiki, Profesor Ayudante Doctor, a través de unas aportaciones novedosas y de gran actualidad, abortan la desprotección de los derechos fundamentales de los migrantes climáticos y los apátridas, respectivamente, por la falta de un reconocimiento y un desarrollo normativo que sirva como instrumento para garantizar sus derechos. El Dr. Verdú Baeza firma el estudio titulado “*Refugiados climáticos, ¿refugiados sin derechos?*” (Capítulo IX) donde presenta el concepto de refugiados climáticos, una figura

aún sin amparo bajo el derecho internacional, a pesar de los efectos cada vez más visibles y devastadores que afectan a este colectivo en expansión. El autor recopila distintas propuestas para dotar de cobertura jurídica internacional a estas personas, incluyendo la necesidad de modificar la definición de refugiado para incluir a este colectivo, y el compromiso para la lucha contra el cambio climático como uno de los mayores retos de la comunidad internacional en el siglo XXI. Por su parte, el Dr. Michel Remi Njiki presenta su trabajo titulado “*L’apatriodie dans les migrations entre l’Espagne et le Maroc: La grande oubliée?*” (Capítulo XIV), con el que se propone analizar la situación poco conocida y estudiada de las personas poseedoras del estatus de “apátrida” en el contexto migratorio entre España y Marruecos. El autor, tras reconocer la apátrida como un factor adicional que aumenta la vulnerabilidad de las personas que emigran de manera irregular, analiza los mecanismos para la protección de este colectivo en las migraciones entre estos Estados vecinos. Unos mecanismos que, tal y como señala el autor, resultan inexistentes en Marruecos y fallidos en España, al tender a colectivizar erróneamente la situación de los apátridas como migrantes económicos.

En definitiva, esta obra colectiva consigue ofrecernos un completo análisis de los retos y desafíos que plantea la inmigración en la frontera sur de Europa. Gracias a la variedad de perfiles entre los profesionales que en ella participan, esta obra consigue unir en un mismo libro un conjunto de visiones y experiencias sobre la gestión y el control de los flujos migratorios a ambos lados del Mediterráneo, poniendo el acento en el respeto a los Derechos Humanos, la solidaridad entre Estados y los valores europeos. Todo ello reafirma el excelente trabajo y esfuerzos de estos autores para, una vez más, darnos a conocer la complejidad del fenómeno migratorio y manifestar la necesidad de abordarlo desde una estrategia humanitaria, otorgando una visión positiva a los flujos migratorios que envuelven esta región tan diversa y de extraordinario valor para la UE.

