

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 8 | 2023

ISSN -e: 2660-7964

DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8>

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 University 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 Escribano 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)

Liliana 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 in 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)

María 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 Criminologia e Sociologia nell'Università di L'Aquila (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  UCA
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
Presentación.....	9
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	
ESTUDIOS	13
Metaverso y NFT de obras artísticas o intelectuales.....	15
MIGUEL LUIS LACRUZ MANTECÓN	
Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables.....	45
IRENE YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT	
La violencia y el acoso laboral desde las perspectivas jurídica y criminológica: hacia un nuevo <i>compliance</i> laboral.....	79
JOSÉ MARÍA QUÍLEZ MORENO Y SUSANA BERROCAL DÍAZ	
El debate entre el positivismo metodológico de H.L.A Hart y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin y su reflejo en el Derecho civil español. La justicia relacional en la encrucijada.....	113
JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA	
Política de armas en Estados Unidos. Un breve análisis histórico de la legislación de control de armas en EE. UU.....	145
ÓSCAR DANIEL TORRES GONZÁLEZ	
La figura italiana de <i>violenza sessuale di gruppo</i> : ¿un modelo a seguir en España?.....	181
JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ	
La inmunidad de los parlamentarios europeos y el derecho a la tutela judicial efectiva.....	219
MILAGROS LÓPEZ GIL	
ANÁLISIS	251
Cuestiones de responsabilidad civil de los sistemas de Inteligencia Artificial en las Propuestas de Directivas europeas de 28 de septiembre de 2022.....	253
MARIO DÍEZ ROYO	
El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas.....	277
JESÚS DE LA TORRE LASO	

CRÓNICAS	293
¿El tenor del artículo 178 del Código Penal refleja la voluntad del legislador?.....	295
PABLO HERRANZ-HERNÁNDEZ Y JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ-HERNÁNDEZ	
RECENSIONES	307
VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, <i>Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código penal español (arts. 428, 429 y 430)</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2020, 180 páginas.....	309
MARÍA ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ	
MORÃO, Helena y TAVARES DA SILVA, Ricardo (Eds.), <i>Fairness in Criminal Appeal. A Critical and Interdisciplinary Analysis of the ECtHR Case-Law</i> , Springer, 1ª ed., 2023, 213 páginas.....	315
YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA	

PRESENTACIÓN

Presentación

El artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) promueve la Ciencia Abierta y la Ciencia Ciudadana. En lo que concierne a esta revista y al proyecto que venimos desarrollando desde hace cinco años, convencidos en la necesaria disposición en abierto de las publicaciones a la comunidad científica y a profesionales del Derecho y de la Criminología, la nueva norma apuesta por la difusión de las publicaciones científicas en acceso abierto al considerar que el conocimiento científico es un bien común. Se plantea una nueva forma de trabajar y difundir la Ciencia Abierta por parte de las editoriales del sector, respetando sus intereses editorial y salvaguardando la protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual e industrial, entre otros. Por nuestra parte, hemos de reconocer la encomiable e indispensable labor realizada hasta la fecha por las editoriales en su difusión de las ciencias jurídica y criminológica.

En esta andadura hacia la difusión en abierto de la ciencia jurídica y de la criminológica, ocho números de esta revista han visto la luz, publicados semestralmente, habiendo alcanzado en Dialnet Métricas 2022¹ el cuartil C1 tanto en Derecho (puesto 25 de 366) como en Derecho Penal, Procesal y Criminología (puesto 6 de 46). Esta revista tiene el apoyo del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz en línea con el artículo 12.1 LOSU².

Por su parte, la Resolución de 5 de diciembre de 2023, de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, por la que se publican los criterios para la evaluación de la actividad investigadora, al establecer los Criterios generales para todos los campos, especifica que, de acuerdo con el artículo 11.7 LOSU, “se valorarán

1 <https://dialnet.unirioja.es/metricas/idr/revistas/26807>

2 Art. 12.1 LOSU: “1. El conocimiento científico tendrá la consideración de un bien común. Las Administraciones Públicas y las universidades promoverán y contribuirán activamente a la Ciencia Abierta mediante el acceso abierto a publicaciones científicas, datos, códigos y metodologías que garanticen la comunicación de la investigación, a fin de alcanzar los objetivos de investigación e innovación responsables que se impulsen desde la comunidad científica, así como los objetivos de libre circulación de los conocimientos científicos y las tecnologías que promulga la política europea de investigación y desarrollo tecnológico”.

positivamente los resultados de investigaciones multidisciplinares e interdisciplinares, como vías con las que responder a la complejidad creciente de los retos que enfrentamos como sociedad”. En esta línea, este número de la revista incorpora trabajos de investigación de carácter interdisciplinar y multidisciplinar como, por ejemplo, el de QUÍLEZ-BERROCAL, que es jurídico-criminológico, o el de DE TORRES PEREA, que está a caballo entre el Derecho Civil y la Filosofía del Derecho, atendiendo a esta demanda investigadora potenciado por la norma universitaria. A ello se suma el artículo de un autor mejicano.

En atención al artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y al artículo 12 LOSU, los trabajos publicados en esta revista incluyen un identificador persistente como es el DOI, además de alojarse en una plataforma con URL permanente, estando sujetos al preceptivo proceso de revisión por pares doble ciego.

En el número 8 de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, se presenta con siete trabajos de investigación en la Sección de Estudios y dos trabajos en la Sección de Análisis, en los que consta la fecha de recepción y aceptación tras el correspondiente proceso de revisión; una crónica en la Sección de Crónicas y dos comentarios a sendas obras en la Sección de Recensiones. Las disciplinas de procedencia son diversas dentro de los ámbitos científico objeto de esta revista: Derecho Civil, Derecho del Trabajo, Derecho Procesal y Derecho Penal, Criminología y Psicología. Y las temáticas abordan cuestiones de actualidad como el posible delito de violación grupal, la creación de sistemas de compliance laboral, el Metaverso y la propiedad intelectual o los delitos de odio y víctimas especialmente vulnerables.

La Sección de Estudios cuenta con siete trabajos. BOCANEGRA MÁRQUEZ (Jara) reflexiona sobre la necesidad y conveniencia de la incorporación del delito plurisubjetivo de violación grupal en el Código Penal, analizado el tipificado en el ordenamiento jurídico italiano. DE TORRES PEREA (José Manuel) profundiza en el debate entre el positivismo metodológico de H.L.A Hart y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin y su reflejo en el Derecho civil español. QUÍLEZ MORENO (José María) y BERROCAL DÍAZ (Susana) unen el Derecho del Trabajo y la Criminología en el estudio de la violencia y el acoso laboral en relación a la implantación de sistemas de compliance laboral. LACRUZ MANTECÓN (Miguel L.) se adentra en el análisis del Metaverso, más allá del Ciberespacio, y la propiedad intelectual de las obras creadas por IA, en concreto, se centra en los tokens de contenido artístico (NFT). YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT (Irene) ahonda en el tratamiento de la víctima especialmente vulnerable de delitos de odio desde la perspectiva procesal. TORRES GONZÁLEZ (Daniel) indaga, desde la Criminología, en la política de Armas en Estados Unidos, efectuando un breve análisis histórico de la legislación de control de armas en Estados Unidos. Y LÓPEZ GIL (Milagros) estudia la inmunidad de los parlamentarios europeos y el derecho a la tutela judicial efectiva ante la falta de una regulación comunitaria sobre dicha inmunidad.

La Sección de Análisis se compone de dos trabajos. El primero de ellos aborda la incertidumbre generada en materia de responsabilidad civil extracontractual por daños causados por los sistemas de IA (Mario DÍEZ ROYO). Y el segundo se centra en el análisis del significado del consentimiento de las relaciones sexuales y las variables implicadas desde la Psicología (Jesús DE LA TORRE LASO).

En la Sección de Crónicas, el Consejo Editorial ha decidido incluir la reflexión efectuada sobre el artículo 178 del Código Penal y la voluntad del legislador, cuya autoría corresponde a Pablo HERRANZ-HERNÁNDEZ y José Luis FERNÁNDEZ-HERNÁNDEZ.

La Sección de Recensiones contiene dos comentarios. Yolanda DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA recensiona la obra dirigida por Helena Morão y Ricardo Tavares da Silva, titulada *Fairness in criminal appeal. A critical and Interdisciplinary Analysis of the ECtHR Case-Law*. Por su parte, Alejandra PASTRANA SÁNCHEZ comenta la obra de Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, intitulada *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código Penal español (arts. 428, 429 y 430)*.

El número 9 se publicará en junio de 2024. Está abierto el plazo de recepción de los nuevos trabajos hasta el 15 de abril de 2024 a través de la plataforma de la revista (<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim>).

Jerez de la Frontera, 19 de diciembre de 2023

Ana María Rodríguez Tirado
Directora de la Revista

ESTUDIOS

Metaverso y NFT de obras artísticas o intelectuales*


Metaverse and NFTs of artistic or copyrighted works

MIGUEL LUIS LACRUZ MANTECÓN

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza (España)

mlacruz@unizar.es

 <https://orcid.org/0000-0003-1343-3449>

Resumen: A partir de la novedad tecnológica traída por la Inteligencia artificial, sus efectos se hacen sentir en múltiples ámbitos de la realidad, y entre ellos el campo de la Propiedad Intelectual o Derecho de autor. Este trabajo da breve cuenta de la incidencia de esta tecnología en la autoría de obras artísticas o intelectuales que aparecen creadas por una Inteligencia artificial. El estudio se ocupa más extensamente a continuación del Metaverso, como evolución del Ciberespacio, y sus posibles utilidades como nuevo medio de comunicación, distribución y soporte de obras artísticas e intelectuales. Seguidamente se ocupa de los nuevos formatos de digitalización de obras como son los tokens, archivos digitales encriptados que pueden contener, además de otros datos valiosos, obras de arte digitalizadas y encriptadas. Estos nuevos bienes digitales se han comportado además como activos de inversión, con un gran éxito en el mercado del arte, donde alcanzan cotizaciones altísimas.

* NOTA PREVIA: Ponencia para el I Congreso internacional “El Derecho y la Justicia ante la Inteligencia artificial y otras tecnologías disruptivas”, Universidad de Cádiz, Jerez, 31 de mayo, 1 y 2 de junio 2023. El presente trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto «Derecho e inteligencia artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robóticas», IP. Margarita Castilla Barea, (PID2019-108669RB-100 / AEI / 10.13039 / 501100011033).

Recepción: 08/06/2023

Aceptación: 07/09/2023

Cómo citar este trabajo: LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, “Metaverso y NFT de obras artísticas o intelectuales”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 15-44, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.02>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 15-44

Abstract: *From the technological novelty brought by artificial intelligence, its effects are felt in multiple areas of reality, and among them the field of Intellectual Property or Copyright. This work gives a brief account of the incidence of this technology in the authorship of artistic or copyrighted works that appear created by artificial intelligence. The work then deals more extensively with the Metaverse, as an evolution of Cyberspace, and its possible uses as a new means of communication, distribution and support for artistic and copyrighted works. Next, it deals with the new formats for digitizing works such as tokens, encrypted digital files that can contain, in addition to other valuable data, digitized and encrypted works of art. These new digital goods have also behaved as investment assets, with great success in the art market, where they reach very high prices.*

Palabras clave: derecho de autor, propiedad intelectual, inteligencia artificial, metaverso, ciberespacio, *tokens*, NFT, mercado del arte.

Keywords: *copyright, intellectual property, artificial intelligence, metaverse, cyberspace, tokens, NFT, art market.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: VIVIMOS UNA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. 2. EL METAVERSO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2.1. Antecedentes y concepto del Metaverso. 2.2. La Propiedad intelectual en el Ciberespacio. 2.3. El Metaverso como soporte de obras digitales o digitalizadas. 3. TOKENS Y «TOKENIZACIÓN» DE OBRAS ARTÍSTICAS. 3.1. Descripción del token y sus clases. 3.2. NFT y mercado del arte. 3.3. La titularidad de derechos sobre el token y su transmisión. 3.4. Algunas ventajas e inconvenientes de la tokenización de obras artísticas e intelectuales. 3.5. El éxito económico de los tokens como inversión. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: VIVIMOS UNA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

Nuestra sociedad está asimilando en la actualidad una serie de cambios en nuestras formas de vida propiciados por las nuevas tecnologías. Estos cambios comenzaron el siglo pasado con el ordenador e Internet, continúan a principios del presente siglo con el teléfono móvil y el Smartphone, y culminan con la irrupción de la Inteligencia artificial. Es esta última, la Inteligencia artificial o IA, la novedad tecnológica que según muchos va a alterar sustancialmente nuestra forma de vida, nuestra sociedad y posiblemente nos va a cambiar a cada uno de nosotros, dando lugar a una nueva Revolución industrial (la cuarta, por más señas).

No es el momento ni el lugar de discutir acerca de si una máquina, una IA, puede igualar o superar a la inteligencia humana, de manera que pueda imitar el comportamiento del ser humano en su totalidad, pues como señalan los autores más críticos, la IA adolece de falta de totalidad, en el sentido de que falla donde la mayoría de los seres humanos solemos acertar, que es en el desarrollo de las tareas diarias más comunes y en la gestión de los asuntos que nos presenta diariamente nuestra

actividad profesional, familiar y social, en su totalidad. Como señala el filósofo CARABANTES LÓPEZ¹, siguiendo a Dreyfus, la IA simbólica encuentra problemas para imitar la versatilidad del pensamiento humano en asuntos tales como las decisiones intuitivas, la tolerancia a la ambigüedad, la diferenciación entre el dato esencial y el inesencial y la perspicacia en el reconocimiento de patrones (semejanzas y diferencias). Cuestiones todas éstas que se nos presentan diariamente a los seres humanos, y que casi siempre logramos resolver o por lo menos impedir que nos bloqueen en nuestro funcionamiento. En suma, a cualquier IA le falta lo que creo que puede designarse como «el algoritmo de la totalidad», es decir, la capacidad de dar respuesta inteligente a los desafíos de la vida diaria, y además fijarse unos objetivos vitales gestionados por nuestra conciencia individual. La IA carece de conciencia, y en este campo de la vida normal, no es rival para el ser humano. Se dice que cuando la IA *Deep Blue* venció en el año 1997 al campeón mundial de ajedrez Garry Kasparov, quien estuvo hablando con la prensa y comentando las partidas fue, naturalmente, Kasparov, porque *Deep Blue* podría jugar muy bien al ajedrez, pero no sabía hacer nada más, nada en absoluto: fuera del tablero, era un descerebrado *stricto sensu*.

Ahora bien, si nos centramos en tareas muy concretas, que requieran inteligencia, y sobre todo que se limiten a una serie de datos relacionados con el cálculo, la lógica y las operaciones de comparación de modelos, la cosa cambia, y mucho. Aquí la IA, reconozcámoslo, nos ha ganado, o quizá sea más cierto decir que lleva ya tiempo ganándonos. Para empezar, en las operaciones de cálculo, no en vano los ordenadores siguen llamándose en inglés «computadoras». Para seguir, nos gana en las tareas de almacenamiento y recuperación de datos, que ya confiamos exclusivamente a la memoria del ordenador, y no a la nuestra. Y por supuesto, nos gana con los traductores automáticos, que nos redactan en segundos textos cuya realización antes nos llevaba todo el día. Casi todos, con los programas que descargamos en nuestro teléfono móvil, hemos delegado la gestión de nuestra agenda, nuestros contactos, nuestros mensajes y nuestro tiempo libre a una máquina, sin darnos cuenta que estamos renunciando a ejercitar nuestra memoria y otras capacidades: nos va a pasar como en *100 años de soledad*, olvidaremos los nombres de las cosas más cotidianas y tendrá que ser nuestro *smartphone* el que nos diga que lo que estamos comiendo es un plato de lentejas. Hoy tenemos la culminación de esta evolución de la máquina en los programas de IA, puestos a disposición de cualquiera, como el famoso ChatGpt, o el programa de creación de obra gráfica Dall-E, o el de animación de fotografías D-ID.

El resultado es una deslocalización de nuestra inteligencia, pues cada uno de nosotros subcontratamos las penosas tareas que requieren pensar o recordar, y las trasladamos a una maquinita que nos proporciona unos resultados aceptables, que nos

¹ CARABANTES LÓPEZ, M., *Inteligencia artificial: Una perspectiva filosófica*, Escolar y Mayo editores, Madrid, 2016, pp. 19 y ss.

bastan. El problema no es que la maquineta funcione mal, al contrario, el problema es que funciona muy bien, y que nos libra del molestísimo ejercicio de pensar, interactuar, o, en cualquier caso, de hacer memoria: Piense en cuándo fue la última vez que recordó el nombre de una actriz o el título de una canción sin usar su móvil, o que tradujo un texto al inglés si usar Google. Y si dejamos de ejercitar nuestras capacidades, el resultado es el mismo que si dejamos de ejercitar un músculo, que se atrofian. Señala además MEGÍAS QUIRÓS² que la IA puede favorecer la modificación de conductas interpersonales y un aislamiento social «que pueden poner en peligro la propia esencia de la persona, en especial la última generación de asistente emocional, que, al imitar capacidades humanas para generar confianza, es capaz de acceder a sentimientos y emociones». Y CARABANTES LÓPEZ³ nos avisa: «...se ha producido un descenso en la demanda social de habilidades intelectuales... Al disminuir la demanda de inteligencia, los individuos, lamarckianamente, han dejado de cultivarla». Esto aparte de que la utilización de sistemas inteligentes puede dejarnos sin trabajo: Leo dos noticias en los diarios digitales, una en la que Bill Gates alerta de la pérdida de trabajos por la Inteligencia Artificial⁴, y otra en la que se anuncia que IBM está considerando sustituir al 30% de sus trabajadores por inteligencias artificiales⁵.

Pero bueno, no es este el tema a tratar, aunque sí nos lleva a la realidad de que la IA, en campos muy especializados, está obteniendo unos resultados bastante buenos: Aquí tenemos la clave, especialización: cuanto más especializada es la tarea, mejores resultados obtiene la IA. La razón está en su increíble velocidad para la realización de operaciones de reconocimiento de modelos a partir de una ingente cantidad de datos, y su recombinación para producir nuevos resultados.

En particular, la creación intelectual y artística es una tarea inteligente y sumamente especializada, por lo que la IA alcanza metas muy altas: los resultados de los programas de IA creativa, ya sean de carácter gráfico, musical o literario, no se distinguen ya de los de artistas humanos. Esto significa que, como les contaba a los alumnos del Máster de Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III, la IA ya ha pasado el Test de Turing artístico, y ya no podemos distinguir si la obra ha sido creada por un humano o por una máquina, con el consiguiente problema para el Derecho de autor. Así en 2023, el artista berlinés Boris Eldagsen gana un premio

2 MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Derechos humanos e Inteligencia artificial», *Revista DIKAIOSYNE*, N.º 37, número especial sobre DDHH, en coedición con el Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela. Enero, 2022, p. 143.

3 CARABANTES LÓPEZ, M., «Inteligencia artificial lingüística perfecta: efectos sobre la autopercepción del ser humano», *SCIO. Revista de Filosofía*, n.º 18, Julio de 2020, pp. 224 y ss.

4 «El fundador de Microsoft ha advertido de ello y, de hecho, ha ofrecido una lista de profesiones que seguramente acabarán viéndose afectadas por la IA». Blanca Espada, *OK diario*, 07/05/2023, <https://okdiario.com/curiosidades/bill-gates-alerta-mundo-peor-pronostico-te-va-afectar-10870337>

5 *El Mundo*, edición digital, Ángel Jiménez De Luís, EEUU, Actualizado Jueves, 4 mayo 2023 - 00:53 <https://www.elmundo.es/tecnologia/2023/05/04/6452e3ebfc6c8386628b459e.html>

Sony World Photography Awards (SWPA) con una fotografía titulada *Pseudomnesia: The Electrician*, premio que rechaza a continuación advirtiendo que su obra ha sido creada con ayuda de un algoritmo.

La utilización del ordenador programado con IA está produciendo por tanto resultados que se pueden calificar de obras artísticas e intelectuales, obras de Ciberarte o Arte generativo, pero además tenemos otros ámbitos del Derecho de autor y del mercado del arte en los que esta nueva tecnología consigue excelentes resultados, como son el del Ciberespacio y el Metaverso, y el campo de los tokens de contenido artístico o NFT, asuntos de los que trataré a continuación.

2. EL METAVERSO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

2.1. Antecedentes y concepto del Metaverso

El escritor de ciencia ficción Stanislaw LEM⁶ vaticinaba ya en 1964 acerca de los entretenimientos del futuro, del siguiente modo: «El protagonista se pone en la cabeza ciertos electrodos, gracias a lo cual de repente se encuentra en el corazón del Sahara o en la superficie de Marte... El campo visual es igual que en la naturaleza, o sea, potencialmente 360º, todo lo que se ve tiene tres dimensiones, colores naturales, en tanto que el aparato olfativo crea brisas “desérticas” o “marcianas”».

La idea del Metaverso procede del engaño a los sentidos con medios informáticos para la creación de una experiencia similar a la real. Los antecedentes del mismo, señala MARTÍN RAMALLAL⁷, están en la Realidad virtual, programación gráfica en tres dimensiones intentada primero en los simuladores de vuelo para la enseñanza de pilotos, y luego en los juegos de *Arcade* y en los videojuegos, como los de las consolas de *Atari*, *Sega*, *Nintendo* o *Sony*. Esta Realidad virtual genera un ámbito para las actividades humanas denominado *Ciberespacio*, término popularizado por la novela *Neuromante* de William Gibson (1984), que se utiliza en los años 90 para referirse a la programación de gráficos 3D y videojuegos en los que el jugador maneja un personaje más o menos personalizado que se mueve en un espacio preconfigurado. Continúa en este siglo XXI en videojuegos populares como *Minecraft* o *Fortnite*, que desarrollan la acción en entornos de realidad virtual, eso sí, reproducida en la pantalla del ordenador y no en dispositivos visuales específicos, y en programas como *Second Life* en el que los «jugadores» pueden incluso interactuar socialmente unos con

6 LEM, S., *Summa Technologiae*, Ediciones Godot, 2017, p. 198.

7 MARTÍN RAMALLAL, P., «Realidad virtual, ente cibernético emergente. De la paleoinmersión al metaverso», *Communication Papers. Media Literacy & Gender Studies*, Vol.11 – No23, pp. 7/34, ISSN 2014-6752. Universitat de Girona. (España), 2022. <https://communicationpapers.revistes.udg.edu/#>, consulta febrero 2023

otros mediante sus avatares. El Metaverso viene a ser una evolución de este Ciberespacio.

El concepto de Metaverso adquiere gran actualidad cuando Mark Zuckerberg compra la compañía *Oculus Rift*, y su tecnología de cascos de realidad virtual (*HMD, head-mounted display*) para sumergirse en el metaverso, y en 2021 cambia el nombre de su compañía *Facebook* por *Meta*, con lo que declara su intención de liderar la difusión de este Nuevo mundo virtual. Como señaló en su discurso inaugural de la nueva compañía, «Nuestra esperanza es que, en la próxima década, el metaverso llegue a mil millones de personas, albergue cientos de miles de millones de dólares en comercio digital y respalde trabajos para millones de creadores y desarrolladores»⁸. Esta empresa invirtió en 2021 la cifra de 10.000 millones de dólares, y como nos relata GUILABERT VIDAL⁹, se trata de crear múltiples espacios virtuales a través de la plataforma *Horizon*, que ofrece diversas aplicaciones: «(a) *Horizon Worlds*, un software que permite crear videojuegos... *Horizon Venues*, el cual posibilita la asistencia colectiva a conciertos o películas... *Horizon Workrooms*... ofreciendo la posibilidad de trasladar el propio ordenador y el teclado al mundo digital para poder desarrollar en él la jornada laboral».

Es en la actualidad más próxima cuando el Metaverso se convierte en un tema candente para los juristas. Matthew BALL lo define como «Una red escalable e interoperable que proporciona en 3D mundos virtuales que pueden ser experimentados sincrónica y persistentemente en tiempo real por un número ilimitado de usuarios con un sentido de presencia individual, y con continuidad de datos tales como identidad, historia, derechos, objetos, comunicaciones y pagos»¹⁰. Según un interesante estudio del grupo ART (*Analysis and Research Team*) de 9 de marzo de 2022¹¹, auspiciado por el Consejo de la Unión Europea, Metaverso es una contracción de la palabra griega “meta”, que significa más allá, y la palabra “universo”. Y se describe como «un mundo virtual en 3D inmersivo y constante donde las personas interactúan a través de un avatar para disfrutar del ocio, realizar compras y hacer transmisiones con criptoactivos, o trabajar sin moverse de su asiento». Y para dar cuenta de su importancia resaltan algunos datos, como el de que se prevé que hacia 2026 el 25% de la población mundial

8 Tomado de *Metaversos. La gran revolución inmersiva*, Óscar Peña, Ediciones Anaya Multimedia, Madrid, 2022, p. 41.

9 GUILABERT VIDAL, M^a R. (2022). «Adquisición de Fincas Virtuales en el Metaverso y su Problemática en el Derecho Inmobiliario», *Cuadernos de Derecho Privado*, 4, pp. 53-79 (Recepción: 25/08/2022; aceptación tras revisión: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022).

10 *A massively scaled and interoperable network of real-time rendered 3D virtual worlds that can be experienced synchronously and persistently by an effectively unlimited number of users with an individual sense of presence, and with continuity of data, such as identity, history, entitlements, objects, communications, and payments*. BALL, Matthew, *The Metaverse And How It Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, 2020, p. 35.

11 *Metaverse - Virtual World, Real Challenges*. Consulta Febrero 2023 en: <https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-march-2022.pdf>.

pasará al menos una hora diaria en el Metaverso, o el de que Bill Gates ha predicho que en los próximos dos o tres años las conferencias virtuales dejarán de hacerse con cámara y pasarán a celebrarse en el Metaverso.

Hay que dejar claro que Ciberespacio o Metaverso es, ante todo, una tecnología de programación compleja, en la que la IA resulta esencial para su desarrollo, como señalan WANG, SIAU Y WANG¹², que permite la creación de diversos metaversos, entendidos como mundos de realidad virtual. PEÑA¹³, en este sentido, habla de «los metaversos», y define cada uno de éstos como «representación tridimensional inmersiva y conectada a Internet. Un universo virtual persistente, social y descentralizado, en el que los consumidores son capaces de saltar entre diferentes experiencias virtuales o entre la representación virtual y real del mundo físico». Señalan los citados WANG, SIAU Y WANG¹⁴, que las tecnologías involucradas en el desarrollo del metaverso se clasifican en cuatro niveles: Infraestructura digital (es decir, potencia de computación), Datos e IA, Interacción e Interfaz (periféricos), y Software y Aplicaciones.

Destaca asimismo PEÑA su aspecto empresarial y su capacidad para acoger a una «economía virtual». Esto creo que es importante: el Metaverso es, sobre todo, un espacio contenedor de objetos virtuales, sujetos virtuales y negocios bastante reales. Señalan en este sentido ALVARADO y SUPO¹⁵, que marcas como *Nike*, *Gucci*, *Stella McCartney*, *Ralph Lauren* o *Burberry* ofrecen sus productos (virtuales) para que los alter ego de quienes entran en el metaverso, es decir, sus avatares, se vistan con las prendas y accesorios virtuales de estas marcas, por supuesto pagando un dinero nada imaginario. Y otro asunto que parece bastante delirante es del mercado inmobiliario virtual del que da cuenta GUILABERT VIDAL¹⁶, que alerta sobre la importancia económica que la adquisición de parcelas virtuales en el Metaverso está alcanzando: «Así, se estima que las ventas alcanzarán el billón de dólares este año, previéndose un crecimiento del 31% anual hasta 2028... no podemos dejar de mencionar las plataformas que dominan el sector, a saber, *Decentraland*, *Sandbox*, *Cryptovoxels* y *Somnium...*».

12 WANG, Yuying, SIAU, Keng I. y WANG, Le, (2022). «Metaverse and Human-Computer Interaction: A Technology Framework for 3D Virtual Worlds». In: Chen, J.Y.C., Fragomeni, G., Degen, H., Ntoa, S. (eds) *HCI International 2022 – Late Breaking Papers: Interacting with eXtended Reality and Artificial Intelligence. HCII 2022*. Lecture Notes in Computer Science, vol 13518. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-21707-4_16

13 PEÑA, Ó., *Metaversos. La gran revolución inmersiva*, Ediciones Anaya Multimedia, Madrid, 2022, p. 48.

14 WANG, SIAU y WANG, «Metaverse and Human-Computer Interaction: A Technology Framework for 3D Virtual Worlds», op. cit., p. 215.

15 ALVARADO BAYO, M. del C., y SUPO CALDERÓN, D., «Metaverso y Non-Fungible Tokens (NFTs): Retos y Oportunidades desde la perspectiva del derecho de marcas», *Revista IUS ET VERITAS* Nº 64, julio 2022, Consulta marzo 2023 <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.006>.

16 GUILABERT VIDAL, «Adquisición de Fincas Virtuales en el Metaverso y su Problemática en el Derecho Inmobiliario», op. cit., p. 59.

2.2. La Propiedad intelectual en el Ciberespacio.

Para empezar, hay que distinguir dos tipos de obras en el Metaverso, y por tanto dos grupos de derechos distintos. Primero, el programa de ordenador que crea y hace funcionar este espacio virtual, que es una obra en sí, pues el Metaverso mismo es programación, es el resultado de complejísima programas y subprogramas que gestionan este mundo tridimensional.

Para entender esta complejidad nos puede ayudar el ejemplo de las parcelas que se venden en el Metaverso: lo que nos venden es una presentación visual 3D resultado de la tecnología a la que se ha aludido, que se denomina *interfaz gráfica o de usuario*, es decir, lo que vemos, o mejor, lo que el funcionamiento del programa nos hace ver, y la posibilidad de movernos e interactuar en dicho medio. Cuando caminamos virtualmente por el Ciberespacio simplemente estamos haciendo funcionar un programa que nos proporciona, con las gafas de realidad virtual y prendas hápticas, una presentación en tres dimensiones de una pantalla. Desde este punto de vista, el Metaverso es una obra, un programa de ordenador, con sus millones de líneas y sus autores, más sus periféricos y su *hardware*.

Pero esta interfaz gráfica también está compuesta de otros elementos, que componen el segundo orden de obras: realizaciones tales como avatares, iconos, hologramas, edificios virtuales y objetos que pueblan el metaverso, que los abogados ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO¹⁷ señalan que ya se protegen en la UE mediante su consideración como dibujos, modelos o diseños industriales según el *Arreglo de Locarno*. Para referirse a este tipo de creaciones, se prefiere hablar de «contenidos» antes que de «obras» intelectuales o artísticas, diferenciando dichos contenidos de los programas de software que gestionan el espacio que los contiene. Se consideran «contenidos» a los elementos arquitectónicos como casas, calles, jardines, estatuas, plazas, tiendas, pero también a los avatares y apariencia (ropa, calzado, accesorios) de los visitantes del mundo virtual, así como los objetos o bienes de todo tipo de que dispongan, como cuadros, muebles, esculturas, dispositivos inteligentes. «...o incluso en los resultados de la utilización de dichos bienes o aparatos, si estos pudieran resultar protegibles»¹⁸, por ejemplo fotografías realizadas con cámaras de fotos virtuales, composiciones musicales o interpretaciones en instrumentos virtuales, obras de arte gráfico u obras coreográficas, etc.

Sin embargo, frente a esta idea de los *contenidos*, estimo que el Metaverso es también un soporte para la creación, pues lo mismo que mediante un programa de diseño gráfico se puede crear una obra para imprimirla en un papel, también podemos crear obras gráficas o escultóricas, ballets o *performances* para exhibirlas y disfrutarlas en

17 ERDOZAÍN, J. C., GONZÁLEZ, C., ARNAIZ, V., VICENTE, L. I. y LÓPEZ-CARRASCO, A., «Propiedad intelectual e industrial en el Metaverso», *Aspectos jurídicos del Metaverso*, coord. Luis Ignacio Vicente del Olmo, José Luis Amat, La Ley, Madrid, 2022, pág. 254.

18 ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO, «Propiedad intelectual e industrial en el Metaverso», op. cit., págs. 257 y ss.

las tres dimensiones de esta pantalla virtual que es el Metaverso. La obra digital puede «vivir» tanto en la «dura» realidad como en esta realidad blanda y onírica que es la virtual. Los contenidos de carácter artístico o intelectual pueden ser considerados “obras”, si cumplen con los requisitos exigidos para ello (que sean originales, de origen humano –este requisito se relaja en la obra cibernética– y de cierta altura creativa). Con lo que cabe concederles protección por derechos de autor, como obras gráficas simples o bien hologramas tridimensionales, o obras audiovisuales, musicales o del género que sean.

En este sentido, MARTÍNEZ CRESPO y MOLINA ÁLVAREZ¹⁹ opinan que la interfaz gráfica no debe considerarse como parte de la expresión del programa de ordenador, como concretó el TJUE en la sentencia *Bezpečnosti Softwarova Asociace v. Svaz Softwarové ochrany*, de 22 de diciembre de 2010, en la que se afirmaba que la interfaz gráfica «no puede disfrutar de la protección específica por el derecho de autor sobre los programas de ordenador», lo que daría lugar a que ésta fuese protegida como obra independiente del programa.

Para determinar quién será el autor de los contenidos creados en el marco del metaverso, hay que distinguir los componentes de la arquitectura misma del metaverso, el simple espacio vacío y las calles, parques o edificios públicos, así como el avatar que tengamos asignado, o el sol y el cielo sobre nuestras cabezas. Estos contenidos son instrumentales para el funcionamiento del Metaverso, y habrán sido creados por los desarrolladores del mundo virtual como obra de encargo o como resultado de una relación laboral, previéndose contractualmente o *ex lege* la cesión de derechos al empresario gestor del mundo virtual que se trate.

En cambio, los contenidos específicos que los desarrolladores venden a los usuarios, así como los creados por los usuarios mismos, ya directamente, actividad que seguramente será bastante común porque las plataformas de tales metaversos suelen poner a disposición de los usuarios programas o herramientas que permitan realizar tales creaciones dentro de dicho ecosistema, o bien trasladando al metaverso las creaciones realizadas en el mundo analógico con análogas herramientas: obras creadas por los usuarios mismos, o que éstos adquieren de artistas o anteriores propietarios de dichas obras. Aquí el problema será, por supuesto, determinar la autenticidad de la autoría, es decir, la originalidad de la obra, en el primer caso, o la obtención de los derechos para la reproducción en el Metaverso de la obra, en el segundo. Muchos de estos problemas se solventarán mediante la utilización de *tokens* no fungibles o NFT, de los que luego me ocuparé.

La adaptación de las reglas del Derecho de autor al Metaverso nos puede causar algún que otro quebradero de cabeza. ARGELICH COMELLES²⁰ propugna la creación de

19 MARTÍNEZ CRESPO, Á. y MOLINA ÁLVAREZ, I., «La Propiedad Intelectual en el metaverso», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, ISSN 1579-3494, Nº. 97, (septiembre-diciembre), 2022, p. 90.

20 ARGELICH COMELLES, Cristina, «Contratos de consumo, derechos reales inmobiliarios,

un Derechos del Metaverso o *Metalaw*, y señala como textos punteros en la materia el *Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital*²¹, que culmina en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital*²², de 3 de mayo de 2022, así como el *Reglamento de Servicios Digitales*²³, de 19 de octubre 2022, textos a los que hay que añadir la Propuesta de Ley de Inteligencia artificial²⁴. En general, en estos textos se intenta proteger al usuario de servicios digitales frente al empresario prestador de los mismos.

Las creaciones artísticas o intelectuales que nacen o se llevan al Metaverso, pienso que pueden ser protegidas por el Derecho de autor, con las necesarias adaptaciones, como auténticas obras (o diseños, las de menor originalidad) y esto por un motivo: la obra intelectual y artística, como venimos repitiendo desde Ascarelli, es un bien inmaterial. Como advertía BAYLOS CORROZA²⁵, el surgimiento del Derecho de autor está condicionado históricamente a las circunstancias que permiten estimar la obra artística como un valor económico autónomo, con absoluta separación de cualquier manifestación concreta y particular de la misma. En el caso de la obra que nace o se lleva al Metaverso, la inmaterialidad del soporte, constituido por líneas de programa y bits almacenados en servidores, no nos puede impedir aplicar el Derecho de autor a la protección del titular de los derechos sobre la obra. Eso sí, se trata de un nuevo soporte, pero esto en lugar de ir contra el carácter de genuina obra a la que sea creada para el Metaverso, posiblemente sea un motivo para el éxito de una nueva forma de disfrutar nuevas obras de arte.

Señalan asimismo MARTÍNEZ CRESPO y MOLINA ÁLVAREZ²⁶ que la titularidad de derechos en el Metaverso, como sucede hoy en los videojuegos, es del desarrollador. Este «desarrollador» del metaverso particular de que se trate es el denominado *Publisher*, y será el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el metaverso, ya originariamente, por ser el creador del mismo, ya por haber obtenido la cesión de todos los creadores involucrados en el desarrollo del metaverso particular de que se trate, expresamente o por consecuencia de la relación laboral que

privacidad y responsabilidad civil en el Metaverso», en Retos normativos del Mercado único digital europeo, dir. Luz Martínez Velencoso, Javier Plaza Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 60.

21 (2020/2266(INI)), Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital. Ponente: Axel Voss.

22 P9_TA (2022)0140, Inteligencia artificial en la era digital.

23 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE

24 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en Materia de Inteligencia Artificial, de 21 abril 2021.

25 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, 2ª edición, pág. 139.

26 MARTÍNEZ CRESPO y MOLINA ÁLVAREZ, «La Propiedad Intelectual en el metaverso», *cit.*, pp. 93-94.

les una. La estructuración de esta titularidad puede hacerse utilizando la figura de la obra colectiva o por encargo (en el sistema anglosajón). Si se quiere incorporar a dicho metaverso obras ya existentes, el *publisher* tendrá que solicitar de los titulares de derechos la correspondiente autorización para la reproducción, distribución y comunicación públicas (y eventual transformación).

Añaden los indicados autores²⁷ que los usuarios de un metaverso pueden introducir creaciones propias mediante programas creativos, gestionándose la titularidad de las producciones mediante las correspondientes licencias *End User License Agreements (EULA)*, en las que seguramente se incorporará una cesión de derechos sobre la creación al Publisher del metaverso en cuestión. Como señalan ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO²⁸, la regulación de los derechos y las titularidades puede venir del marco contractual, pues las plataformas web que ya permiten estas actividades creativas, incluyen contractualmente cláusulas por las que reconocen al usuario de la condición de autor del contenido por él creado, pero añadiendo la concesión por éste al titular del metaverso de una licencia gratuita para el uso por la plataforma (*Sandbox*) más una exclusión de cualquier responsabilidad derivada de su falta de originalidad o de la vulneración de derechos de terceros. En otras plataformas (*Decentraland*) simplemente se advierte de que los contenidos introducidos por el usuario pueden ser contemplados por cualquiera por lo que no se asume responsabilidad por los comportamientos lesivos. Esta regulación contractual se refuerza porque, como veremos, muchos objetos que aparecen en el Metaverso son archivos, que aparecen encriptados en forma de *tokens*, cuya adquisición, titularidad y transmisión se gestiona a través de contratos inteligentes o *Smart contracts*.

Añadir por último que otro de los campos en los que el Derecho incidirá en el Metaverso es el actualmente denominado «derecho a la identidad digital». Esta identidad se define por Puyol Montero, según recoge GALLARDO RODRÍGUEZ²⁹, como «el conjunto de la información sobre un individuo o una organización expuesta en Internet (datos personales, imágenes, registros, noticias, comentarios, etc.) que conforma una descripción de dicha persona en el plano digital». Y es aquí donde dicha identidad se confunde con la real del individuo, pues esta identidad digital es más parecida a un avatar inventado que un reflejo de la personalidad auténtica del sujeto.

No hay que confundir la identidad que nos podamos construir para darnos una vuelta por el Metaverso, que es una suerte de avatar, con nuestra identidad real y auténtica,

27 MARTÍNEZ CRESPO y MOLINA ÁLVAREZ, «La Propiedad Intelectual en el metaverso», *cit.*, pp. 96-97.

28 ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO, «Propiedad intelectual e industrial en el Metaverso», *cit.*, págs. 257 y ss.

29 GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, «Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: De las redes sociales al Metaverso», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n.º 18, febrero 2023, p. 1015.

que es la que tendremos que manifestar cuando, por ejemplo, queramos pagar algo o pedir que nos manden un paquete a nuestro domicilio. Es a esta identidad a la que se refieren los textos europeos como el Reglamento eIDAS³⁰, o la Carta de derechos digitales española³¹, como puede verse en el apartado II.1 de la misma: *El derecho a la propia identidad es exigible en el entorno digital. Esta identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional.* La identidad digital que se está proponiendo es simplemente el nombre y apellidos, y lo que se pretende es protegerla frente a las usurpaciones o fraudes.

2.3. El Metaverso como soporte de obras digitales o digitalizadas

En particular el Metaverso se nos presenta hoy como soporte especialmente adecuado para disfrutar de las obras digitalizadas, al permitir experiencias que combinen imagen, sonido, movimiento y –esto es lo fundamental– todo ello desde el punto de vista de la experiencia personalizada y dando la iniciativa al observador, que se convierte en el protagonista de su vivencia artística. Estamos ante un nuevo soporte y una nueva forma de disfrutar las obras. Y de esta novedad vendrá seguramente su éxito, creo yo, lo mismo que cuando empezó el cine la gente desplazó su interés de los teatros a las salas de cine, pese a que en el cine «no pasaban cosas de verdad». Me explico: el soporte-base de la obra digitalizada va a ser, naturalmente, un archivo digital como los que ya existen, pero la reproducción del mismo ya no es la convencional, sino a través de un medio que proporciona una distinta experiencia a la meramente visual o sonora. Dice MARTÍN RAMALLAL³² que en la realidad virtual «...el sujeto pasa a ser el centro, trascendiendo la idea de identificación con el protagonista. La RV –realidad virtual– es una nueva forma de entender los contenidos culturales, las relaciones sociales y, por ende, la comunicación (Martín Ramallal, 2020). Conforman un nuevo modelo de comunicación...».

Evidentemente la experiencia de una obra en el Metaverso va a ser distinta, pero precisamente porque el Metaverso es un nuevo soporte y un nuevo aparato reproductor para éste, novedad que posiblemente genere una nueva industria del arte y del entretenimiento. Recordemos lo que dice el artículo 10 de la LPI: *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...* Pues bien, este nuevo soporte ya se ha inventado, ya estamos en el futuro.

30 Reglamento (UE) no 910/2014: relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

31 Que es una especie de Informe-Declaración gubernamental elaborada por un grupo de expertos.

32 MARTÍN RAMALLAL, «Realidad virtual, ente cibernético emergente. De la paleoinmersión al metaverso», ...*op. cit.*, p. 9.

MARTÍNEZ CRESPO y MOLINA ÁLVAREZ³³ admiten así que, lo mismo que sucedió con los videojuegos, aunque el Metaverso no aparezca en la enumeración de obras protegidas en nuestra LPI, cabe la aplicación del régimen general de protección de obras a las que aparecen en dicho medio, para empezar los programas de ordenador que gestionan la infraestructura del Metaverso, pero también obras literarias, composiciones musicales y obras audiovisuales, coreografías, esculturas, fotografías y todo género de obras. Por ejemplo, en un mercado como la *Makers Place Gallery de Cryptovoxels*, la sala, como espacio, y toda su dinámica, es obra del programador, mientras que las singulares obras gráficas y audiovisuales expuestas son de sus correspondientes autores. Para la protección de estos «elementos» que conforman el Metaverso, propugnan los indicados autores la aplicación directa de la LPI. Y frente a las posibles infracciones a los derechos de propiedad intelectual, apuntan que aunque no haya precedentes sobre la infracción de derechos en el Metaverso «...en España no existe una limitación en la Ley de Propiedad intelectual que impida dotar de la misma protección a una creación cuando el uso infractor tiene lugar en un entorno virtual», añadiendo que es exactamente lo mismo que ha sucedido con Internet.

El Metaverso es la nueva imprenta, un nuevo medio de producir y distribuir las creaciones, y el nuevo tipo de creación, que es la obra creada para el Metaverso, sólo puede ser disfrutada como tal en el Metaverso. Estamos ante una nueva forma de expresión de la creatividad y una nueva industria, que ofrece nuevas experiencias. Y como señala Yuval Noah HARARI³⁴: «En la historia, ninguna cultura ha concedido nunca tanta importancia a los sentimientos, los deseos y las experiencias humanas. La concepción humanista de la vida como una serie de experiencias se ha convertido en el mito fundacional de numerosas industrias modernas, desde el turismo al arte. Los agentes de viajes y los chefs de restaurantes no nos venden billetes de avión, hoteles y cenas sofisticadas: nos venden experiencias nuevas». Y la capacidad del metaverso de proporcionar experiencias inmersivas, y por tanto más potentes, es bastante clara.

Esto nos lleva a una característica especial de las obras en el Metaverso, la de que sólo pueden ser disfrutada mediante dispositivos electrónicos que las «traduzcan» a los sentidos del ser humano, a las puertas de entrada de las sensaciones. Porque estas obras de arte digitalizadas sólo viven y se encuentran en un mundo virtual, en el Ciberespacio o su moderna concreción del Metaverso.

Otra de las características de la obra intelectual o artística en el Metaverso radica en que, siendo su soporte un archivo digital en muchos casos se procederá a su encriptación, con lo que su adquisición, disfrute y eventual transmisión tendrá lugar mediante unos recursos técnico-jurídicos que proporcionan a la vez la garantía de

33 MARTÍNEZ CRESPO y MOLINA ÁLVAREZ, «La Propiedad Intelectual en el metaverso», *op. cit.*, pp. 88-89 y 98.

34 HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del porvenir*, Debate, Barcelona, 2016, pág. 294.

la titularidad y la seguridad de la transmisión del archivo. Estos recursos consisten en la conversión del archivo digital en una «ficha» digital o *token*, y en la utilización de contratos inteligentes y la tecnología de registros distribuidos para la gestión jurídica de la titularidad del *token*. Pasamos a ocuparnos de estos asuntos.

3. TOKENS Y «TOKENIZACIÓN» DE OBRAS ARTÍSTICAS

3.1. Descripción del token y sus clases

Para la traslación de obras o «contenidos» al Metaverso, se pueden convertir los archivos digitales en *tokens*. Un *token* o ficha digital consiste simplemente en un archivo digital que recoge información que documenta un valor, que queda incorporado al mismo archivo en forma encriptada. PALÁ LAGUNA³⁵ precisa en este sentido que los tokens son «representaciones digitales de valor o derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología de registro descentralizado u otra tecnología similar», definición que toma del art. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA), de 19 de noviembre del 2021 [2020/0265 (COD)]³⁶. Por su parte nos dice ROBERT GUILLÉN³⁷ que un *token* se define como «una unidad de valor interno» que se maneja con un determinado sistema de tecnología *blockchain*, consistiendo en un conjunto de datos encriptados en un archivo que se gestiona con un sistema de Tecnología de Registros Distribuidos mediante el cual los datos están almacenados en distintos servidores y además interconectados. Este archivo contiene una representación digital «...de un activo (es decir, de cualquier información, bien o derecho, de la que se admita su representación digital y vinculación a un *token*) con una identificación única». Mientras que para RUIZ-GALLARDÓN³⁸, el token es “un activo o derecho representado digitalmente, que existe en la medida en que forma parte de una base de datos de la que resulta su titularidad y que se diferencia de un activo digital «tradicional» en el hecho de que base de datos donde desarrolla su existencia es gestionada utilizando tecnología *blockchain*”.

En cuanto a su regulación, señala PACHECO JIMÉNEZ³⁹ que en España la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) lleva desde 2018 analizando este tipo

35 PALÁ LAGUNA, R., «Los tokens del metaverso», *Análisis GA_P (Gómez-Acebo & Pombo)*, marzo 2022, en <https://www.ga-p.com/publicaciones/que-es-el-metaverso>, consultado enero 2023.

36 Dicha Propuesta ha seguido el cursus legis correspondiente y en la actualidad su contenido se concreta en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de abril de 2023 (P9_TA(2023)0117).

37 ROBERT GUILLÉN, S., “Cesión de facultades de explotación en el entorno *blockchain* y su automatización mediante contratos inteligentes”, en *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial, Tecnología*, Susana Navas Navarro, Dir, Editorial Reus, Madrid, 2019, pág. 155.

38 RUIZ-GALLARDÓN y GARCÍA DE LA RASILLA, M., “Tokenización de activos y *blockchain* aspectos jurídicos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 60, 2020, pág. 272.

39 PACHECO JIMÉNEZ, M^a. N., “De la tecnología *blockchain* a la economía del token”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha*, N° 83, 2019, diciembre-mayo, pág. 79. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.003>.

de emisiones, con especial atención hacia aspectos tan importantes como la prevención del blanqueo de capitales, la protección de datos o la fiscalidad aplicable. Por esto la CNMV considera tanto a las criptomonedas como a los tokens emitidos al lanzar una ICO (*Initial Coin Offerings*) como «valores negociables incardinables en el meritado artículo 2.1 del TRLMV (Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores), debiendo someterse a requisitos tales como la elaboración de un folleto informativo, el mantenimiento de un registro contable y la consecuente asunción de responsabilidades». REINHART SCHULLER⁴⁰ advierte que la preocupación del legislador por la regulación se manifiesta recientemente en España en la «Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión»; sin embargo, apunta PACHECO JIMÉNEZ⁴¹ en otro estudio, esta norma únicamente regula exigencias de suficiente publicidad sobre estos activos, y que la regla a seguir en nuestro ordenamiento será la de que el NFT se regula por las normas que disciplinen el activo subyacente.

En Europa surge la propuesta de Reglamento MICA (*Markets in Crypto-assets*) COM(2020)593 (al que ya se ha aludido), así como la propuesta de Reglamento DORA⁴² y la importante modificación respecto al DAS⁴³ actualmente en estudio sobre la regulación de la identidad digital⁴⁴. En el Reglamento MICA se advierte sin embargo (Considerando 10 revisión ECOFIN⁴⁵) que esta regulación no debe aplicarse «...a los criptoactivos que sean únicos y no fungibles con otros criptoactivos, incluidos las colecciones y el arte digitales. El valor de dichos criptoactivos únicos y no fungibles es atribuible a las características únicas de cada criptoactivo y a la utilidad que otorga al titular de las fichas». Esta exclusión de los criptoactivos únicos y no fungibles del presente Reglamento se justifica, según el mismo considerando, porque, aunque pueden negociarse en mercados secundarios, su valor relativo, al ser únicos, no puede determinarse en un mercado o por comparación con un activo equivalente, lo que hace inasumible el riesgo para el inversor. Los NFT, de acuerdo

40 REINHART SCHULLER, Robert, «Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2022), Vol. 14, Nº 2, p. 738. DOI: 10.20318/cdt.2022.7203.

41 PACHECO JIMÉNEZ, «De la digitalización de los pagos a los tokens del metaverso», *LA LEY mercantil*, nº 91, mayo 2022, pág. 7/20.

42 Propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009, (UE) n.º 648/2012, (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014, 2020/0266 (COD).

43 *Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.*

44 *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity, 2020/0136 (COD).*

45 Bruselas, 3 de mayo de 2023, 2020/0265 (COD) PE-CONS 54/22, EF 299, ECOFIN 978, CODEC 1448.

con esto, quedarían fuera de dicha regulación. Pasemos a concretar las distintas especies de tokens, y entre ellas la de los *Non-fungible tokens* o NFT.

PACHECO JIMÉNEZ⁴⁶ recoge la clasificación de *tokens* de la FINMA (Autoridad Suiza Supervisora del Mercado Financiero), que diferencia los *security tokens*, que representan un activo digital, como puede ser un título de propiedad de un bien inmueble o un título representativo de participación en una entidad, por lo que derivan su valor de un activo externo y negociable; y los *utility tokens* serían una suerte de cupón digital, que provee acceso a servicios y funcionalidades digitales. PALÁ LAGUNA⁴⁷ advierte que la denominación del token puede variar dependiendo del uso que le dé su titular, y estima que en el Metaverso cabe encontrar cuatro categorías principales de tokens: los tokens no fungibles (*NFT*), los tokens de servicio (*utility tokens*), los tokens referenciados a activos (*asset referenced tokens*) y los tokens de moneda del metaverso, distintos en la actualidad de otras criptomonedas clásicas como el archiconocido *bitcoin*. Más raros serían los tokens de dinero electrónico (*e-money tokens*), los tokens valores mobiliarios (*security tokens*), y los tokens de gobernanza (*governance tokens*), que permitirían decisiones sobre el funcionamiento del propio Metaverso.

También el Reglamento MICA tras la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de abril de 2023 (P9_TA(2023)0117) en su art. 3 distingue los siguientes tipos de fichas y activos: «5) “criptoactivo”: una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar; 6) “ficha referenciada a activos”: un tipo de criptoactivo que no es una ficha de dinero electrónico y que pretende mantener un valor estable referenciado a otro valor o derecho, o a una combinación de ambos, incluidas una o varias monedas oficiales; 7) “ficha de dinero electrónico”: un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda oficial... 9) “ficha de consumo”: un tipo de criptoactivo utilizado únicamente para dar acceso a un bien o un servicio prestado por su emisor».

Por su parte, el Estudio *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*⁴⁸, del *European Parliament’s Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Committee on Civil Legal Affairs* (JURI), diferencia tres categorías de tokens: *Currency tokens*, fundamentalmente criptomonedas como Bitcoin o Ethereum, *Security tokens*, que representan inversiones en compañías y por tanto los correspondientes derechos, y *Utility tokens*, que dan derecho a productos o servicios. Hay también *intrinsic* y *extrinsic* tokens, que se

46 PACHECO JIMÉNEZ, “De la tecnología *blockchain* a la economía del token”, *cit.*, pág. 68.

47 PALÁ LAGUNA, «Los tokens del metaverso», *cit.*, p. 2.

48 GARBERS-VON BOEHM, Katharina, HAAG, Helena, GRUBER, Katharina, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, Study Requested by the JURI committee Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 737709 - October 2022, p. 12.

diferencian según su valor lo obtengan de la propia tecnología que los ha creado (así las criptomonedas) o del valor del activo extrínseco que incorporan (una propiedad inmobiliaria, una obra de arte). También *fungible* o *non-fungible tokens* (NFT) según sean intercambiables (criptomonedas) o no (tokens que incorporan una obra de arte, o una propiedad inmobiliaria).

La diferenciación que más nos interesa es la que distingue entre *token fungible* o *no fungible* (NFT – *Non Fungible Token*). Señalan GIANNOPOULOU, QUINTAIS, MEZEI y BODÓ⁴⁹ que los *tokens fungibles* son los que se pueden reemplazar por un token idéntico y, por lo tanto, se pueden intercambiar con cualquier otro artículo que corresponda a su valor: el ejemplo más claro es un *bitcoin*, que puede dividirse en fragmentos más pequeños (“satoshis”⁵⁰) y se puede intercambiar por otras monedas, generalmente a través de los servicios de un intermediario. En cambio, los *tokens no fungibles* no son divisibles, porque están destinados a constituir, representaciones únicas y distinguibles de un activo digital o físico (por ejemplo, una obra de arte o una casa). La especie más interesante desde el punto de vista de la Propiedad intelectual lo es el token no fungible, o NFT, que puede entenderse como el soporte de una obra intelectual o artística, digitalizada en un archivo o creada desde su origen en dicho formato digital, encriptándose dicho archivo para que solamente el titular de los derechos pueda realizar cualesquiera actuaciones sobre el mismo, desde el simple acceso a la obra hasta la difusión o transmisión de la misma.

3.2. NFT y mercado del arte

Como ya indiqué en una obra anterior⁵¹, hoy vemos en el mercado del arte una nueva forma de reproducción y comercialización de obras artísticas, consistente en la digitalización y encriptación de la obra en archivos informáticos. La novedad que trae el NFT consiste en que el acceso a la obra se protege mediante contraseñado, y su autenticidad, integridad y titularidad pueden ser garantizadas por la tecnología *blockchain*, que es una tecnología de registros distribuidos. La operación de creación del NFT de arte se denomina «tokenización», porque convierte el soporte de la obra en un «token» o «ficha digital», o también acuñación o *minting*. En cualquier caso, la obra tokenizada «vive» en el ciberespacio, ya sea un metaverso, un espacio de Realidad Virtual o un punto de Realidad aumentada. Por ello, todo acceso al NFT debe ser llevado a cabo mediante el correspondiente dispositivo: un ordenador personal, cascos de realidad virtual o incluso con el móvil.

49 GIANNOPOULOU, Alexandra, QUINTAIS, João Pedro, MEZEI, Peter, y BODÓ, Balázs, ‘The Rise of Non-Fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part I’, *Kluwer Copyright Blog*, April 14 2021, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/14/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-i/>. Consultado octubre 2022.

50 Un *satoshi* es una fracción de bitcoin, denominado así en honor del desconocido inventor de esta moneda, que se esconde bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto.

51 AUTOR (2021).

Las obras de Ciberarte o Arte generativo son muchas veces creadas por o mediante el uso de una IA, para luego ser tokenizadas. Por ejemplo, los NFT «Cryptopunks» son acuñados por la empresa Larva Labs, de los canadienses Matt Hall y John Watkinson utilizando un algoritmo de generación automática: la intervención de los creadores consiste solamente en la selección de unos parámetros muy básicos, consistentes en 5 tipos de rostro (Alien, Ape, Zombi, Female, Male) y más de 50 distintos «atributos», que van desde una gorra multicolor a un pendiente, o un cigarrillo. Combinando aleatoriamente de 0 a 7 atributos por cada rostro se acuñaron 10.000 Cryptopunks, numerados, en forma de NFT.

Mediante el contraseñado y securización que proporciona la «tecnología de registros distribuidos» (*Distributed Ledger Technologies – DLT*, cuya modalidad más conocida es la tecnología *blockchain*, dicho archivo informático adquiere la condición de único, en cuanto a su acceso y titularidad, y además queda protegido frente a la copia o el acceso no autorizado por la pluralidad de copias del archivo que se multiplican en distintos servidores, y que se validan mediante la misma tecnología *blockchain*. Nos dice REINHART SCHULLER⁵² que estamos ante un sistema que funciona como una base de datos inmutable, sin necesidad de ninguna autoridad central que la gestione, «...cuyas transacciones (informaciones) se encuentran en la blockchain y dentro de cada ordenador (nodo) que participa en el sistema, y cuya base fundamental se encuentra en la confianza entre sujetos desconocidos que buscan obtener el beneficio y funcionalidades del protocolo».

La reproducción del token mediante tecnologías 3D permite el disfrute sensible de la obra (visual, sonoro) pero además la clave de acceso permite las transacciones seguras de la titularidad de la obra misma. Los dibujos y representaciones de tokens que se ven en las páginas web no son propiamente tokens, sino el dibujo de un token: son como la fotocopia de un billete de 200 euros, que no tiene valor. Comparten tokens y metaverso la identificación del titular de bienes virtuales adquiridos mediante su *wallet*, o «cartera», que aparece identificada con doble contraseña y que contiene los activos de su titular.

La finalidad más simple de la tokenización de cualquier activo, también una obra de arte, está en la financiación de su adquisición y en la creación de nuevos activos financieros accesibles al inversor, y de fácil realización en mercados secundarios. Señala el Reglamento MICA en su considerando (2) que «... Las emisiones de criptoactivos, al simplificar los procesos de captación de capital e intensificar la competencia, pueden suponer una forma más barata, menos gravosa y más inclusiva de financiar a las pequeñas y medianas empresas (pymes). En cuanto a las fichas de pago, cuando estas se usan como medio de pago, pueden brindar la oportunidad de realizar pagos más baratos, rápidos y eficientes, en particular a nivel transfronterizo,

⁵² REINHART SCHULLER, «Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain», ...*op. cit.*, p. 741.

dado que se limita el número de intermediarios». PONE RUIZ-GALLARDÓN⁵³ el ejemplo de la tokenización de una obra pictórica, como la de un Banksy valorado en 2.000.000 de euros, sobre el que se podrían emitir 2.000 tokens de 1.000 euros de valor nominal cada uno de ellos, que serían suscritos por inversores interesados en invertir en el mercado del arte, para participar en la plusvalía que experimentase la obra de arte cuando fuese vendida en subasta en el momento fijado, y además se podría negociar cada token en un mercado secundario en cualquier momento. Por supuesto que todos los contratos sobre el token serían contratos inteligentes y autoejecutables.

3.3. La titularidad de derechos sobre el token y su transmisión

¿Qué naturaleza tiene el derecho del titular sobre el token? En principio, y como nos dice PALÁ LAGUNA⁵⁴, puesto que en nuestro derecho no existe regulación específica acerca de los metaversos ni tampoco sobre los tokens, habrá que acudir a las normas previstas para el mundo real atendiendo a la función que cumplen estos tokens en el mundo virtual. «Por ejemplo, si en un metaverso se ofrecieran tokens que pudieran considerarse instrumentos financieros, el régimen aplicable sería el contenido en la Ley del Mercado de Valores y la normativa europea aplicable».

En suma, aunque en el Metaverso las leyes físicas pueden modificarse, las normas jurídicas siguen obligando, tanto en el mundo real como en el fingido: el Metaverso puede no ser un juego. Pero claro, esta aplicación se hará siempre que sea posible, porque las diferencias entre ambos mundos pueden hacer inaplicables las normas previstas para el «mundo real».

El derecho de propiedad sobre el token resulta, para empezar, discutible, como señala el citado Estudio europeo⁵⁵, al advertir que el Derecho alemán no permite que los NFT se califiquen como propiedad en el sentido de la Sección 90 del BGB por su debido a la falta de corporeidad: «Los objetos físicos deben ser tangibles y espacialmente definibles... Por lo tanto, la propiedad de NFT en el sentido estricto de la Sección 903 del Código Civil alemán no es posible». Aunque la doctrina propone una aplicación analógica del concepto. Además de los problemas que causa la intangibilidad del token, hay que tener en cuenta que el contenido del mismo puede no ser un objeto, siquiera sea inmaterial, sino un derecho de crédito, como ocurre con los *utility tokens* que dan derechos de acceso o servicio, por ejemplo una entrada a un concierto o una comida de en un famoso restaurante. Hablar aquí de “propiedad” resulta equívoco, es mejor hablar de “titularidad” del derecho tokenizado, y por ende del propio token. “Propiedad” sólo conviene a los NFT, criptomonedas y *asset referenced tokens*.

53 RUIZ-GALLARDÓN y GARCÍA DE LA RASILLA, “Tokenización de activos ...”, *cit.*, pág. 276.

54 PALÁ LAGUNA, «Los tokens del metaverso», *op. cit.*, p. 4.

55 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, *op. cit.* p. 22.

En definitiva, el derecho de propiedad de los NFT, aunque conserva su esencia, adquiere contornos especiales. Como señala ARGELICH COMELLES⁵⁶, es el jurista norteamericano Nick Szabo quien, tras hablar de «contratos inteligentes» o *Smart contracts*, pasa a hablar de una *Smart property* como una propiedad puramente informática. Lo que sí se puede producir el metaverso será la adquisición de la titularidad de los tokens conforme a las reglas generales, con las adaptaciones precisas. Así, la adquisición originaria de la propiedad «inteligente», nos dice la autora, «depende de la adquisición de los derechos reales ex art. 609 Cc.: para la adquisición originaria, debe producirse directamente la tokenización o *minting* del bien en una plataforma *blockchain*, adquiriéndolo el que lleva a cabo esta operación; y en la adquisición derivativa, mediante la celebración de un *Smart contract* traslativo en una plataforma *blockchain*».

Por supuesto, tanto la adquisición de la titularidad del token, como la administración, disfrute y posterior transmisión del mismo puede (y debe) ser gestionada por un contrato inteligente o al menos electrónico, pero esto es un asunto que no supone una especial novedad en la materia: Está claro que para gestionar la transmisión y adquisición de estos nuevos bienes no bastan los contratos tradicionales, han de intervenir contratos electrónicos, inteligentes o no, puesto que no basta con declarar la firme voluntad de transmitir y adquirir, sino que además hay que realizar una serie de transformaciones y cambios en el contraseñado y encriptación del archivo que den fe del cambio de titularidad y de la legitimidad de la cadena de transmisiones. Y todo ello tiene que realizarse en una plataforma electrónica que permita la transmisión y su validación.

Pasemos a la posesión del token: por definición no puede darse una posesión material o inmediata, pues no tiene más materialidad que los electrones que componen el archivo: La única posesión que puede darse es la del contraseñado o certificación que acredita la titularidad del token, es decir, estamos ante una posesión siempre instrumental. La novedad que trae la tokenización está en la relajación de la posesión, que deja de ser fáctica o inmediata, y se convierte en una posesión desmaterializada, como se ha indicado. Señala ARGELICH COMELLES⁵⁷, refiriéndose a los activos inmobiliarios tokenizados (y lo mismo se puede decir de las obras tokenizadas), «la tokenización implica la traslación de la individualización física y jurídica del bien al token. En otras palabras, el código registral y la georreferenciación de la finca se contendrán en el token y la controlarán remotamente».

Es decir, que el objeto de la propiedad inteligente es en realidad un objeto (relativamente) inmaterial, es un archivo criptográfico que existe en la serie de nodos o

56 ARGELICH COMELLES, C., «La transmisión digital de la propiedad mediante su adquisición derivativa en las plataformas *blockchain*», en *El Derecho ante la tecnología. Innovación y adaptación*, Directores García Goldar, Mónica, Núñez Cerviño, José, Editorial Colex, La Coruña, 2022, p. 210.

57 ARGELICH COMELLES, «La transmisión digital de la propiedad mediante su adquisición derivativa en las plataformas *blockchain*», op. cit., p. 217.

servidores que contienen todas las copias del mismo para su conservación segura. Por tanto, el token «vive» en un ámbito físico que no comparte con su titular, vive en el Ciberespacio, y la posesión del titular se concreta en que mediante su clave puede acceder a él. Podríamos pensar que el token es una suerte de título que da derecho al bien tokenizado, con lo cual la posesión del mismo equivaldría, como me hace notar Marta Salanova, a una cuasiposesión. En este sentido, caracteriza el citado Estudio europeo⁵⁸ al token y más precisamente al NFT desde un punto de vista funcional como «una herramienta criptográfica que utiliza una cadena de bloques para crear un activo digital único y no fungible que se puede poseer y comercializar. La cadena de bloques sirve como un libro de contabilidad inmutable de la propiedad del NFT». Pero estimo que el token es algo más que un título, por lo que el problema sigue vigente.

Todavía hay más, puesto que la posesión sobre el token no se lleva a cabo de un modo directo, sino a través de la clave criptográfica de la cadena de bloques que permite el acceso al mismo y su gestión y disposición. Y la comprobación de que la cadena no ha sido alterada o falsificada se verifica mediante un algoritmo-patrón que se denomina *hash*⁵⁹, que es único e inalterable. Lo más parecido a estas claves que tenemos en Derecho civil son las llaves que permiten y autorizan la adquisición de la posesión, así por ejemplo en la compraventa según el art. 1463 Cc.: *Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados...*

Refiriéndonos ahora a la obra intelectual o artística, que por definición es inmaterial, si está tokenizada la hemos incorporado a un soporte electrónico, al token, y por ello se nos presenta como doblemente inmaterial. Es una propiedad completamente titulizada, en la que el archivo legitimador de la propiedad es a la vez el objeto del derecho. Esto es completamente cierto cuando estamos ante obras cuyo soporte ha sido *ab initio* el archivo informático, es decir, obras creadas ya con medios digitales y cuyo soporte original nunca fue material, o mejor dicho, sólido. Bien, estas obras son genuinas «nativas digitales», y alcanzan el grado más elevado de desmaterialización al que me acabo de referir, lo que va a tener consecuencias jurídicas. Un mundo complejo.

Esta doble inmaterialidad comportará además especialidades en la transmisión, para empezar las relativas al título, que como ya hemos visto será un contrato especial, un contrato electrónico y posiblemente «inteligente». Pero también hay especialidades en cuanto al modo, puesto que la tradición o entrega no puede, por su propia naturaleza, efectuarse manualmente mediante una transferencia material de la posesión.

58 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, op. cit. p. 13.

59 Una función *hash* es un algoritmo matemático que permite la encriptación de conjuntos compuestos por gran número de datos en una serie de cifras y letras (también llamada *hash*) de extensión fija (en el sistema SHA-1 son 40 signos) que identifica plenamente el conjunto de los datos encriptados, porque para cada conjunto de datos el *hash* es distinto (aunque de la misma longitud).

La entrega tampoco puede ser de los «títulos de pertenencia» de la obra tokenizada conforme al 1464 Cc., ni tampoco valdría una tradición instrumental del 1463 Cc. puesto que ni la entrega de los títulos ni el otorgamiento de escritura pública logrará el cambio en la información del token que acredite el cambio de titularidad ni valide la cadena de transmisiones.

Aquí la tradición o entrega está también desmaterializada pero en un sentido electrónico, es decir, la entrega tiene lugar con el otorgamiento del título y el cambio en la criptografía del archivo o token que dé fe del cambio de titularidad. En este sentido se acerca más a la tradición instrumental del 1462 Cc., que como ya dije en su día Lacruz Berdejo, posiblemente no regula una especie de tradición, sino un equivalente jurídico a la tradición que produce también efectos traslativos, idea que posiblemente habrá que trasladar al contrato electrónico. Porque debe tenerse en cuenta que la disposición del *token* no puede efectuarse mediante un contrato ordinario: necesita ejecutarse mediante un *Smart contract* inteligente que modifique la codificación criptográfica dando cuenta del cambio efectuado. Quizá haya que decidir si los contratos ordinarios, por ejemplo una compraventa, han de producir efecto cuando su objeto es un *token*.

3.4. Algunas ventajas e inconvenientes de la tokenización de obras artísticas e intelectuales

El ya citado estudio *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*⁶⁰, del *European Parliament's Policy Department*, expone bastantes consideraciones cuando se ocupa de la utilización de la tecnología blockchain y los *tokens* en relación a las obras de arte, viendo en ella un remedio a la proliferación de copia de obras propiciada por Internet: «La tecnología de registros distribuidos está ayudando en la producción de arte digital, así como en la venta de obras tradicionales. Durante las últimas dos décadas, el arte y la tecnología han tenido una relación incómoda. Internet ha acelerado el acceso al arte, pero al mismo tiempo ha inundado el mercado de copias. Sin embargo, el auge de *blockchain* promete cambiar el sector con nuevas e interesantes oportunidades». Se dice así que la digitalización de obras mediante la *acuñación* de NFT aporta ciertas ventajas al mercado del arte, la fundamental la de que confiere a la obra artística singularidad o naturaleza única, y por lo tanto el valor de la exclusividad *strictu sensu*.

Además, los NFT traen nuevas posibilidades de explotación de la obra para los artistas, en especial la venta directa al público. Se pueden negociar transacciones sobre el *token* en mercados digitales como *Valuables*, *Rarible*, *Open Sea*, *Nifty Gateway*, *Super Rare*, *Foundation* o *Makers Place*. También se puede fraccionar el valor de la obra tokenizada en participaciones más accesibles al inversor. Y la posibilidad de acudir a

60 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, op. cit., p.35.

mercados secundarios hace que el *token*, siquiera sea una pequeña fracción de la obra total, se convierta en un valor de inversión atractivo.

La negociación en estos mercados digitales mediante *Smart contracts* permite la concesión y gestión automáticas de las *royalties* por las utilizaciones secundarias. Además, y según advierte el Estudio citado⁶¹, la mayoría de los *Smart contracts* prevén un “pago de regalías” automatizado al creador del NFT por cualquier venta futura del NFT, lo que haría incesaria la regulación del *droit de suite*.

En general, la utilización de la tecnología *blockchain* permitirá combatir la piratería y dar seguridad al tráfico jurídico garantizando la titularidad de derechos y la legitimidad de la cadena de transmisiones, lo que asegurará la titularidad del bien artístico, y si es susceptible de explotación, facilitará la obtención de licencias y la labor de las entidades de gestión de derechos; claro que todo esto se subordina a la legitimidad de la titularidad de derechos autorales en el momento de la creación del NFT.

Sin embargo, y frente a este panorama de ventajas, advierte JIMÉNEZ SERRANÍA⁶² que las características de unicidad, autenticidad y titularidad asegurada que acompañan al NFT puede no existir en realidad, por no haber sido creados por persona legitimada para ello: «... personas que no tienen ningún tipo de derecho sobre el contenido en cuestión (creación, obra, coleccionable), sino que simplemente han realizado una copia no autorizada y han “minteado” ...el archivo, convirtiéndolo en un NFT que comercializan como auténtico... Los metadatos que contiene un NFT pueden indicar quién es el “titular” o “propietario” del mismo, pero esto no significa que lo sea realmente, ya que pueden darse casos de acuñado o “minteado” no autorizado. Descrito todo lo anterior, los aspectos controvertidos indicados fundamentalmente suponen un problema de control por parte de los marketplaces y de los prestadores de servicios de mintado». Es decir, el titular del token es quien lo crea, no el autor de la obra tokenizada.

Como señalan TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN⁶³, el mundo de los tokens es una puerta abierta a la delincuencia. Los delitos que puede cometerse al amparo de estos nuevos objetos, en el ámbito del Derecho de autor y en el mercado del arte, serían de dos tipos:

Para empezar, las estafas, aunque el tema de los fraudes en el ciberespacio no es novedoso: Las estafas informáticas aparecen expresamente reguladas en el art. 248.2 CP desde su aprobación en 1995 y, como señalan los autores citados, «... las conductas

61 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cit. p. 39.

62 JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, «Metaverso y Moda», *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*. Ensayos, ISSN-e 1668-0227, N.º. 181, 2023 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y Protección del Diseño), pág. 281.

63 TRALLERO MASÓ, Alfonso y TOMÁS ROMÁN, Eva, «Metaverso y Derecho Penal», *La Ley Penal*, N.º 158, Septiembre de 2022, Editorial LA LEY. Págs. 4/10 y 5/10.

de *phishing* se han convertido en un mecanismo delictivo habitual y creciente en nuestros días. A ello se suma el proyecto de reforma del Código Penal sobre medios de pago distintos al efectivo... que incorporará a nuestra legislación, con menor o mayor acierto, las especificaciones propias del uso de criptodivisas. Podría entonces concluirse, sin perjuicio de su oportunidad de mejora y de los contratiempos que pueda depararnos el desarrollo de la vida en el metaverso, que la actual regulación del Código Penal en esta materia sería capaz de castigar a los estafadores del universo virtual sin tener que recurrir a las imaginativas fórmulas interpretativas o a las reformas legislativas de profundo calado». La técnica del *phishing* consiste en clonar una página web fiable de manera que sea difícil diferenciar la fraudulenta de la original. Por supuesto, todas las operaciones y pagos que se realicen en dicha página falsa van a cuentas opacas en países de difícil recuperación.

TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN⁶⁴ dan cuenta de casos sucedidos en el extranjero, de inversores que, creyendo que adquirirían un NFT en una de las plataformas de contratación fiables, como *Decentreland*, *The Sandbox* o *SuperWorld*, estaban accediendo a sitios *phishing* de diseño prácticamente idéntico al de las páginas de inicio de los citados metaversos. Frente a estos delitos, señalan los autores citados, cabe perseguir esas conductas «en las mismas condiciones que las estafas informáticas cometidas en el mundo real mediante sms o correos electrónicos, siempre que se constate la presencia de todos los elementos típicos requeridos por el delito de estafa». Y para la conformación del tipo penal, precisan estos autores, el art. 248.2 CP elimina los requisitos del engaño y del error en su descripción típica, señalando la Sala Segunda del TS que «en la modalidad de estafa informática, el engaño «es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática donde lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima como la alteración de los elementos físicos, o la alteración de programación, o bien por un artificio semejante» (STS núm. 509/2018, de 26 de octubre, ROJ: STS 3666/2018). Por lo que, como añaden estos autores, sólo quedarían extramuros del Derecho Penal los casos en los que el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva: «...en palabras de la STS núm. 845/2014, de 2 de diciembre, supuestos de absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia».

Por otro lado tenemos los delitos contra las propiedades intelectual e industrial, regulados en los arts. 270 a 277 CP, que van a lo sustancial de nuestro tema, pues de lo que se trata es de la infracción de las reglas que protegen estas titularidades especiales.

Ponen TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN⁶⁵, el caso sucedido en Estados Unidos en que la casa Hermès, diseñadora del icónico bolso bautizado «Birkin»,

64 TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN, «Metaverso y Derecho Penal», ...*op. cit.* Págs. 4/10 y 5/10.

65 TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN, «Metaverso y Derecho Penal», ...*op. cit.* Págs. 4/10 y 5/10.

demandó al artista y diseñador de arte digital Mason Rothschild, estadounidense, porque este habría NFT de obra plástica consistente en diversas interpretaciones del bolso Birkin, a las que había convertido en una serie de 100 NFT *Metabirkin*. Por supuesto, la marca *Hermès* interpuso demanda alegando falsificación y *cybersquatting* (utilización como nombre de dominio en Internet de denominaciones próximas o que imitan marcas reconocidas). Como nos informa la web de *Dalloz Actualité*⁶⁶, el Tribunal del Distrito Sur del Estado de Nueva York en decisión de 8 de febrero de 2023 aprecia tanto la falsificación como el *cybersquatting*, condenando al artista al pago de 110 000 \$ como reparación de los perjuicios sufridos por la falsificación de su marca, más 23 000 \$ de daños e intereses por el *cybersquatting*.

En cuanto a los delitos contra la propiedad industrial tipificados en los arts. 273 a 277 CP requieren, entre otros requisitos, la existencia de una patente o marca debidamente registrada que sea ilegítimamente utilizada por parte de un tercero. Esto, en opinión de TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN⁶⁷, supone un obstáculo para su protección, pues estiman que, a priori, las patentes digitales no tienen cabida en ninguna de las 45 clases de bienes y servicios de la actual Clasificación de Niza. Sin embargo, ya vimos anteriormente que ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO⁶⁸ señalan que realizaciones tales como avatares, iconos, hologramas, espacios virtuales e interfaces ya se protegen en la UE mediante su consideración como dibujos, modelos o diseños industriales según el *Arreglo de Locarno* de la OMPI.

En cuanto a la propiedad intelectual, el art. 270 CP penaliza toda explotación económica de una obra literaria, artística o científica, su reproducción, transformación, interpretación o ejecución artística, en cualquier tipo de soporte o a través de cualquier medio. Esta redacción abierta del precepto, permite la represión de conductas de explotación ilegítimas también cuando sean realizadas por medios digitales, a los que además hace expresa mención el art. 270.5.a) CP al referirse a las copias digitales. Por tanto, y con independencia de que la obra haya o no sido inscrita en el Registro de la propiedad intelectual (y con los consiguientes problemas de prueba si no lo ha sido), mediante esta regulación penal podemos impedir actuaciones lesivas para los titulares de derechos sobre la obra cuando se explota digitalmente, incluso mediante NFT.

Pero tampoco la protección penal es suficiente, porque en realidad aunque adquiramos un NFT en una plataforma de contratación legítima y mediante un contrato inteligente, esto no nos aporta un 100% de seguridad de estar adquiriendo la obra

66 «NFT et contrefaçon : l'affaire Metabirkin», par Julie Groffe-Charrier, Édition du 10 mars 2023. Consultado abril 2023 en : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/nft-et-contrefacon-l-affaire-metabirkin#.ZAlsA3bMJ4>.

67 TRALLERO MASÓ y TOMÁS ROMÁN, «Metaverso y Derecho Penal», ...*op. cit.* Págs. 4/10 y 5/10.

68 ERDOZAÍN, GONZÁLEZ, ARNAIZ, VICENTE y LÓPEZ-CARRASCO, «Propiedad intelectual e industrial en el Metaverso», *op. cit.*, pág. 254.

tokenizada del titular originario de los derechos. Y esto ocurre por dos motivos: Primero, porque las identidades de los intervinientes en el mercado de NFT se halla difuminada por el hecho de que actúan mediante *Smart contracts* en los que la identificación se efectúa mediante claves. Como indica el citado Estudio *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology*⁶⁹, cada uno de los titulares de NFT tiene una cuenta de usuario o una dirección en la cadena de bloques que acumula sus activos (ya sean criptomonedas o NFT, dirección que por ello es llamada «cartera» o *wallet ID*), y sus tokens se hallan siempre ligados a dicha cartera. Por tanto, la identidad del transmitente de los derechos puede no ser la del autor. Pero esto es un problema menor, en cuanto que la tecnología blockchain nos garantiza la titularidad del transmitente. El problema, y aquí entramos en el segundo motivo, viene de que la titularidad originaria del token se fija en el momento de su creación, y a partir de esta «acuñación» o *minting*, el NFT queda asociado a la cuenta de su creador. Pero nada nos garantiza que el que lleva a cabo la tokenización de la obra sea titular de los derechos, puesto que ha podido tokenizar una obra ajena, como nos señalaba Jiménez Serranía.

3.5. El éxito económico de los tokens como inversión

En cualquier caso, los inconvenientes apuntados no han impedido a este nuevo mercado del arte alcanzar una importancia económica casi desmedida, planteándose muchos si se trata de una nueva burbuja especulativa. Como nos dice el Estudio *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology*⁷⁰, antes citado: «Los NFT llegaron a los titulares en 2021, con un fuerte incremento en los intercambios de dichos NFT por importantes sumas... Según el Informe de Art Basel y UBS sobre el mercado del arte de 2022, el valor de las ventas de NFT relacionados con el arte se multiplicó por cien en 2021 año tras año, alcanzando los 2300 millones de euros».

Incluso se señala que el *Blockchain* está creando su propio género de arte: el criptoarte. Esta rama del arte se refiere a la obra de arte digital que se crea y almacena exclusivamente en la cadena de bloques, o se crea para mostrarse digitalmente: «Utiliza un token no fungible (NFT) que hace posible criptográficamente la propiedad, venta y transferencia de la obra de arte. La industria del arte ha comercializado y popularizado las NFT, y el volumen y el valor de las transacciones de NFT están creciendo rápidamente. Los metadatos relacionados con trabajos digitales de todas las formas y tamaños se registran en una cadena de bloques como 'fichas no fungibles' (NFT) y cambian de manos a través de contratos inteligentes por sumas astronómicas: el primer tweet

69 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cit. p. 17.

70 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cit. p. 17.

del fundador de Twitter, Jack Dorsey, por el equivalente a casi 2,5 millones de euros».

Los elevados precios que se pagan nos dan a entender que se está buscando este tipo de activos como inversión, y sobre todo para convertir criptomonedas en NFT: En suma se están cambiando tokens por tokens. En el mercado del arte ha sido famoso el caso de la obra *'Everydays - The First 5,000 Days'* (*'Todos los Días: Los 5.000 primeros Días'*), creado por el artista *Mike Winkelmann*⁷¹, llamado *Beeple*. Se trata de un collage de 5.000 fotografías encriptado en forma de 'token no fungible' cuya autoría y legítima titularidad se garantiza mediante tecnología *blockchain*. Su valor, o mejor, su precio, ha alcanzado los 69,3 millones de dólares en una subasta de Christie's en Nueva York. Hay que tener en cuenta que muchas de estas transacciones se abonan en criptomonedas, siendo la preferida en las plataformas de contratación, el Ethereum o ETH, cuyo valor de cotización es, en este mes de mayo de 2023, de 1 ETH = \$ 1.821,95. Además, la gestión mediante Smart contracts permite a los adquirentes del NFT no sólo especular con la revalorización de su activo, sino también obtener ganancias de las explotaciones que se hagan de la obra tokenizada.

Son bastante numerosos los ejemplos de estas producciones. El artista Justin David Blau, nombre artístico *3LAU* (pronúnciese Blau) ha creado una plataforma *blockchain* para crear NFT musicales, llamada *Royal*, con mucho éxito⁷²: «La nueva plataforma tokeniza los activos musicales que generan regalías, lo que permite al público comprar tokens que les garantizan una parte de los ingresos generados por cada transmisión... dado su éxito al tokenizar el primer álbum de NFT a principios de este año. Álbum digitalizado en 33 NFT que generaron ganancias de 11,6 millones de dólares». Esta idea permite a los adquirentes del NFT no sólo especular con la revalorización de su activo, sino también obtener ganancias de las explotaciones que se hagan de la obra tokenizada. Ejemplos de esta nueva utilidad, gestionada siempre mediante Smart contracts, son los NFT «CryptoKitties», cuya adquisición va acompañada de una licencia para usar la «obra de arte» concreta contenida en el NFT con fines comerciales, siempre que la facturación anual no supere los 100.000 dólares. O los NFT «NBA Top Shot», que contienen grabaciones de los mejores momentos de la liga de baloncesto estadounidense NBA: «Con la compra de un "Momento" no solo adquiere el derecho de intercambiar, vender o regalar el NFT, sino que también el comprador recibe una licencia mundial, no exclusiva, intransferible y libre de regalías para usar, copiar y mostrar el NFT solo para uso propio no comercial, dentro de un mercado, un sitio web o una aplicación de terceros»⁷³.

71 *El Mundo* digital, "Arte. Subasta en Christie's. 58 millones de euros por un 'collage' digital", Pablo Pardo, corresponsal en Washington, Jueves 21 de marzo 2021.

72 En EDMcom: <https://edm.com/gear-tech/3lau-next-song-will-be-50-percent-fan-owned>. Consultado marzo 2023.

73 GARBERS-VON BOEHM, HAAG, GRUBER, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*, cit. p. 26.

Es cierto que se exige que el uso sea «no comercial», pero todos sabemos los jugosos rendimientos que se obtienen de las «visitas» a las páginas web de los *Youtubers* o *Instagramers* famosos, y tener en tu página uno de los «cromos» de la NBA Top Shots va a incrementar indudablemente el número de visitas.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO BAYO, María del Carmen, y SUPO CALDERÓN, Daniela, «Metaverso y Non-Fungible Tokens (NFTs): Retos y Oportunidades desde la perspectiva del derecho de marcas», *Revista IUS ET VERITAS* N° 64, julio 2022, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.006>, consulta marzo 2023.

ARGELICH COMELLES, Cristina, «Contratos de consumo, derechos reales inmobiliarios, privacidad y responsabilidad civil en el Metaverso», en *Retos normativos del Mercado único digital europeo*, dir. Luz Martínez Velencoso, Javier Plaza Penadés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ARGELICH COMELLES, Cristina, «La transmisión digital de la propiedad mediante su adquisición derivativa en las plataformas blockchain», en *El Derecho ante la tecnología. Innovación y adaptación*, Directores García Goldar, Mónica, Núñez Cerviño, José, Editorial Colex, La Coruña, 2022.

BALL, Matthew, *The Metaverse And How It Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, 2020.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, 2ª edición.

CARABANTES LÓPEZ, Manuel, «Inteligencia artificial lingüística perfecta: efectos sobre la autopercepción del ser humano», *SCIO. Revista de Filosofía*, n.º 18, Julio de 2020.

CARABANTES LÓPEZ, Manuel, *Inteligencia artificial: Una perspectiva filosófica*, Escolar y Mayo editores, Madrid, 2016.

ERDOZAÍN, José Carlos, GONZÁLEZ Carmen, ARNAIZ, Violeta, VICENTE, Luis Ignacio y LÓPEZ-CARRASCO, Antonio, «Propiedad intelectual e industrial en el Metaverso», *Aspectos jurídicos del Metaverso*, coord. Luis Ignacio Vicente del Olmo, José Luis Amat, La Ley, Madrid, 2022.

GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, «Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: De las redes sociales al Metaverso», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n° 18, febrero 2023.

GARBERS-VON BOEHM, Katharina, HAAG Helena, GRUBER Katharina, *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus*

on art NFTs and tokenized art, Study Requested by the JURI committee Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 737.709 - October 2022.

GIANNOPOULOU, Alexandra, QUINTAIS, João Pedro, MEZEI Peter, y BODÓ, Balázs, 'The Rise of Non-Fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part I', *Kluwer Copyright Blog*, April 14 2021, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/14/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-i/>

GUILABERT VIDAL, M^a Remedios, «Adquisición de Fincas Virtuales en el Metaverso y su Problemática en el Derecho Inmobiliario», *Cuadernos de Derecho Privado*, 4 (2022).

HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del porvenir*, Debate, Barcelona, 2016.

JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa, «Metaverso y Moda», *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*. Ensayos, ISSN-e 1668-0227, N^o. 181, 2023 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y Protección del Diseño).

LEM, Stanislaw, *Summa Technologiae*, Ediciones Godot, 2017.

MARTÍN RAMALLAL, Pablo, «Realidad virtual, ente cibernético emergente. De la paleoinmersión al metaverso», *Communication Papers. Media Literacy & Gender Studies*, 2022, Vol.11 – No23, pp. 7/34 ISSN 2014-6752. Girona (España). Universitat de Girona, <https://communicationpapers.revistes.udg.edu/#>, consulta febrero 2023.

MARTÍNEZ CRESPO, Álvaro y MOLINA ÁLVAREZ, Inés, «La Propiedad Intelectual en el metaverso», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, ISSN 1579-3494, N^o. 97, (septiembre-diciembre), 2022.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, «Derechos humanos e Inteligencia artificial», *Revista DIKAIOSYNE*, N^o 37, número especial sobre DDHH, en coedición con el Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela. Enero, 2022.

PACHECO JIMÉNEZ, M^a. Nieves, «De la digitalización de los pagos a los tokens del metaverso», *LA LEY mercantil*, n^o 91, mayo 2022.

PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves, “De la tecnología blockchain a la economía del token”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha*, N^o 83, 2019, diciembre-mayo. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.003>.

PALÁ LAGUNA, Reyes, «Los tokens del metaverso», *Análisis GA_P (Gómez-Acebo & Pombo)*, marzo 2022, en <https://www.ga-p.com/publicaciones/que-es-el-metaverso>.

- PEÑA Óscar, *Metaversos. La gran revolución inmersiva*, Ediciones Anaya Multimedia, Madrid, 2022.
- REINHART SCHULLER, Robert, «Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2022), Vol. 14, Nº 2. DOI: 10.20318/cdt.2022.7203.
- ROBERT GUILLÉN, Santiago, “Cesión de facultades de explotación en el entorno blockchain y su automatización mediante contratos inteligentes”, en *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial, Tecnología*, Susana Navas Navarro, Dir, Editorial Reus, Madrid, 2019.
- RUIZ-GALLARDÓN Y GARCÍA DE LA RASILLA, Miguel, “Tokenización de activos y blockchain aspectos jurídicos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 60, 2020.
- TRALLERO MASÓ, Alfonso y TOMÁS ROMÁN, Eva, «Metaverso y Derecho Penal», *La Ley Penal*, Nº 158, Septiembre de 2022, Editorial LA LEY.
- WANG, Yuying, SIAU, Keng I. y WANG, Le, (2022). «Metaverse and Human-Computer Interaction: A Technology Framework for 3D Virtual Worlds». In: Chen, J.Y.C., Fragomeni, G., Degen, H., Ntoa, S. (eds) *HCI International 2022 – Late Breaking Papers: Interacting with eXtended Reality and Artificial Intelligence*. vol 13518. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-21707-4_16


Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables*

Reflections about hate crimes and especially vulnerable victims

IRENE YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT**

Personal Investigador en Formación en Derecho Procesal
Universidad de Salamanca (España)

ireneygb@usal.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8859-6029>

Resumen: Los delitos de odio perpetrados por motivos de racismo, xenofobia, ideología, creencias religiosas, orientación sexual constituyen una realidad que se ha visto incrementada en un 45% desde el año 2013. Las cifras crecen exponencialmente mientras que quienes ostentan la posición de victimarios y de víctimas son cada vez más jóvenes, personas en situación de riesgo, y en general, todas aquellas que pertenecen a algún colectivo especialmente vulnerable. Este repunte, sumado al impacto

* Esta publicación se enmarca dentro del Proyecto Nacional I+D+i «Tratamiento Procesal de los delitos de odio cometidos a través de medios tecnológicos» (Referencia: PID2021-128339OA-I00) perteneciente a la convocatoria sobre «Proyectos de generación de conocimiento» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023; financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER: Una manera de hacer Europa. IP. BUENO DE MATA.F. Este trabajo ha sido elaborado durante el disfrute de una estancia de investigación predoctoral en el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid durante los meses de abril-julio de 2023.

** Este trabajo ha sido realizado en el marco de la convocatoria de contratos predoctorales (Programa Propio III) USAL 2020, cofinanciada por el Banco Santander.

Recepción: 21/06/2023

Aceptación: 13/10/2023

Cómo citar este trabajo: YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, Irene, “Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 45-78, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.03>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 45-78

de las tecnologías disruptivas y el amplio alcance de estas a la hora de generar un resultado dañino, han provocado una ingente preocupación en la sociedad global en cuanto al tratamiento jurídico penal así como procesal de este tipo de conductas.

***Abstract:** hate crimes perpetrated for reasons of racism, xenophobia, ideology, religious beliefs, or sexual orientation constitute a reality that has increased by 45% since 2013. The figures grow exponentially while those who hold the position of perpetrators and Victims are increasingly younger, people at risk, and in general, all those who belong to a particularly vulnerable group. This upturn, added to the impact of disruptive technologies and the wide scope of these when it comes to generating a harmful result, have caused enormous concern in global society regarding the legal and procedural treatment of this type of conduct.*

Palabras clave: odio, víctima, nuevas tecnologías, colectivos vulnerables, redes sociales.

Keywords: hate, victim, new technologies, vulnerable groups, social media.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NUEVAS MODALIDADES EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO: LA CREACIÓN DEL “CIBERODIO”. 3. LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS DE ODIO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS COLECTIVOS VULNERABLES. 3.1. Visión general sobre el papel de la víctima en el proceso penal español. 3.2. Aproximación a la condición de víctima especialmente vulnerable. 3.3. Las víctimas especialmente vulnerables en los delitos de odio. 3.3.1. Medidas de protección adoptadas desde la Unión Europea 3.3.2. Tratamiento de las víctimas de los delitos de odio en España. 4. ALGUNAS REFLEXIONES EN MATERIA PROCESAL SOBRE LOS DELITOS DE ODIO Y EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS. 4.1. Los canales de denuncia y la recopilación del material probatorio. 4.2. El fenómeno de la infradenuncia en los delitos de odio. 4.2.1. El necesario refuerzo en el acceso a la información y en los servicios de asistencia a las víctimas. 4.3. El deber de investigación para evitar la infradenuncia en los delitos de odio. 4.4. La importancia del fomento de la participación de la víctima en los casos sobre delitos de odio. Aplicación de herramientas restaurativas. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las ya no tan nuevas tecnologías, o más bien las tecnologías disruptivas y el avance extensivo de los medios informáticos, constituyen, hoy en día, herramientas indispensables para el desenvolvimiento de las relaciones interpersonales, laborales y, por supuesto, también para mejorar la comunicación del ciudadano con el correspondiente sistema de administración de justicia. En los últimos años la tecnología y, especialmente, el ciberespacio, se erigen como un nuevo escenario que permite el

desarrollo de todas aquellas actividades cotidianas inherentes al ser humano¹. La sinergia existente entre los espacios digitales y los físicos constituye una realidad que, lejos de generar retroceso alguno, supone una modificación en nuestras vidas que formula de manera constante y simultánea tantas incógnitas como oportunidades ofrece². Vivimos inmersos en la era de la Inteligencia Artificial (en adelante, IA), del metaverso, de la algoritmización, las cookies y la monitorización, nuestra huella digital está ahí, es nuestro rastro en el mundo virtual. Ello nos permite hablar, sin miedo alguno, de una auténtica mutación de la sociedad, una deconstrucción para sumergirnos en la eficiencia, resiliencia y accesibilidad. Nos hemos convertido así en una comunidad global digital que viene a superar todo modelo existente en la era de la modernidad³.

Sin embargo, el incremento del bienestar a nivel individual que traen consigo todos los medios tecnológicos, el progreso social acaecido, la eficiencia en parte conseguida y la ingente cantidad de información a la que tenemos acceso implica, a su vez, un importante coste negativo. El funcionamiento de estos nuevos mecanismos constituye el elemento clave a partir del cual se originan toda una serie de factores de riesgo en la sociedad. Este se identifica, concretamente, con la enorme capacidad de producción de daños futuros sobre una sociedad mundial cada vez más amplia⁴. La repercusión generada por el uso de estos medios tiene una triple dimensión. En primer lugar, un impacto social, en tanto en cuanto las nuevas formas de participación de los ciudadanos y comunicación provocan una mayor exposición en la red viéndose así mermado el derecho a la intimidad. Esta exposición genera, a su vez, el caldo de cultivo perfecto para los ciberdelincuentes que, bajo el anonimato y la invisibilidad, encuentran mayor facilidad para la perpetración de conductas ilícitas. En segundo lugar, podría hablarse de un impacto económico que se traduce en la concentración de empresas y grandes monopolios⁵. Y, por último, un impacto cultural, dado que se está produciendo una deshumanización de la cultura, del lenguaje

1 GONZÁLEZ PULIDO, I., *El registro remoto como diligencia de investigación tecnológica de la ciberdelincuencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 21.

2 A este respecto señala MARTÍN DIZ que “no es baladí la cuestión cuando ya se constatan expresiones tangibles, tanto normativas como técnicas, que anticipan un inminente salto cualitativo tanto tecnológico como cultural dentro de los cánones tradicionales del proceso”. Vid. MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y proceso: garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales”, en JIMÉNEZ CONDE, F.BELLIDO PENADÉS, R. (Dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 818.

3 Siguiendo a BARONA VILAR, “en este escenario, la tecnología y la digitalización se presentan como una pócima de felicidad, salvadora del planeta, con una esencia híbrida, una integridad Humanidad-Tecnología”. Vid. BARONA VILAR, S., “Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la persona maquina y su responsabilidad”, *Actualidad Civil (LA LEY)*, núm. 10, 2022.

4 BARRIO ANDRÉS, M., *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p.27.

5 GONZÁLEZ-TABLAS Y SASTRE, R., “El derecho y las nuevas tecnologías”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2001, p. 276.

y del pensamiento crítico del ser humano. Prueba de ello es la irrupción del nuevo *OpenIA*, el *ChatGPT*, un modelo de lenguaje desarrollado a través de IA que aporta una gran cantidad de datos de texto con una amplia variedad de contenidos, vinculados todos ellos al lenguaje natural, y que mejora la precisión en los sistemas de búsqueda de información.

Poniendo el foco de atención en el impacto social, y más concretamente en la ciberdelincuencia, podemos afirmar que se trata de una realidad más que consolidada. Desde hace décadas nuevas formas de criminalidad⁶ han ido surgiendo frente a la delincuencia convencional. El *phishing*, *hacking*, criptosequestros, *web scraping* o *screen scraping*, *child grooming*, ciberacoso y sextorsión son hoy, algunos de los tantos ataques cibernéticos que se perpetran día a día contra mayores y menores de edad. Si bien la LO 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, aporta nuevas herramientas de investigación para estas renovadas formas de delincuencia vinculadas al uso de las tecnologías, lo cierto es que estas conductas no dejan de expandirse, en parte, por la evolución de los factores que dan lugar a su aparición, como son la globalización, la aparición de mercados de gran valor o el surgimiento de nuevas formas de conectividad, entre otros⁷.

Así pues, nuevos retos se plantean en la esfera jurídica ante la constante evolución de la cibercriminalidad y de los dispositivos tecnológicos. Las víctimas que ya venían siendo especialmente vulnerables ante delitos “convencionales”, lo son ahora más ante la comisión de estos delitos a través de dispositivos técnicos. En este caso, centraremos nuestro interés y estudio en los delitos de odio, concretamente en las víctimas de este tipo de ilícitos penales. Se trata de una realidad que se ha visto incrementada desde 2013 en un 43%, más aún a raíz de la crisis sanitaria de 2020⁸. Las redes sociales e Internet son un escenario que permiten la llegada masiva de las ideas a todos los usuarios de la red, véase en este sentido la STS 72/2018, de 9 de febrero de 2018, en virtud de la cual se condena por un delito de incitación al odio a un joven que se dedicaba a arrojar comentarios denigrantes en Twitter sobre las víctimas de violencia de género, siendo esta una de las formas de violencia más oprobiosas de la sociedad en que vivimos. De igual modo, la SAP de las Islas Baleares 124/2020, de 26 de marzo de 2020 ratifica el cierre de una cuenta de Twitter a un usuario por rebasar los límites de la libertad de expresión al afirmar que la mayoría de los homosexuales son los responsables de los casos de pederastia. Lo expuesto supone únicamente una

6 LÓPEZ JIMÉNEZ nos habla de “criminalidad informática”, la cual abarca las conductas delictivas así como los sistemas necesario para la persecución y castigo de tales conductas. *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Victimización sexual y nuevas tecnologías: desafíos probatorios*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 25.

7 VIVÓ CABO, S., “La globalización del delito”, *La Ley Penal (LA LEY)*, núm. 132, 2018.

8 *Vid.* Informe sobre la Evolución de los delitos de odio en España (2021). [Documento disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas/INFORME-EVOLUCION-DELITOS-DE-ODIO-VDEF.pdf>].

mínima muestra de la realidad que nos atañe, y que se traduce en la consolidación de opiniones preconcebidas y negativas dirigidas a determinados colectivos y en el miedo de las víctimas a denunciar, a lo que se debe sumar, su visión de fracaso sobre el proceso tras producirse la conducta a través de Internet.

2. NUEVAS MODALIDADES EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE ODIOS: LA CREACIÓN DEL “CIBERODIO”

Si bien es cierto que algunas de las modalidades de ciberdelincuencia más analizadas las constituyen el *child grooming*, la sextorsión, los criptosequestros y cibersequestros en general, otra de las conductas delictivas que también se ha acomodado al empleo de los dispositivos tecnológicos, como ya veníamos advirtiendo, ha sido el delito de odio del art. 510 CP, precepto que se reestructura a raíz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁹. Lejos de entrar a debatir cuestiones doctrinales sobre la distinción entre el discurso y el delito de odio, sí que es importante señalar que este tipo de delitos revisten una expresión ciertamente desafortunada de estereotipos, discriminación y prejuicios entre los diferentes grupos y colectivos que conforman la sociedad. Así pues, toda apología de odio por motivos, por ejemplo, religiosos o raciales que suponen esa incitación a la discriminación, violencia u hostilidad, estará prohibida por la Ley¹⁰.

Como ya se ha señalado, las nuevas tecnologías se erigen como una herramienta más que útil para la comisión de este tipo de ilícitos penales¹¹. Hoy en día podemos afirmar, sin lugar a duda, que se ha producido una importante expansión de los delitos de odio que viene de la mano del uso masivo de Internet, redes sociales y otro tipo de espacios virtuales a los que cada vez tienen más fácil acceso personas de corta edad¹². Esta situación contribuye plenamente a la incipiente preocupación de los poderes públicos, a nivel nacional e internacional, sobre la prevención y tratamiento de este tipo de conductas. Así desde el Comité Económico y Social Europeo, a través del Dictamen emitido para promover la iniciativa de ampliar la lista de delitos de odio de la UE a todas las formas de delitos de odio e incitación al odio [Com (2021) 777 final] aprobado en el Pleno de 15 de mayo de 2022, se pone de manifiesto cómo

9 La reforma introduce este precepto para adaptar el CP a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

10 Vid. Art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

11 BUENO DE MATA, F., “Delitos de odio y redes sociales: retos procesales”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, núm. 10180, 2022.

12 En este sentido TAMARIT SUMALLA señala que “*todo ello pone a prueba la resistencia del viejo e ilustrado Derecho Penal ante los embates del paternalismo punitivo y las actitudes temerosas con formas de expresión más informales y desinhibidas que se imponen entre las personas más jóvenes*”. Vid. TAMARIT SUMALLA, J., “Los delitos de odio en las redes sociales”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 27, 2018, p.18.

se está generando un importante incremento de este tipo de incidentes y una cifra cada vez mayor de personas y grupos expuestos a estos ataques promovidos por ese sentimiento basado en prejuicios. Los numerosos estudios a nivel interno de los Estados miembro de la UE son la prueba del incremento de estos sucesos y del cada vez mayor número de personas expuestas a ellos.

En este sentido, el ya mencionado Informe sobre la evolución de los delitos de odio en el año 2021 elaborado por la Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de odio (en adelante, ONDOD) relata detalladamente el incremento de estos actos a través de internet y redes sociales. Así, entre 2020 y 2021 se ha producido una importante variación, siendo entre los hechos conocidos relativos a delitos de odio a través de Internet, los correspondientes a los ámbitos de ideología, orientación sexual y de género así como racismo y xenofobia, los que mayor incremento han vivido, materializándose en amenazas e injurias. Internet y redes sociales son los medios más empleados para proceder a este tipo de actuaciones constituyendo el primero el 37,8% y, las segundas, el 22,29%, seguidos ambos del uso de telefonía y comunicaciones. El incremento se ha producido, básicamente, como consecuencia de la multitud de redes y plataformas en línea disponibles para los ciudadanos. Con anterioridad a la creación de las mismas, los mensajes de odio se venían difundiendo en su mayoría a través de foros temáticos y blogs dedicados a la exaltación del Nazismo y antisemitismo¹³. Respecto a este último caso cabe destacar la SAP de Navarra 55/2017, de 21 de marzo de 2017, que viene a ratificar la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona a un usuario tras subir un vídeo a Facebook bajo la rúbrica *Asesina a todos los judíos*. Este vídeo supone una incitación directa al odio con actos violentos dirigidos a los miembros de la comunidad judía. Se caracteriza por la aparición de tres mujeres denominadas *Gaza Girls* que señalan directamente a un muñeco que simula ser un judío ortodoxo, clamando, a su vez el lema *kill, kill, kill the jewish*¹⁴. Este caso es solamente uno de los tantos que se perpetran en redes sociales, las cuales en este momento viven un auge que no conlleva únicamente cambios en los sistemas de comunicación tradicionales, sino que también han venido a crear un estado de necesidad y dependencia en el ser humano. En este contexto de sociedad globalizada, participativa e inmediata, los mensajes de odio y propagación de la intolerancia están a la orden del día con la finalidad de despojar a una persona de su dignidad¹⁵.

13 DIEGO GONZÁLEZ, J., “Ciber odio” en DOCAL GIL, D. CABALLERO CASAS, J. (Coords.), *Criminología y delitos de odio*, España: Delta publicaciones, 2019, p. 59.

14 En relación con este pronunciamiento, señala LANDA GOROSTIZA que «el caso expuesto parece situarse desde la óptica de la reforma por la LO 1/2015, como una de las conductas que integran la modalidad delictiva de la letra a del artículo 510. 1 CP por su carácter de incitación pública directa a la comisión de delitos». Vid. LANDA GOROSTIZA J-M., *Los delitos de odio (Artículos 510 y 22.4º CP 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 10.

15 MORENO LÓPEZ, R.; ARROYO LÓPEZ, C., “Redes, equipos de monitoreo y aplicaciones móvil para combatir los discursos y delitos de odio en Europa”, *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 80, 2022, p. 349.

Por tanto, esta evolución conduce a lo que hoy en día podríamos aglutinar bajo el concepto de *ciberodio*¹⁶. Este término queda así acuñado para la propaganda de conductas de odio a través de la red, que se constituyen como una versión cibernética de las que están tipificadas en el espacio físico, si bien, también podrían ser consideradas como novedosas manifestaciones que, en realidad, requieren una respuesta distinta de las convencionales. Al encuadrarse estos actos dentro de la cibercriminalidad, encontraremos así las dificultades que se derivan del empleo de diligencias de investigación concretas para este ámbito a lo que se ha de sumar el problema para determinar la responsabilidad del autor –especialmente por el anonimato– y la localización de los participantes en diferentes Estados, haciendo necesario un reforzamiento de la cooperación jurídica internacional¹⁷. Asimismo, otro de los principales problemas reside en el papel de la víctima: el uso de las tecnologías de la información y medios de comunicación social, que hacen mucho más accesible el odio, conlleva un resultado dañino mucho más amplio pues a través de estos medios es mucho más sencillo hacer llegar el mensaje a un elevado número de personas. De ahí, que el art. 510.3 CP imponga la pena en su mitad superior cuando los hechos se cometieran a través de estos medios. No obstante, las constantes injerencias a la dignidad humana a través de amenazas e injurias, incluso lesiones en el mundo físico, sumado a que este tipo de conductas van dirigidas a grupos específicos de personas –colectivos vulnerables en su mayoría–, conduce a la imperante necesidad de dar a la víctima un espacio y tratamiento adecuado que consagre, verdaderamente, la reparación y evite la revictimización.

3. LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS DE ODIOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS COLECTIVOS VULNERABLES

3.1. Visión general del papel de la víctima en el proceso penal español

El proceso penal se consigna como el instrumento que posee el Estado para poder aplicar el *ius puniendi*, es decir, para poner en práctica la facultad o derecho de castigar que tiene atribuido de forma exclusiva. Superadas las formas primitivas de resolución de conflictos, como es la venganza de sangre propia del sistema de autotutela o autodefensa, el proceso –penal– se concibe como la herramienta para dar respuesta a la delincuencia. Tradicionalmente, el proceso penal ha venido respondiendo a unos fines concretos, a saber: en primer lugar, ejercer labores de instrumento de control social, dado que forma parte de la política criminal y de seguridad del Estado. En segundo lugar, el proceso penal ha de otorgar respuesta a la delincuencia en el marco de la legalidad. En tercer lugar, es también una vía para garantizar los derechos del

16 Sobre el ciberodio, véase GORDÓN BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

17 MORETÓN TOQUERO, M.A., “El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 27, 2012, p. 13.

investigado, pues se ve resguardado bajo un paraguas de garantías y derechos¹⁸ que habrán de ser respetados con rigor (no es cuestión baladí, dado que estamos ante una serie de derechos y garantías fundamentales reconocidas constitucionalmente en el art. 24 CE). Y, en cuarto y último lugar, el auge de la victimología ha conducido a un incremento del interés por la gran olvidada en el proceso penal: la víctima. El moderno derecho procesal y penal han de proteger a la víctima durante la sustanciación de la causa¹⁹.

Poniendo el foco de atención en esta última finalidad del proceso, este debe ser un medio útil de reparación de la víctima²⁰, a la par que se configura como un espacio de protección que confiera voz a sus deseos e intereses, siempre respetando las garantías del investigado. La mera personación en el proceso penal como parte acusadora no garantiza su compensación y resarcimiento²¹ y, por supuesto, tampoco será válida si no existen unas condiciones eficaces y adecuadas tendentes a evitar, o al menos minimizar, el fenómeno de la victimización secundaria también conocida como revictimización²². Es innegable que la participación de la víctima en el proceso penal no ha estado exenta de críticas diversas. Por un lado, existe una posición doctrinal que defiende el reconocimiento a la víctima de ser parte del proceso ejercitando el derecho de acción, reclamando de los tribunales una respuesta frente a la transgresión producida en sus derechos e intereses legítimos. Por otro lado, existe otra perspectiva en virtud de la cual, como explica OROMÍ I VALL-LLOVERA “*se denuncia que la víctima haya abandonado su posición subsidiaria, asumiendo una situación con connotaciones emotivas que sirva para reforzar posturas punitivas y unas crecientes corrientes oficialistas*”²³. En relación con esta segunda postura, la cual no comparti-

18 Explica ZAMARRA ÁLVAREZ que “*el sistema de enjuiciamiento penal, por más que tienda a tutelar los bienes jurídicos más dignos de protección, no legitima el desconocimiento de las garantías establecidas para defender los derechos fundamentales del encausado o para disciplinar la lesión justificada de los mismos. De ahí la importancia que reviste el adecuado conocimiento de la extensión y límites de estos derechos y garantías*”. Vid. ZAMARRA ÁLVAREZ, J.M.^a, *Derechos y garantías del investigado en el proceso penal conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 2021, p. 9.

19 Siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, “*el sistemático olvido de quien ha padecido en primera persona las consecuencias del delito chocha frontalmente con su derecho a la tutela judicial efectiva, porque no puede considerarse efectiva la respuesta judicial frente a quien vulnera la ley penal si se hace en detrimento o con olvido de la víctima*”. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 41.

20 GIMENO SENDRA, V., (et. al.), *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 21.

21 En todo caso, se ha de señalar que la mayor participación de la víctima en el proceso penal no conlleva la existencia de un derecho incondicional y pleno. Es decir, la pretensión de quien ejercita la acusación particular no obliga al Estado a castigar en todo caso. La víctima tendrá derecho a obtener una resolución fundada en derecho y motivada sobre la calificación jurídica que los hechos enjuiciados merecen a raíz de las pruebas practicadas. Vid. STS 1424/2002, de 30 de julio de 2002; STC 178/2002, de 17 de septiembre de 2001.

22 HERNÁNDEZ MOURA, B., *La víctima como elemento esencial en la comprensión del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 122.

23 OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., “Los derechos de la víctima en las reformas del proceso penal. Del olvido al resurgimiento”, *La Ley Penal*, núm. 98/99, 2012.

mos, se defiende que la atribución de un mayor protagonismo a la víctima en el proceso penal llevaría a un excesivo punitivismo. Lo cierto es que si así fuera no habría tenido cabida la trasposición de la Directiva 29/2012/UE a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, LEVD), en virtud de la cual se reconoce a la víctima un auténtico derecho a participar en el proceso (Arts. 11 y ss LEVD).

En todo caso, las reformas operadas desde Europa, y más concretamente las implementadas con la Directiva 2012/29 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, suponen un nuevo marco de protección para las víctimas, entendiendo que el delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de todas y cada una de las víctimas de este tipo de conductas. La Directiva reconoce así a aquellas como una parte activa del procedimiento, garantizando tal posición mediante la incorporación de derechos tales como, el derecho a la información, apoyo y asistencia, participación en el proceso penal o la posibilidad de solicitar determinadas medidas de protección, así como el derecho a la reparación.

En España, la reforma legislativa sobre el tratamiento procesal de las víctimas tiene lugar en el año 2015 con la aprobación de la ya mencionada LEVD la cual afecta a un importante número de normas de nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, compartimos la opinión vertida por DE HOYOS SANCHO, quien señala que “*la posición procesal de las víctimas en nuestro país, sus derechos y facultades de actuación, ya partía de una posición muy buena en comparación con los ordenamientos de nuestro entorno jurídico*”²⁴. Es decir, la víctima no ha estado ausente en nuestro sistema de justicia penal. Si bien, lo cierto es que la normativa sobre la protección de las víctimas sigue dispersa en diferentes leyes, aun teniendo una LEVD que pretendía su unificación y aglutinamiento en una sola. Véase en este sentido: la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo; o la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Todas ellas contienen previsiones sobre la protección de diferentes perfiles de víctimas. A la vista de lo expuesto, cierto es que hoy en día es innegable el papel activo que se ha otorgado a las víctimas del delito dentro del proceso penal y la tendencia universal hacia la protección de aquellas, como bien ha señalado nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) en la Sentencia 10461/2019, de 5 de mayo de 2020.

24 DE HOYOS SANCHO, M., “El tratamiento procesal de las víctimas tras las reformas de 2015”, en FUENTES SORIANO, O (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 196.

3.2. Aproximación a la condición de víctima especialmente vulnerable

Hablar de víctima y proceso penal, implica, obligatoriamente, hacer más que una mención, un recorrido, sobre el papel que ostentan determinados tipos de víctimas. Concretamente, aquellas que forman parte de los denominados colectivos vulnerables. El Diccionario panhispánico del español jurídico elaborado por la RAE nos explica que una víctima especialmente vulnerable es: “*el sujeto pasivo del delito con circunstancias personales que determinan que se halla en una situación de inferioridad o indefensión, que comporta una agravación de la responsabilidad penal para el autor del delito*”²⁵. Ahora bien, podemos comprobar que esta no es, ni mucho menos, una definición novedosa sobre semejante condición.

Ya en el siglo XX, concretamente en 1948, VON HENTIG²⁶, realizó un estudio sobre la clasificación de las víctimas, mostrando especial incidencia en las mujeres, ancianos, niños, inmigrantes, minorías y personas con problemas de salud mental, todas ellas consideradas como potenciales objetivos delictivos de carácter especialmente vulnerable e incardinadas en el tipo de víctimas indefensas dentro de la mencionada clasificación. La comprensión de la victimología ha evolucionado de manera significativa y, como era de esperar, las teorías desarrolladas por este criminólogo fueron objeto de críticas, pues en parte de sus estudios se aprecia una cierta culpabilización de las víctimas. A modo de ejemplo, se culpabiliza al ambicioso por su constante deseo de lucro; también a la mujer lasciva, pues con su deseo sexual provoca que pueda ser violada o agredida sexualmente.

Partiendo del mencionado grupo de indefensos, podemos considerar como víctima especialmente vulnerable a aquella persona que, por determinadas características, se encuentra en una posición de mayor riesgo o desventaja frente a posibles daños, abusos o violaciones de sus derechos. Tales circunstancias se asocian, pero no se limitan únicamente, a factores como: la edad (niños, adolescentes y personas mayores donde la vulnerabilidad reside en su dependencia y falta de capacidad de autoprotección), discapacidad física y mental o enfermedades y debilidades físicas (enfermedades crónicas o dificultades psíquicas que las hacen más propensas a sufrir cierta explotación y otros abusos), la dependencia económica o social (las personas que dependen a nivel financiero de otras y que carecen de una red de apoyo sólida, pueden ser más susceptibles de ser víctimas de manipulación), los inmigrantes y refugiados (su precaria situación y falta de estatus legal conducen a la desprotección)²⁷; y el

25 Definición extraída del Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/>

26 VON HENTIG, H., *The criminal and his victim*, Yale University Press, USA, 1948.

27 Respecto a la inmigración, la figura que se tiene sobre las personas que se encuentran en esta situación se crea en torno a unas imágenes negativas socialmente generadas. En este sentido BLANCO señala que “*la gestación de tales imágenes obedece a diversas causas, pero el resultado suele ser el mismo en todos los contextos migratorios: marginalidad social, económica y política respecto a las poblaciones autóctonas*”. Vid. BLANCO, M.C., “El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativas”, en ALVITE, J.P. (Coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Gakoa liburuak, País Vasco, 1995, p. 31.

género, orientación sexual e identidad de género (las mujeres y personas del colectivo LGTBIO⁺ son víctimas de los roles y estereotipos que los exponen a constantes abusos y violencia física, verbal y psicológica). Téngase en cuenta, además, que en varias ocasiones tendremos a víctimas especialmente vulnerables por la mezcla de dos o más circunstancias de las mencionadas. De hecho la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, FRA) pone de relieve que los menores de edad con discapacidad sufrirían una hipervulnerabilidad a toda forma de abuso físico o psíquico en el entorno social, escolar o familiar, es decir, tanto en la esfera pública como la privada²⁸.

Todas las circunstancias indicadas hacen vulnerable al sujeto en cuestión o a un grupo de personas. Estas características, por tanto, implican un aumento en la probabilidad de que aquellas sean objeto de determinados delitos o situaciones de victimización, de modo que atendiendo a las mismas, requerirán una especial atención y protección por parte de la sociedad y las instituciones para poder garantizar su bienestar, seguridad y, sobre todo, el acceso a la justicia. La ya mencionada Directiva 2012/29/UE muestra especial preocupación por esta cuestión y, por eso, brinda tres niveles de protección: uno general, otro que entra en juego en función de las necesidades concretas de protección de las víctimas tras la realización de una primera evaluación²⁹ y, por último, un tercer nivel que se activa cuando la víctima es menor de edad o discapacitada. Y, aunque es cierto que la Directiva no otorga una definición del concepto de víctima especialmente vulnerable, el hecho de recoger diferentes niveles de protección, supone un reconocimiento indirecto a tal condición, al establecer medidas diferentes en función de circunstancias y características personales del sujeto³⁰. Por su parte, la LEVD distingue entre las medidas de protección aplicables a las víctimas vulnerables en función de si estamos en la fase de instrucción o en la de enjuiciamiento propiamente dicha. Así, en la fase de investigación (art. 25.1 LEVD) se encuentran, por ejemplo, medidas tales como recibir la declaración en dependencias adaptadas ese fin, que en caso de realizar múltiples declaraciones todas ellas sean realizadas por la misma persona o el acompañamiento, en todo caso, por sus representante procesal o legal. Asimismo, en la fase de enjuiciamiento (art. 25.2 LEVD), se prevén medidas de protección referidas a la evitación del contacto visual entre víctima y victimario³¹, celebración de la vista oral sin presencia de público

28 Véase el estudio realizado por la FRA “Violence against children with disabilities: legislation, policies and programmes in the EU”, *Publications Office of the European Union*, Luxemburgo, 2015.

29 En este sentido GARGALLO PLANCHADELL señala que la referencia a la necesidad de evaluar a la víctima es loable, pues “de ella dependerá la protección específica a favor de aquella, es decir, su estatuto concreto de protección”. Vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., “La víctima”, en GÓMEZ COLOMER, J-L.; BARONA VILAR, S., *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 135.

30 HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones”, *Diario La Ley*, núm. 9494, 2019.

31 Esta medida también se recoge en el art. 20 LEVD como derecho de la víctima. En él se alude a la necesidad de que las dependencias estén dispuestas de tal manera que se evite el contacto entre ambas partes.

—salvo quienes acrediten tener especial interés en la causa—, o garantizar el derecho de la víctima a ser oída sin necesidad de estar presente en la sala de vistas (a través de la declaración por videoconferencia). La previsión de medidas especiales dirigidas a determinados grupos supone, desde luego, una consolidación de un tratamiento procesal diferente para específicas categorías de víctimas³².

En todo caso, aunque puedan existir diferentes categorías de víctimas especialmente vulnerables con desafíos específicos para cada una de ellas, lo cierto es que todas tienen en común una serie de derechos y garantías por las que se habrá de velar. Entre ellos encontramos, en primer lugar, el acceso a la justicia. Las víctimas en especial condición de vulnerabilidad, a menudo, pueden encontrarse con dificultades y obstáculos para acceder al sistema de justicia, bien por falta de información (muy habitual en delitos de odio, al desconocer si realmente esas conductas constituyen una conducta delictiva), miedo, vergüenza, o bien por falta de recursos. De modo que es esencial brindar a estas víctimas un acceso efectivo a la justicia y un apoyo en la participación dentro del procedimiento judicial. En este sentido es particularmente relevante el texto de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad³³ elaboradas en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, cuya última actualización ha tenido lugar en 2018. La Reglas de Brasilia contienen dos grandes apartados: uno dedicado a las condiciones de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad y, un segundo bloque, referido a la participación de estos sujetos. En el primero de ellos encontramos cuestiones referidas a la información, el asesoramiento técnico-jurídico y medidas sobre la adecuada regulación del procedimiento³⁴. En el segundo bloque, se recogen todas aquellas cuestiones dirigidas a los Estados y orientadas a velar por que la participación e intervención de estas personas en condición de vulnerabilidad se realice en términos de respeto, dignidad y conforme a sus circunstancias específicas personales.

Al hilo de los mencionados aspectos comunes a este tipo de víctimas, en segundo lugar, se hallan la protección y la seguridad. Los colectivos especialmente vulnerables, en su posición de víctimas, pueden enfrentar amenazas adicionales a su seguridad, bien por parte del victimario o bien por su situación personal. Por ello, es importante

32 MARTÍN DIZ, F., “Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable: propuestas de reforma legal en el ámbito procesal penal”, en DEL POZO PÉREZ, M. BUJOSA VADELL, L. (Dirs.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 71-83.

33 Texto disponible en: <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/reglas-de-brasiliasobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad/>

34 Aquí se incluyen todas aquellas referidas a los requisitos sobre la práctica de los actos procesales. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA entiende que en este sentido “*se deberán propiciar medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos y promover la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales*”. Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley (Práctica de Tribunales)*, núm. 151, 2021.

hacer uso de medidas de protección adecuadas tales como la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima o los alojamientos seguros para garantizar su integridad física y emocional³⁵. Asimismo, la adopción de estas medidas sobre protección y seguridad tratan de evitar fenómenos como el de la revictimización o victimización secundaria. Sin embargo, este peligro, como se ha señalado en la reiterada jurisprudencia de nuestro TS³⁶, no puede ahuyentarse a costa de diluir las garantías procesales del encausado; la exigencia básica del derecho a un proceso debido y a un juicio justo no se puede laminar con base en los intereses que ostenta la víctima.

El tercer aspecto reside en el deber de prestar apoyo psicosocial y asistencial. Las víctimas en condición de especial vulnerabilidad pueden requerir de apoyo y asistencia especializada para hacer frente a las consecuencias emocionales y sociales (situación que es habitual) no solo del delito sino de todo el proceso judicial. Nuevamente nos referimos aquí al fenómeno de la victimización secundaria, entendida como los perjuicios que nacen de la prolongación del procedimiento judicial a lo largo del tiempo. Por ello, es importante incluir servicios de asesoramiento, terapia, apoyo financiero y atención médica así como otros recursos encaminados a la reconstrucción de sus vidas y a la superación de los traumáticos efectos del ilícito penal.

En cuarto lugar, se encuentra la diversidad y la sensibilidad. Cuando nos encontramos con una víctima extranjera, su tratamiento lleva aparejada la necesidad de otorgarle unas necesidades concretas que están relacionadas con su origen étnico, su religión, su cultura, etc. Por ello, la sensibilidad cultural y la promoción de la diversidad en los planes de apoyo y protección es clave.

Todas las cuestiones anteriores, se ponen en relación con la última: la prevención y concienciación. Además de brindar todo el apoyo mencionado, es fundamental trabajar en la prevención y sensibilización de la sociedad en general. Educando a la comunidad sobre los delitos y perjuicios que los subyacen, promocionar la igualdad de derechos y oportunidades así como fomento de una cultura de la tolerancia y el respeto. En este sentido, no solamente dirigido a la comunidad, sino a las víctimas e infractores, resultaría especialmente efectivo la aplicación de medidas de índole restaurativa. Servicios que se prevén en el art. 15 LEVD y que se enfocan a la posibilidad de sanar y a que el infractor comprenda el daño generado³⁷. Supone

35 Entiéndase que la adopción de una medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima o sus familiares, quedará sometida a los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

36 Vid. STS 71/2015, de 4 de febrero, de 2015; STS 1008/2016, de 1 de febrero de 2017; STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019; STS 690/2021, de 15 de septiembre de 2021.

37 Sobre las cuestiones fundamentales de la justicia restaurativa véase GALINDO PERIPINÁN, M., “Elementos básicos de la justicia restaurativa”, en SOLETO MUÑOZ, H. GRANÉ, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 569-614. JIMENO BULNES, M., “Mediación penal y/o justicia restaurativa: status quo”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 13, 2023.

directamente una toma de conciencia de ambas partes y una nueva forma de dar respuesta al conflicto generado³⁸.

Todas estas cuestiones son solamente algunas de las que pueden abordarse en relación a las víctimas especialmente vulnerables. El apoyo y protección adecuadas a este tipo de víctimas no requieren sino un enfoque holístico que considere su situación individual y personal y todas aquellas circunstancias que, por un motivo u otro, les hacen vulnerables.

3.3. Las víctimas especialmente vulnerables en los delitos de odio

3.3.1. Medidas de protección adoptadas desde la Unión Europea

Vistas cuales son todas las circunstancias que, en su conjunto, hacen vulnerable a una determinada persona o colectivo frente al delito, así como los elementos comunes a todas ellas, ponemos ahora el foco de atención en una categoría específica: las víctimas de los delitos de odio. Las normas dirigidas a los ofendidos y perjudicados por este tipo de conductas buscan proteger a estos de las agresiones o actos criminales que se ven motivados por prejuicios que tienen su base en el origen étnico, la raza, la religión o en la orientación sexual e identidad de género.

Los delitos de odio constituyen, como ya hemos apuntado, una auténtica manifestación y expresión de una grave discriminación, así como una violación de los derechos fundamentales previstos en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado y en el ámbito de la UE. En definitiva, la perpetración de una serie de conductas anti-jurídicas empañadas por un filtro de aversión. Véase, a este respecto, que nuestra Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) considera, en su art. 1, la dignidad humana como inviolable, debiendo ser respetada y protegida. Ello se ha de poner en consonancia con el art. 47 de la misma, donde se recoge ese derecho a la tutela judicial efectiva cuando los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la UE se vean violados.

Al efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los mensajes racistas, xenófobos y de otras índoles promovidos, eso sí, por prejuicios que suponen una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante)³⁹. En ellos se unifica un criterio basado en la tolerancia cero frente a expresiones discriminatorias que brinde una protección a la minorías y que permita coadyuvar a la integración social,

38 Cfr. MARTÍN DIZ, F., “Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un nuevo desafío en el sistema de justicia penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. CARRASCOSA MIGUEL, A., *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 429-450.

39 Vid. STEDH de 11 de octubre de 1979, núm. 8348/78 & 8406/78, *caso Glimmerveen y Hagenbeek c. Holanda*; STEDH de 16 de julio de 2009, *caso Féret c. Bélgica* § 64; STEDH de 8 de enero de 2019, núm. 64496/17, *caso Williamson c. Alemania*; STEDH, de 28 de abril de 2020, núm. 61178/14, *caso Atv Zrt c. Hungría*.

siendo un deber moral de los Estados luchar contra toda clase de exclusión. Sobre esta cuestión, resulta realmente interesante el asunto *Balázs c. Hungría*, de 20 de octubre de 2015. Esta sentencia avala la importancia y validez de los indicadores necesarios para orientar las investigaciones sobre delitos de odio. Así, esta sentencia del TEDH, indica que en la investigación de los incidentes y delitos motivados por el odio se han de tener en cuenta todos los motivos posibles que incitan a ello; así en casos en los que una persona sea objeto de una agresión debido a su identidad, puede seguir siendo un delito de odio. El TEDH hace hincapié también en que estas personas también son víctimas de otras formas de delincuencia, por ejemplo, en el supuesto de que se robe con violencia a esa persona movido por el prejuicio. En reiteradas ocasiones se utiliza esta segunda agresión para argumentar que no fue un delito movido por el odio. Por eso, una consideración muy importante es si el sujeto ha sido seleccionado como objeto del ilícito porque es identificado como miembro, por ejemplo, de un determinado grupo religioso o una minoría étnica.

La UE, lejos de desvincularse de la actuación contra esta lacra de la sociedad, en diferentes Directivas ha manifestado el principio de igualdad que inspira todo el derecho comunitario y la política de tolerancia cero frente a este tipo de actuaciones. Así, en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, insta a los Estados miembros a adoptar disposiciones favorables para la protección de la igualdad no debiendo disminuir, en ningún caso, el nivel de protección que ya posean contra la discriminación. Igualmente, es destacable la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de 29 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. En ella se establece un mínimo común dirigido a los Estados miembros para armonizar sus respectivas normas sobre la penalización de delitos de carácter xenófobo y racista, es decir, conductas de odio. Así, los Estados habrán de adoptar las herramientas necesarias para poder garantizar que toda investigación y actuación judicial sobre las conductas que recoge la Decisión no estén supeditadas a la presentación de declaraciones o cargos por parte de la víctima, al menos en los casos más graves.

Por último, en julio de 2020, la UE –consciente del aumento de la ciberdelincuencia y de los delitos de odio de origen racista y xenófobo– lanzó su primera estrategia sobre los derechos de las víctimas: Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025) COM(2020) de 24 de junio de 2020. Víctimas no solo de la pandemia provocada por el COVID-19 sino de los delitos perpetrados aprovechando la crisis sanitaria mundial, A pesar de haber adoptado un sólido conjunto de derechos reconocidos a las víctimas en la Directiva 2012/29/UE, lo cierto es que aún existían desafíos pendientes para con los derechos e intereses de las víctimas. Por ello se plantean cinco propósitos en el Estrategia 2020-2025: mantener una comunicación eficaz con las víctimas y crear un entorno seguro para denunciar; mejorar el apoyo y la protección de las víctimas más vulnerables; facilitar el acceso a

las indemnizaciones; reforzar la coordinación y cooperación entre todos los actores relevantes; y, por último, afianzar la dimensión de los derechos de las víctimas. Por lo que respecta al segundo de los objetivos referido a víctimas especialmente vulnerables y en materia de delitos de odio, se alude al blanco de este tipo de delitos en que se convierten las asociaciones civiles, activistas y políticas. Los delitos de odio afectan de forma desproporcionada en Europa a minorías y grupos étnicos y religiosos, especialmente judíos y musulmanes así como a miembros de la comunidad gitana, afrodescendientes e inmigrantes irregulares. Por ello, es ineludible aunar esfuerzo para mejorar la investigación de los motivos que conducen al sesgo facilitando los medios necesarios para la puesta en conocimiento de las autoridades de cada Estado de los delitos y discursos de odio.

3.3.2. Tratamiento de las víctimas de los delitos de odio en España

En España, las víctimas especialmente vulnerables de los delitos de odio incluyen a personas del colectivo LGTBIQ+, personas inmigrantes –regulares e irregulares–, personas discapacitadas, en situación de riesgo de exclusión o pobreza –aporofofia–, y minorías raciales, entre otros. En su momento la STS 437/2022, de 4 de mayo de 2022, resultó especialmente novedosa en relación con delitos de odio y supuestos de discriminación, planteándose si era necesario acreditar que se trata de una víctima especialmente vulnerable o si basta con acudir a las circunstancias recogidas en el art. 22.4 CP –por motivos antisemitas, antigitanismo, ideología, religión o creencias de la víctima para entender a la víctima como especialmente vulnerable–. En este caso el mencionado pronunciamiento de nuestro TS señala que el concepto de vulnerabilidad no es un elemento del tipo, pero sí que es un elemento a tener en cuenta en el examen individual de la víctima o víctimas. Aunque, evidentemente, ello no quiere decir que aquellos que no sean considerados como colectivos vulnerables queden fuera del ámbito de protección del art. 510 CP.

Nuestro legislador, consciente de la realidad *in crescendo* de este tipo de conductas apuesta por la inclusión en nuestro ordenamiento de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Con esta nueva norma se pretende dar un impulso legal a la prevención, atención y eliminación de toda forma de discriminación. Busca convertirse en un marco común que contenga todas las definiciones fundamentales de lo que sería un derecho español antidiscriminatorio⁴⁰. En definitiva, la nueva norma viene a otorgar una cierta seguridad jurídica aclarando la ilicitud de la discriminación directa e indirecta, la discriminación por asociación y por error, el acoso discriminatorio y el castigo de toda inducción o instrucción de discriminar.

⁴⁰ MAGRO SERVET, V., “La discriminación, el odio y el acoso a raíz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Diario La Ley*, núm. 10117, 2022.

Cuestión verdaderamente interesante en España, es el trabajo elaborado por la ONDOD. El desarrollo de aquel se realiza en el marco del Ministerio del Interior y decimos que es interesante, en tanto en cuanto se ha preocupado por elaborar guías de ayuda a determinados colectivos víctimas de delitos de odio.

A este respecto, encontramos la Guía de actuación con víctimas de delitos de odio con discapacidad del desarrollo⁴¹, viene a reiterar el reconocimiento de los mismos derechos a las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo con los que tendría cualesquiera otra en los casos en que se ven implicadas en un delito de odio o discriminación⁴². En este sentido, para facilitar el acceso a la información, reconocido como un derecho básico de las víctimas en la LEVD, la intervención policial es clave, en el sentido de que se debe otorgar la documentación necesaria en un modo de lectura fácil y concediendo todas las medidas y ajustes procedimentales necesarios para que la persona pueda tomar sus propias decisiones. Es decir, explicar a la víctima en qué consiste el proceso judicial; los servicios de que dispone, por ejemplo, las oficinas de asistencia a las víctimas; o la posibilidad de acceder a los servicios de asistencia jurídica gratuita. En la realización de la entrevista o toma de declaración, se apuesta por el uso de la figura del “facilitador”, persona auxiliar que se encargará de hacer efectivo el acceso a la justicia con todas las garantías desde el primer momento en que la persona con discapacidad aparece en dependencia policiales, actuará siempre de manera tendente a simplificar, pero a la vez a dotar de eficacia, la comunicación con los testigos y las víctimas.

De igual modo, contamos con la Guía Rápida para las víctimas de delitos de odio por lgtbifobia⁴³. En este caso, elaborada por el Ministerio de Igualdad que, a diferencia de la guía explicada en las líneas que nos preceden, presenta un contenido más sencillo y de fácil lectura y comprensión para las víctimas, otorgando apoyo e información sobre el proceso de presentación y tramitación de la denuncia. En este caso, la guía se centra en los delitos de odio cometidos por prejuicios sobre la identidad y la orientación sexual. Despierta cierto interés la mención al poder especial de representación para que la denuncia sea interpuesta por otra persona si la víctima tiene ciertas dificultades o se encuentra en una situación de riesgo.

En el marco del Ministerio de Justicia, concretamente gracias a la labor del Consejo Asesor de asistencia a las víctimas, se ha desarrollado la Guía de recomendaciones para las oficinas de asistencia a las víctimas del delito en el ámbito de atención a las

41 Texto disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/Delitos-de-odio/descargas/Guia-de-actuacion-con-victimas-de-delitos-de-odio-con-discapacidad-del-desarrollo.pdf>

42 Sobre la legislación europea antidiscriminatoria en relación personas discapacitadas véase CABRA DE LUNA, M.A. (Coord.), *Legislación contra la discriminación de las personas con discapacidad*, Escuela libre editorial (Fundación ONCE), Madrid, 2001.

43 Documento disponible en: https://www.igualdad.gob.es/servicios/publicaciones/Documents/1_Guia_Breve_Victimas_Delitos_de_Odio_LGTBIfobicos_Lectura%20facil.pdf

víctimas de delitos de odio⁴⁴ en el año 2022. Esta se centra en elaborar y mostrar los criterios comunes de actuación en la atención a las víctimas de los delitos de odio, recalcando la importancia que tienen las OAVD⁴⁵, creadas con la finalidad de otorgar orientación y protección a las víctimas, y que suponen un punto clave en el acceso al sistema de administración de justicia en tanto en cuanto son instituciones ante las que se pueden presentar directamente solicitudes de reconocimiento de asistencia jurídica gratuita⁴⁶. La finalidad es crear un espacio de acogida y escucha para la víctima, creando un nivel de empatía que permita a aquella contar los hechos acontecidos con libertad. En este sentido, la persona al frente de la OAVD correspondiente habrá de adaptar su nivel de comunicación de las circunstancias y condiciones individuales de quien solicita la asistencia. En el caso de los delitos de odio, expresa la citada Guía que, para adquirir la consideración de víctima de este tipo de delitos, bastará con que se tenga una percepción propia o un sentimiento de que el hecho sufrido ha sido promovido por motivos racistas, discriminatorios, homofóbicos, etc., sin que, en ningún caso el acceso a este servicio sea una condicionante a la correspondiente interposición de la denuncia. Para ello, una de las cuestiones clave que las diferentes OAVD tendrán que valorar es la coordinación con las instituciones competentes para conocer del delito de odio, no solamente judiciales, sino de carácter asistencial, entre las que se encuentran, por ejemplo las asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro.

Por su parte, el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para los delitos de odio y conductas que vulnerar las normas legales sobre discriminación⁴⁷ en su edición revisada de 2020, nuevamente se remite al contenido de la LEVD en las cuestiones sobre atención, protección y orientación a las víctimas así como a su declaración. Como novedad incorpora un apartado sobre delitos de odio cometidos a través de Internet y redes sociales. El manejo en edades cada vez más tempranas de las plataformas digitales y la dificultad a la hora de discriminar ciertas informaciones, sin poder distinguir claramente la realidad o no de determinados contenidos, conduce a una mayor exposición y vulnerabilidad de los menores ante este tipo de conductas. Las redes sociales se convierten así en un medio eficaz para organizaciones violentas de carácter juvenil que hacen llegar sus mensajes de odio a usuarios cada vez más jóvenes, con información sensible e incitando a la violencia

44 Documento disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/Victimas/Documents/Guia_recomendaciones_OAVD_delitos_odio.pdf

45 Téngase en cuenta que la introducción de las OAVD en nuestro ordenamiento jurídico tiene lugar con la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

46 TAMARIT SUMALLA, J., “Los derechos de asistencia a las víctimas”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), VILLACAMPA ESTIARTE, C.; SERRANO MASIP, M., *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 47.

47 Documento disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/>

y erradicación de homosexuales, inmigrantes y de determinados grupos religiosos. Así pues, los filtros de contenido de las aplicaciones móviles permitirán dar a las víctimas una mayor protección evitando el acceso a determinados contenidos que supongan un perjuicio para ellas.

Por último es destacable el II Plan de Acción de Lucha contra los delitos de odio (2022-2024) donde se promueve la mejora en la organización y coordinación de las FCSE y las OAVD para la prestación un apoyo más eficaz a las víctimas de delitos de odio, así como la promoción de información a las víctimas sobre los peligros que entraña publicitar su condición de víctima, imágenes y otros datos personales a través de las redes sociales. Ello conlleva el sufrimiento, en muchas ocasiones, de conductas de ciberbullying por motivos de odio o discriminación, en concreto, en víctimas menores de edad y personas discapacitadas.

4. ALGUNAS REFLEXIONES EN MATERIA PROCESAL SOBRE LOS DELITOS DE ODIO Y EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS

4.1. Los canales de denuncia y la recopilación de material probatorio

A nivel procesal, las guías e informes elaborados y explicados en las líneas anteriores comparten una serie de elementos comunes. Desde la óptica procesal, el primero de ellos, se refiere a los canales de comunicación y a la tramitación de la denuncia. A este respecto se debe tener en cuenta un documento específico sobre esta materia: la guía de buenas prácticas para la denuncia de los delitos de odio⁴⁸. Resulta especialmente interesante el canal de comunicación de ALERTCOPS; se trata de una aplicación para smartphone, completamente gratuita, que sirve como vía para entrar en contacto con las FCSE, concretamente, con la Policía Nacional y con la Guardia Civil, y permite notificar de manera discreta y rápida los hechos. La aplicación marca como uno de sus principales objetivos el de mejorar los tiempos de respuesta agilizando así el protocolo de demanda de información y respuesta. Cuenta, además, con un apartado de chat donde tanto las víctimas como los testigos de un delito pueden enviar material gráfico que documente el incidente, tales como fotos o vídeos. La mencionada guía tiene como finalidad facilitar el conocimiento de los ciudadanos sobre el proceso a seguir para presentar la denuncia. Es importante señalar que, al tratarse de un delito semipúblico, es requisito imprescindible para su perseguibilidad la presentación de la denuncia por parte del agraviado⁴⁹. Además de la aplicación móvil explicada, la víctima también cuenta con los canales de denuncia convencionales. Es

⁴⁸ Documento disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/Delitos-de-odio/descargas/Guia-de-buenas-practicas-para-la-denuncia-de-los-delitos-de-odio.pdf>

⁴⁹ En aquellos casos en que estemos ante un delito semipúblico en el que la víctima sea menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección o desvalida, el art. 105.2 LECrim señala que basta con la denuncia por parte del MF.

decir, tiene posibilidad de presentarla directamente ante la Fiscalía, en el Juzgado de Instrucción correspondiente o ante las FSCE.

La guía de buenas prácticas para la denuncia de los delitos de odio hace hincapié en la recopilación del material probatorio referido a las expresiones y comentarios del autor, fotografías, vídeos y capturas de pantalla, además de las declaraciones presentadas por la víctima, así como las declaraciones testificales si las hubiera. En los atestados que se abran por delitos de odio, además de recogerse las diligencias convencionales, se deben incorporar aquellos indicadores que permitan acreditar la motivación del odio. Y es que, precisamente, uno de los problemas que los delitos de odio plantean en materia probatoria y en su vertiente tecnológica, es decir, cuando se perpetran a través del uso de redes sociales y dispositivos técnicos o informáticos, es precisamente la dificultad que tienen los datos que se recopilan a la hora de demostrar la intencionalidad. La Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para la interpretación de los delitos de odio tipificados en el art. 510 del CP, señala que para poder atribuir un delito de odio al investigado es necesario probar no solamente el hecho y su participación, sino su intencionalidad. Para ello será imprescindible la valoración y razonamiento del juez sobre la prueba presentada debiendo existir un auténtico móvil discriminatorio. Como bien explica BUENO DE MATA, “*será necesario que exista una relación de causa y efecto entre la conducta realizada y la motivación discriminatoria del autor*”⁵⁰. Será pues necesaria la concurrencia de una serie de indicios que permitan fundamentar la acusación. Ahora bien, el problema reside en que nuestra LECrim regula las diferentes maneras de practicar las pruebas de cargo y descargo, pero nada menciona sobre aquellos casos en que nos encontramos con la prueba indiciaria⁵¹. Para poder “construir” dicha prueba, en el caso concreto de los delitos de odio, será de vital importancia la recogida en el atestado policial de los indicadores de polarización a través de los cuales se aprecia la conducta discriminatoria y los cuales serán abordados en líneas posteriores. En todo caso, es admitido por la jurisprudencia de nuestro TC⁵² que la prueba circunstancial puede sustentar una verdadera condena penal por delitos motivos de odio y discriminación en caso de que falte una prueba de cargo directa, siempre que, evidentemente, se lleve a cabo un proceso de razonamiento lógico que se exprese debida, suficiente y motivadamente en la sentencia acatando el mandato constitucional del art. 120. 3 CE.

50 BUENO DE MATA, F., *Investigación y prueba de los delitos de odio en redes sociales: técnicas OSINT e inteligencia policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 216.

51 Vid. RODRÍGUEZ MONSERRAT, M., “La validez de la prueba indiciaria: Análisis de los requisitos para su amparo constitucional a la luz de la Sentencia 532/2019, de 4 de noviembre”, *Diario La Ley*, núm. 9674, 2020.

52 Vid. STC 174/1985, de 17 de diciembre; STC 263/2005, de 24 de octubre; STC 123/2006, de 24 de abril.

4.2. El fenómeno de la infradenuncia en los delitos de odio

4.2.1. El necesario refuerzo en el acceso a la información y en los servicios de asistencia a las víctimas

Las previsiones realizadas a nivel europeo y a nivel interno abogan constantemente por la protección de las víctimas de los delitos de odio. No obstante, proporcionar determinados mecanismos de ayuda se convierte en una ardua tarea si la víctima no presenta la correspondiente denuncia. Nos referimos aquí a la problemática de la infradenuncia, cuestión que se aborda en el Informe de la Encuesta sobre delitos de odio⁵³ elaborado por la ONDOD en junio de 2021. Según el citado informe, el índice de infradenuncia de España se encuentra en un nivel muy alto: en torno al 90% de la población que se ve afectada por este tipo de conductas no denuncia por desconocimiento en la tipicidad de los hechos y temor a ostentar el papel de víctima por todo lo que ello implica. La infradenuncia en general y, concretamente en los delitos de odio, no es sino un fenómeno preocupante referido a la subnotificación o falta de denuncia de estas conductas resultado de una desconfianza del ciudadano en el sistema de administración de justicia sumado, todo ello, al desconocimiento de sus derechos. Ello deriva de una circunstancia especialmente negativa, que es la apertura de una puerta hacia la impunidad de los infractores⁵⁴.

Como principales motivos de infradenuncia en los delitos de odio encontramos, en primer lugar, y como ya se ha dicho, la falta de confianza en las autoridades y el sistema de justicia. Las víctimas temen que sus denuncias no sean tomadas con seriedad o no se lleguen a resolver, considerando que no se tomarán medidas efectivas para abordar su caso. A esa desconfianza se debe añadir el miedo a que su credibilidad falle, sobre todo a la hora de prestar declaración en la fase de juicio oral. Al igual que ocurre con las agresiones sexuales continuadas en el tiempo y en un ambiente íntimo, como es la esfera familiar, las amenazas y coacciones, así como la violencia física prolongada por motivos de odio, lleva al silencio de la víctima⁵⁵. Ante tales circunstancias y para evitar esa percepción de falta de credibilidad, miedo y desconfianza, en casos que se mantienen a lo largo del tiempo, proponemos que para evitar tales consecuencias la declaración de la víctima tenga el valor de prueba preconstituida. En el caso de los menores de catorce años y personas discapacitadas víctimas de violencia (delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral...), el art. 449 ter LECrim prevé practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida⁵⁶. Entendemos que la perpetración de estas conductas por motivos de

53 Documento disponible en: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/informe-de-la-encuesta-sobre-delitos-de-odio/>

54 HERNÁNDEZ-PRADOS, M.A., “Análisis sistemático para la identificación de los delitos de odio” en PINA CASTILLO, M. HERNÁNDEZ-PRADOS, M.A., *La infradenuncia en los delitos de odio*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 35-46.

55 Sobre esta cuestión se pronuncia la STS 695/2020, de 16 de diciembre de 2020 (FJ 2).

56 Reforma operada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección

odio encajaría en el requisito impuesto por nuestro legislador en el precepto al que aludimos. De este modo evitaríamos el fenómeno de la victimización secundaria y la estigmatización así como las posibles represalias que pueden sufrir al denunciar un delito de odio. Sin ánimo de eludir los principios y garantías procesales, tales como la inmediación, la defensa, la contradicción o la presunción de inocencia, etc., Por su parte, el art. 449 bis LECrim que contempla la declaración del testigo como prueba preconstituida, exige asegurar la documentación de la declaración en un soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen y, en sintonía con el art. 730.1 LECrim, parece ofrecer a la víctima también esta posibilidad.

El segundo de los motivos que justifica la falta de denuncia reside en el desconocimiento de los recursos y procedimientos. Las víctimas, en la mayoría de las ocasiones, no tienen información suficiente sobre los recursos y los derechos que poseen como tales. Si bien, la LEVD recoge ese catálogo de derechos que se reconocen a las víctimas de los delitos, tales como el derecho a entender y ser entendida, derecho de información, derecho a ejercer la acción penal y civil o el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Respecto a esta cuestión, insistimos, nuevamente, en el papel tan importante de las OAVD debido a su consideración como punto referencial de información, apoyo, orientación y derivación a los recursos especializados dirigidos a las víctimas del delito. Las OAVD deberían suponer un espacio de confianza para la víctima, dado que uno de los principios por los que se rige la intervención de aquellas es el principio de confidencialidad⁵⁷. Es decir, la relación que surge entre los profesionales de las oficinas y quienes acuden a las mismas se asienta en la reserva de la información otorgada en las diferentes intervenciones realizadas, sin perjuicio de la obligación que tienen quienes están al frente de este servicio de poner en conocimiento de la autoridad judicial competente los hechos delictivos de los que tenga información.

Entre los servicios que ofrecen las OAVD, amparadas bajo el principio de confidencialidad, es la atención jurídica⁵⁸. Para paliar este segundo problema de desconocimiento de los recursos la asistencia jurídica debe estar enfocada a: informar sobre los derechos legales (asistencia jurídica gratuita), explicación del proceso (etapas, plazos y partes involucradas), derivación a servicios legales pertinentes, apoyo en la preparación de los documentos legales, acompañamiento dentro del sistema de administración de justicia (Art. 19.11.b) RD 1109/2015, de 11 de diciembre) debiendo brindar apoyo emocional y práctico durante su participación.

Junto a estos dos motivos, encontramos también las barreras lingüísticas y culturales. Muchas de las víctimas de delitos de odio pertenecen a minorías o son inmigrantes

integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

57 Este principio se deriva del preámbulo del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

58 *Vid.* Art. 21 del RD 1109/2015, de 11 de diciembre.

que, además de sufrir este tipo de discriminación, encuentran cierto temor a presentar la correspondiente denuncia por las barreras mencionadas y la falta de conocimiento del funcionamiento del sistema de justicia penal del ordenamiento jurídico español. Se enfrentan a dificultades a la hora de comunicarse con las autoridades competentes de modo que encuentran así una limitación en el acceso a los recursos disponibles. Por ello es imprescindible, dentro de las OAVD, prestar a las víctimas servicios de interpretación, elaborar materiales informativos en varios idiomas y, sobre todo, que los profesionales sean capaces de brindar una capacitación culturalmente sensible sobre el sistema de administración de justicia. En este sentido, lo que planteamos es que quienes se encarguen de atender casos de delitos de odio sean capaces de asumir una sensibilización sobre las diferentes culturas y barreras culturales para así otorgar una mejor respuesta a las necesidades de las víctimas. Todo ello en aras de erradicar la deficiente atención que existe, en numerosas ocasiones, en relación con la atención, información y orientación a las víctimas de los delitos de odio⁵⁹.

4.3. El deber de investigación para evitar la infradenuncia en los delitos de odio

Otra de las cuestiones que abre la puerta a la impunidad de actos violentos por motivos de odio, como el racismo o la xenofobia, es la falta de diligencia debida en la investigación de este tipo de conductas. El deber de investigación en los delitos de odio resulta esencial para poder garantizar un análisis exhaustivo y efectivo ante la sospecha de que un delito ha sido perpetrado por prejuicio o discriminación hacia una persona o un grupo por su orientación sexual o de género, etnia, raza o identidad de género, entre otros. En este sentido se pronuncia la STEDH del caso *Nachova y otros c. Bulgaria* de 6 de julio de 2005, que declara la obligación de los Estados, concretamente de las FCSE de investigar los motivos racistas que subyacen a los actos de violencia. El TEDH condena a Bulgaria por no haber protegido debidamente los derechos de las víctimas de agresiones racistas y el deber de investigación que ha de llevar a cabo cada Estado. Este pronunciamiento es realmente relevante en la lucha contra los delitos de odio y discriminación racial en Europa.

Sobre el deber de investigación también resulta reseñable el caso *Beauty Salomon c. España* de 24 de julio de 2012. En este asunto la demandante, Beauty Salomon, alega haber sido víctima de discriminación por parte de las FSCE así como la ausencia de una investigación eficaz sobre el caso. El TEDH considera que las investigaciones llevadas a cabo en el caso no fueron lo suficientemente profundas y efectivas produciéndose así una violación del art. 3 CEDH⁶⁰. La Policía Nacional había proliferado a la demandante, que se encontraba en la calle ejerciendo la prostitución, insultos

59 AGUILAR GARCÍA, M.A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (ed.), Cataluña, 2015.

60 Art. 3 CEDH. "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

de corte racista, al tiempo que mantuvo una conducta totalmente indiferente con otras mujeres que se encontraban realizando la misma actividad pero con rasgos físicos europeos. El TEDH señala que, en este tipo de casos, los Estados deben adoptar todas aquellas medidas necesarias y razonables para poder descubrir la existencia de motivos racistas y si el sentimiento de odio subyace a las agresiones verbales y físicas vertidas sobre la demandante. Si bien es cierto que reconoce en este sentido la dificultad de probar una motivación racista, precisamente por tal circunstancia, se debe estudiar el conjunto de todos los medios disponibles. En este caso, los dos Juzgados de Instrucción encargados del asunto –dado que la víctima sufrió el mismo trato degradante en dos ocasiones–, dictaron sobreseimiento⁶¹ sin analizar realmente todos los elementos probatorios existentes y sin realizar una profunda investigación de ambas situaciones. El deber de investigación de este tipo de conductas es clave para poder dar una respuesta jurídico-penal. Realmente el odio, en sí, no constituye un delito, pero sí lo es esa violencia directa visible motivada por dicho elemento. Ahora bien, la violencia cultural o estructural promovida también por el odio, es una violencia invisible, una violencia sutil, una discriminación encubierta que también daña a las personas y desgasta la convivencia dentro de la sociedad. Y es que la insuficiencia investigadora se parecía tanto en el ámbito judicial como en el policial y siempre, por la apreciación de falta de elementos discriminatorios en la conducta.

Los casos más habituales de falta de investigación residen, como se ha mencionado en las líneas inmediatamente anteriores, en la negativa de acceso a una persona a un espacio público. En este tipo de situaciones se recibe la declaración de la víctima, pero no existen diligencias preliminares sobre la posible apreciación de un motivo discriminatorio, de modo que ello conduce al sobreseimiento provisional del asunto⁶². Al error en el reconocimiento adecuado por parte de las autoridades competentes, subyace una falta de sensibilización y conocimiento sobre la naturaleza y las impresiones sobre este tipo de delitos lo que conduce, prácticamente de manera automática, a su innecesaria investigación.

En segundo lugar, en muchas ocasiones la violencia física y verbal es llevada a cabo por organizaciones criminales que pasan desapercibidas al no existir una investigación específica y profunda. Véase en este sentido agrupaciones del movimiento *skinhead*, asociaciones homófobas o de corte racista. Para esta cuestión consideramos especialmente relevante la figura del agente encubierto tanto físico como informático, pues muchos de los mensajes e incitaciones al odio de este tipo de organizaciones son lanzados a través de redes sociales, siendo estos los mecanismos más eficaces de captación de nuevos miembros. El art. 282 bis LECrim, precepto en el que se regula la figura del agente encubierto, prevé como condición para el uso de esta medida la investigación en casos de delincuencia organizada, es decir, actividades vinculadas

61 Téngase en cuenta que en España, conforme al art. 12 LEVD, la víctima tiene derecho a recurrir la resolución de sobreseimiento sin que sea necesario su personación anteriormente en el proceso.

62 AGUILAR GARCÍA, M.A., “Manual práctico...”, *Op. cit.*, p. 88.

a este tipo de organizaciones criminales. Ahora bien, al encontrarnos en fase de instrucción, como bien señala VILLAR FUENTES “*no se puede tener conocimiento cierto de la comisión de los delitos o de la pertenencia a una organización criminal*”⁶³. Asimismo, si bien es cierto que en la lista de delitos que el art. 282 bis LECrim recoge como propios de la delincuencia organizada no aparece mención alguna al art. 510 CP, consideramos acertada su inclusión, por cuanto puede ir dirigido a diferentes colectivos vulnerables cuya mayor necesidad de protección requiere, de igual modo, una investigación eficaz de los hechos y siempre bajo los requisitos legalmente establecidos. La aplicación de esta figura conduciría a una mejora en las investigaciones, particularmente, a la hora de averiguar si se mueven por elementos racistas, homófobos, xenófobos, etc., pues solo así la conducta podrá ser castigada como un delito de odio.

De igual modo, encontramos la adaptación de esta figura en su especialidad informática a los casos en que los hechos sean realizados a través de redes sociales⁶⁴, recuérdese que las organizaciones criminales también han sabido adaptarse rápidamente a las tecnologías disruptivas haciendo que nos encontremos con nuevas fórmulas de criminalidad en constante aumento⁶⁵. Ello hace que toda la fenomenología delictiva asociada a las nuevas tecnologías conlleve una dificultad en torno a su investigación⁶⁶, lo cual implica que, para que pueda ser eficaz, hemos de hacer uso de medidas de investigación tecnológicas que permitan salvar tales dificultades y obtener datos probatorios que supongan una continuación del proceso. Sobre esta cuestión, es interesante la regulación que realiza nuestro Anteproyecto de LECrim 2020, referida concretamente a las *investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación*. Nuevamente, al igual que en nuestro actual art. 282 bis LECrim, no se contiene mención alguna sobre el delito del art. 510 CP, si bien la infiltración de un agente informático en este tipo de canales es imprescindible para poder identificar a los autores y los posibles motivos de odio subyacentes.

En tercer y último lugar, vinculado a los dos anteriores, otro de los grandes problemas frecuentes es que en los atestados de las FSCE y en las declaraciones tomadas en sede judicial se aprecia una ausencia de motivación por odio en la figura del autor, de modo que la agresión se tramita como otra cualquiera. En estos casos y, a

63 VILLAR FUENTES, I., “El agente encubierto y su especialidad informática: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado (análisis de la figura del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 6, 2022, p. 203.

64 No obstante, nos encontramos aquí con la dificultad de actuar en canales abiertos, para lo cual sería necesaria la búsqueda de nuevas fórmulas o una readaptación y reconfiguración de la figura del agente encubierto informático para que así pueda operar en canales de comunicación abiertos.

65 GONZÁLEZ GARCÍA, S., “El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 139, 2019.

66 RAYÓN BALLESTEROS, M.C.; GÓMEZ HERNÁNDEZ, J.A., “Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento”, *Anuario Jurídico y Económico Esculariense*, núm. 47, 2014, pp. 209-234.

pesar de apreciarse el acto, por ejemplo, homófobo o xenófobo, la víctima ve imposible su reparación del daño ante la falta de consideración sobre la existencia de tales circunstancias por parte de la autoridad policial o judicial competente. Para paliar con esta errónea actuación, es necesaria una formación lo suficientemente adecuada de los intervinientes (miembros de las FSCE, jueces y fiscales) para lo que será sumamente necesario el uso de los llamados indicadores de polarización⁶⁷. La concurrencia de uno o varios de estos indicadores es suficiente para orientar la investigación que tiene por objeto la existencia de una motivación intolerante⁶⁸. En el ya citado *Balázs c. Hungría*, de 20 de octubre de 2015, el TEDH pone de manifiesto en su pronunciamiento que los indicadores de polarización suponen una herramienta clave en la identificación de delitos de odio. Estos indicadores de odio o de polarización radical, como es lógico, se extraen sobre todo de las declaraciones de las víctimas, de los testigos y de los sujetos investigados. Así pues, podríamos tomar como principales factores de polarización que constituyen lo que sería una prueba de indicios: la pertenencia de la víctima a una minoría o colectivo especialmente vulnerable (e.g. *Colectivo LGTBIQ+*), las expresiones o comentarios intolerantes⁶⁹ de carácter vejatorio contra cualquier persona o colectivo al que pertenezca. el sentimiento de la víctima ante la conducta acaecida, antecedentes penales del investigado o la vinculación de este a determinados grupos que se caracterizan por su ánimo de animadversión hacia determinados colectivos⁷⁰. De modo que, al exigir la ley motivación discriminatoria, estos factores nos permitirán constatar la presencia o no de aquella y, aunque los hechos puedan revestir una gravedad notable, puede que no sean susceptible de ser considerados como delitos de odio al no darse los mencionados indicadores⁷¹.

4.4. La importancia del fomento de la participación de la víctima en los casos sobre delitos de odio. Aplicación de herramientas restaurativas.

Tras las cuestiones tratadas en las líneas anteriores, la última de las cuestiones a tratar reside en el papel que ostenta la víctima en el proceso penal cuando hablamos de delitos de odio. Las explicaciones otorgadas en los epígrafes que nos preceden

67 AGUILAR GARCÍA, M.A., “Manual práctico...”, *Op. cit.*, p. 91.

68 Consúltese: [https://www.ertzaintza.euskadi.eus/lfr/web/ertzaintza/indicadores-de-polarizacion](https://www.ert zaintza.euskadi.eus/lfr/web/ertzaintza/indicadores-de-polarizacion)

69 En concreto, cuando el delito sea cometido a través de dispositivos tecnológicos y redes sociales, habrá de tenerse en cuenta la simbología empleada así como esa capacidad de poder transmitir el mensaje a un importante número de personas y usuarios.

70 MARTÍNEZ RÍOS, J.M., “Delitos de odio: indicadores de polarización a indicar en el atestado policial”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 61, 2020, p. 133-134. Sobre los indicadores de polarización radical se pronuncia la Circular 7/2019, de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal [BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019]. La Circular de la FGE los agrupa en tres: víctima, autor y contexto. Dentro de cada uno de ellos incluye la lista que hemos mencionado en el texto.

71 En este sentido se pronuncia la SAP Álava 133/2022, de 9 de junio de 2022.

nos llevan a la siguiente reflexión: la víctima de un delito de odio es seleccionada de manera intencional, es decir, porque reviste unas características específicas, tales como la pertenencia a una minoría, el hecho de profesar una determinada religión, o también por sus preferencias sexuales e identidad de género. Todas ellas son el motivo que promueve esa voluntad de causarle un daño físico y emocional, estando ante una auténtica manifestación del rechazo a la identidad del perjudicado.

Asentadas las bases del fenómeno conocido como “el renacimiento de la víctima”⁷², el cual le otorga un mayor protagonismo en el proceso penal, el planteamiento que surge es de qué manera se pueden reforzar las garantías de su participación en aquel. De hecho esta cuestión se reconoce como un derecho de la víctima conforme al art. 11 LEVD. No obstante, debido a la secuelas psicológicas y sociales que se derivan de este tipo de conductas, especialmente cuando son llevadas a cabo ante medios de comunicación masiva, y que provocan en la víctima un importante estrés postraumático, angustia, aislamiento social y desconfianza, nos lleva a replantearnos otras formas de participación que, en un ambiente más distendido, permitan sanar a las víctimas de los delitos de odio. Y, además, habrá que promover que las autoridades pertinentes muestren apoyo a las víctimas para denunciar esta clase de conductas y que estén debidamente sensibilizadas sobre los derechos que les corresponden. De modo que, quizá las herramientas que ofrece la justicia restaurativa permiten paliar los daños generados a la víctima ofreciéndole un espacio donde pueda poner de manifiesto sus intereses⁷³.

A la hora de reparar el daño provocado por el delito que sufre la víctima, dentro del ámbito económico y fuera del mismo, dado que, como hemos podido comprobar, también alcanza a su dimensión moral⁷⁴, abogamos por solventarlo a través de un procedimiento de justicia restaurativa. Este tiene como principales objetivos la reparación del daño a la víctima a la vez que recupera esa sensación de confianza y seguridad, así como la resolución de todas aquellas negativas consecuencias derivadas del fenómeno de la revictimización. Como explica SOLETO MUÑOZ, la justicia restaurativa “*recupera a la víctima como sujeto con necesidades más allá de la económica y reivindicativa*”⁷⁵. Estamos ante un amplio movimiento que, paulatinamente, ha ido asentándose en los diferentes ordenamientos jurídicos y que viene a suponer una importante reforma y modernización del actual sistema de administración de

72 MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Respuesta Jurídica y Social a la Víctima del Delito*, Editorial VLEX, España, 2016.

73 FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (RIEDPA)*, núm. 2, 2015.

74 En cuanto a la reparación del daño moral, téngase en cuenta que esta puede tener lugar mediante el ofrecimiento de una disculpas o la asunción por parte del infractor de participar en determinados programas reeducativos y rehabilitadores. *Vid.* BOLÍVAR, D.; VANFRAECHEM, I., “Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales”, *Universitas Psychologica*, núm. 4, 2015, pp. 1437-1458.

75 SOLETO MUÑOZ, H., “Justicia Restaurativa para la menor reparación de la víctima”, en SOLETO MUÑOZ, H.; CARRASCOSA MIGUEL, A., “Justicia restaurativa...”, *Op. cit.*, p. 496.

justicia penal basándose, siempre, en una auténtica reparación integral del daño implicando a víctima y victimario. Utilizada como una vía complementaria, especialmente mediante el uso de la mediación, la justicia restaurativa es amplia. Es decir, supone un incremento del círculo de los interesados, incluyendo no solamente al juzgador y al victimario, sino también a la víctima y a otros tantos miembros de la comunidad⁷⁶. Véase en este sentido el uso de círculos de sentencia o conferencias de grupo, pues, ambas presentan un modelo de intervención más amplio que la mediación porque involucran a más gente a la hora de participar en el proceso, como son los familiares y el círculo social de ambas partes, víctima y victimario⁷⁷.

Precisamente cuando hablamos de delitos de odio, la comunidad también se ve afectada por el delito cometido, aunque sea únicamente contra uno de sus miembros. El daño generado alcanza al colectivo del que forma parte la víctima. En países de nuestro entorno como Inglaterra, las asociaciones han comenzado a promover el uso de estas herramientas a modo de prevención y respuesta a los delitos de odio y discriminaciones homófobas. Concretamente la organización *Why me?* inició en 2019 un proyecto dedicado a realizar formación en materia de justicia restaurativa con agrupaciones del colectivo LGTBQ+ así como la Oficina Metropolitana de Policía, a la par que se imparte información sobre medidas para combatir el odio y la discriminación⁷⁸.

No se trata del único caso, pues en España, concretamente en Ciudad Real (Castilla la Mancha), se ha lanzado también una propuesta para orientar y acompañar a la víctima de odio y discriminación por motivos raciales para presentar la denuncia, además de elaborar un programa que dé una respuesta eficaz en la reparación del daño provocado⁷⁹. También en Minnesota (Estados Unidos), las tensiones raciales entre alumnos blancos y aquellos pertenecientes a minorías étnicas en un centro escolar, han conducido a la necesidad de recurrir a conferencias de grupo entre los alumnos y sus familias involucrando, además, al profesorado del centro educativo. Así se da voz en un espacio de confort a las víctimas para relatar su testimonio y el miedo generado tras las conductas discriminatorias⁸⁰. También en Estados Unidos, en este caso en Oregón, para evitar las amenazas islamófobas después de los

76 ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2010, p. 18.

77 MERINO ORTIZ, C.; ROMERA ANTÓN, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Eguzkilore*, núm. 12, 1998, pp. 285-303.

78 GÓMEZ, N.; PALACIOS, A.; PÉREZ, L., *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación*, Institut de Drets Humans de Catalunya (Ed.), España, 2021.

79 Texto de la noticia disponible en : <https://www.latribunadeciudadreal.es/Noticia/Z3BA78527-D69D-3FED-A33D6098FA0D69B7/202204/Cepaim-plantea-justicia-restaurativa-en-delitos-de-odio> [Fecha: 28 de abril de 2022]

80 MAZKIARAN, M.; URIONAGUENA VILLA, J. (Coords.), *Reparar para curar. Guía de actuación para la resolución de incidentes y delitos de odio y discriminación con enfoque restaurativo*, Federación S.O.S Racismo (ed.), España, 2020.

atentados del 11-S sufridas por un centro islámico de una localidad de este Estado, se ha optado por poner en marcha prácticas restaurativas. El Fiscal a quien se le asignó el caso, decidió contactar con una Junta Comunitaria de Responsabilidad de la que formaron parte veinte personas además de las víctimas y los agresores. Se consiguió crear así un espacio para ofensor y ofendido que culminó con la aceptación de una disculpa pública y así como el compromiso del victimario de acudir a reuniones sobre la cultura islámica⁸¹.

Téngase en cuenta que el acceso a servicios restaurativos constituye un derecho de la víctima reconocido en el art. 19 LEVD. La reparación del daño, como un deber recogido en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, podrá resultar mucho más factible y eficaz a través de la aplicación de medidas como las expuestas. Los mecanismos restaurativos permiten al infractor asumir la responsabilidad y la comprensión del daño causado a la vez que la víctima puede sanar, expresando sus sentimientos y emociones, lejos de un mero resarcimiento económico, así como a sus familiares o comunidad y colectivo al que pertenecen, quienes también se ven afectados por el ilícito penal⁸². En definitiva, la implementación de la metodología en la que se basa la justicia restaurativa no es, sino, una oportunidad de cambio y transformación que aportaría importantes beneficios en el tratamiento jurídico procesal de los delitos, puesto que sensibiliza a todos los operadores sociales, no solamente a los colectivos afectados, sino también a otros que de manera indirecta puedan verse implicados. Asimismo, otorga ciertas competencias a la víctima que, sensu contrario, no se reconocen dentro del proceso penal y, además, fomenta una mayor comprensión del fenómeno discriminatorio y las conductas promovidas por el odio.

5. CONCLUSIONES

El otorgamiento de una auténtica libertad de expresión que ha ido buscando su espacio dentro de la sociedad a medida que se va construyendo nuestro actual Estado social y democrático de Derecho, ha encontrado sus límites en determinados derechos fundamentales como es la igualdad y la no discriminación (arts. 9.2 y 14 CE). La realidad es que, las normas y políticas públicas de carácter antidiscriminatorio únicamente llegan a abordar la cara visible de los delitos de odio, dejando a un lado la adopción de medidas que hagan frente a la violencia silenciosa que sufre el individuo así como la comunidad a la que pertenece o con la que se identifica.

81 GÓMEZ, N.; PALACIOS, A.; PÉREZ, L., “Justicia restaurativa...”, *Op. cit.*, p. 94.

82 MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., “Contribuciones de la justicia restaurativa a la reparación del daño y a la satisfacción de necesidades de las víctimas de delitos”, *La Ley Penal*, núm. 148, 2021.

Así pues, nuevos retos se plantean tanto para el legislador europeo como para el español, entre ellos, fomentar la denuncia de los delitos de odio. En este sentido, es importante desarrollar un acceso al sistema de administración de justicia que sea adecuado: eficiente pero, sobre todo eficaz, así como garantista y con las medidas de protección necesarias. Para ello es fundamental la sensibilización de los operadores jurídicos implicados y de otros colaboradores de la administración de justicia, la cual va desde la identificación cultural de la víctima, pasando por el lenguaje y sus sentimientos. Esto enlaza directamente con el segundo reto: la mejora en el deber de investigación. Se trata de una cuestión clave e indispensable para poder garantizar la protección de la víctima, reducir el fenómeno de la infradenuncia, así como velar por la debida protección de los derechos humanos, pues la hostilidad hacia determinadas creencias, rasgos o sentimientos de las personas que caracteriza a estos delitos realmente supone un auténtico problema de derechos humanos. Si bien la mayoría de los Estados han optado por reconocer la gravedad de estos hechos, la colaboración e investigación eficaz a nivel policial y judicial es absolutamente necesaria para evitar la impunidad. La investigación, en todo caso, habrá de ser exhaustiva e imparcial, debiendo tener en cuenta todas aquellas fuentes de prueba pertinentes que, con posterioridad, podrán ser aportadas como medios de prueba llevándose a cabo su debida práctica en fase de juicio oral, así como la toma de declaración de testigos y de la propia víctima, donde se analizarán los indicadores de polarización que servirán para verificar la existencia o no de una motivación discriminatoria. Así pues, la inversión en capacitación y recursos materiales y humanos necesarios para poder abordar de manera efectiva los delitos de odio y otras conductas antidiscriminatorias, habría de ser preceptiva. En este sentido destacamos no solo la toma de conciencia en materia de odio, sino también una formación tecnológica, dado que muchas de las conductas, como hemos visto, se inician a través de dispositivos tecnológicos debido al mayor alcance del propósito pretendido. Por tanto, los aspectos clave del eficaz deber de investigación de los delitos de odio serían el reconocimiento y la humanización, la recopilación de la información, la identificación de los indicadores de odio y motivos discriminatorios, el registro y la documentación y, por último, la coordinación y cooperación para poder proteger a las víctimas y los colectivos dañados.

Respecto a este último elemento, abogamos por el empleo de mecanismos procesales ya existentes y reconocidos en nuestra LECrim, tales como la consideración de la declaración de la víctima como prueba preconstituida, sobre todo si ostenta la condición de especialmente vulnerable, como los menores de edad o las personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Las dificultades y trabas para acceder a la justicia generan esa desconfianza que deriva en la infradenuncia, conectando así todos los aspectos trabajados en esta investigación. Hemos de garantizar un auténtico derecho a la tutela judicial efectiva, así como el reconocimiento y práctica de las garantías inherentes al investigado. Y dentro de la protección a la víctima, respaldamos el empleo de herramientas restaurativas –más allá de la mediación–, en

la medida en que este tipo de delitos afectan directamente a determinadas comunidades y colectivos. De modo que, si la justicia restaurativa apuesta por involucrar a la comunidad, la víctima y el ofensor, la utilización de los instrumentos que ofrece será mucho más eficaz a la hora de reparar el daño, ello sin dejar de lado la responsabilidad civil derivada y la posible indemnización patrimonial.

En definitiva, nos encontramos ante un auténtico problema de derechos humanos, *in crescendo*, debido a la irrupción de la tecnología en nuestra vida. La cada vez mayor exposición de nuestros datos y vida privada en las redes sociales nos hace vulnerables ante este tipo de conductas, condición que será doble en el caso de determinados colectivos. Así nos encontramos con una sociedad global que en mayor o menor medida, también dependiendo del momento en que se encuentra, tiene tintes de intolerancia y si bien el tratamiento procesal expuesto solamente constituye la punta del iceberg de este tipo de conductas, lo cierto es que la promoción de la igualdad y no discriminación no solamente reside en la adopción de medidas legales, sino en la educación, sensibilización y promoción de una cultura de diversidad y respeto.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, M.A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (ed.), Cataluña, 2015.
- BARONA VILAR, S., "Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la persona maquina y su responsabilidad", *Actualidad Civil (LA LEY)*, núm. 10, 2022.
- BARRIO ANDRÉS, M., *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- BLANCO, M.C., "El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativas", en ALVITE, J.P. (Coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Gakoa liburuak, País Vasco, 1995.
- BOLÍVAR, D.; VANFRAECHEM, I., "Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales", *Universitas Psychologica*, núm. 4, 2015.
- BUENO DE MATA, F., "Delitos de odio y redes sociales: retos procesales", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 10180, 2022.
- BUENO DE MATA, F., *Investigación y prueba de los delitos de odio en redes sociales: técnicas OSINT e inteligencia policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CABRA DE LUNA, M.A. (Coord.), *Legislación contra la discriminación de las personas con discapacidad*, Escuela libre editorial (Fundación ONCE), Madrid, 2001.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DE HOYOS SANCHO, M., “El tratamiento procesal de las víctimas tras las reformas de 2015” en FUENTES SORIANO, O (Coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley (Práctica de Tribunales)*, núm. 151, 2021.
- DIEGO GONZÁLEZ, J., “Ciber odio”, en DOCAL GIL, D.; CABALLERO CASAS, J. (Coords.), *Criminología y delitos de odio*, Delta publicaciones, España, 2019.
- FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (RIEDPA)*, núm. 2, 2015.
- GALINDO PERIPIÑÁN, M., “Elementos básicos de la justicia restaurativa”, en SOLETO MUÑOZ, H.; GRANÉ, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019.
- GIMENO SENDRA, V., (et. al.), *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ, N. PALACIOS, A.; PÉREZ, L., *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación*, Institut de Drets Humans de Catalunya (Ed.), España, 2021.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., “El agente encubierto informático a examen: un análisis de s regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 139, 2019.
- GONZÁLEZ PULIDO, I., *El registro remoto como diligencia de investigación tecnológica de la ciberdelincuencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- GONZÁLEZ-TABLAS Y SASTRE, R., “El derecho y las nuevas tecnologías”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2001.
- GORDÓN BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones”, *Diario La Ley*, núm. 9494, 2019.
- HERNÁNDEZ MOURA, B., *La víctima como elemento esencial en la comprensión del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- HERNÁNDEZ-PRADOS, M.A., “Análisis sistemático para la identificación de los delitos de odio”, en PINA CASTILLO, M.; HERNÁNDEZ-PRADOS, M.A., *La infradenuncia en los delitos de odio*, Dykinson, Madrid, 2023.

- JIMENO BULNES, M., “Mediación penal y/o justicia restaurativa: status quo”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 13, 2023.
- LANDA GOROSTIZA J-M., *Los delitos de odio (Artículos 510 y 22.4.º CP 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Victimización sexual y nuevas tecnologías: desafíos probatorios*, Dykinson, Madrid, 2021.
- MAGRO SERVET, V., “La discriminación, el odio y el acoso a raíz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Diario La Ley*, núm. 10117, 2022.
- MARTÍN DIZ, F., “Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable: propuestas de reforma legal en el ámbito procesal penal”, en DEL POZO PÉREZ, M.; BUJOSA VADELL, L. (Dirs.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y proceso: garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales”, en JIMÉNEZ CONDE, F.; BELLIDO PENADÉS, R. (Dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MARTÍN DIZ, F., “Justicia restaurativa y víctimas especialmente vulnerables: notas para un nuevo desafío en el sistema de justicia penal” en SOLETO MUÑOZ, H.; CARRASCOSA MIGUEL, A., *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Respuesta Jurídica y Social a la Víctima del Delito*, Editorial VLEX, España, 2016.
- MARTÍNEZ RÍOS, J.M., “Delitos de odio: indicadores de polarización a indicar en el atestado policial”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 61, 2020.
- MAZKIARAN, M.; URIONAGUENA VILLA, J. (Coords.), *Reparar para curar. Guía de actuación para la resolución de incidentes y delitos de odio y discriminación con enfoque restaurativo*, Federación S.O.S. Racismo (ed.), España, 2020.
- MERINO ORTIZ, C.; ROMERA ANTÓN, C., “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, *Eguzkilore*, núm. 12, 1998.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., “Contribuciones de la justicia restaurativa a la reparación del daño y a la satisfacción de necesidades de las víctimas de delitos”, *La Ley Penal*, núm. 148, 2021.
- MORENO LÓPEZ, R.; ARROYO LÓPEZ, C., “Redes, equipos de monitoreo y aplicaciones móvil para combatir los discursos y delitos de odio en Europa”, *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 80, 2022.

- MORETÓN TOQUERO, M.A., “El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 27, 2012.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “La víctima”, en GÓMEZ COLOMER, J-L.; BARONA VILAR, S. *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- RAYÓN BALLESTEROS, M.C.; GÓMEZ HERNÁNDEZ, J.A., “Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento”, *Anuario Jurídico y Económico Esculariense*, núm. 47, 2014.
- RODRÍGUEZ MONSERRAT, M., “La validez de la prueba indiciaria: Análisis de los requisitos para su amparo constitucional a la luz de la Sentencia 532/2019, de 4 de noviembre”, *Diario La Ley*, núm. 9674, 2020.
- SOLETO MUÑOZ, H., “Justicia Restaurativa para la menor reparación de la víctima” en SOLETO MUÑOZ, H.; CARRASCOSA MIGUEL, A., *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- TAMARIT SUMALLA, J., “Los delitos de odio en las redes sociales”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 27, 2018.
- TAMARIT SUMALLA, J., “Los derechos de asistencia a las víctimas”, en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.); VILLACAMPA ESTIARTE, C.; SERRANO MASIP, M., *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VILLAR FUENTES, I., “El agente encubierto y su especialidad informática: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado (análisis de la figura del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 6, 2022.
- VIVÓ CABO, S., “La globalización del delito”, *La Ley Penal (LA LEY)*, núm. 132, 2018.
- VON HETING, H., *The criminal and his victim*, Yale University Press, USA, 1948.
- ZAMARRA ÁLVAREZ, J.M.^a., *Derechos y garantías del investigado en el proceso penal conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 2021.
- ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2010.

La violencia y el acoso laboral desde las perspectivas jurídica y criminológica: hacia un nuevo *compliance* laboral

Violence and workplace harassment from the legal and criminological perspectives: towards a new labour compliance

JOSÉ MARÍA QUÍLEZ MORENO

Profesor Titular de Derecho Laboral
Universidad Europea de Valencia (España)

josemaria.quilez@universidadeuropea.es

 <http://orcid.org/0000-0001-5810-7685>

SUSANA BERROCAL DÍAZ

Profesora en el Grado de Criminología
Universidad Europea de Valencia (España)

susana.berrocal@universidadeuropea.es

 <https://orcid.org/0009-0009-8493-4989>

Recepción: 23/06/2023

Aceptación: 20/11/2023

Cómo citar este trabajo: QUÍLEZ MORENO, José María y BERROCAL DÍAZ, Susana, “La violencia y el acoso laboral desde las perspectivas jurídica y criminológica: hacia un nuevo *compliance* laboral”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 79-112, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.04>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 79-112

Resumen: La cuestión relativa a la violencia y el acoso en el ámbito laboral es un fenómeno que sigue presente en nuestra sociedad. Ello exige a las empresas la adopción y aplicación de políticas adecuadas que tengan en cuenta estas situaciones de violencia y acoso, así como los riesgos psicosociales asociados.

Para ello es preciso identificar y evaluar las conductas de violencia y acoso, con el fin de adoptar medidas preventivas y controlar los riesgos, lo cual debería encaminarnos hacia la adopción de una serie de protocolos de actuación, que exigen previamente un estudio concienzudo de los aspectos relativos a la conducta y caracteres del sujeto activo, así como de los caracteres y elementos de la víctima y del entorno laboral en el cual se producen los hechos.

Un nuevo escenario se abre en el ámbito laboral, donde el criminólogo puede tener mucho que decir colaborando en la creación e implantación de futuros sistemas de compliance laboral.

***Abstract:** The issue of violence and harassment at work is a phenomenon that is still present in our society. This forces companies to adopt and apply appropriate policies that take into account these situations of violence and harassment, as well as the associated psychosocial risks.*

For this, it is necessary to identify and evaluate the behaviors of violence and harassment, in order to adopt preventive measures and control the risks, which should lead us towards the adoption of a series of action protocols, which previously require a thorough study of the aspects relating to the conduct and characters of the active subject, as well as the characters and elements of the victim and the work environment in which the events occur.

A new scenario is opening up in the workplace, where the criminologist can have a lot to say by collaborating in the creation and implementation of future labor compliance systems.

Palabras clave: acoso laboral; violencia laboral; mobbing; prevención de riesgos laborales; políticas de empresa; entorno laboral; criminología laboral.

***Keywords:** workplace harassment, workplace violence, mobbing, prevention of occupational hazards, company policy, work environment, labor criminology.*

Sumario: 1. VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL: PUNTUALIZACIONES DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA. 1.1. Una aproximación al concepto de violencia y acoso laboral. 1.2. Análisis de determinadas conductas constitutivas de infracciones administrativas por violencia y acoso laboral. 1.3. Un gran inconveniente: las dificultades probatorias. 1.4. Mecanismos de prevención y figura del criminólogo: hacia un compliance laboral. 2. VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL: PUNTUALIZACIONES DESDE LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA. 2.1. Una introducción. 2.2. El sujeto activo en los supuestos de violencia y acoso laboral. 2.2.1. Contextualización: tipos de acoso. 2.2.2. Perspectiva criminógena de la conducta en el acoso. 2.2.3. Trazando el perfil del sujeto acosador. 2.3. La víctima de la supuesta violencia o acoso en el trabajo. 2.4. El entorno y lugar de trabajo como elemento a considerar en la violencia o acoso en el trabajo. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL: PUNTUALIZACIONES DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA

1.1. Una aproximación al concepto de violencia y acoso laboral

Cuando hablamos de violencia y acoso en el trabajo, nos encontramos ante un problema real que lleva los últimos años acaparando mayor relevancia, tanto desde el punto de vista normativo como de investigación científica. De hecho, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), destaca en su resumen de resultados de la encuesta OIT-Lloyd's Register Foundation-Gallup, publicado el pasado 5 de diciembre de 2022¹, aspectos tan relevantes como que:

- La violencia y el acoso en el trabajo es un fenómeno generalizado en todo el mundo, y más de una de cada cinco personas en empleo (743 millones, o sea, el 22,8 por ciento) ha sufrido al menos una modalidad de violencia y acoso en el trabajo durante su vida laboral.
- Entre las personas que han sufrido de violencia y acoso en el trabajo, alrededor de un tercio (el 31,8 por ciento) dijo haberlos experimentado en más de una modalidad, y el 6,3 por ciento ha afrontado durante su vida laboral las tres modalidades: a) Violencia y acoso físico; b) Violencia y acoso psicológico; c) Violencia y acoso sexual.
- La violencia y el acoso en el trabajo es también un fenómeno recurrente y persistente. Más de tres de cada cinco víctimas de violencia y acoso en el trabajo afirman que haberlo sufrido varias veces y, para la mayoría, el incidente más reciente sucedió en los últimos cinco años.
- El riesgo de sufrir violencia y acoso en el trabajo se acentúa particularmente en determinados grupos demográficos, especialmente los jóvenes, los migrantes, y los asalariados.
- El hecho de haber sufrido algún tipo de discriminación previa por motivos de género, discapacidad, nacionalidad/etnia, color de piel, y/o religión, acentuaba la violencia y acoso en el trabajo, en comparación con aquellas otras personas que no habían sufrido discriminaciones previas.
- Finalmente, hablar de experiencias personales de violencia y acoso es complicado. Sólo algo más de la mitad (el 54,4 por ciento) de las víctimas han hablado de su experiencia con alguien, y a menudo sólo después de haber sufrido más de una modalidad de violencia y acoso. La gente también tiende

¹ Nota de prensa del 5 de diciembre de 2022, en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_863210/lang--es/index.htm (última fecha de consulta, el 30 de enero de 2023). Documento resumen de resultados, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_863167.pdf. Documento completo: International Labour Organization and Lloyd's Register Foundation (2022): "Experiences of violence and harassment at work: A global first survey", Geneva: ILO, 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_863095.pdf

más a contarlos a amigos o familiares que a valerse de otros medios informales o formales.

¿Qué conclusiones rápidas podemos sacar de lo expuesto previamente a modo de resumen? Veamos:

- a) La violencia y acoso laboral sigue siendo un problema actual, que alcanza altas cotas de incidencia y supone un importante riesgo psicosocial.
- b) La violencia y acoso laboral puede generarse en distintas modalidades, pero en muchas ocasiones suelen coincidir dos o más de estas modalidades conjuntamente, lo que intensifica aún más el perjuicio a quien lo sufre, especialmente entre los colectivos señalados como más vulnerables que presenten algún tipo de fragilidad: discapacidades, raza, religión, sexo, juventud, migración, o la simple necesidad de depender de un sueldo para subsistir.
- c) La violencia y acoso laboral sigue estando muy oculto, pues un alto porcentaje de quienes lo sufren no lo comenta con nadie ni toma medidas contra dicho abuso.

El 16 de junio de 2022 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Instrumento de adhesión del Reino de España al Convenio 190 de la OIT², sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019. Lo curioso, es que cuando hablamos de violencia y acoso laboral, no son pocos los elementos que aún hoy generan dudas, entre ellos el concepto mismo de acoso laboral.

Así, dicho Convenio comienza dedicando su artículo 1 a establecer una serie de definiciones, y distingue entre “violencia y acoso”, y “violencia y acoso por razón de género”, si bien admite que la violencia y el acoso puedan definirse en la legislación nacional como un concepto único. En ambos casos, define la violencia y el acoso como “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”³.

Esta anterior definición, sin duda, hay que clarificarla y analizarla con más detenimiento para alcanzar una mejor percepción del concepto de acoso laboral. De momento, desgranando la misma nos encontramos con:

- Unos comportamientos y prácticas ejecutados o con amenaza de ser ejecutados.
- Que se manifiestan de una sola vez o de forma repetida.

² Con entrada en vigor en España el 25 de mayo de 2023 de conformidad con lo previsto en su artículo 14, apartado 3.

³ *Vid.* artículo 1.1.a) del I Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (B.O.E. 143, Sec. I, del 16 de junio de 2022).

- Que están causando o pueden causar por la misma amenaza, un daño, ya sea este físico, psicológico o económico, y si este daño es sexual, puede alcanzar una dimensión mayor como “violencia y acoso por razón de género” si dicha violencia y acoso van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, incluyendo el acoso sexual⁴.

Podemos tomar también como referencia lo que se dice sobre este tema en organismos como el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, pues no cabe duda de que la cuestión del acoso laboral afecta a material relativas a la seguridad y a la salud laboral.

Dicho organismo tiene publicada, entre otras muchas, la Nota Técnica de Prevención 854, relativa al acoso psicológico en el trabajo y su definición⁵. Curiosamente, dicha Nota Técnica se inicia con una breve exposición en la cual advierte de que en la actualidad “coexisten distintas definiciones del concepto acoso psicológico en el trabajo (APT) o mobbing”, y que en consecuencia, la “falta de homogeneidad de las mismas, así como la ambigüedad de algunos conceptos descritos puede inducir a errores de interpretación que no permiten una correcta delimitación del problema”⁶.

Siendo la cuestión que estamos tratando tan relevante, y tomando nuevamente como orientación la Nota Técnica de Prevención 854 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, es necesario “adoptar una definición operativa” desde el “punto de vista de la exposición a riesgos laborales”⁷, con el fin de delimitar el problema a tratar y poder abordar la prevención.

Cierto es que esta Nota Técnica puede dejar un poco huérfana la definición de acoso laboral si ciñe la cuestión del tipo de violencia ejercida sólo a la psicológica, eludiendo otros tipos de violencia como la física o la sexual.

Pero lo que no cabe duda, es que sea el tipo de violencia que sea, física, psicológica, o sexual, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, una correcta definición de violencia y el acoso en el mundo del trabajo debe tomar en consideración como elemento principal el riesgo, es decir, el daño potencial sobre la salud que debe ser evaluado y correctamente tratado para evitar que, efectivamente, se produzca el daño.

4 Idem, letra b) del citado artículo en el mismo apartado. Pueden consultarse igualmente las aclaraciones sobre estas definiciones, contenidas en el documento de la OIT “La violencia y el acoso en el mundo del trabajo: Guía sobre el Convenio núm. 190 y sobre la Recomendación núm. 206”, Ginebra, 2021.

5 VV.AA. (2009). “Nota Técnica de Prevención 854. Acoso Psicológico en el Trabajo: Definición”. Publica Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. <https://www.insst.es/documents/94886/328096/854+web.pdf/f4aa95ee-cd21-4c73-9842-769589a526fb#:~:text=La%20Agencia%20Europea%20para%20la,la%20salud%20y%20la%20seguridad%E2%80%9D> (Última fecha de consulta, 15 de noviembre de 2023).

6 Ibid, pág. 1.

7 VV.AA. (2009). “Nota Técnica de Prevención (...)”, op.cit pág. 2.

Si atendemos ahora a otro organismo como es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y tomamos como referente su Criterio Técnico 69/2009 “Sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo”, podremos acercarnos un poco más a este concepto y comprenderlo mejor al observar qué conductas tienen cabida en el mismo⁸. Así, encontramos:

- a) Conductas de violencia física interna: se trata de violencia física, entre personas de la misma empresa, o de distintas empresas pero que trabajen en el mismo centro de trabajo⁹.
- b) Conductas de violencia psicológica: aquí se distingue entre una conducta centrada en el acoso sexual, y otras de acoso moral, si bien, en mi opinión, deberíamos separar de estas últimas las llamadas conductas discriminatorias, como expondremos seguidamente.
 - a. Acoso sexual: definido como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).
 - b. Acoso moral: el cual se aborda desde las perspectivas del:
 - i. Abuso de autoridad: conductas de mandos o responsables hacia los subordinados (sin ser discriminatorio).
 - ii. Conducta vejatoria: cuando no existe una relación de mando o jerarquía entre las personas (sin ser discriminatorio).

Si bien las conductas de acoso moral definidas como abuso de autoridad o como conducta vejatoria, pueden no suponer en sí mismas una discriminación de algún tipo, el *acoso discriminatorio* sí puede venir ejercido tanto por los mandos o responsables hacia sus subordinados, como por compañeros de trabajo que no ostentan mando o jerarquía sobre las personas a las que acosan.

Nos apoyamos para entender mejor este *acoso discriminatorio*, en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS), y, de este modo, señalaremos como:

- c. Acoso moral discriminatorio¹⁰:

8 Enlace al documento en cuestión “Criterio Técnico DGITSS N° 69/2009 -Acoso y violencia en el trabajo” https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_69_2009.pdf (Última fecha de consulta, el 16 de marzo de 2023).

9 El propio Criterio Técnico excluye expresamente los casos de violencia física externa, es decir, las agresiones entre personas que no formen parte de las empresas o cuya presencia en el centro de trabajo sea ilegítima.

10 Destáquese la reciente modificación operada en los artículos 8.12 y 8.13 bis de la Ley 5/2000,

- i. Con abuso de autoridad o conducta activa del empresario: (art. 8.12 de la LISOS): las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.
- ii. Sin abuso de autoridad pero con conocimiento o conducta omisiva (art. 8.13.bis de la LISOS): el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

Como podemos apreciar, en el primero de los casos de acoso moral discriminatorio, existe abuso de autoridad, en el sentido de que la decisión discriminatoria parte de forma unilateral del empresario en virtud de su poder de dirección y organización, y en consecuencia de las decisiones tomadas por los mandos en quien el empresario haya delegado dicho poder de dirección.

En el segundo de los casos, cualquiera puede ser sujeto activo de la conducta discriminatoria, siempre que se produzca dentro del ámbito interno de la empresa o donde alcanzan las facultades de dirección empresarial, y tomando en consideración la falta de adopción de medidas por parte del empresario que hubiese impedido estas conductas.

Evidentemente, entre las conductas de violencia física y las conductas de violencia psicológica, parece que la relativas a la violencia psicológica serán más difíciles de definir, conceptualizar y probar, e intentaremos abordar estas cuestiones seguidamente.

provocada por la Disposición final 6.1 y 2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

1.2. Análisis de determinadas conductas constitutivas de infracciones administrativas por violencia y acoso laboral

Tomando como guía el Criterio Técnico 69/2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social anteriormente comentado, así como la clasificación de las diferentes actuaciones (físicas o psicológicas) susceptibles de ser consideradas como violencia o acoso en el trabajo, vamos a intentar analizar qué tipo de conductas pueden suponer un tipo de violencia o acoso laboral y ser, en consecuencia, constitutivas de una infracción de tipo administrativo.

Debemos partir, antes de nada, del contenido del artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores, que será la base sobre la cual descansarán las razones por las cuales consideraremos determinadas conductas como infractoras.

Observando este artículo, podemos resumir los posibles derechos en:

- No discriminación (art. 4.2.c), directa por el mando o empleador, sea para acceder al puesto o una vez contratado, o indirecta sin abuso de autoridad pero con posición omisiva del empleador. Se correspondería con el *acoso moral discriminatorio* que anteriormente habíamos señalado.
- Integridad física (art. 4.2.d), que entendemos debe suponer la adopción de medidas para evitar la violencia física en el trabajo, ya sea la ejercida por los mandos hacia los subordinados o entre los mismos compañeros. Pero también debe suponer el evitar el posible daño físico que puedan sufrir los trabajadores ante la violencia ejercida contra ellos, ya sea tanto en forma física, como de acoso psicológico que termine generando daños y dolencias físicas, no sólo psicológicas.
- Adecuada política de prevención de riesgos (art. 4.2.d), relacionando así la prevención en el trabajo con la necesidad de evitar los daños físicos, no sólo por las funciones que el trabajador deba desarrollar en su puesto, sino también para evitar los daños (físicos o psíquicos) que puedan producirse ante una inadecuada política preventiva para evitar la violencia y el acoso en el trabajo.
- Respeto a la intimidad y consideración debida a su dignidad frente a determinadas actuaciones (art. 4.2.e), cuya falta de observancia encajaría con el acoso moral, sea con abuso de superioridad o como conducta vejatoria, e incluso con la violencia física.
- Respeto a la intimidad y consideración debida a su dignidad frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 4.2.e), cuya falta de observancia encajaría con el acoso sexual.

El incumplimiento o la comisión de una infracción de estos derechos, puede ser de dos modos: por infracción general laboral, o por infracción estricta de normativa de prevención de riesgos laborales.

Así, si atendemos a las *infracciones generales laborales*, las posibles conductas infractoras de los derechos laborales del art. 4.2. del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la violencia o el acoso en el trabajo, podrían ser:

- a) Incumplimiento del artículo 48 de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Este artículo establece la obligación de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Su incumplimiento, genera una infracción grave prevista en el artículo 7.13 de la Ley 5/2000 de infracciones y sanciones en el orden social.

- b) Comisión de infracción prevista en el artículo 8.13 de la Ley 5/2000 de infracciones y sanciones en el orden social (acoso sexual).

Es decir, que se produzca una situación de acoso sexual, donde el empresario será responsable tanto por una conducta activa de todos los trabajadores que ejerciten facultades de dirección, como por omisión, si el sujeto causante fuera uno de los trabajadores a su servicio sin facultades directivas, e incluso si se tratase de personal externo a la empresa, y en ambos casos el empresario no hubiese adoptado medidas para evitar esas conductas.

- c) Comisión de infracción prevista en los artículos 8.12 y 8.13.bis de la Ley 5/2000 de infracciones y sanciones en el orden social (acoso moral discriminatorio).

Sabiendo que el mismo puede ser cometido tanto por el empresario, por su conducta activa como consecuencia de sus decisiones unilaterales, como por omisión cuando sea otro el sujeto activo y el empresario tuviese conocimiento de dicha conducta y no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedir dicha conducta.

- d) Comisión de infracción prevista en el artículo 8.11 de la Ley 5/2000 de infracciones y sanciones en el orden social (acoso moral y violencia física).

Hablamos de los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (abuso de superioridad), o de las conductas vejatorias de los compañeros no evitada por el empresario, si bien el Criterio Técnico de la ITSS opta por aplicar en este último caso la previsión establecida en el apartado 13 del artículo 8 de la LISOS.

Las conductas no tienen que ser exclusivamente violencia psicológica (acoso), sino que pueden generarse también de manera física, vulnerándose la intimidad o la dignidad de los trabajadores.

Si abordamos las posibles conductas infractoras de los derechos laborales del art. 4.2. del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la violencia y el acoso en el trabajo, desde la perspectiva de posibles *infracciones de la normativa de prevención*

de riesgos, debemos señalar que el empresario, a la hora de velar por la prevención de riesgos laborales en su empresa, debe tomar en consideración “todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyen en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”¹¹.

La violencia y el acoso en el trabajo, como posible condición del trabajo, puede suponer una posible situación de riesgo psicosocial, y el empresario, en cumplimiento del artículo 14 de la ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), deberá establecer las medidas de prevención adecuadas y que mejor se adapten a cada situación, ante los supuestos de violencia y acoso en el trabajo de los que tenga conocimiento o debiera conocer¹².

En consecuencia, ¿qué tipo de infracciones podrían cometerse por incumplimiento de la prevención de riesgos laborales al abordar la violencia y el acoso en el trabajo?

- a) La falta de evaluación, identificación, planificación o adopción de medidas relacionadas con los riesgos psicosociales, pueden suponer la comisión de infracciones graves del artículo 12.1.b) y 12.6 de la LISOS.
- b) Ante supuestos, situaciones o problemas sobrevenidos, fuera ya de lo que supone el cumplimiento de la acción preventiva, el empresario está obligado, ante un caso de violencia o acoso del que conozca, a intervenir de forma concreta y directa. La adopción de una actitud pasiva por parte de empresario, o incluso una actitud activa del mismo que propiciase estas conductas de violencia o acoso en el trabajo, supondría una clara infracción del artículo 14.2 de la LPRL, y la posible comisión de infracciones, leve, grave, o muy grave, de los artículos 11, 12 o 13 de la LISOS.
- c) Finalmente, un caso significativo sería el de las medidas de protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL), ya que el empresario debe garantizar “de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales [...], incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”, y de este modo, “no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, [...] o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, [...] ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

¹¹ Así es cómo define la Ley 31/1995 de Prevención de riesgos laborales, de 8 de noviembre, entre otros supuestos, las condiciones de trabajo en su artículo 4.7^o.d).

¹² Véase, como referente de la protección de los riesgos psicosociales y la aplicación a estos supuestos del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007, de 2 de julio, ponente, Dña. María Emilia Casas Baamonde.

El incumplimiento de este precepto puede dar lugar a la comisión de infracciones graves o muy graves, a tenor de los artículos 12.7 y 13.4 de la LISOS.

Llegados a este punto, convendría ejemplificar, quizá, qué tipo de conductas concretas pueden ser consideradas como violencia o acoso en el trabajo, y qué otras, aun conteniendo una fuerte carga emocional, no lo son¹³. Así, podemos señalar:

- a) **Violencia física:** se refiere al uso de la fuerza física contra otra persona, con el fin de causar dolor o malestar por leve que este sea, ya sea con parte del propio cuerpo (p. ej., mano, brazo, pie, boca, etc.) o con un objeto externo (bolígrafo, carpeta, etc.), que puede manifestarse en modo de patadas, zarandeos, empujón, zancadillas, mordisco, escupir, palmada o bofetada, arañazo, pellizcos, tirón de pelo, etc¹⁴. Podremos coincidir en que no son las realidades que más nos encontramos en nuestros empleos, pero como poder darse, se pueden dar y ocurren¹⁵.
- b) **Acoso sexual:** sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, definiremos el acoso sexual como aquel comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, cuyo propósito sea atentar contra la dignidad de la persona, en particular si se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, e incluso cuando dicho comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual, no tenga en sí mismo ese propósito por parte de sujeto activo, pero genere en el sujeto pasivo los mismos efectos antes señalados de atentado contra su dignidad, y genere ese entorno intimidatorio, degradante u ofensivo¹⁶.

Estamos hablando de conductas como comentarios obscenos, expresiones groseras o libidinosas, exhibición de vídeos de contenido sexual, rozamientos o tocamientos corporales, besos, etc., cuyos sujetos activos pueden ser tanto

13 Muchos de los ejemplos están tomados del Criterio Técnico 69/2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

14 Adaptación libre aplicada al caso de una relación laboral, de la definición de violencia física ofrecida por UNICEF en su informe “Una visión global sobre la violencia contra los niños por UNICEF”, que puede consultarse desde la página de la Asociación Española de Pediatría en el enlace: <https://www.aeped.es/una-vision-global-violencia-contra-ninos/definiciones>

15 Casos de violencia física, v.gr. en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 12 de julio de 2005, núm. 1910/2005; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Com. Valenciana, de 12 enero 2007, núm. 124/2007; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 13 de junio 2011, núm. 3105/2011, ECLI:ES:TSJGAL:2011:4784; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 9 noviembre 2012, núm. 2879/2012, ECLI:ES:TSJAS:2012:4301; la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 8 de abril 2016, núm. 2105/2016, ECLI:ES:TSJCAT:2016:2810; la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, núm. 35/2018, de 5 febrero 2018, ECLI:ES:JSO:2018:383; o la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha, de 27 de mayo de 2022, núm. 1046/2022, ECLI:ES:TSJCLM:2022:1656

16 *Vid.* la definición contenida en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

compañeros de trabajo como superiores jerárquicos, e incluso venir esa conducta desde un subordinado hacia un superior¹⁷.

- c) Acoso moral: *abuso de autoridad*. Se produce de los superiores hacia los subordinados, cuando existe una desviación de poder en la que el mando toma unas decisiones que se alejan de su legítimo poder de dirección y organización.

Así, ejemplos típicos pueden ser la falta de ocupación efectiva sin razones productivas u organizativas; o el dictado de órdenes de imposible cumplimiento con los medios de los que dispone el trabajador; o la ocupación en tareas inútiles. En muchos casos, se producen una violencia de tipo verbal¹⁸.

No serían un abuso de autoridad (acoso moral) en principio, conductas como la modificación sustancial de condiciones de trabajo sin seguir el procedimiento legalmente previsto; las presiones para aumentar la jornada o la producción; las amonestaciones o reprimendas sin descalificación; o el reparto arbitrario de funciones y tareas entre trabajadores, si no va siempre dirigido contra uno o varios trabajadores en concreto.

- d) Acoso moral: *trato vejatorio*. Se produce entre los compañeros, sin existir una relación de jerarquía o de uso de facultades directivas, ni subordinación entre ellos. Puede tratarse de conductas de menosprecio o insulto reiterado a una persona, en público, difundir rumores falsos sobre su trabajo o su vida privada, etc¹⁹.

La mayor dificultad estriba en aquellos patrones culturales que pueden hacer como tolerable una determinada conducta en atención a un determinado contexto o circunstancias, y por otro lado tampoco podemos incluir dentro de este tipo de conductas de trato vejatorio aquellas situaciones que resultan de un conflicto ordinario entre dos o más individuos, pues no resulta adecuado

17 A modo de ilustrar algunas situaciones de acoso sexual, *vid.*, v.gr., las Sentencias de los siguientes Tribunales Superiores de Justicia: Andalucía (Málaga), de 1 de julio 2020, núm. 1132/2020, ECLI:ES:TSJAND:2020:9067; Cataluña, de 11 julio 2019, núm. 3709/2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:6096; y de 25 de noviembre 2014, núm. 7773/2014, ECLI:ES:TSJCAT:2014:11735; Galicia, de 19 noviembre 2014, núm. 5790/2014, ECLI:ES:TSJGAL:2014:9831; Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife), de 30 de junio 2011, núm. 590/2011, ECLI:ES:TSJICAN:2011:1387; o Madrid, del 16 de mayo de 2006, núm. 433/2006.

18 Pueden ilustrar estas situaciones de acoso moral (abuso de autoridad), v.gr. las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, núm. 51/2021, de 14 de febrero 2021, procedimiento núm. 714/2020; del Juzgado de lo Social núm. 2 de Guadalajara, de 3 de noviembre 2019, núm. 418/2019, ECLI:ES:JSO:2019:5387; del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), núm. 679/2017, de 22 de mayo 2017, ECLI:ES:TSJICAN:2017:1965; o del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, núm. 560/2017, de 7 de marzo 2017, ECLI:ES:TSJAS:2017:911.

19 Ejemplos de situaciones de trato vejatorio o humillante, en resoluciones como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 7 de marzo 2019, núm. 630/2019, ECLI:ES:TSJAND:2019:2288; o las antiguas, pero ejemplificativas, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de noviembre 1994, núm. 6006/1994, o del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de julio 1994, recurso núm. 2691/1994, que abordan situaciones de bromas realizadas a compañeros que conllevan un trato vejatorio y humillante.

reconducir hacia el acoso moral cualquier tipo de conflicto personal que surja en el seno de la empresa.

- e) Acoso discriminatorio: en estos casos, se trata de conductas de abuso de autoridad o de trato vejatorio o humillante entre compañeros, a las que se le suma un especial móvil discriminatorio.
- f) Esta discriminación podrá ser directa o indirecta. Entenderemos por discriminación directa aquella en la que una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; hablaremos de una discriminación indirecta, cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios²⁰.

Este tipo de acoso discriminatorio podría dar lugar a la imposición de sanciones administrativas contempladas en la Ley 5/2000, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, ante la comisión de las infracciones muy graves contempladas en su artículo 8, apartados 12, 13 y 13bis.

Estaríamos hablando de situaciones en las que se produce un acoso, con un componente de discriminación por las creencias políticas o religiosas de la víctima, por cuestiones sindicales, por su orientación sexual, edad o estado civil, origen, etnia o nacionalidad, su grado de discapacidad, o su situación de embarazo o maternidad o paternidad.

1.3. Un gran inconveniente: las dificultades probatorias

El derecho del trabajador a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, en otras palabras, el derecho o no sufrir situaciones de violencia o acoso de ningún tipo en el trabajo, se encuentra en muchas ocasiones con un gran inconveniente, como son las dificultades para demostrar las conductas, por parte de superiores o compañeros, que está ocasionando la violencia o el acoso.

La violencia y acoso en el trabajo no es un fenómeno que haya nacido ahora, sino que ha estado presente desde siempre, pero sí es cierto que evoluciona y que quizá, en los tiempos actuales, con ocasión de las distintas formas de organización del trabajo y las relaciones interpersonales más complejas que se generan, con una primacía de

²⁰ *Vid.* las definiciones a este respecto contenidas en el art. 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y en el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

la competitividad y el ascenso profesional, se puede estar acentuando el deseo de eliminar a la competencia, al rival, y ello terminar desembocando en situaciones de violencia o acoso laboral²¹.

Recordemos lo que hemos comentado al inicio del presente artículo en relación con los resultados de la encuesta OIT-Lloyd's Register Foundation-Gallup, publicado el pasado 5 de diciembre de 2022²², que revela una importante y preocupante situación de conductas violencia y acoso en el ámbito laboral.

Llegados a este punto, si ante una situación de violencia o acoso en el trabajo, la víctima decide tomar medidas y busca el auxilio judicial, la regla general sería la de que el demandante es quien debe probar los hechos que alega, y el demandado se encargará de aportar los hechos imputativos o extintivos frente al demandante²³.

No obstante, el legislador era consciente de que las situaciones de violencia o acoso en el trabajo se producen en muchas ocasiones dentro de un cierto entorno privado, oscuro, oculto, o al menos no con evidencias significativas de la conducta de acoso ejercida por el acosador, lo que dificultaría a la víctima recabar las pruebas justificativas de su pretensión.

Es por ello que el artículo 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, abordando la carga de la prueba en casos de discriminación, señala expresamente que en “aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación

21 En similar sentido, POQUET CATALÁ, R., (2016) “Las dificultades probatorias del acoso laboral”, revista Aranzadi doctrinal, núm. 10/2016, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016., citando a Cavas Martínez, F., «El acoso moral en el trabajo mobbing: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo» en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 555, 2002.

22 Nota de prensa del 5 de diciembre de 2022, en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_863210/lang-es/index.htm (última fecha de consulta, el 30 de enero de 2023). Documento resumen de resultados, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_863167.pdf. Documento completo: International Labour Organization and Lloyd's Register Foundation (2022): “Experiences of violence and harassment at work: A global first survey”, Geneva: ILO, 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_863095.pdf

23 Así, indica el artículo 80.1.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que la demanda deberá contener, la “enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas”, lo que se reitera en el caso de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuando el artículo 179.3 de la citada Ley 36/2011, indica que “la demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos [...]”, cuando nos encontramos ante situaciones en las que un trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, pretenda recabar la tutela judicial a través de este procedimiento.

de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, lo cual se recalca en el mismo sentido en el artículo 181.2 de la citada norma, dentro de la modalidad procesal diseñada para la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas²⁴.

¿Basta entonces con que el demandante realice una mera alegación de hechos frente al demandado acerca de la conducta de violencia o acoso laboral padecida, a la vista de esta inversión de la carga de la prueba? No lo parece, pues en realidad deberá acreditar al menos la existencia de algún indicio que permita deducir la posible existencia de la vulneración, a través de una serie de alegaciones concreta y precisa, no vaga y genérica, sobre aquellos hechos que, de modo indiciario, puedan suponer la vulneración de su derecho. Será entonces cuando sí entre en juego la inversión exigida al empresario para que pruebe la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión adoptada, y que la misma en modo alguno vulnera, tal como se alega de contrario, los derechos fundamentales del trabajador²⁵.

En consecuencia, la pregunta obligada en este momento es qué se entiende por indicio en materia de prueba y cómo puede ser apreciado en el caso de la violencia y el acoso laboral. En primer lugar, hay que matizar que la labor de demostración indiciaria de los hechos vulneradores del derecho fundamental por parte del demandante, aunque cierta y exigible, no puede convertirse o suponer una actividad de carga probatoria de aportación de parte en los mismos términos o con la misma intensidad a como se produce en el proceso civil, pues en el proceso laboral, si bien es de aplicación el denominado “principio dispositivo”, y que “corresponde a las partes la aportación de los diversos elementos probatorios de que intenten valerse”, “no cabe desconocer que tal principio procesal de aportación de parte coexiste en el proceso laboral con ciertas manifestaciones del principio de investigación, que permite al órgano jurisdiccional acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando éste se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental [...]”.

24 Indica el citado artículo que: “en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

25 *Vid.* en este sentido, v.gr. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 21 de marzo 2022, núm. 1324/2022, ECLI:ES:TSJGAL:2022:2177, que en su Fundamento de Derecho tercero señala expresamente: “[...] en los casos de la alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba. Sin embargo, y esto es lo determinante, para que opere este desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio o vulnerador de un derecho fundamental, sino que ha de acreditar la existencia de algún indicio que permita deducir la posibilidad de que aquella -la vulneración constitucional- se haya producido, generando así una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario, pues, que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una vulneración de un derecho fundamental, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración [...]”.

Pues bien en tales casos el principio dispositivo no puede ser aplicado por los Jueces y Tribunales a modo de barrera formal infranqueable que exonere a éstos de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego²⁶.

Ahora bien, tal como se indicaba anteriormente, para trasladar al empresario la carga probatoria, no es suficiente “la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión”²⁷.

Como señala la doctrina²⁸, los indicios habitualmente utilizados suelen estar enfocados hacia la reiteración, persistencia, la proximidad y conexión en el tiempo de los hechos y comportamientos, y la naturaleza de esas actuaciones empresariales, especialmente si las mismas no tienen justificación o se intentan camuflar a través de un uso de las prerrogativas empresariales de organización y dirección de la actividad productiva.

Por ello, dado que no es fácil señalar claramente los indicios, quizá sea más pertinente enfocar la cuestión desde una perspectiva negativa, es decir, señalando aquellas conductas que no son consideradas como indicios suficientes para evidenciar una causa de discriminación o de acoso, especialmente el moral, y de este modo tener una mejor conciencia de lo que sí puede ser considerado una violencia o acoso en el trabajo.

Así, debemos partir de una base fundamental, como es el hecho de que en el ámbito laboral estamos ante unas relaciones personales que coinciden en un entorno con cierta conflictividad, pues no cabe duda de que existen rivalidades, órdenes e instrucciones, y múltiples discrepancias y puntos de vista, lo que supone, en ocasiones, no estar precisamente en un entorno amable, por decirlo suavemente, y donde los caracteres de las personas tampoco son coincidentes, pudiendo cobrar un excesivo protagonismo la subjetividad de las personas a la hora de calificar como acoso una determinada situación.

De este modo, en muchas ocasiones las situaciones vividas por el trabajador no serán más que meras discrepancias, controversias, o roces de coordinación con sus inevitables fricciones, incómodos y desestabilizadores, no cabe duda, pero que no pueden llegar a ser conductas o indicios de acoso²⁹.

26 *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1999 de 22 de marzo, ponente D. Pablo García Manzano, en su Fundamento Jurídico séptimo.

27 *Vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1992, de 14 de febrero, ponente D. Jesús Leguina Villa, en su Fundamento Jurídico tercero.

28 V.gr. POQUET CATALÁ, R. “Las dificultades [...]”, *op.cit.* pag. 9 (versión on-line).

29 En este sentido, v.gr. las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de: Madrid, de 14 de julio de 2022, sentencia nº 688/2022; de Andalucía (Málaga), de 31 de octubre 2016, núm. 1653/2016; del País Vasco, de 8 de julio 2014, núm. 1416/2014; de Cataluña, de 23 de enero 2014, núm. 495/2014; de Andalucía (Sevilla), de 21 de octubre 2010, núm. 2879/2010; de Asturias, de 7 de noviembre de

Otras muchas situaciones, serán producto de la propia conflictividad laboral que está presente en los entornos laborales por las exigencias de la obtención de resultados o de un rendimiento, como consecuencia de la propia dirección y organización del trabajo, pero que no llegan a suponer una auténtica situación de violencia o acoso laboral, sin que por ello no siga siendo una situación incómoda, aderezada en muchas ocasiones por la concurrencia previa de circunstancias personales entre los sujetos implicados, o un cierto trastorno de ansiedad o depresión del trabajador afectado, exógeno a las circunstancias estrictamente laborales, que le conduce a amplificar su subjetividad y a pensar en un trato injusto³⁰.

Y a lo peor, estas circunstancias de conflictividad laboral derivan en unas situaciones verdaderamente desagradables o de mal gusto, donde las personas revelan una total ausencia de tacto o delicadeza en su forma de actuar, pero no por ello dicha actuación ya debe ser considerada como una situación de acoso³¹, aunque sí podría, en mi opinión, estar cerca de ser configurada como una situación de violencia en el trabajo, de tipo verbal.

En definitiva, la ausencia de pruebas, o al menos de indicios claros y pertinentes sobre la situación de violencia o acoso laboral, conducirá irremediabilmente a la falta de estimación de la reclamación que pueda presentar el trabajador, por lo que consideramos muy importante, cuando el trabajador perciba que se siente violentado o acosado en su trabajo, eliminar en todo lo posible sus propias cargas de subjetividad y centre sus esfuerzos en la recopilación sistemática y paulatina de evidencias e indicios.

No es tarea fácil, evidentemente, ya que en muchas ocasiones las situaciones de violencia o acoso se muestran de forma sutil o enmascaradas. Por ello sugerimos, desde el inicio, la elaboración de “diarios personales” que reflejen las diversas situaciones por la que ha pasado el trabajador, recogiendo en ellos, en orden cronológico, las vivencias experimentadas, con su fecha y hora, una breve descripción de hechos, el lugar, y las personas que se encontraban presentes, especialmente si pueden actuar

2008, núm. 3504/2008; de Madrid, de 26 de junio 2007, núm. 368/2007, o también de Madrid, de 3 de octubre de 2005, núm. 794/2005.

30 En este sentido, v.gr. las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de 21 de septiembre de 2020, núm. 626/2020; Andalucía (Málaga), de 20 de mayo 2020, núm. 650/2020; Andalucía (Granada), de 4 de julio 2019, núm. 1692/2019; Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife), de 7 de mayo 2019, núm. 448/2019; Andalucía (Granada), de 8 de noviembre 2018, núm. 2559/2018 y 14 de diciembre de 2017, núm. 2774/2017; o de las Islas Canarias (Las Palmas), de 23 de julio 2014, núm. 1335/2014.

Asimismo, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Palencia, de 2 de diciembre 2019, núm. 332/2019, ECLI:ES:JSO:2019:692 o la del Juzgado de lo Social nº 6 de Santander, de 31 de diciembre 2017, núm. 433/2017, proc. 619/2017.

31 En este sentido, v.gr., las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de: Islas Canarias (Las Palmas), de 27 de mayo 2010, núm. 726/2010; Galicia, de 25 de enero 2010, núm. 386/2010; o Com. Valenciana, de 18 de diciembre 2008, núm. 4311/2008 y 11 de octubre de 2005, núm. 3177/2005. Asimismo, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Toledo, de 16 de marzo 2018, núm. 93/2018, ECLI:ES:JSO:2018:2211.

más adelante como testigos. Estos diarios, especialmente cuando no hay rastros escritos u otro tipo de evidencias que puedan ser aportadas, al menos ofrecen un relato coherente y sosegado de la denuncia que pueda realizar el trabajador, ayudan a construir la historia sin olvidar hechos significativos, y eliminan en cierto modo la posible carga de efervescencia subjetiva que se produce por el efecto de la gota que colma el vaso, sobre la que en ocasiones se hace pivotar todo el problema, pero que a ojos externos no es más que eso, una simple gota.

1.4. Mecanismos de prevención y figura del criminólogo: hacia un compliance laboral

La violencia y acoso en el trabajo necesitan unas medidas específicas de prevención. De nada sirve legislar con la única finalidad de actuar con una simple reacción punitiva, sino que la mayoría de los esfuerzos deben centrarse en evitar en todo lo posible la comisión de esas conductas de violencia o acoso³².

Así, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, fijaba inicialmente en su artículo 48 lo que deberían ser las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

Este artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, fue reformado recientemente por la Disposición Final 10.3 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ampliando el ámbito de la obligación a la necesidad de adoptar medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incluidas aquellas conductas que se produzcan en el ámbito digital³³.

De este modo, las empresas ¿están obligadas a promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo?, pero ¿qué medidas? No parece quedar claro cuáles son dichas medidas, pues el artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007 sólo menciona que, con dicha finalidad preventiva podrán elaborarse y difundirse, junto con la representación unitaria, códigos de buenas prácticas, realización de campañas informativas o acciones de formación.

Además, el mandato del artículo 48.1 no se expresa con un “las empresas están obligadas a”, sino que acoge una literalidad un tanto abierta, donde las empresas “deberán promover condiciones de trabajo”. Es decir, que en principio, si la empresa

32 *Vid.* en este sentido, el interesante artículo de SÁNCHEZ PÉREZ, J., (2022) “Compliance laboral: un reto necesario para las empresas del siglo XXI”, *Rev. General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (IUSTEL)*, núm. 61, pp. 26-61, Madrid, (2022).

33 Parece un acierto esta matización que se realiza al “ámbito digital”, habida cuenta el fuerte desarrollo de las nuevas tecnologías y el impacto que tienen las redes sociales y otros medios de comunicación digital (correos electrónicos, WhatsApp, Telegram, etc), y cómo a través de los mismos se puede cometer este tipo de conductas de acoso y discriminación, e incluso delitos.

estima que sus condiciones de trabajo son las adecuadas, ¿para qué hacer más? Como mucho, haremos un código de buenas prácticas. De hecho, en caso de ser acordadas estas medidas sugeridas en el artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, las mismas serán objeto de depósito voluntario, tal y como se señala en el artículo 12 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

¿Es que acaso la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo se quedará en una mera declaración de intenciones y un simple “deber de promoción”? Desde luego no lo parece ni es realmente así, pues si nos fijamos, el artículo 12 de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, si bien reproduce en el primer párrafo de su apartado 1, lo mismo que el artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007³⁴, se torna más exigente cuando seguidamente impone el deber que tienen las empresas de “arbitrar procedimientos específicos” para la prevención de tales tipos de conductas y “para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital”, además de incidir también en la prevención de riesgos laborales al imponer la obligación a las empresas de “incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”

Precisamente por eso, incluso en el ámbito penal se intensificó la protección con una serie de reformas. Así, en el artículo 314 del Código Penal, ampliándose los diferentes supuestos en los que se puede producir una grave discriminación en el empleo³⁵, o las nuevas redacciones a los artículos 173.1 y 184 del Código Penal³⁶, sobre trato degradante y menoscabo de la integridad moral en las relaciones laborales o funcionariales, y la solicitud de favores y el acoso sexuales en el ámbito de una relación laboral.

Y como bien se sabe, las personas jurídicas también pueden ser condenadas penalmente tanto del delito previsto en el artículo 184 del Código Penal³⁷, como del 173.1, de mismo texto legal, lo que obliga a estar muy pendiente en las empresas de la adopción de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir, entre otros, estos delitos y, con ello, quedar exoneradas de responsabilidad o al menos que la misma pueda atenuarse³⁸.

34 Deber de promover condiciones de trabajo adecuadas para evitar conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo y la comisión de delitos en este sentido.

35 Modificado por la Disposición Final 6.31 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

36 *Vid.* Disposición 4ª, puntos 5 y 10 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual.

37 Indica el art. 184.5: “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

38 *Vid.* Artículo 31bis y 31quater del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995.

El desarrollo efectivo de un programa de cumplimiento nos permitirá alcanzar varios objetivos, principalmente de prevención y de exoneración o atenuación de responsabilidad³⁹.

Por lo tanto, la adopción de medidas preventivas frente a las situaciones de violencia y acoso en el trabajo, alcancen éstas una entidad de infracción penal o administrativa, es una cuestión lo suficientemente importante como para no tomarla a la ligera, pero ¿están las empresas realmente preparadas? ¿Hacia dónde vamos?

Nos encaminamos hacia un mayor control y mayores mecanismos de prevención, o al menos de abrir canales que permitan visualizar y sacar a la luz muchas de las situaciones que siguen estando escondidas por miedo. Miedo a no ser creído, miedo a sufrir represalias, fundamentalmente, y con eso permitir que quienes sufren o han sufrido algún tipo de violencia o acoso en el trabajo, tengan mejores mecanismos de defensa y protección.

Uno de los mecanismos más novedosos es el implementado por la Ley 2/2023, de 20 de febrero⁴⁰, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, cuya finalidad es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma. Aunque si bien se amplía el ámbito material de la Directiva europea⁴¹ de la que nace la norma, a las infracciones del ordenamiento nacional, se ha limitado dicha ampliación a las infracciones penales y a las administrativas graves o muy graves, para con ello concentrar la actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad⁴².

Estos nuevos canales de denuncia deben impedir, fundamentalmente, cualquier tipo de represalia, ya sea un acto, amenaza o tentativa de represalia, contra las personas que realicen una comunicación de las infracciones normativas a las que la Ley 2/2023 se refiere. Dichas represalias pueden ser, desde una suspensión de contrato o su extinción, un despido, medidas disciplinarias, degradaciones, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, evaluaciones negativas del desempeño, listas negras, denegaciones de licencias o permisos, y un largo etcétera⁴³.

Finalmente, a partir del pasado 25 de mayo de 2023, fecha de la entrada en vigor en España del Convenio de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el

39 *Vid.* SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2022), “Compliance laboral...”, *op.cit.* punto 2.2. acerca de la funcionalidad.

40 B.O.E. núm. 44 de 21 de febrero de 2023, con entrada en vigor el 13 de marzo de este mismo año.

41 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019.

42 *Vid.* Preámbulo III de la Ley 2/2023.

43 *Vid.*, a título enunciativo, el artículo 36 de la Ley 2/2023.

mundo del trabajo⁴⁴, se refuerza aún más la importancia de “promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso con el fin de facilitar la prevención de este tipo de comportamientos y prácticas, y que todos los actores del mundo del trabajo deben abstenerse de recurrir a la violencia y el acoso, prevenirlos y combatirlos; [puesto que] la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social; [...]”, y de este modo, deberá adoptarse una legislación que exija a los empleadores la adopción de medidas apropiadas y acordes a su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género⁴⁵.

Ello exigirá a las empresas la adopción y aplicación de una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; que se tenga en cuenta la violencia y el acoso, y los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo⁴⁶; que se identifiquen y evalúen los riesgos de violencia y acoso para adoptar medidas preventivas y controlar los riesgos; y que se transmita a los trabajadores la información necesaria acerca de dichos riesgos y peligros, las medidas preventivas que existen, y los derechos y responsabilidades que tienen en relación con la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso que haya adoptado la empresa⁴⁷.

Por todo ello, consideramos que estamos ante un momento crucial donde las empresas deben empezar a tomar conciencia de una nueva realidad, como es el llamado “compliance laboral”. Como sabemos, los sistemas de *compliance* han venido evolucionando considerablemente por la necesidad que tienen las empresas de adaptarse a las modificaciones legislativas y su creciente complejidad, derivada en muchos casos de los vertiginosos cambios tecnológicos y sociales que experimenta el mundo hoy en día⁴⁸.

Pero resulta que estos sistemas de cumplimiento normativo están configurados hoy en día no sólo como un sistema de exención de responsabilidad de las empresas, sino también como un elemento que aporta valor añadido a la organización, pues no basta ya con una calidad del producto o servicio, sino que los mismos se creen o

44 B.O.E. del 16 de junio de 2022, núm. 143, que recoge el instrumento de adhesión al citado Convenio.

45 *Vid.* Preámbulo del Convenio mencionado y artículo 9 del mismo.

46 Importantísimo en este aspecto relativo a los riesgos psicosociales asociados, el Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales (https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf, última consulta realizada el 15 de noviembre 2023).

47 *Vid.* artículo 9, letras a), b), c), y d) del Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

48 Fíjese el lector en la importancia que cobran hoy en día, en la seguridad y salud laboral, aspectos relacionados con los cambios derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, la evolución demográfica, o el cambio climático, englobados como objetivo número 2 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, aprobada en resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, B.O.E. núm. 101, de 28 de abril de 2023.

satisfagan cumpliendo con una serie de valores, principios, o con un compromiso social, medioambiental, o de desarrollo global sostenible⁴⁹.

Y si bien es cierto que existen muchos sistemas de gestión de compliance con normas UNE (Normalización Española)⁵⁰, no existe todavía uno en cuanto a los aspectos laborales con el fin de ayudar a la mejora de la autorregulación y el desarrollo de buenas prácticas en las relaciones laborales de las empresas, especialmente en todas estas cuestiones que estamos abordando ahora relativas a la prevención y la aplicación de protocolos para la lucha efectiva contra la violencia y el acoso laboral en los lugares de trabajo⁵¹.

¿Qué nos deparará el futuro en esta cuestión? Lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, ya no sólo hace falta un conocimiento de la normativa en sí misma considerada, sino que cada vez es más necesaria la especialización para poder identificar y evaluar correctamente los riesgos de violencia y acoso, y con ello para adoptar medidas preventivas y controlar dichos riesgos, lo cual nos hace pensar que tales actuaciones deberían contar con auténticos expertos que conozcan las dinámicas de estas conductas con estudios en el campo de la criminología, en la que nos centraremos a continuación.

2. VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL: PUNTUALIZACIONES DESDE LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

2.1. Una introducción

En los últimos años, la cuestión de la violencia y el acoso en el entorno laboral ha adquirido su propia dimensión, la cual reclama la intervención de los poderes públicos; sin embargo, como ha quedado acreditado en párrafos precedentes, la configuración legal del acoso laboral es compleja.

49 En este sentido, *vid.* el punto V relativo a la conveniencia de elaborar un código ético que identifique los valores corporativos, en SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2022), “Compliance laboral...”, *op.cit.*

50 Por ejemplo, la UNE-ISO 37301:2021, Sistemas de gestión del compliance. Requisitos con orientación para su uso.; la UNE 19602:2019, Sistemas de gestión de compliance tributario. Requisitos con orientación para su uso; la UNE 165019:2018, Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de gestión de compliance penal conforme a la Norma UNE 19601; y la UNE 19601:2017, Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso.

Más información y consulta, desde <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma> (última fecha de consulta, el 16 de junio de 2023).

51 No obstante, comienzan a darse los primeros pasos a través del reciente Comité Técnico de Normalización, CTN 165/SC 7-Compliance socio laboral.

Más información en <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/comites-tecnicos-de-normalizacion/comite?c=CTN+165/SC+7> (última fecha de consulta, el 16 de junio de 2023), y en ESTEBAN ROS, I., (2021) “La norma UNE de compliance laboral”, en <https://elderecho.com/la-norma-une-de-compliance-laboral>, del 28 de octubre 2021.

El Boletín Oficial del Estado de fecha 16 de junio de 2022, ha venido a matizar o ampliar aún más la situación existente en la materia al publicar el Instrumento de adhesión al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019. (Convenio 190) y que entró en vigor en nuestro país el pasado 25 de mayo de 2023. Este es nuestro punto de partida.

La complejidad en la regulación de la figura de la violencia y el acoso es debido, entre otras razones, a la percepción que la sociedad tiene, desde la óptica del control social informal, del acoso laboral. No podemos olvidar que, a través del contrato social del que nos hablaba Rousseau, es la comunidad quien determina a los estamentos del control social formal, entre los que se encuentra el Legislativo, como quiere que se legisle, cuáles son las necesidades que experimenta y su sensación de seguridad.

La Criminología, es una ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima, y del control social del comportamiento desviado⁵². Esta ciencia, tiene como misión principal aportar solución al delito desde una óptica significativamente diferente a la de la legislación penal, por ser una disciplina que se nutre no solo del Derecho, sino también de la Psicología y la Sociología, entre otras.

En este afán de llegar a tener sociedades más seguras, la Criminología juega un papel primordial con respecto a la determinación de los factores de riesgo, y también de protección, que podemos encontrar en los sujetos activo y pasivo de un tipo penal por lo que, desde su óptica, se hace evidente la necesidad que tiene el legislador de su ayuda con el objetivo de satisfacer adecuadamente las necesidades del ciudadano al formar parte de la estructura de control social formal. Para ello, no puede solo sustentarse la creación de la norma en elementos jurídicos, es necesaria una perspectiva transversal que nos permita conocer aquellos elementos que se van a ver implicados en el tipo del acoso que se produce en el contexto laboral.

El conocimiento de estos factores permitirá una legislación más eficaz y una mejor creación de políticas de cumplimiento normativo (compliance). A través de planteamientos criminógenos, podremos intervenir en estos supuestos no solo desde el castigo o la sanción, sino también desde la prevención, siendo necesario para ello definir conceptos, pero también trabajar en la prevención de situaciones en las que el trabajador pueda verse en un escenario de acoso.

La figura de la violencia y el acoso en el entorno laboral requiere de un profundo trabajo de investigación, ya que no es solo el hostigamiento hacia el trabajador en el centro de trabajo, sino que conlleva una serie de comportamientos que afectan a su esfera personal y familiar minando su dignidad⁵³.

⁵² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1989) “La aportación de la Criminología”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 3, pp. 79-94, San Sebastián, Dic. 1989.

⁵³ Vid. DE MIGUEL BARRADO, V, PRIETO BALLESTER, J.M, (2016) “El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: El caso español”. PERSPECTIVAS [en línea]. 2016, (38), 25-44 (fecha de Consulta 16 de Junio de 2023). Disponible en: <https://www.redalyc.org/>

Desde una óptica criminológica, es importante analizar tanto la figura del sujeto activo desde la óptica de sus rasgos y factores de riesgo y de protección, como de la víctima atendiendo al proceso de victimización de la misma y, por último, pero no menos importante, el entorno, en el cual se puede trabajar mediante la creación y ejecución de protocolos que impidan las situaciones de violencia y acoso. Abordemos brevemente a continuación esos puntos.

2.2. El sujeto activo en los supuestos de violencia y acoso laboral

2.2.1. Contextualización: tipos de acoso

Con respecto al sujeto activo del tipo “acoso”, debemos primero determinar que el perfilado de este tipo de individuos se complica al haber distintos tipos de acoso en el entorno laboral. La figura del acosador es compleja siendo que, además, cualquier persona con las circunstancias adecuadas, puede ser sujeto activo de cualquier delito.

Cuando hablamos de violencia y acoso laboral, al referirnos al sujeto activo de la conducta, debemos determinar el tipo de violencia o acoso al que nos estamos refiriendo, ya sea:

- Acoso laboral jerárquico: que atiende a la posición existente entre acosador y víctima y puede ser, a su vez, de dos tipos:
 1. Horizontal: cuando acosador y víctima se encuentran en el mismo nivel jerárquico⁵⁴. En este caso, un trabajador, que en muchas ocasiones puede tener una situación no oficial superior, ejerce una conducta relativa al acoso sobre otro trabajador. El motivo en muchos de estos casos son cuestiones personales o la falta de aceptación en el grupo de trabajadores de la persona a la que convierten en víctima.
 2. Vertical: nos encontramos en este supuesto cuando la posición entre víctima y victimario no es del mismo nivel, pudiendo hablar de un acoso vertical descendente, también conocido como *bossing*, en el que el sujeto acosador hace valer su poder frente a la víctima quien tiene un puesto laboral jerárquicamente inferior; este es el tipo de acoso más común⁵⁵ y en él la víctima se encuentra indefensa dado que su acosador tiene mayor poder en la organización empresarial por lo que sus decisiones y actuaciones no se verán cuestionadas. Dentro de la categoría del acoso laboral vertical, otro subtipo es el acoso vertical ascendente; Este se produce cuando es la víctima quien se encuentra en una situación laboral de mayor jerarquía y sus subordinados

articulo.oa?id=425948032003

54 *Vid.* GONZÁLEZ TRIJUEQUE, D., y GRAÑA GÓMEZ, J.L., (2009) “El acoso psicológico en el lugar de trabajo: prevalencia y análisis descriptivo en una muestra multiocupacional”, *Rev. Psicothema*, Vol 21, nº 2, pp. 288-293, Ed. Facultad de Psicología, UCM, Madrid, 2009.

55 *Vid.* PIÑUEL y ZABALA, I., y FIDALGO ALISTE, A.M., (2004). “La escala Cisneros como herramienta de valoración del *mobbing*”. *Rev. Psicothema*, Vol. 16 nº4, pp. 615-624, Ed. Facultad de Psicología, UCM, Madrid, 2004.

quienes ejercen una situación de presión sobre éste⁵⁶. Suele ocurrir en aquellos casos en los que introduce dentro de la organización laboral a una persona nueva que accede a un puesto de responsabilidad directamente o cuando se asciende de forma legal a un trabajador.

- Acoso laboral con relación al objetivo que se persigue:
 1. Acoso de corte estratégico: cuando se busca que la víctima se sienta incómoda en su puesto de trabajo con el objetivo de que lo abandone por sí misma⁵⁷.
 2. Acoso de tipo disciplinario: cuando se pretende que el trabajador se adapte a las condiciones de la empresa sin realizar actuaciones en contra de la empresa.
 3. Acoso perverso: su objetivo es personal.
- Acoso laboral mixto en el que intervienen personas que se encuentran en un rango superior jerárquico y compañeros del mismo rango de forma conjunta o en distinto tiempo⁵⁸.
- Acoso sexual, que como ya sabemos atendiendo a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se define como aquel comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo⁵⁹.

2.2.2. *Perspectiva criminógena de la conducta en el acoso*

Determinados, de forma muy breve, las distintas tipologías de acoso, y con el objetivo de poder perfilar al acosador, deberemos tener en cuenta las conductas que desde la Criminología se entienden como propias de esta figura jurídica, a saber:

- Conductas que tienden a aislar a la víctima del resto de compañeros imposibilitándole la comunicación con estos y provocando su aislamiento.
- Conductas de presión sobre los compañeros de la víctima para lograr el aislamiento de esta.
- Conductas que pretenden desacreditar a la víctima tanto en lo personal como en lo profesional.

56 *Vid.*, v.gr. SANZ MULAS, N. y HAVA MORENO, A. (2014), “Protocolos de actuación contra el acoso laboral en la universidad: especial referencia a la Universidad de Salamanca”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 28, pp. 47-59, San Sebastián, 2014.

57 *Vid.* al respecto, v.gr. ARBONÉS LAPENA, H.I., (2014), “Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2014.

58 *Idem.*

59 *Vid.* el artículo 7 de la citada ley y las definiciones ofrecidas e el texto sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

- Conductas que atacan la salud mental y, en ocasiones, física de la víctima con tareas impropias del puesto que esta ocupa o con una carga excesiva de trabajo.

Lo más habitual es que se trate de comportamientos sutiles que van provocando el aislamiento del trabajador⁶⁰.

2.2.3. Trazando el perfil del sujeto acosador

No existe un perfil específico, pero es cierto que existen algunos rasgos comunes en aquellas personas que acosan laboralmente. Estos sujetos suelen ser personas inseguras. Algunas de las características más generales estarían relacionadas con el hecho de ser manipuladores, cobardes, agresivos, mediocres, sin sentido de culpabilidad, incapacidad para las relaciones interpersonales, mentirosos compulsivos, envidiosos y poco empáticos.

Sin embargo, a pesar de la complejidad a la hora de determinar un perfil concreto, lo cierto es que, en esta construcción jurídica, existe una gran diferencia entre los dos sujetos que la componen. Por una parte, el sujeto activo, suele tener conductas agresivas, manipuladoras y dominadoras; en el otro extremo de la ecuación, el trabajador acosado, la víctima, que presenta conductas inhibitorias.

El acoso puede realizarlo una persona en concreto o un grupo de personas individualizadas y tiene a las emociones que envuelven al ser humano quienes provocan la situación de acoso. El miedo, la envidia, el enfado, los celos y un largo etcétera, suelen ser el origen emocional del acoso.

Aunque, como ya hemos indicado en líneas precedentes, no existe un perfil psicológico concreto del acosador, si podemos determinar la existencia de una serie de rasgos que definen al acosador, como son:

- La falta de empatía.
- La necesidad de destacar sobre el resto y por tanto, ser admiradas por los demás.
- El egocentrismo.
- La intolerancia hacia los demás.
- El desprecio hacia los demás.
- La intolerancia a las críticas.
- La mediocridad en el desarrollo del trabajo.
- El complejo de inferioridad.
- La inseguridad.

60 *Vid.* LÓPEZ CABARCOS, M.A.; PICÓN PRADO, E; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, P, (2008) "Estudio del acoso psicológico en la universidad pública de Galicia", *Rev. De Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 24, núm. 1, pp.41-60, Ed. Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, Madrid, 2008.

Al hablar del acosador, puede presentarse como un ser violento, desagradable y vengativo, pero solo en privado y con la víctima, pues puede ser encantador con el resto de los compañeros; puede tratarse de un mentiroso compulsivo que miente con el objeto de poder convencer a los demás de sus engaños, siendo encantador con superiores e iguales a los que muestra su lado más amable. Este sujeto, suele tener una falsa apariencia de seguridad siendo en realidad inseguro, prejuicioso, estando obsesionado con el control, y siendo manipulador y crítico con los demás. Se trata habitualmente de un sujeto de enfado fácil que se irrita ante cualquier contrariedad, se quiere mostrar como un líder capaz, aunque no lo es debido, entre otras cuestiones, a su inmadurez, siendo incapaz de asumir culpa de tipo alguno⁶¹.

Pero ¿en qué se apoya el acosador para desarrollar su conducta?, ¿cómo es posible que seamos conocedores de una situación de acoso y que la víctima se encuentre sola? La esencia del ser humano es un gran misterio, sin embargo, en materia de acoso laboral, existen tres situaciones para tener en cuenta por su relación con el desarrollo de este tipo penal. En primer lugar, los acosadores, suelen actuar en privado aprovechando la situación para manipular y perjudicar así a la víctima ya sea directamente o bien manchando su imagen y reputación. Dada la actuación de forma privada, se torna complejo la prueba del comportamiento en la fase judicial.

Por otra parte, la víctima suele desarrollar sentimientos de culpabilidad y de vergüenza que no provocan otra situación más que el acoso se prolongue. A este hecho se suma la inacción por parte de los compañeros de la víctima que se convierten en testigos mudos de la situación por las más variadas circunstancias pero que todas se resumen en una: miedo. Estos tres ingredientes son suficientes para que la situación de acoso se perpetúe en el tiempo con el consiguiente perjuicio para la víctima, pero también para la organización empresarial.

2.3. La víctima de la supuesta violencia o acoso en el trabajo

Por otra parte, se hace evidente que el acoso afecta al rendimiento laboral de la víctima, así como al desarrollo de las organizaciones empresariales, pero esta situación va más allá. La víctima sufre un daño psíquico que puede llevarle al aislamiento del grupo familiar y el grupo de pares y, en ocasiones, ha situaciones de gravedad extrema en las que la persona acosada puede llegar al suicidio.

La víctima puede experimentar diversa sintomatología siendo la más común el estrés que puede provocar en el sujeto problemas físicos y psicológicos, en definitiva, un estado de tensión nerviosa o sobre esfuerzo físico y mental que se da como consecuencia del desequilibrio de las demandas a nivel organizacional, que “hacen al individuo vivir en un permanente estado de incertidumbre y desasosiego y en

61 Muchas de estas características del sujeto acosador pueden consultarse en el trabajo de SOTO SUÁREZ, C., (2013), “Diversos tipos de mobbing y conceptos relacionados”, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXVII, núm. 2159. Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

última instancia de ansiedad, motivado por dicha interacción, y que es considerado como una amenaza de peligro para su identidad física y psíquica”⁶².

Pero además de ello, la víctima puede experimentar síntomas físicos como problemas del sueño, dificultades de concentración, náuseas, migraña, problemas cutáneos, dolores estomacales, o el consumo de sustancias como alcohol y tabaco. Junto a ello, es fácil presentar síntomas emocionales como ansiedad, aislamiento, pérdida de autoestima, tristeza, depresión, ataques de pánico, irritabilidad, cambios de humor, pensamientos acerca del suicidio, afectación en áreas de la vida además de la profesional (social, familiar) y probabilidad de que se presenten como el trastorno adaptativo, trastorno de ansiedad generalizada o trastornos del estado de ánimo entre otros posibles.

¿Cuál sería el perfil de la víctima de la violencia o el acoso? Desde la óptica de la Criminología, la ciencia que se encarga del estudio de la víctima es la Victimología, la cual puede definirse como la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento de los procesos de victimización y desvictimización; se refiere, por tanto, al estudio del modo en que una persona se convierte en víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima⁶³.

La víctima será, básicamente, toda persona que haya sido afectada por un acontecimiento traumático, sea éste de cualquier origen o naturaleza. De este modo, será considerada como víctima, en el ámbito de la violencia o acoso laboral, aquella persona que sufre las consecuencias de un suceso traumático, puntual o crónico, físico o psicológico, ejercido por parte de otra persona, normalmente un compañero de trabajo.

No podemos decir que exista un perfil determinado de sujeto pasivo de conductas de violencia o acoso laboral, ya que toda persona que se encuentre en el entorno laboral puede ser víctima de este tipo de situaciones. Esta figura es quien sufre las consecuencias del acoso laboral de una forma aguda y con cierta duración en el tiempo y, al igual que en el caso del acosador, puede ser una persona concreta o un grupo de personas individualmente consideradas.

Aunque no podamos concretar un perfil específico, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, el acoso lo sufren trabajadores que son presentados por el acosador

62 *Vid.* ORTEGA NAVAS, M.C., (2006), “Educación para la salud en el ámbito laboral”, *Rev. Española de Pedagogía*, año LXIV, nº 235, pág. 487, Ed. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Logroño. 2006.

En el mencionado artículo, la autora recoge la opinión de muchos autores respecto al concepto de estrés laboral, v.gr., Golembiewski, Munzen-rinder y Stevenson (1985), Goldstein (1995), Gutiérrez Calvo (2000), Buendía y Ramos (2001).

63 *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M. (2006), “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en Enrique Echeburúa Odriozola, Enrique Baca Baldomero, Josep Maria Tamarit Sumalla “Manual de Victimología”, Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 17-50, Valencia, 2006.

como conflictivos, poco trabajadores y menos inteligentes. El acosador percibe a ese individuo como alguien amenazante, ya que puede poner de manifiesto su ineptitud, es una persona envidiable o, simplemente, es una persona con una situación de vulnerabilidad.

La personalidad de la persona acosada, para algunos autores, no es un factor determinante para que se produzca la victimización⁶⁴; sin embargo, en el extremo opuesto, otra corriente encuentra en la inteligencia emocional uno de los factores más importantes a la hora de sufrir una situación de acoso en el entorno laboral⁶⁵.

Algunos autores consideran que las personas que tienen riesgo de sufrir acoso laboral se clasifican en tres grupos: aquellos que son brillantes y atractivos y con ello, personas envidiables que ponen de manifiesto la mediocridad del acosador; las personas vulnerables que sienten la necesidad de ser aceptados y de experimentar afecto; y aquellos que son una amenaza por su eficacia y actitud en el trabajo, la cual les lleva a presentar remodelaciones en el entorno laboral⁶⁶.

En líneas generales, podríamos concluir que encontraremos víctimas de acoso laboral caracterizadas por uno o varios rasgos, como la brillantez, la empatía, el compromiso laboral y su eficacia, un alto nivel de autoexigencia, ordenadas, o que son vulnerables o expuestas a algún tipo de situación de vulnerabilidad, derivadas fundamentalmente de circunstancias personales que les marquen física o psíquicamente en el plano emocional.

¿Por qué es importante estos caracteres? Fundamentalmente porque, aunque el listado puede ampliarse, y teniendo en cuenta que la forma de enfrentar la situación por parte del sujeto acosado puede convertirlo en víctima o no, lo cierto es que conociendo estas características sí es posible crear protocolos más adecuados y que atiendan a la propia víctima dentro de los planes de prevención del acoso.

2.4. El entorno y lugar de trabajo como elemento a considerar en la violencia o acoso en el trabajo

El entorno laboral es el lugar donde aparecen las conductas que van a constituir la violencia o el acoso laboral. El dimensionamiento de la organización del trabajo puede estar en el origen del inicio del acoso laboral. Situaciones de exceso de trabajo, rigidez en la organización o directivos autoritarios fomentan el crecimiento de un

64 *Vid.*, v.gr., LEYMANN, H., (1990), "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces", *Rev. Violence and Victims*, Vol. 5, núm. 2, pp. 119-126, Springer Publishing Company, New York, 1990.

65 *Vid.* ZAPE, D.; EINARSEN, S. (2001), "Intimidación en el lugar de trabajo: tendencias recientes en la investigación y la práctica, una introducción". *Rev. De psicología del trabajo y de las organizaciones*, vol. 10, nº 4, pág. 369-373, Madrid, 2001.

66 *Vid.* GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J. L. (2002), "El maltrato psicológico: cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso". Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2002.

clima de inseguridad laboral para los sujetos que influye negativamente en sus relaciones y desarrollo profesional.

La organización del trabajo no es lo negativo, es el ser humano quien aprovechando situaciones como las descritas en el párrafo anterior, limitará la expresión y comunicación de los compañeros, asignará tareas degradantes a quien considere una amenaza, ofenderá a los compañeros, cuestionará decisiones, etc., convirtiendo su inseguridad y carencias en una situación de hostigamiento para aquellos que comparten su suerte profesional.

Para determinar si puede tener en una empresa un escenario de acoso, es necesario que observemos la eficiencia de la organización laboral. En aquellos entornos laborales en las que el clima no es bueno, los trabajadores desconfían unos de otros, hay bajas continuadas, existe una rotación continua de personal, y baja la productividad, es muy posible que se produzcan situaciones de violencia o acoso laboral.

Así, hay ciertos aspectos que pueden incrementar la probabilidad de que se produzcan hechos violentos o de servir como elementos disuasorios a los mismos. En tal sentido, será importante analizar tanto los factores del entorno y del lugar de trabajo, como de los que correspondan a los propios procedimientos de trabajo. Lógicamente, tal análisis ha de tener en consideración el tipo de empresa o lugar de desarrollo de la actividad laboral y del servicio que se oferta, pues existirán grandes diferencias entre el desempeño laboral en un centro sanitario y el que se desarrolla en un pequeño comercio, por ejemplo.

Por ello, aspectos como la localización geográfica del centro de trabajo (urbano, rural, extrarradio, un polígono industrial, etc.), o el diseño del espacio, la iluminación, los accesos, deben ser tenidos en cuenta como potenciales factores a tener en cuenta de las conductas de violencia o acoso en el ámbito laboral; y lo mismo ocurre cuando nos referimos a los procedimientos de trabajo, pues influirán cuestiones como el horario de apertura o cierre del centro, el hecho de tener que gestionar el acceso de público, colas o esperas, o de gestionar dinero, o de trabajar con personas con historiales o antecedentes problemáticos, e incluso la cantidad o el ritmo de trabajo que nos viene impuesto⁶⁷.

3. CONCLUSIONES

PRIMERA. En pleno siglo XXI, avanzado ya el mismo, la cuestión relativa a la violencia y el acoso en el trabajo es de plena actualidad, como se evidencia no sólo por los informes que estudian el fenómeno, sino porque es la propia OIT la que toma cartas en el asunto a través de normativa de Convenio para intentar frenar la

⁶⁷ Vid. PÉREZ BILBAO, J. y NOGAREDA CUIXART, C., (1998) "Violencia en el lugar de trabajo", NTP (Nota Técnica de Prevención) 489, Ed. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo INSHT (actual INSST), 1998.

expansión de tales hechos, por lo que resulta importante aunar esfuerzos a través de la ratificación de estas normas internacionales.

SEGUNDA. El fenómeno de la violencia y el acoso en el trabajo es complejo desde diversos puntos de vista, especialmente a la hora de definir las conductas, lo que provoca en muchas ocasiones la banalización de algunas situaciones y la falta de denuncia por parte de las víctimas del acoso o la violencia laboral. La amplitud de situaciones laborales, la enorme casuística, e incluso los aspectos subjetivos y culturales, provocan dificultades para establecer conceptos e identificar cuándo una conducta es susceptible de ser considerada como violencia o acoso, y cuando se trata de una simple manifestación extraordinaria (u ordinaria) del desarrollo de una actividad laboral sin mayores aspectos reprochables, lo que provoca en múltiples ocasiones no solo la opción del silencio a la denuncia, sino también que si se opta por la misma surjan nuevas dificultades relacionadas con la recopilación de pruebas.

TERCERA. La violencia y el acoso en el trabajo, estando presente tal y como venimos refiriendo, provocará toda una serie de infracciones de índole administrativa o, en el peor de los casos, de tipo penal. Las empresas no pueden quedar impunes ante el acontecimiento de tales conductas en sus organizaciones, por lo que deben reaccionar de manera preventiva. Esta reacción preventiva ante las conductas de violencia y acoso en el trabajo, no sólo debería perseguir la mitigación de los efectos sancionadores (administrativos o penales), sino que debería canalizarse como una ética o política empresarial que contribuyese a la creación de un espacio y entorno de trabajo más favorecedor de un clima laboral satisfactorio y una mejor evaluación y planificación preventiva de los riesgos psicosociales.

CUARTA. La necesidad de dar visibilidad a los comportamientos de violencia o acoso laboral, así como la dificultad existente de recabar elementos probatorios de tales hechos, exige que las empresas adopten lo antes posible protocolos de actuación que faciliten ambos extremos, dado que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social. La cuestión, por lo tanto, no es baladí, y como apuntábamos antes, el cumplimiento de la normativa, abarcando un conjunto amplio de aspectos como el administrativo, el penal, el laboral y el de prevención psicosocial, nos encamina hacia una especialización en la materia que, en aras a verificar el correcto cumplimiento normativo, debería encauzarse hacia un sistema integrador de compliance laboral, y no a parcelas aisladas.

QUINTA. En este sentido, la Criminología debe cobrar un protagonismo ignorado en muchos casos hasta el momento, y así, a la hora de abordar los aspectos integradores de este modelo de compliance laboral, a través de planteamientos criminógenos, puede intervenir no sólo desde la sanción, sino desde la prevención, y de este modo ayudar (como ya debería hacer en los casos de compliance penal), a definir correctamente los conceptos y situaciones de violencia y acoso laboral, analizando la figura del sujeto activo de estas conductas, así como los caracteres y elementos de la víctima

y del entorno laboral en el cual se producen los hechos. En consecuencia, con su intervención estimamos que se conseguiría una mejor elaboración y aplicación práctica de todos aquellos protocolos y medidas encauzadas a la eliminación o mitigación de las conductas y los efectos de la violencia y el acoso laboral en las empresas.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARBONÉS LAPENA, H.I., (2014), “Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2014.

DE MIGUEL BARRADO, V, PRIETO BALLESTER, J.M, (2016) “El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: El caso español”. PERSPECTIVAS [en línea]. 2016, (38), 25-44 (fecha de Consulta 16 de Junio de 2023). Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=425948032003>

ESTEBAN ROS, I., (2021) “La norma UNE de compliance laboral”, en <https://elderecho.com/la-norma-une-de-compliance-laboral>, del 28 de octubre 2021 (última fecha de consulta, 20 de junio 2023).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1989) “La aportación de la Criminología”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 3, pp. 79-94, San Sebastián, Dic. 1989.

GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J. L. (2002), “El maltrato psicológico: cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso”. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ TRIJUEQUE, D., y GRAÑA GÓMEZ, J.L., (2009) “El acoso psicológico en el lugar de trabajo: prevalencia y análisis descriptivo en una muestra multiocupacional”, Rev. Psicothema, Vol. 21, nº 2, pp. 288-293, Ed. Facultad de Psicología, UCM, Madrid, 2009.

LEYMANN, H., (1990), “Mobbing and Psychological Terror at Workplaces”, Rev. Violence and Victims, Vol. 5, núm. 2, pp. 119-126, Springer Publishing Company, New York, 1990.

LÓPEZ CABARCOS, M.A.; PICÓN PRADO, E; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, P., (2008) “Estudio del acoso psicológico en la universidad pública de Galicia”, Rev. De Psicología del Trabajo y de las Organizaciones, Vol. 24, núm. 1, pp.41-60, Ed. Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, Madrid, 2008.

ORTEGA NAVAS, M.C., (2006), “Educación para la salud en el ámbito laboral”, Rev. Española de Pedagogía, año LXIV, nº 235, Ed. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Logroño. 2006.

PÉREZ BILBAO, J. y NOGAREDA CUIXART, C., (1998) “Violencia en el lugar de trabajo”, NTP (Nota Técnica de Prevención) 489, Ed. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo INSHT (actual INSST), 1998.

- PIÑUEL y ZABALA, I., y FIDALGO ALISTE, A.M., (2004). “La escala Cisneros como herramienta de valoración del mobbing”. *Rev. Psicothema*, Vol. 16 nº4, pp. 615-624, Ed. Facultad de Psicología, UCM, Madrid, 2004.
- POQUET CATALÁ, Raquel., (2016) “Las dificultades probatorias del acoso laboral”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 10/2016, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., (2022) “Compliance laboral: un reto necesario para las empresas del siglo XXI”, *Rev. General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (IUSTEL)*, núm. 61, pp. 26-61, Madrid, (2022).
- SANZ MULAS, N. y HAVA MORENO, A. (2014), “Protocolos de actuación contra el acoso laboral en la universidad: especial referencia a la Universidad de Salamanca”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 28, pp. 47-59, San Sebastián, 2014.
- SOTO SUÁREZ, C., (2013), “Diversos tipos de mobbing y conceptos relacionados”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVII, núm. 2159. Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2006), “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en Enrique Echeburúa Odriozola, Enrique Baca Baldomero, Josep Maria Tamarit Sumalla “Manual de Victimología”, Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 17-50, Valencia, 2006.
- VV.AA. (2009). “Nota Técnica de Prevención 854. Acoso Psicológico en el Trabajo: Definición”. Publica Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- ZAPF, D.; EINARSEN, S. (2001), “Intimidación en el lugar de trabajo: tendencias recientes en la investigación y la práctica, una introducción”. *Rev. De psicología del trabajo y de las organizaciones*, vol. 10, nº 4, pág. 369-373, Madrid, 2001.

El debate entre el positivismo metodológico de H.L.A Hart y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin y su reflejo en el Derecho civil español. La justicia relacional en la encrucijada*


*The Debate between the Methodological Positivism of H.L.A. Hart and the Iusnaturalism of Ronald Dworkin and its Reflection in Spanish Civil Law.
Relational justice at the crossroads*

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga (España)

jmdetorres@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5807-6655>

Resumen: Ronald Dworkin y H.L.A. Hart han mantenido un debate sobre los fundamentos del Derecho que ha perdurado y, medio siglo después de su inicio, aún sigue abierto entre sus seguidores. Por una lado, se proclama la suficiencia del derecho normado, por otro la necesidad de que se justifique en principios superiores. Este debate resulta de especial interés en la era del relativismo, en la que el ser humano busca respuestas a la preguntas que fundamentan su civilización. En el Derecho español, y muy especialmente en el Derecho Civil, simultáneamente se ha desarrollado una controversia paralela entre dos formas distintas de entender el

* Este artículo se corresponde con la ponencia que impartí en el Congreso *Common Law and Continental Law Systems, a double approach for the modernization of Private Law in the Philippines*, que se celebró en la Facultad de Derecho de la University College de Dublin los días 3 y 5 de julio de 2023, en el marco del Proyecto *Erasmus+ CBHE for the Legal and Social Advance in the Philippines (CALESA)*.

Recepción: 31/07/2023

Aceptación: 10/11/2023

Cómo citar este trabajo: DE TORRES PEREA, José Manuel, “El debate entre el positivismo metodológico de H.L.A Hart y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin y su reflejo en el Derecho civil español. La justicia relacional en la encrucijada”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 113-144, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.05>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 113-144

Derecho, una fundada en la sacrosanta seguridad jurídica y otra en la supremacía de la justicia a través de cláusulas generales. Es también un debate abierto, si bien tanto en el ámbito del *Common Law*, como en el Derecho español prima el positivismo y la seguridad jurídica sobre la noción de justicia. Ante la imposibilidad de cerrar estos debates, termina este trabajo con una propuesta para buscar vías alternativas que puedan guiar la aplicación del Derecho en el camino hacia la justicia.

Abstract: *Ronald Dworkin and H.L.A. Hart have held a long running debate on the foundations of law that half a century after its beginning, is still open among their followers. On the one hand, the sufficiency of law is proclaimed, on the other, the need for it to be justified by higher principles. This debate is of particular interest in the age of relativism, in which human beings are looking for answers to the questions that underpin the civilisation. In Spanish Law, and especially in Civil Law, a parallel controversy has developed simultaneously between two different ways of understanding Law, one based on the principle of legal certainty and the other on the supremacy of justice through general clauses. It is also an open debate, although both in the sphere of Common Law and in Spanish Law, positivism and legal certainty prevail over the notion of justice. Given the impossibility of closing these debates, this work ends with a proposal to seek alternative ways of guiding the application of the Law on the path towards justice.*

Palabras clave: Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, positivismo metodológico, iusnaturalismo, principios jurídicos, dogmatismo, seguridad jurídica, justicia, Derecho Civil, Common Law.

Keywords: *Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, methodological positivism, iusnaturalism, legal principles, dogmatism, legal certainty, justice, Civil Law, Common Law*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO EN UN CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL MARCADO POR EL RELATIVISMO. 2. PRINCIPIOS Y DOGMATISMO, SU IMPACTO EN EL DERECHO. 3. REFLEJO DEL DEBATE ENTRE EL POSITIVISMO METODOLÓGICO DE H.L.A. HART Y EL IUSNATURALISMO DE RONALD DWORKIN EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A PARTIR DE PRINCIPIOS, UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE EL COMMON LAW Y EL DERECHO ESPAÑOL. 5. UNA ALTERNATIVA ANTE UN DEBATE IRRESOLUTO. LA JUSTICIA RELACIONAL EN LA ENCRUCIJADA. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO EN UN CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL MARCADO POR EL RELATIVISMO

El debate entre Ronald Dworkin y H.L.A. Hart, aún abierto y continuado por sus seguidores tras el fallecimiento de ambos, debe ser contextualizado pues ambos tratan la filosofía del Derecho, que no deja de ser una rama de un robusto árbol. Esto

implica que la evolución y desarrollo del pensamiento filosófico en el primer cuarto del siglo XXI han de tener su reflejo también en el Derecho y en la forma en que nos acerquemos a este debate.

Hasta el siglo pasado la filosofía estuvo guiada por un claro humanismo del que surgieron importantes consensos, uno de cuyos principales éxitos fue la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 1º de diciembre de 1948¹.

No obstante, este consenso parece ahora sufrir importantes envites tal como nos ilustra Rob Riemen en su obra *To Fight Against this Age*². Para este filósofo estamos en un momento caracterizado por el nihilismo propio de la sociedad de masas³, lo cual supone un importante riesgo para nuestra democracia, que ha entrado en crisis debido a la creciente trivialización. El problema es que tal como señala Riemen, se ponen en tela de juicio valores y principios, y puede afirmarse que ignoramos cuáles podrían ser las respuestas a las preguntas fundamentales que constituyen la base de la civilización⁴. Ello es debido al desarrollo de determinadas corrientes filosóficas, entre las que destacan las corrientes posmodernistas⁵, poshumanistas⁶ y transhumanistas⁷, caracterizadas por relativizar los pilares en los que hasta ahora hemos sustentado tanto el sistema socio político como la posición del ser humano en la sociedad. Se discute tanto el fundamento del Derecho como de la propia dignidad humana⁸.

1 Resolución 217 A III.

2 Rob RIEMEN, *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*. W.W.Norton & Company, First Ed. New York, 2018, p.32.

3 Fue José ORTEGA y GASSET quien en *La rebelión de las masas*, Espasa, Colección Austral ediciones especiales, 1901, (reedición Barcelona, 1999), acuñó el término hombre-masa, al cual considera como una amenaza a los valores de la democracia liberal y al humanismo, un hombre que deambula por la vida sin pensar, carente de valores, aferrado a la masa.

4 Rob RIEMEN, *To Fight... op. cit.*, p.48.

En palabras de Thomas MERMALL en "Ortega contra Pero Grullo: Estrategias retóricas en Meditación de la Técnica", *Revista Internacional de tecnología, Conocimiento y Sociedad*, vol.I, nº1, 2010, pp.1-10, p.6., "vivimos en un mundo dominado por los *managers* del deseo, los secuestradores de voluntad, diseñadores y dueños de nuestras fantasías, empeñados en la creación de un consumidor necesitado de una plétora de productos tecnológicos para satisfacer los deseos más banales y superficiales".

5 Jean François LYOTARD, en *La condición posmoderna*, Cátedra, (1979), 4ª Ed. 2004.

6 Posmodernismo y poshumanismo pueden ser interpretados como una misma corriente en la que se culmina la absoluta pérdida de valores espirituales y el significado de la vida propios del humanismo, según anunció ya en su día F. Nietzsche.

7 El transhumanismo implica la negación absoluta de toda trascendencia, supone el paso del antropocentrismo al cibercentrismo, un mejoramiento que da sentido a esta nueva "religión".

8 Yuval Noah HARARI niega la existencia de derechos humanos fundamentales: "*Like money, limited liability companies and human rights, nations and tribes are inter-subjective realities. They exist only in our collective imagination... It's imagination*", in *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011, p.406. De hecho, los utilitaristas comparten esta perspectiva, pues no admiten otro derecho que el que devenga del acuerdo alcanzado en la sociedad. Por tanto, los llamados derechos humanos se derivarían exclusivamente de dicho acuerdo.

Ante este panorama Riemen queda perplejo al comprobar que no encuentra hoy filósofos humanistas que presenten batalla a la tiranía del relativismo. Lo cierto es que, como él afirma es difícil luchar con el relativismo cuando no se te deja ni siquiera margen para empatar. Afirma que la mera negación de la existencia de valores universales o de todo tipo de trascendencia implica que se gane la partida por un relativismo que autoproclama su victoria en una partida determinada por un “win-win”: Ante la carencia de toda prueba de la existencia de valores universales, se afirma su inexistencia⁹. Puede resumirse este momento refiriendo a Byung-Chul Han quien señala que la filosofía actual carece por completo de referencias a la verdad y se aparta de la actualidad. Por eso –según él– también es una filosofía sin futuro¹⁰.

El mundo tras el cambio de milenio vive en una excepcionalidad permanente que ha puesto en jaque al liberalismo. La democracia liberal y los valores de esperanza y humanidad que la avalaron están en jaque por el envite de multitudes de “hombres-masa” radicalizados. Parece como si hubiéramos vuelto al periodo de entreguerras y los escritos de Ortega y Gasset fueran contemporáneos. El populismo de la mano del nacionalismo renace como el ave fénix y se abre camino. De ello deriva que el blindaje de derechos inviolables consagrado por las constituciones occidentales esté en tela de juicio.

Otro riesgo que nos desafía es la revolución digital que como señala Lassalle arrasa el mundo analógico a través de un capitalismo radicalmente desigual, ajeno a toda regulación y dominado por monopolios sacralizados. En esta revolución vemos como la libertad humana queda secuestrada por simples algoritmos. De todo ello se deriva un temor ante el futuro venidero y una frustración al ver que el futuro prometido no se corresponde con el futuro posible, pues como prevé Harari¹¹ la inteligencia artificial y los cibernéticos llevan ineludiblemente hacia una humanidad sin trabajo, en la que los seres humanos seremos prescindibles y víctimas ingenuas y alienadas de un progreso en el que creyeron¹².

El propio concepto kantiano de dignidad en el que se fundan los derechos fundamentales está en entredicho¹³. Eilenberger alerta que, de hecho, hace ya bastante tiempo que se puso en tela de juicio el pensamiento kantiano. La *Crítica de la razón pura* salió mal parada de los sucesivos envites que recibió por la teoría de la relatividad de

9 Vid. Antonio DIÉGUEZ LUCENA, *Transhumanismo*, Ed. Herder, Barcelona, 2017.

10 Byung-Chul HAN, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Ed. Taurus. Traducción Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, 2022, p.90.

11 Yuvah Noah HARARI, *Homo Deus. A brief History of Tomorrow*, Londres, 2015.

12 José María LASALLE RUIZ, *Ciberleviatán, el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Ed. Arpa Editores, Barcelona, 2019. https://elpais.com/elpais/2019/06/28/ideas/1561737344_535547.html

13 Se niega el excepcionalismo humano que predica KANT, pues queda desacreditado por DARWIN cuando concluye que respecto a los animales nos separan cualidades de grado y no rasgos exclusivos.

Einstein, la teoría de la evolución de Darwin y de las propuestas de Sigmund Freud¹⁴. No obstante, podemos preguntarnos por lo que ha cambiado respecto a tiempos anteriores: ¿Qué es lo que hace que la coyuntura actual sea inédita? En palabras de Max Scheler, por primera vez en la historia el hombre ya no sabe lo que es, pero al mismo tiempo sabe que no lo sabe, lo cual lo convierte en un ser problemático¹⁵. Este relativismo permite al populismo desafiar la propia validez de los derechos humanos. Actualmente, vemos claros retrocesos en EE.UU. e incluso en algunos estados de la Unión Europea¹⁶. El problema es, como señala Vattimo¹⁷, que en el posmodernismo lo importante no son los hechos, sino sus interpretaciones, lo importante es el “relato” que imponen los medios de comunicación, independientemente de que sea verdad. Finalmente, el panorama termina de ensombrecerse cuando conocemos a través de los estudios hechos en criminología que no es la opinión pública la que condiciona la agenda política, sino justo lo contrario; que son los políticos los que construyen la opinión pública para justificar sus decisiones¹⁸. De hecho, los líderes populistas tienen a su servicio una maquinaria insospechadamente útil para crear opinión¹⁹.

En este difícil momento en que se encuentra el debate filosófico, marcado por un relativismo dominante, resulta de especial interés detenernos en otro debate que ha predominado en el ámbito jurídico durante el último medio siglo. Nos referimos al debate entre Ronald Dworkin y H.L.A Hart, al que nos hemos referido al comienzo de este apartado. Se trata en última instancia de vislumbrar si en el ámbito jurídico se ha construido un dique que pueda contener el empuje de la corriente relativista, o más bien debemos conformarnos con un positivismo que dote al sistema de una fuerte seguridad jurídica, pero que, simultáneamente, lo deje desnudo ante el envite de las nuevas corrientes.

2. PRINCIPIOS Y DOGMATISMO, SU IMPACTO EN EL DERECHO

Igualmente el Derecho que tradicionalmente ha sido cimentado sobre los postulados del Derecho natural racional, fundado en la infalibilidad de la razón, conforme

14 Wolfram EILENBERGER, *Tiempo de magos*, Ed. Taurus, Madrid, 2019, p.28.

15 Citado por W. EILENBERG, p.29.

16 Destaca la anulación del histórico fallo Roe vs. Wade de 1973 por el Tribunal Supremo Norteamericano de 24 de junio de 2022 para negar el derecho constitucional de la mujer a la interrupción del embarazo. De hecho, el 15 de septiembre de 2022 entró en vigor en Indiana la primera ley restrictiva del derecho al aborto.

17 Gianni VATTIMO, quien lo define como el concepto de posverdad. *Addio a la verità*, Ed. Melteme, Roma, 2009.

18 José BECERRA MUÑOZ, “La toma de decisiones legislativas penales”, *Revista española de derecho constitucional*, año 33, nº99, 2013, pp.125-158.

19 Rob RIEMEN en *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*. W.W.Norton & Company, First Ed. New York, 2018, acierta en su análisis de cómo el populismo y el que él llama nuevo fascismo está resurgiendo. No obstante, su propuesta para encararlo no termina de ser satisfactoria.

al pensamiento de Hobbes, Locke o Kant, ha sufrido la embestida del postmodernismo, quedando muy debilitada su conexión con la justicia, al ser recluido en el templo de la ley.

Puede pensarse que es necesario buscar una alternativa que supere todo dogmatismo, medieval o totalitario, y que parta de la consciencia de la debilidad de la mente para tomar decisiones que sean propias y no inducidas. Es ineludible referir el debate entre el positivismo metodológico de Hebert HART y el iusnaturalismo de Ronald DWORKIN; debate entre la suficiencia de las meras reglas y la necesidad de principios que permitan al juez tener un criterio para decidir ante reglas contradictorias. Por tanto, nos encontramos entre la construcción teórica “tercera teoría del Derecho” del profesor norteamericano Ronald Dworkin y la teoría liberal del profesor inglés Herbert Lionel Adolphus Hart, conocido como H.L.A. Hart²⁰.

La propuesta de Dworkin es explicar y justificar el Derecho sobre una base moral. Por tanto, para él, un juez del *Common Law* no crea Derecho porque ante un caso difícil lo que hace es obtener una salida justificada en unos principios jurídicos generales²¹.

Sin embargo, la postura de Hart es diametralmente opuesta. Considera que debe distinguirse entre dos escenarios distintos a los que se pueda enfrentar un juez a la hora de buscar una solución para un problema jurídico. El primer escenario es que se trate de un supuesto de hecho ya contemplado en el Derecho precedente, para el cual, por tanto, existen criterios preestablecidos. En tal caso el juez deberá aplicar dichos criterios, que no puede modificar. Por otro lado, el segundo escenario será aquel en el que el juez no encuentre norma o precedente aplicable. Para dicho caso en que, por tanto, medie una laguna, Hart considera que el juez tiene plena discrecionalidad para crear derecho, por no mediar un precedente o ley aplicables²². Por ello desde este positivismo se considera que ante un caso difícil no existe una respuesta correcta, sino respuestas “diferentes”²³.

Este enfoque de la función del aplicador del Derecho implica que cuando exista ley previa aplicable o precedente judicial quedará encorsetado por los mismos, sin posibilidad de alterarlos. Recuérdese que las cláusulas incluidas en los contratos tienen

20 Matthew H. KRAMER, Claire GRANT, Ben COLBURN, Antony HATZISTAVROU, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Traducción Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, 2012, Madrid, p.21.

21 Para Agustín SQUELLA NARDUCCI, en *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p.232, se trata de principios generales del Derecho resultado de un trabajo inductivo a partir de las propias normas jurídicas previstas en un ordenamiento jurídico.

22 Adopta, por tanto, una posición que se distancia del positivismo de Kelsen, para quien el Derecho siempre ofrece respuesta porque el juez debe rechazar la demanda cuando no encuentra en el Derecho una norma aplicable. César RODRÍGUEZ, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 5ª ed, Bogotá, 2005, p.302.

23 DWORKIN, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Traducción Claudia Ferrari, ed. Gedisa, Barcelona, 2008, p.12.

la fuerza de ley entre las partes contratantes, esta máxima se aplica con rigor en los países del Common Law, en los que no se permite que el juez pueda modificarlas por virtud de la fuerza correctora del principio de la buena fe. Este hecho convierte estos Derechos y foros en muy fiables para las grandes multinacionales que no desean ver las cláusulas de sus contratos modificadas o anuladas por la autoridad judicial²⁴.

Precisamente se afirma que esta es una de las razones por las que los países del Common Law gozan de una clara preponderancia en los litigios sobre Derecho mercantil internacional, tanto en la elección de foro como de Derecho. Varios estudios han señalado que cuando se elige la ley aplicable al fondo del contrato, la ley aplicable más frecuentemente elegida es la ley inglesa (40%), seguida de la ley neoyorquina (17%). Las “otras” leyes incluyen una amplia gama de leyes nacionales²⁵.

Para ilustrarlo podemos detenernos en la Sentencia del Tribunal Supremo de Inglaterra de 10 de junio de 2015, caso *Arnold vs Britton*²⁶. En este caso los jueces se plantean cómo debían abordar la interpretación de un contrato por el que se alquilaron diferentes chalés. El contrato tenía una duración de 99 años a partir del 25 de diciembre de 1974 y se reservaba una renta de 10 libras anuales que se incrementaba en 5 libras por cada periodo posterior de 21 años. Estos arrendamientos estaban sujetos a una cláusula de gastos de servicio por la que se exigió al arrendatario pagar durante el primer año del plazo una suma fija de 90 libras esterlinas, y para cada año siguiente una suma que representaba un aumento del 10% sobre el año anterior, es decir, un gasto de servicio anual inicial de 90 libras esterlinas, que se incrementaba a una tasa compuesta del 10% en cada año sucesivo.

Por tanto, si partimos de un contrato de arrendamiento concedido en 1980, la carga de servicio sería de más de 2.500 libras en 2015 y de más de 550.000 libras en 2072. Esta subida pareció abusiva a los arrendatarios, al menos a juzgar por cómo se veían las cosas en 2015, momento en el que se acumulaban quince años

24 Por lo tanto, a primera vista, parece que las partes en el comercio internacional prefieren las jurisdicciones y leyes del *common law* para dirimir los litigios. ¿Por qué la preferencia por las jurisdicciones de *common law*? Hay diferentes razones posibles, en primer lugar, el idioma, el inglés es hoy la nueva “lingua franca” internacional, pero también otras como las normas estrictas a través de la jurisprudencia, la libertad de las partes para contratar, y quizás la más importante: la comparativamente escasa interferencia judicial en los contratos de las partes. En otras palabras, las jurisdicciones de derecho anglosajón favorecen la seguridad jurídica a la hora de interpretar las obligaciones legales, sin dar cabida, por lo general, a las doctrinas de la “buena fe” o la “equidad”. Hay excepciones a esta regla general: el empleo es un ejemplo destacado. En el marco de los contratos de trabajo, los jueces tienen expresamente en cuenta la desigualdad de poder de negociación de las partes y han introducido implícitamente cláusulas contractuales como la “buena fe” en este tipo de contratos.

25 Paul FRIEDLAND y Loukas MISTELIS, “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration” White & Case, 2010 School of International Arbitration, Queen Mary University of London, p.11. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>

26 <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0193-judgment.pdf>. Another recent case on contractual interpretation: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/04/literal-or-contextual-what-correct-approach-contractual>

de tipos de interés que no habían superado el 4%. Por tanto, consideraban que el importe del servicio a pagar era desproporcionado en relación con el valor real de los servicios prestados.

Sin embargo, la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo decidieron a favor del arrendador a pesar de las evidentes consecuencias negativas para los arrendatarios de tal decisión. Esto se debe a que los jueces consideraron que no podían apartarse del significado natural de la redacción de la cláusula 3 (2) del contrato de arrendamiento relativa al tipo de interés compuesto, porque supondría insertar palabras que no están ahí. El problema era que los términos de la cláusula parecían claros en cada uno de los contratos de arrendamiento. Los jueces afirmaron que, aunque sería lo lógico que un abogado desaconsejara la incursión de dichas cláusulas, lo cierto es que las partes las incluyeron, siendo ellas soberanas del contenido del contrato por estar bajo su control en el momento en que se perfeccionó. Concluye el Tribunal Supremo que si la cláusula ha sido libremente pactada por las partes, del hecho de que de la redacción clara de la misma se derive una interpretación y resultado desastroso para una de las partes, no puede extraerse una razón para apartarse del significado inequívoco del texto de dicha cláusula. Igualmente consideró que su función y el propósito de la interpretación judicial era identificar lo que las partes habían acordado, y no lo que el tribunal pudiera pensar que las partes deberían haber acordado. Es decir, es responsabilidad de cada parte interesada elegir y pactar las cláusulas que considere adecuadas al acordar un contrato, de forma que si finalmente se demuestra que ha sido negligente, la responsabilidad será suya²⁷.

Esto significa que no sea función del juez en las jurisdicciones de *common law*, corregir el contrato conforme a la regla de equidad, aplicando determinados principios éticos, en especial, la doctrina de que debe mediar una buena fe implícita en toda regla contractual. Por el contrario, su papel será atenerse a los principios jurídicos establecidos previstos para la interpretación de las obligaciones contractuales, sin poder desviarse del tenor de las cláusulas contractuales interpretadas. Desde este punto de vista, en la medida en que existe libertad para contratar, el papel de los jueces es simplemente hacer cumplir las obligaciones contractuales²⁸.

Si bien Dworkin coincide con Hart en que el pasado determina el presente, es decir, que las decisiones del pasado, ya sean reglas normadas o precedentes judiciales, son los criterios sobre los que construir las decisiones del presente, sin

27 Sin duda, subyace la premisa de que cada parte podrá haber contratado a un abogado diligente que haya podido excluir del contrato las cláusulas perjudiciales para su cliente, al no hacerlo habrá incurrido en negligencia y por tanto deberá asumir las consecuencias de un acto libremente realizado en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Nos cuestionamos si esta premisa parte de una presunción errónea, tal cual será que toda posible parte interesada tiene acceso al conocimiento del Derecho o a la contratación de un asesor jurídico.

28 Tony HARVEY, Professor at John Moores University, Liverpool. "Choosing the Jurisdiction for International Commercial Contracts". Workshop taught at Malaga University School of Law on 13 of December of 2014.

embargo, aporta un enfoque bien distintos a la hora de explicar la función del juez como aplicador del Derecho²⁹. De hecho, al “Juez Hércules” de Dworkin ante una laguna no le es lícito actuar conforme a su discreción, no es un creador del Derecho, sino que debe limitarse a decidir conforme a los principios vigentes en el ordenamiento jurídico, principios en los que el Derecho encuentra su fundamento y justificación. Es, por tanto, una labor preestablecida, quedando el juez encorsetado por estos principios que le impiden actuar de forma discrecional, pues, aunque no exista norma positiva aplicable a un caso, siempre mediará un principio. Para Dworkin un Derecho que no esté fundado en una sólida justificación, queda deslegitimado³⁰.

Por otro lado, para Dworkin también difiere la función del juez en el caso de no mediar laguna, pues cuando tenga que decidir sobre un caso de extremada dificultad podrá verse ante el envite de tener que completar el Derecho positivo, o incluso de corregirlo, con principios jurídicos “legitimadores”³¹. Si bien estos principios carecen de la precisión de una norma, es necesario impedir que sean objeto de interpretaciones arbitrarias, por lo que hay que procurar que la aplicación del Derecho y la impartición de la justicia vengan de la mano mediante la concreción de la respuesta correcta al caso planteado. Esta es la visión con la que contempla Dworkin al “juez filósofo Hércules”³².

Esta desconexión entre Derecho y Justicia la refiere Dworkin con una anécdota muy ilustrativa³³. Relata un conocido encuentro entre el miembro del Tribunal Supremo de Estados Unidos Oliver Wendell Holmes y el juez Learned Hand, dos de las grandes figuras del Derecho estadounidense. Señala que después de almorzar juntos, Holmes accedió a su carruaje para volver al trabajo, momento en el que Hand corrió tras él y gritó: “Haga justicia, señor, haga justicia”. Justo en ese momento, Holmes ordenó que se detuviera el carruaje y reprendió a Hand: “Ése no es mi trabajo. Mi trabajo es aplicar la ley”³⁴.

Hay que decir que Hart también critica al juez Oliver Wendell Holmes, pues consideraba que no solo hay que tener en cuenta el punto de vista externo del

29 Ronald DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political Debate*, 2008, Princetown University Press, Princetown N.J., 2008, p. 59.

30 Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Isabel Guastavino Castro, Ed. Ariel, Derecho, Barcelona, 2012, p. 408.

31 DWORKIN considera que cuando el contenido de una decisión política es en cierta forma poco clara, la justicia juega un papel al decidir cuáles son los derechos legales que surgen en realidad de dicha decisión. *El imperio de la justicia...* pp. 79.

32 *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 401-411.

33 Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, Havard University Press, 2008, pp.10 y ss.

34 En esta línea, hay otras frases célebres que se atribuyen al juez Holmes: “Los hombres deben conocer las reglas por las que se rige el juego. Las dudas sobre el valor de algunas de esas reglas no son razón suficiente para que los tribunales no las sigan. No estoy en libertad de considerar la justicia de la Ley”. <https://same-law.livejournal.com/586516.html>

observador privilegiado, sino también el interno de un participante comprometido. No obstante, consideró erróneo intentar hallar la solución a un conflicto en la perspectiva interna del participante comprometido en el sistema jurídico, como hace Dworkin, sino que considera que se debe optar por centrar la búsqueda de la solución en un punto de vista externo, si bien desde una posición moderada, a partir de reglas primarias y secundarias³⁵. Por el contrario, Dworkin parte del punto de vista interno, el de los participantes, que encarna un interés práctico, encontrar qué es lo que el Derecho requiere que se haga o tenga en una situación determinada³⁶.

Finalmente, Dworkin aporta casos reales sobre los que construir su argumentación. Destaca entre ellos el caso de Riggs v. Palmer, en el que Elmer E. Palmer tras envenenar a su abuelo exige heredarlo por no prever la ley aplicable que dicho acto fuese causa de exclusión de la herencia, al no estar previsto como causa de indignidad para suceder. El abogado de Elmer alegó que en tanto el testamento no violaba el Estatuto de testamentos de Nueva York era válido, y no podía ser sustituido por las convicciones morales del Tribunal enjuiciador³⁷.

En este caso, resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, los magistrados debatieron entre dos opciones opuestas³⁸. Por un lado, el magis-

35 Matthew H. KRAMER, Claire GRANT, Ben COLBURN, Antony HATZISTAVROU, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Traducción Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, 2012, Madrid, p.21.

36 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

37 Este caso parece de laboratorio, como si fuera extraído de un manual de Derecho. Sin embargo, en fecha reciente se ha dado un supuesto similar que nos resulta muy cercano, por tener lugar en la localidad de Las Gabias, en Granada. Es un caso que alcanzó notoriedad en junio de 2023, cuando se conoció que un hombre había asesinado a su hermana embarazada y a un hijo de ésta, de tres años, por razón de la herencia de sus padres, dándose la circunstancia que el heredero abintestato era el asesino. Se trata de otro supuesto típico para una prueba académica, en el que puede mediar un *ius transmissionis*, un problema de conmorencia y una causa de indignidad ex art. 756.2 CC: “Son incapaces de suceder por cuestión de indignidad el que fuese condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador o de sus descendientes”. Dándose la circunstancia de que el homicida tenía un hijo, a quien finalmente correspondería la legítima por representación. <https://www.ideal.es/granada/detenido-siempre-mostrado-celos-hermana-iba-repartir-20230530002743-nt.html>

38 Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants v Elmer E. eth al., Respondents. Court of Appeals of New York . Submitted June 21, 1889 . Decided October 8, 1889. Riggs vs. Palmer 115 NY 506 Recojo aquí el considerando principal de la sentencia por su relevancia: (*opinion of the Court*): “El 13 de agosto de 1880, Francis B. Palmer otorgó testamento, dejando varios legados a sus dos hijas, la Sra. Riggs y la Sra. Preston, parte apelante, y el resto de su patrimonio a su nieto, el aquí apelado, Elmer E. Palmer. En la fecha del otorgamiento, el testador poseía una granja y un considerable patrimonio. Si bien Francis B. Palmer era viudo, en marzo de 1882, contrajo matrimonio con la Sra. Bresee. Durante el periodo comprendido entre la fecha en que se otorgó el testamento y a la muerte del otorgante, Elmer vivió con el testador, teniendo 16 años en el momento de su óbito. Es hecho probado que Elmer conocía las disposiciones testamentarias hechas a su favor y que a fin de evitar que su abuelo las revocara, una vez que éste manifestó su intención de hacerlo, lo asesinó envenenándolo. Ahora reclama la propiedad, y la única cuestión que se nos plantea es si puede tenerla. El apelado, Elmer, alega que habiendo fallecido el testador y mediando un testamento otorgado en debida forma, debe reconocérsele efectos conforme a la ley aplicable.”

Este sucinto relato de los hechos viene acompañado de unas reflexiones jurídicas clave para entender este caso, reflexiones en las que el juez ponente recurre en primer lugar analiza las consecuencias

trado Gray proponía aplicar estrictamente la ley, pues el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York no contemplaba el supuesto como causa de indignidad para suceder. Por otro lado, el magistrado Earl abogaba por buscar principios superiores e intereses de justicia. Finalmente, la opinión mayoritaria se decantó a favor de éste último y el fallo se justificó apelando a la máxima general y fundamental del *Common Law* según la cual “*No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime*”. Señala Dworkin que fue, por tanto, una disputa sobre qué era el Derecho, qué decía en realidad el Estatuto verdadero que los legisladores promulgaron³⁹.

Llegados a este punto cabe preguntarse por la esencia de los principios que postula Dworkin, una esencia que los elevaría por encima de la norma positiva. Para ello Dworkin reflexiona que la “máxima general y fundamental del *Common Law*” esgrimida por el tribunal en el caso *Riggs vs. Palmer*, en realidad ni estaba escrito en norma alguna, ni se contenía en algún precedente judicial. Simplemente la redactaron de nuevo cuño para llegar a una solución justa sosteniendo que emanaba de la práctica del Estado⁴⁰. Para Dworkin el Derecho no puede reducirse a una mera aplicación de

perversas a la que llevará una aplicación estricta de la ley: “Es muy cierto que si los estatutos que regulan el otorgamiento, prueba y efecto de los testamentos se interpretan literalmente, procedería declarar la validez y eficacia del testamento, y que el mismo no puede en modo alguno y bajo ninguna circunstancia ser modificado, por lo que consecuentemente la herencia correspondería al asesino. Es cierto que el propósito del estatuto que regula las sucesiones es permitir disponer de los bienes *mortis causa*, sin embargo, nunca podría haber sido la intención de los legisladores que un heredero que hubiera asesinado al testador para evitar que revocara una cláusula a su favor pudiera beneficiarse jurídicamente de dicho acto. (...) ¿Qué podría ser más irrazonable? (...) Tal intención es inconcebible.” En segundo lugar, el juez ponente, expresa la *ratio decidendi* de la sentencia, que no es otra que la aplicación de una “*máxima general... fundamentada en la ley universal*”: “Todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación y efecto por las máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá beneficiarse de su propio fraude, o aprovecharse de su propia injusticia, o fundar cualquier reclamación fundada en su propia iniquidad, o adquirir propiedad por medio de su propio crimen. Estas máximas son dictadas por la política pública, tienen su fundamento en la ley universal administrada, en todos los países civilizados, y en ninguna parte han sido reemplazadas por estatutos. Se aplicaron en la decisión del caso *New York Mutual Life Insurance Company contra Armstrong* (117 U.S. 591). Allí se sostuvo que la persona que obtenía una póliza sobre la vida de otra persona, pagadera a su muerte, y luego asesinaba al asegurado para hacer pagadera la póliza, no podía recuperarla. Por las mismas razones, el acusado Palmer no puede ser considerado heredero.”

Finalmente se revoca la sentencia apelada: “Por lo tanto, la sentencia apelada debe ser revocada y debe decidirse de la siguiente manera: Que a Elmer E. Palmer y al administrador se les prohíba adquirir cualquiera de los bienes muebles o inmuebles dejados por el testador en beneficio de Elmer; que las disposiciones testamentarias a favor de Elmer sean declaradas ineficaces; que en razón del delito de asesinato cometido contra su abuelo, el nieto se vea privado de cualquier derecho sobre la herencia; que los apelantes son los verdaderos herederos de los bienes muebles e inmuebles dejados por el testador, a reserva de la carga a favor de la madre de Elmer y de la viuda del testador, en virtud del acuerdo prematrimonial, y que las costas de todos los procedimientos sean a cargo de Elmer”.

39 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, op. cit., pp. 28.

40 De hecho lo que si existía era un precedente que avalaba la decisión apelada. Se trata del caso *Owens v. Owens* (100 N. C. 240), en el que una esposa tras ser condenada como cómplice del

normas a casos concretos, ha de venir impregnado de los valores e ideales que dan sentido a la práctica jurídica. Por tanto, afirma que el Derecho está conformado tanto por reglas como por principios, siendo las prácticas habituales que predeterminan cómo se aplica y se entiende el Derecho en los casos difíciles las que nos muestran esos principios que aportan una solución correcta cuando no hay norma aplicable. En concreto refiere que el origen de los principios: “no reside en una decisión concreta de algún legislador o tribunal, sino en un sentido de lo que es apropiado desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo. Su poder continuado depende de que este sentido se mantenga. Por ejemplo, si ya no pareciera injusto permitir que alguien se beneficie de sus errores o imponer cargas especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de tener importancia en los nuevos casos, aunque nunca hubieran sido anulados o derogados”⁴¹. En último caso, señala Dworkin, los principios jurídicos vinculan a los jueces debido a sus intrínsecas cualidades morales⁴².

La respuesta de Hart y de sus seguidores ha sido que lo que hace Dworkin es argüir que en última instancia la legalidad no está únicamente determinada por los hechos sociales, sino también por los hechos morales, es decir, que la existencia y el contenido del Derecho positivo viene determinado por la existencia y contenido de la regla moral⁴³. Ante lo cual alega Hart que la dependencia de la legalidad respecto a la moralidad es solo aparente y en todo caso no socava el fundamento social del Derecho⁴⁴. Para Hart el verdadero fundamento del Derecho se hallaría en una regla fundamental que denominó “regla de reconocimiento” la cual es la que atribuye potestad al legislador. Esto significa que la ley es válida debido a convenciones sociales que implican la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a un determinado grupo de personas crear leyes válidas. Es decir, una determinada ley es válida no porque el legislador que la sanciona tenga el control de un territorio, sino porque el pueblo la ha aceptado y sigue aceptando el esquema de autoridad desplegado en la constitución nacional⁴⁵.

asesinato de su marido, reclamó sus derechos sucesorios en la herencia del mismo. Los cuales le fueron concedidos.

41 Ronald DWORKIN, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.35, n.1, 1967, pp.14-46, p. 40.

42 Scott J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, *Michigan Law, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, no.77, March 2007, pp.1-54, p.14. Dworkin señala que si un juicio no es justo, entonces la comunidad infringe un daño moral a uno de sus miembros, y advierte de que a menudo la ley se convierte en lo que el juez sostiene que es. Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p. 15.

43 De hecho, Dworkin mantiene que en los juicios se suelen plantear tres tipos de cuestiones: de hecho, de derecho, y de moralidad. Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p.16.

44 Scott J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate...”, *op. cit.*, p. 5.

45 Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, 2ªed, Ed. Clarendon Press-Oxford, London, 1994 pp.100-109.

A todo lo cual refuta Dworkin que la cuestión es determinar qué es lo que ha de entenderse por “aceptación de una disposición de reconocimiento”. Trae a colación el caso de muchos oficiales de la Alemania nazi que obedecieron las leyes de Hitler como si fueran válidas solo por temor y se pregunta si de ahí podría colegirse que se trataba de un supuesto de aceptación de una disposición de reconocimiento que permitía establecer tales leyes. La contestación negativa llevaría a proscribir como Derecho todo aquel que se promulgara en un territorio donde la mayoría de las personas afirmaran que existe un Derecho, aunque fuese malo o poco popular⁴⁶. De hecho, en su trabajo “Hart’s posthumous reply” Dworkin afirma que los postulados del positivismo nos llevarían a aceptar que la ley de la Alemania Nazi, o la aplicación del *apartheid* por un juez sudafricano hace unas décadas, fueran simples manifestaciones de la aplicación de leyes vigentes y eficaces que deben permanecer desconectadas de todo principio superior⁴⁷.

La cuestión que subyace es un debate que gira entre un positivismo que defiende que derecho y ética están hechos por reglas semánticas distintas y un derecho natural que afirma que ambos están unidos por estas reglas semánticas⁴⁸, un antiguo debate entendido ahora como lucha entre distintas teorías políticas que implica un debate interpretativo entre concepciones de derecho rivales⁴⁹.

Lo cierto es que, ya fallecidos ambos filósofos del Derecho, el debate sigue abierto y, como señala Shapiro, aunque los detalles han cambiado, la cuestión básica, y su importancia fundamental, sigue siendo la misma hoy que hace cuarenta años. ¿Se fundamenta la ley en última instancia únicamente en hechos sociales, o viene determinada también por los hechos morales la existencia y el contenido de la ley? Para Shapiro sólo el futuro dirá quién tiene derecho a cantar victoria en este debate⁵⁰.

El esfuerzo realizado desde el iusnaturalismo abanderado por Dworkin ha sido meritorio, pero no definitivo. No se ha llegado a aportar un instrumento con el

46 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p. 37.

47 Ronald DWORKIN, “Hart’s posthumous reply”, *Harvard Law Review*, Vol.130, 2017, pp.2096-2130, pp. 2125-2130.

48 Quizá el apoyo que encuentra Dworkin en la moral para anclar los principios que conforman el eje de su construcción filosófica no sea el más adecuado. La moral en cierta forma mantiene un atisbo religioso mientras que la ética se conecta con el pensamiento filosófico, siendo un término que se considera neutral.

49 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p.79. De hecho, Dworkin critica cómo desde el positivismo se afirma como postulado de partida que todo debate sobre el Derecho lo es simulado pues parte de la creencia de que todas las partes interesadas están de acuerdo sobre unos mismos criterios a la hora de entenderlo, por lo que en realidad la discrepancia lo sería sobre distintas cuestiones, pero no sobre el Derecho. pp. 44-45.

50 Scott J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate...”, *op. cit.*, p.54. No obstante, Shapiro considera que debería prevalecer el pensamiento de Hart. Postura contraria la de Mauricio BEUCHOT, que en “Derecho y moral. El caso de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 51-68, aboga por una vuelta al Derecho natural como fundamento ontológico del Derecho de la mano de Dworkin.

que dotar al filósofo humanista de una respuesta al envite existencialista. Desde el posthumanismo y el transhumanismo se exige que, si es cierto que existen unos principios superiores, se pruebe. Ante el silencio que obtiene por respuesta, considera ganada la partida. Como señala el propio Dworkin “seguimos aguardando una iluminación”⁵¹.

Mientras este debate sobre la teoría jurídica sigue vivo⁵², el relativismo se extiende entre distintas teorías filosóficas. Uno de sus reflejos ha sido la recepción del pragmatismo como actitud escéptica ante el concepto del Derecho. El pragmatismo se desvincula de las decisiones políticas del pasado y busca la justificación de la capacidad coercitiva del juez en la eficiencia, la justicia u otras circunstancias contempladas en la propia decisión coercitiva. El pragmatismo alienta a que el juez siga su propio punto de vista, evitando atender a decisiones tomadas por otros jueces o por el legislador en el pasado. El juez, por tanto, podría anular o ignorar precedentes judiciales o leyes que considerase anticuadas, al igual que considerará inútil tratar de vislumbrar la intención del legislador al aprobar una determinada norma. Podemos resumir afirmando con Dworkin que el pragmatismo es una concepción escéptica del Derecho porque rechaza los derechos legales genuinos afirmando que los jueces puedan seguir cualquier método que produzca lo que ellos creen que sea lo mejor para la sociedad en el futuro. Todo ello implica que rechace que las personas puedan tener derechos subjetivos bien definidos, pues estos derechos para el pragmatismo no serían sino sirvientes para un mejor futuro, instrumentos contruidos para dicho propósito sin fuerza propia o independiente⁵³.

Por un lado, el pragmatismo como teoría de cómo decidir judicialmente tiene a Richard Posner⁵⁴ como uno de sus principales representantes en la actualidad, autor que contempla el pragmatismo como una herramienta capaz de alcanzar cualquier fin, especialmente en una democracia constitucional. Por otro lado, el pragmatismo jurídico normativo propone normas jurídicas contextuales, instrumentales,

51 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p. 24.

52 Resulta de interés la propuesta de Miguel Reale quien considera que el Derecho y la Sociedad, solo pueden ser explicados a partir de los valores, de los que él llama verdaderos valores, que son los que dotan de significado a las acciones humanas. Por tanto, inicialmente es una posición cercana a la Dworkin al colocar en los valores el primer fundamento, al igual que Dworkin lo pone en los principios. Sin embargo, el problema lo encontramos al intentar determinar estos valores, pues ya el propio Reale señala que no son entidades que existan en sí mismas, sino que han de ser considerados como apreciaciones que el ser humano realiza sobre los bienes, que únicamente se convierten en realidad porque el individuo y la sociedad los reconocen y eligen como tales. Planteamiento que nos evoca la regla de reconocimiento de Hart. En todo caso Reale centra su trabajo en la persona, el verdadero valor fuerte y el que afirma ser el más valioso que se pueda encontrar entre los entes existentes en este mundo. Néstor Alejandro RAMOS, *La filosofía de Miguel Reale*, Universidad Fausta Ediciones, Mar de Plata, 2011, pp.129-130. *Vid.* Miguel REALE, *Teoría Tridimensional del Derecho*, ed. Tecnos. Trad. Ángeles Mateos, Madrid, 1997.

53 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, pp. 115-123.

54 Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard, 2003.

orientadas hacia el futuro y sometidas a perspectiva⁵⁵, postura que ha sido objeto de importantes críticas⁵⁶.

3. REFLEJO DEL DEBATE ENTRE EL POSITIVISMO METODOLÓGICO DE H.L.A. HART Y EL IUSNATURALISMO DE RONALD DWORKIN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Puede afirmarse que este debate ha tenido una vida paralela e independiente en el Derecho español gracias a la obra del profesor José María Miquel González, quien fue el primero en traer a colación una doctrina nacida en Alemania hace ya un siglo que encontró su refrendo en la reforma del Título Preliminar del Código Civil, llamada reforma de las cláusulas generales⁵⁷. La doctrina de las cláusulas generales se centra en el principio de la buena fe y puede sintetizarse en el hecho de que el ordenamiento jurídico no puede tutelar actos cometidos en contra de los dictados de la buena fe, actos abusivos por tal motivo. A diferencia de la construcción iusnaturalista de Dworkin, en esta línea doctrinal no se hace referencia alguna a la moral como fundamento de sus postulados. Por el contrario, el debate ahora se centra entre dos conceptos que se erigen como primordiales para una correcta teoría del Derecho, pero que llevan a concepciones antagónicas del mismo. Por un lado, la seguridad jurídica, que se esgrime como piedra angular de todo sistema jurídico que se precie. Por otro lado, la justicia, elemento sin el cual se afirma que el sistema jurídico queda desnudo y sin soporte que lo justifique. Se trata pues de una disputa paralela a la producida en el ámbito anglo-norteamericano, pero desarrollada en el Derecho continental europeo. En última instancia vuelve a ser una respuesta al positivismo rígido que afirma que la ley no necesita ser justa, pues basta con que esté positivizada por el Estado, reiterando el pensamiento de Austin según el cual la ley no depende de la razón, sino de la voluntad o el postulado de Bobbio, cuando señala que el Derecho no es sino una técnica aplicada a la sociedad⁵⁸.

Esta teoría de las cláusulas generales nació en la Alemania de entreguerras como respuesta a una situación puntual en la que la inflación galopante dio lugar a que mantener el principio nominalista para los pagos pendientes suponía un evidente abuso de derecho. Ante la oposición del gobierno a la actuación del

55 Joana TAVARES DA SILVA PAPOZO, *Pragmatismo y neoconstitucionalismo: una contribución a la recepción de la filosofía pragmatista en el nuevo paradigma constitucional*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2013, pp. 7-8.

56 Richard A. EPSTEIN, *The Perils of Posnerian Pragmatism*, 71 U Chi L Rev 639, 2004, pp. 639-658.

57 José María MIQUEL GONZÁLEZ, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 1997, pp.306-307.

58 Mauricio BEUCHOT, en “Derecho y moral. El caso de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 51-68, p. 53.

Tribunal Supremo alemán que permitió que los acreedores pudieran negarse a la cancelación de las hipotecas si se le pagaba solo el valor nominal⁵⁹ en virtud de lo dispuesto por el artículo 242 BGB⁶⁰, el tribunal pronunció una de sus resoluciones más trascendentes: “la idea de la buena fe está por encima de toda ley, por encima de toda disposición jurídica positiva... El legislador no puede frustrar por el poder de su palabra un resultado que la buena fe exige imperativamente”. Había nacido la doctrina de las cláusulas generales. Doctrina que fue recogida por el Tribunal Supremo español y se sustanció en la reforma del Código Civil de 1974, con la nueva redacción del artículo 7 CC. No es este el lugar para explicar cómo funcionan las cláusulas generales, ni la recepción y evolución de las distintas doctrinas jurisprudenciales que las han acogido, pues a ello he dedicado un artículo doctrinal⁶¹. Lo que nos importa ahora es dejar constancia de que cierta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha optado por seguir esta corriente doctrinal, otorgando prioridad a la justicia, mediante una técnica que al encontrar principios generales normados en el propio CC, le permite al juez aplicarlos directamente, e incluso confrontarlos con otras normas igualmente positivas. Desde esta perspectiva puede entenderse que por esta vía el aplicador del Derecho encuentre herramientas para neutralizar la aplicación de normas que puedan dar lugar a un resultado “injusto”, precisamente por favorecer comportamientos abusivos o contrarios a la buena fe. La doctrina de los propios actos o del retraso desleal son fiel reflejo de esta actividad judicial⁶². Igualmente, en el ámbito del Derecho de familia, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha acogido el mecanismo de la cláusula general al aplicar el principio del Interés Superior del Menor⁶³.

59 Téngase en cuenta que en julio de 1922 un marco-oro (Goldmark) costaba, calculado sobre la base del dólar, 177 marco-papel (Papiermark) y en diciembre de 1923 alcanzó el billón de marco-papel. BOEHMER (1959: 457-614) citado por GARCÍA SALGADO, María José, “Determinar lo indeterminado: Sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. N^oXX. Enero 2003. pp.105-129, p.105.

60 El artículo 242 del Código Civil alemán (BGB) contiene el principio general de la buena fe

61 José Manuel DE TORRES PEREA, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n^o8737, 2016, pp.1-9.

62 Me refiero a la prohibición de ir contra los propios actos y la doctrina del retraso desleal o *verwirkung*, en cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal, es decir, cuando el comportamiento omisivo de una parte genera unas expectativas en la otra, que le permiten impugnar el tardío ejercicio del derecho por antijurídico.

63 La vigente redacción del artículo 92.8 del Código Civil indica al indicar que “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo (no media mutuo acuerdo), el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Sin embargo, en un nutrido grupo de sentencias del Tribunal Supremo se ha considerado de forma reiterada que la custodia compartida, sea pedida por uno o por ambos padres, no es una medida de carácter excepcional, sino que por mandato del Interés Superior del Menor debe ser la regla general a la que debe aspirarse. Jurisprudencia iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2013, (JUR 2013\3269), Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Reflejo de ello son las palabras del juez ponente de esta sentencia, que resume esta

En todo caso, puede afirmarse que el desarrollo de estas líneas jurisprudenciales es corto, y en total solo podemos contar con unas decenas de sentencias del Tribunal Supremo que la hayan aplicado. De hecho, aunque formalmente esta técnica está aceptada en el derecho español, encontramos una cierta reticencia a un uso generalizado de la misma, pues se teme que este hecho equivaldría a otorgar un amplio margen de discrecionalidad al juez, por el carácter abstracto de los principios que encarnan las cláusulas generales.

Finalmente nos encontramos, también en el Derecho español, en una situación incómoda porque no termina de alcanzarse un maridaje óptimo entre seguridad jurídica y justicia; siendo las posturas positivistas las que, hoy en día, predominan claramente.

4. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A PARTIR DE PRINCIPIOS, UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE EL COMMON LAW Y EL DERECHO ESPAÑOL

Si bien los vientos fluyen de cara al positivismo, si bien la filosofía humanista parece vivir su propio éxodo, quisiera terminar con un humilde alegato a favor de un positivismo moderado en el que puedan encontrar su sitio los principios que lo fundamenten. Quizá sea la búsqueda de la fórmula de la cuadratura del círculo, pero sería conveniente ir abriendo válvulas de escape por las que los sistemas jurídicos puedan respirar y adaptar el derecho normado a la realidad social y al supuesto de hecho concreto en que se aplique la norma. Estas válvulas de escape pueden ser los mismos principios generales. De hecho, tanto en el ámbito anglosajón, como en el continental europeo podemos vislumbrar que estas válvulas, al menos están presentes, y si bien no gozan de gran predicamento, han sido muy útiles para hacer avanzar el Derecho en momentos de zozobra. Además, a través de los principios podemos encontrar puentes entre los distintos ordenamientos, por muy variados sistemas de fuentes de que hagan uso.

A título de ejemplo podemos contemplar el desarrollo de dos construcciones jurídicas paralelas que han dado respuesta a un mismo tipo de problemas tanto en el Common Law, como en el Derecho español haciendo uso de principios generales.

Me refiero a la doctrina del *promissory estoppel*, principalmente en el Derecho Norteamericano, y la doctrina de las donaciones obligacionales, que de forma incipiente se ha desarrollado en el Derecho español.

doctrina con una sola frase: “El interés del menor puede mover montañas”. José Antonio Seijas Quintana, Encuentro Judicial Internacional sobre Derecho de Familia, Universidad de Málaga, 6-7 de noviembre de 2014.

En ambos ordenamientos se contempla la donación como una forma de adquirir la propiedad, por tanto, con naturaleza real y no obligacional. No obstante, tanto en el Derecho Norteamericano como en el español han tenido que resolver casos en los que parecía injusto no reconocer naturaleza obligacional a determinadas promesas de donación que habían sido aceptadas y consideradas como válidas por el donatario, que en consideración a ellas habría realizado determinados actos perjudicando su situación económica, casos en los que no aceptar la naturaleza de las obligaciones de dichas donaciones podía dar lugar a consecuencias injustas. Pues bien, en ambos ordenamientos de la mano de los principios se ha encontrado un cauce satisfactorio para llegar a resultados justos.

Me refiero, por un lado, a la doctrina del *promissory estoppel*, creada por la jurisprudencia anglo-norteamericana a fin de permitir resultados “justos” allí donde la estricta aplicación del Derecho lo impediría. En el Common Law la “*consideration*” es un elemento esencial de todo contrato, por lo que su ausencia produce que el contrato sea un “*unenforceable contract*”.

Esto implica que todo “contrato” derivado de una promesa de donar, por carecer de “*consideration*” no puede dar lugar a una pretensión jurídica. No obstante, la jurisprudencia norteamericana ha contemplado determinados supuestos en los que como consecuencia de la promesa de donar y la confianza puesta en el donante, el donatario, tras aceptarla, realizaba actos que empeoraban su situación económica, por lo que se podía llegar a un resultado injusto si finalmente dicha promesa de donación no da lugar a un contrato válido.

Para dar respuesta a estos casos en los que conviven la falta de “*consideration*” y un sacrificio económico de la persona a quien se le ha hecho la promesa de donar, aceptada y que genera consecuencias económicas, se construyó la doctrina del *promissory estoppel*. Esta doctrina da relevancia al hecho de que una parte de buena fe cambie su situación jurídica, (empeorándola o quedando en un estado desventajoso), en consideración a una promesa de atribución gratuita que le hace la otra parte, por lo que permite exigir el cumplimiento en dichas promesas gratuitas que han sido aceptadas y han dado lugar a determinadas consecuencias económicas. Esta doctrina tiene su origen en un célebre caso de 1898, se trata de *Ricketts v. Scothorn*. De hecho esta doctrina nace en la jurisprudencia norteamericana en distintos supuestos en los que se consideraron exigibles las promesas de donaciones realizadas a una Iglesia, Universidad u otras instituciones cuando dichas instituciones hubieran asumido responsabilidades en la confianza de recibir las donaciones, siempre que de no cumplirse lo prometido quedarán injustamente perjudicadas. En tales supuestos dichos perjudicados podrían exigir el cumplimiento de las donaciones prometidas⁶⁴.

64 57 Neb. 5. Andrew D. Ricketts, executor, v. Katie Scothorn. no. 8326. filed december 8, 1898. 57 Neb. 51 77 N.W. 365 (1898) *Ricketts v. Scothorn*. Caso resuelto por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Nebraska en 1898, siendo juez ponente SULLIVAN, J. Se trataba de una apelación de la sentencia dictada por el tribunal de distrito del condado de Lancaster, en la que se dictó sentencia a favor de la demandante Katie Scothorn, siendo parte demandada Andrew D. Ricketts,

Por otro lado, en España, la tesis tradicional rechaza la admisión de la donación obligacional, si bien no se deja de apuntarla como una posibilidad teórica. De hecho, se deduce del art. 609 Cc que por la donación se transmite directamente la propiedad, no tratándose por tanto de un supuesto en el que la transmisión pueda hacerse mediante un contrato seguido de *traditio*. Por tanto, la doctrina entiende que la donación es un acto dispositivo que provoca la transmisión del dominio, sin que tenga una naturaleza obligacional. Es decir, o bien la donación cumple con los requisitos de los arts. 632 y 633 Cc (que incluyen una formalidad *ad solemnitatem*) o bien carece de validez.

No obstante, encontramos distintos pronunciamientos judiciales que dan validez a la donación obligacional, especialmente si se ha producido por un cónyuge a favor del otro con ocasión de un convenio matrimonial. Se trata de reconocer validez a la

como albacea de la última voluntad y testamento del fallecido, John C. Ricketts. La acción se fundó en un documento firmado por el fallecido en el que se refería que: “Primero de mayo de 1891. Prometo pagar a Katie Scothorn 2.000 dólares, a razón del 6 por ciento anual. J. C. RICKETTS.”

En la sentencia del Tribunal Supremo se consideraron como hechos materiales indiscutibles los siguientes: “John O. Ricketts, el emisor del “pagaré”, era el abuelo de la demandante. A principios de mayo, presumiblemente el día en que el pagaré lleva la fecha, la visitó en la tienda donde ella trabajaba. El Sr. Flodene, uno de los testigos de la demandante, describió así lo que ocurrió entre ellos: “el anciano caballero sacó un trozo de papel en forma de nota y le dijo a la señorita Scothorn: “He arreglado algo para que usted no tenga que trabajar más. Ninguno de mis nietos trabaja y usted no tiene por qué hacerlo”. La señorita Scothorn notificó inmediatamente a su empleador su intención de dejar el trabajo y poco después abandonó su ocupación. No hubo promesa por parte de la demandante de hacer o dejar de hacer nada. Su derecho al dinero prometido en el pagaré no se hizo depender de un abandono de su empleo con Mayer Bros, y la futura abstención de servicios similares. El Sr. Ricketts no puso ninguna condición, requisito o petición. No exigió ningún *quid pro quo*. Dio la nota como una gratificación y no esperaba nada a cambio. Hasta donde revelan las pruebas, su propósito era colocar a la demandante en una posición de independencia en la que pudiera trabajar o permanecer ociosa a su elección. El abandono de la Srta. Scothorn de su puesto de contable fue totalmente voluntario. No fue un acto realizado en cumplimiento de ninguna obligación contractual asumida cuando aceptó el pagaré. El instrumento en litigio se dio sin ninguna contraprestación valiosa, no era más que una promesa de hacer un regalo en el futuro de una suma de dinero.”

Lo importante es la *ratio decidendi* de esta sentencia en el cual se formula el fundamento de la teoría del *promissory estoppel*. El juez ponente en primer lugar señala que “Normalmente, este tipo de promesas no son ejecutables, incluso cuando se presentan en forma de pagaré.” Sin embargo, de seguido se pregunta: “En las circunstancias de este caso, ¿existe un impedimento equitativo que debería impedir al demandado alegar que el pagaré en litigio carece de uno de los elementos esenciales de un contrato válido? Creemos que sí. Un *estoppel* que se define como “un derecho derivado de actos, admisiones o conductas que han inducido un cambio de posición de acuerdo con la intención real o aparente de la parte contra la que se alegan”.

A mayor abundamiento se señala en la sentencia que: “Según la prueba no controvertida, el abuelo le sugirió a su nieta que podría abandonar su empleo y confiar en el futuro en la recompensa que le prometía, (...) deseando que abandonara su ocupación, pero tanto si lo hizo como si no, es totalmente cierto que la Srta. Scothorn contempló tal acción por su parte como una consecuencia razonable y probable de su regalo. Habiendo influido intencionadamente en la demandante para que cambiara su posición a peor, basándose en la fe de que el pagaré se pagaría a su vencimiento, sería gravemente injusto permitir que el otorgante, o su albacea, se opusieran al pago basándose en que la promesa se hizo sin contraprestación. La petición imputa los elementos de un impedimento equitativo, y las pruebas los establecen de forma concluyente. Si hubo errores en el juicio, no pudieron ser perjudiciales. Un veredicto a favor del demandado no estaría justificado. La sentencia apelada es correcta y debe ser confirmada.”

donación obligacional para poder dar al conflicto una solución justa. El paralelismo con la doctrina del *promissory estoppel* es evidente. De hecho, Diez-Picazo y Gullón Ballesteros no encuentran inconveniente para aceptar en abstracto la existencia de una donación obligacional fundada en la aplicación conjunta de los arts. 1254 y 1274 Cc⁶⁵. El razonamiento es claro: del hecho de que el Código Civil regule la donación traslativa no puede interpretarse que no admita la obligacional⁶⁶. El principal argumento es el propio art. el artículo 1274 Cc cuando afirma que en los contratos de pura beneficencia se entiende por causa la mera liberalidad del bienhechor⁶⁷.

Sirva a título de ejemplo de aplicación de esta doctrina minoritaria la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de diciembre de 1994⁶⁸, en la que se admitió una donación obligacional consecuencia de un pacto del convenio regulador aprobado judicialmente en el que un cónyuge prometía donar al otro un inmueble. Podemos concluir que cuando la donación se realiza por un cónyuge a favor del otro en un convenio regulador en puridad no encontramos obstáculo legal para poder interpretar el Código Civil en el sentido de calificar como donación obligacional la contraída en el convenio por mutuo acuerdo y que por tanto dicha obligación puede ser generadora de una obligación lícita y exigible. Evidentemente se trata de una posición doctrinal minoritaria, si bien no podemos ignorar la realidad que subyace, pues al concurrir la negociación de un convenio regulador, es fácil deducir que la donación habrá dado lugar a algún tipo de sacrificio asumido por el donatario por razón de la donación que va a recibir. El paralelismo con la doctrina del *promissory estoppel* es patente, y también lo es el hecho de que en ambos casos el juez ha optado por “corregir” la ley para llegar a un resultado justo, por vía de un principio que en ambos ordenamientos podría identificar con la buena fe, la prohibición de actuar contra los propios actos y la regla *alterum non laedere*, que pueden llevar a “corregir” la ley. En todo caso, a través de los principios es posible dotar de significado al Derecho y crear puentes entre ordenamientos con sistemas jurídicos divergentes.

No obstante, se trata de soluciones puntuales para casos concretos en dos ordenamientos en los que el positivismo y la seguridad jurídica prevalecen sobre el iusnaturalismo y la doctrina de las cláusulas generales.

65 También en los artículos 1341 y 1363 se habla del “que prometiere”.

66 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, Madrid 2005, pp.306-308.

67 La doctrina mayoritaria considera que dicha norma se refiere solo a determinados contratos de carácter gratuito como el comodato, mandato y el depósito; si bien nada impediría, al menos teóricamente, poder incluir en su supuesto de hecho las donaciones obligacionales.

68 22 de diciembre de 1994, (AC 1994\2548), Ponente Ilmo. Sr. Don José Julián Huarte Lázaro.

5. UNA ALTERNATIVA ANTE UN DEBATE IRRESOLUTO. LA JUSTICIA RELACIONAL EN LA ENCRUCIJADA

No es nuestro cometido dar una respuesta a los debates aquí planteados, pero, ya que no podemos aportar un camino hacia la justicia que ponga fin a este debate por vía de la reflexión académica, quizá sí podamos intentar alcanzarla por otro medio. Me permito la licencia de traer aquí una posible fórmula para tratar problemas aparentemente irresolubles. Señala Anil Seth, reconocido neurocientífico, que el estado actual del conocimiento científico no nos permite hoy explicar el “problema de la conciencia”, cómo la experiencia consciente, la experiencia de ser uno mismo, nace de una base física y crea una vida interna⁶⁹. Pero afirma que, si aceptamos que la conciencia existe, podemos explicar distintas propiedades fenomenológicas que le son propias, propiedades del cerebro, y a partir de ellas identificar correlaciones entre distintos patrones de actividad cerebral que acompañan a ciertos tipos de experiencias conscientes, y de esta forma crear puentes entre los mecanismos que observamos y la fenomenología que producen, que poco a poco van aportando luz en el camino de la comprensión de la conciencia⁷⁰. De igual modo, no hemos encontrado esa “iluminación” que nos permita aportar prueba cumplida de la existencia de unos principios superiores, que se nos piden desde posiciones posthumanistas⁷¹. Tampoco puede decirse que los debates teóricos entre positivismo e iusnaturalismo, entre los defensores de la justicia, como esencia del Derecho, y los defensores de la seguridad jurídica, como salvaguarda del Derecho, hayan llevado a conclusiones claras. Seguimos como estábamos cuando comenzó el debate entre Dworkin y Hart y, según las preferencias personales, se podrá optar por adherirse a una y otra concepción del Derecho.

Es por ello que en fechas recientes se ha propuesto realizar un enfoque novedoso y distinto. Quizá la solución esté en un momento previo al de la intervención judicial, que ya sabemos que quedará mediatizada por un debate irresoluble. Si ante un caso difícil, dudoso, el juez antepone la seguridad jurídica a la justicia, puede crearse un claro resquemor, una sensación de impotencia. Exactamente igual que si opta por la otra alternativa. Quizá la solución esté en pasar de la cultura de la imposición a la

69 David J. CHALMERS, “The puzzle of conscious experience”, *Scientific American*, 273 (6) 80-6, 1995, pp. 80-86.

70 Anil SETH, *Being you. A New Science of Consciousness*, Ed. Faber & Faber (ff) London, 2022, pp. 271-272.

71 El posthumanismo es una corriente en expansión que derrumba los cimientos del pensamiento filosófico clásico, relativizando por tanto sus fundamentos. El posthumanismo parte del hecho de que el hombre no es medida de todas las cosas, tal como había proclamado el humanismo. Nos parecen muy interesante el enfoque que aporta Francesca Ferrando sobre el pensamiento posthumanista, pues en su intento de “desglamurizar” el pensamiento humanista clásico, tan arraigado en la civilización occidental, nos ofrece una visión alternativa que a partir del posthumanismo, el transhumanismo y el antihumanismo, construye lo que llama una “filosofía de nuestro tiempo”. Francesca FERRANDO, *Philosophical Posthumanish. Theory in the new Humanities*, Series Editor: Rosi Braidotti, Bloomsbury Academic, 2019.

del quehacer constructivo. Como señala Cobacho Gómez, hemos crecido en una tradición cultural de intransigencia, que proviene de la tradición romanista que parte de un sentido unívoco de lo justo, de una bipolaridad que discrimina entre buenos y malos, de una patrimonialización ideológica de la verdad. Frente a ello se propone optar por una resolución natural de los conflictos, verlos como una oportunidad para acomodarse a los cambios⁷². De hecho, existe una fuerte convicción social de que las sentencias judiciales son injustas en muchas ocasiones.

No se puede aplicar el Derecho, si no se entiende la naturaleza humana, si no se comprende que presentar una demanda en un juzgado equivale a hacer una declaración de guerra. Una guerra en la que la victoria se convierte en derrota por las consecuencias de la batalla, por el enorme desgaste personal y económico, por el hecho de que la contraparte no quedará convencida. El problema proviene de las tradiciones autoritarias que parten de la premisa de que sólo se negocia la rendición del adversario en busca de una capitulación sin condiciones. Hemos convertido al ciudadano en un ser anestesiado que deja la gestión de sus problemas más importantes en manos ajenas, las de los profesionales del derecho. Ante esta realidad ha surgido un sentimiento colectivo que exige un cambio de mentalidad, que pide que los ciudadanos se puedan liberar de las discrepancias por medio del diálogo, que exige dejar atrás el ring de boxeo. Se trata de una corriente que aboga por buscar el interés común y que a lo largo de las últimas décadas ha ido consolidándose a través de los llamados métodos de resolución alternativa de conflictos “ADR”. Se trata de no echar más leña al fuego y de intentar encontrar una solución pacífica en la que no haya ni vencedores, ni vencidos, pues las sentencias pueden ser imprevisibles, y la autonomía de las partes puede prevalecer. El problema evidente es que las interpretaciones son subjetivas y distorsionan la realidad, por lo que puede ser muy útil intentar llegar a una mediación, que si se procura desde la honestidad, dará siempre lugar a una respuesta aceptable para ambas partes⁷³.

Quizá el problema sea el enfoque con el que se aborda la búsqueda de la justicia por los teóricos y prácticos del Derecho. Exceptuando los casos extremos en los que no se debe negociar, ante un conflicto real, ante dos posiciones inicialmente antagónicas, el único resultado satisfactorio es el que sea aceptado por ambas partes. Sin duda, ese resultado estará más cerca de la noción de lo justo que cualquier otro resultado impuesto, y además será un resultado con vocación de permanencia que aportará estabilidad, evitando posteriores apelaciones judiciales por la parte perdedora. Se trata pues de un mecanismo que cierra el conflicto no solo en el ámbito legal, sino también en el personal.

⁷² José Antonio COBACHO GÓMEZ, Prólogo a la obra de Pascual Ortuño Muñoz, *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018, pp. 11-13.

⁷³ Recojo en este párrafo el pensamiento de Pascual ORTUÑO MUÑOZ, en su obra *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018, pp. 15-82.

Es cierto que encontramos críticas que acusan a los defensores de la mediación de haber descubierto el mediterráneo⁷⁴, sin duda la mediación, como los otros medios de ADR tiene un largo recorrido, lo nuevo ahora es la mentalidad con la que se observa la misma por la sociedad y las nuevas funciones que se le están dando desde una concepción del Derecho posibilista.

La importancia que tienen las soluciones consensuadas como medio para llegar a la justicia queda clara desde el enfoque que aporta la justicia relacional. Se trata de encontrar la justicia en la propia relación jurídica, para lo cual es necesario tener en cuenta tres elementos clave: la reciprocidad, la socialidad y la Institucionalidad. Desde esta perspectiva las técnicas de ADR son consideradas como mecanismos que van mucho más allá del mero ahorro de tiempo o dinero. Se les considera como parte de una corriente filosófico-jurídica que da relevancia a los mecanismos voluntarios de resolución de conflictos que fomentan la responsabilidad de las partes⁷⁵. La idea de justicia relacional se construye a partir de giro relacional de la Sociología de Pierpaolo Donati⁷⁶ y de la noción económica de reciprocidad de Luigino Bruni⁷⁷. Conforme a Antonio Márquez es la obra de Bruni, *Le nuove virtu del mercato nell'era dei beni comuni*, la que presenta la justicia relacional conectada con la idea de virtud, y más concretamente, con el principio de buena fe. De esta forma, se identifica la justicia relacional como una categoría de justicia, como una nota que puede estar presente o ausente en toda relación jurídica⁷⁸.

Señala María Salas que el enfoque aportado por la Justicia relacional ha surgido como una reacción al cataclismo que supuso el fin de la modernidad para el Derecho⁷⁹, es

74 Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Los ADR o el redescubrimiento del agua caliente*, Revista Ius et Praxis, Año 22, No 2, 2016, pp. 417 -424.

75 En esta línea Lucía Aragüez Valenzuela, ponencia: “ADR from the Relational Justice Perspective: Changes in their Functionality”, que se presentó en el Congreso sobre “New Challenges in Alternative Dispute Resolution” que tuvo lugar en la Universidad de San Agustín, en Iloilo, entre los días 5-8 de septiembre de 2023.

76 Pierpaolo DONATI, *Repensar la sociedad. El enfoque relacional*, traducción Pablo García Ruiz, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006. Autor que señala que fue en Alemania con Georg Simmel, Max Weber, Leopold von Wiese, Martin Buber y Edmund Husserl cuando se sustanció el giro relacional a las ciencias sociales, dando primacía al pensamiento relacional, pp. 65-66.

77 Luigino Bruni, *Le nuove virtu del mercato nell'era dei beni comuni*, Città Nova, Roma, 2012.

78 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp.117-134.

79 María SALAS PORRAS, “The Added Value of the Relational Justice Approach”, ponencia presentada en el Congreso sobre “New Challenges in Alternative Dispute Resolution” que tuvo lugar en la Universidad de San Agustín, en Iloilo, entre los días 5-8 de septiembre de 2023. Señala Salas que el Derecho natural racional –que a su vez había sustituido al Derecho natural metafísico–, basado en las distintas versiones del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant...), representaba un sólido marco de referencia para la concepción moderna de la justicia. Sin embargo, dicho marco se vio desbordado por una enorme proliferación de concepciones ideológicas y éticas diversas (hecho del pluralismo), unido a la insondable complejidad generada en los ámbitos económico y social, lo que supuso, en términos de marco jurídico, una embestida de efectos arrolladores contra la concepción de la justicia. Añade Salas que este desmoronamiento de la concepción moderna de la justicia estaba

decir, el fin de un consenso que veía en el derecho natural racional un fundamento sólido para la justicia.

Este desamparo se ha querido solventar por medio de la racionalidad procedimental, en sus dos versiones más conocidas: La de John Rawls y la de Jürgen Habermas⁸⁰. Señala Salas que en realidad media una concepción de justicia, compartida por ambos, entendida como justicia como resultado y no como fundamento *a priori* del Derecho. Así, en este contexto, puede entenderse la propuesta por la justicia relacional, es decir, la justicia como resultado emergente de la relación jurídica.

Volvemos a los tres ejes sobre los que gira la justicia relacional: La institucionalidad abarcaría el conjunto de normas, instituciones jurídicas, contratos, derechos, obligaciones, así como acuerdos o decisiones que buscan regular el comportamiento de las partes. Es decir, la institucionalidad garantiza el principio de legalidad inherente al Estado de Derecho. La institucionalidad se ha visto también como generadora de una vinculación y dependencias mutuas entre las partes de la relación⁸¹.

Por su parte, la reciprocidad, o conducta recíproca de las partes, sería la verdadera vocación y orientación del Derecho, en tanto cauce para regular conductas. Esto permitiría analizar si, dentro de la relación, la conducta recíproca entendida como grado de implicación y actuación de las partes está orientada –o no– hacia la justicia, para lo cual sería fundamental analizar si las partes actúan de buena fe y procurando el diálogo. De esta forma la justicia encuentra sentido en el vínculo recíproco determinado por unos valores, unas motivaciones y unos objetivos en una relación bilateral simétrica. Advierte Antonio Márquez del riesgo de caer en el error de enfocar lo jurídico en base únicamente a las normas, pues cuando restrictivamente se piensa el Derecho como norma, se cae en el riesgo de que la norma suplante la justicia. Es como si el Derecho huyera del posible fracaso de tener que atender a la justicia en las relaciones jurídicas⁸².

directamente relacionado con el desmoronamiento de la infalibilidad de la razón, en la que pretendía apoyarse. Por tanto, los intentos filosófico-jurídicos de superar el desastre tendrían que centrarse en el procedimiento de toma de decisiones, cuidando al mismo tiempo de restringir significativamente el ámbito de pronunciamiento sobre los contenidos de lo justo.

80 Por un lado la visión contractualista de Rawls, con su nueva versión del contrato social, centrada en un planteamiento procedimental, que por medio de condiciones procedimentales genera una “justicia como equidad” mediante un hipotético acuerdo. Por otro lado, Habermas centra su análisis de la legitimidad y validez moral del derecho en la racionalidad de los procedimientos jurídicamente institucionalizados, entrelazando Derecho y Moral -una moral de carácter procesal, en correspondencia con un Derecho procesal.

81 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, p. 120. Ya en Roma se sabía que *summa ius, summa iniuria*, y es por ello que se construyó el concepto de equidad.

82 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp. 120-121. Señala que ha de buscarse la justicia no solo desde la institucionalidad, sino también desde la reciprocidad. Afirma que si reducimos el Derecho a lo normativo y a su cumplimiento, dejamos fuera la “libertad plural de actuar colectivamente conforme a lo justo”.

Por tanto, si bien para la justicia relacional la reciprocidad viene alimentada de “motivación”, gracias a la institucionalidad dicha motivación se convierte en “responsabilidad”. Simultáneamente, la institucionalidad existe en función de la reciprocidad, es decir, las normas tienen sentido en la medida en que incluyen conductas orientadas a la justicia.

Finalmente, la socialidad supone que las partes se conectan entre sí para generar una relación que a su vez se configure en la conciencia colectiva de justicia. Por tanto, la interrelación entre las partes implicaría la conexión del derecho de unos respecto al de otros, haciendo que la relación se entienda en un contexto social con valores de grupo. La socialidad debe su denominación al hecho de que la relación tiene lugar en un espacio social, en un contexto de sociedad y viene conectada con la calidad ambiental, el clima de confianza y de cooperación existente cuando la relación tiene lugar. Es decir el juego entre norma y comportamiento tiene lugar en un marco de relaciones jurídicas y sociales generales, si bien cuando hablamos de socialidad respecto a una relación jurídica concreta se atiende también a los específicos intereses en juego y la flexibilidad necesaria para llegar a un resultado justo. En todo caso la socialidad es el contexto en el que surge la motivación para relacionarse y el contexto que aporta un criterio de buena fe y de justicia. Por su parte la “calidad ambiental relacional” vendría determinada por la orientación hacia la justicia de los sujetos de la relación y la respuesta que la propia relación ofrezca⁸³.

Puede afirmarse que dentro de la reciprocidad se incluye la institucionalidad, al establecer una serie de pautas y/o limitaciones que reorientan el comportamiento de las partes, ya sea de forma directa o involuntaria. Asimismo, dentro de la socialidad se incluyen el resto de dimensiones, es decir, reciprocidad e institucionalidad, debido a que en las propias relaciones jurídicas las partes están conectadas con valores grupales y comunitarios.

En la mediación parece existir una fuerte reciprocidad entre las partes, es decir, es un mecanismo que gira en torno a su comportamiento, el cual parte de la voluntariedad al someterse a este procedimiento y la confianza en el consenso una vez finalizado. Mediante esta vía no sólo se permite crear una paz o solución momentánea, sino que además supone una intervención que hace que las partes mantengan un recuerdo de la relación fundando en un sentimiento de consenso y armonía, con lo cual se garantiza la paz y la dignidad humana.

Sin embargo, podemos encontrarnos con algunas lagunas de equidad durante el procedimiento de mediación: Por ejemplo, puede darse una relación jurídica asimétrica, pensemos en el caso de mediación entre trabajador y empresario. El hecho de que el trabajador esté subordinado a las directrices del empresario significa que éste tiene supremacía sobre el trabajador. Esto puede socavar la consecución de un acuerdo justo para ambas partes. Por ello, el acuerdo que pusiera fin al conflicto puede verse

83 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, p. 124-126.

menoscabado por el nivel de implicación de las partes. Para ello, sería fundamental mantener un verdadero diálogo social.

Ahora bien hay que superar la visión reduccionista de la socialidad, pues ésta no solo no tiene un sentido reduccionista de las interacciones, sino que va más allá. Se trata de ponerse en el lugar del otro, tal como hace el mediador, como criterio principal para establecer la justicia. La cuestión es que si no hay verdadero diálogo social, empatía o confianza en el proceso, puede que no se llegue a un acuerdo o, si se llega, que no haya compromiso de cumplirlo, por lo que la institucionalidad puede ser socavada.

El consenso y el conflicto aparecen como consustanciales a las relaciones humanas pues forman parte de la propia esencia del ser humano. Conflictos que se agudizan por los intereses contrapuestos que las partes tienen en la relación. Pero el conflicto puede entenderse como el cauce que mantiene viva la propia relación entre las partes (por ejemplo, una relación laboral). De hecho, a partir del conflicto y mediante la interacción y participación recíproca las partes pueden intentar llegar a un consenso para acercar posturas a fin de evitar la ruptura total de la relación. Se trata de un intercambio para fomentar el diálogo a fin de resolver el conflicto, como vía para mantener viva la relación. Consecuentemente, desde la justicia relacional se afirma que debe procurarse igualar a las partes intervinientes en la búsqueda insaciable de una mayor "simetría" por medio de una continua participación e interacción recíproca.

Finalmente a la relación circular entre estos tres elementos que configuran la justicia relacional se le llama círculo virtuoso, y a su falta, círculo vicioso. Este último solo puede llevar a un vacío de justicia. Este entendimiento del Derecho como una construcción de consensos no solo casa muy bien con su definición como instrumento de regulación de conductas, sino que también se erige como el mecanismo más útil para resolver conflictos de forma definitiva y por tanto duradera.

Puede plantearse que la justicia relacional peca de ingenuidad al fundar sus postulados en conceptos tales como buena fe, confianza o cooperación, sin embargo si atendemos a la "tragedia de los bienes comunes"⁸⁴ nos damos cuenta que esta propuesta puede llegar a ser imprescindible para garantizar la sostenibilidad⁸⁵, imprescindible para la subsistencia de la humanidad. Los bienes comunes no solo son los bienes de los que depende la calidad de vida de los seres humanos, sino también la propia supervivencia del planeta. De hecho se prevé que el crecimiento demográfico planetario alcance pronto cifras insostenibles. En esta coyuntura solo una cultura de cooperación y confianza podrá hacer viable el devenir humano. En esta línea

84 See Garry HARDIN, "The tragedy of the Commons", *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248.

85 Debe observarse el equívoco al que nos puede llevar expresiones como "desarrollo sostenible" por suponer una contradicción en sí misma, pues en la lucha contra el calentamiento global se ha llegado a un punto en el que se advierte la incompatibilidad con modelos basados en un desarrollo o continuo estado de crecimiento. Se trata de un oxímoron tal como pudieran ser las expresiones "muerto viviente", "tensa calma" o "dulce amargura."

se orientan los nuevos intentos filosóficos de redefinir el papel del ser humano, así desde el posthumanismo nos recuerdan, que el hombre no es en absoluto la medida de todas las cosas, hay otras medidas que deben tenerse en cuenta desde la perspectiva de la ontología y en la era del Antropoceno que vienen determinadas por la ecología sostenible. El giro posthumano hace un llamamiento global al cambio social, a una ciencia responsable y la coexistencia del ser humano con múltiples especies⁸⁶. Como señala Antonio Márquez⁸⁷ desde la teoría de juegos podemos ver varios ejemplos claros de la necesidad de cooperar cuando los bienes comunes son escasos. Igualmente podemos apreciar las consecuencias a las que llevan no generar un clima de confianza no solo en las relaciones, sino en la explotación de recursos. La necesidad de reeducar a la sociedad y convertir una cultura de enfrentamiento en una cultura de cooperación es imperiosa, lo que puede estar en juego es la misma subsistencia de la humanidad. No en vano, ya señaló Hardin en 1968 que el problema de la sobrepoblación humana no tiene una solución técnica, sino que requería fundamentalmente de una solución “moral”⁸⁸.

Frecuentemente se visualizan las relaciones como una manifestación verbal de un campo de guerra o de un ring de boxeo. Ring en el que cada parte lucha hasta conseguir lo que quiere, en el que no hay otra opción de la victoria o la derrota. Más oportuno nos parece el símil de la lucha en las artes marciales orientales, como por ejemplo en el aikido o tai chi, en los que el objetivo no es vencer a la fuerza del oponente, sino redirigirla. No se opone fuerza a fuerza, sino que se alinea una fuerza con otra para dirigirla en una única dirección. La flexibilidad y la buena fe son la clave para construir relaciones sólidas y resolver los conflictos

86 Francesca FERRANDO, *Philosophical Posthumanish. Theory in the new Humanities*, Series Editor: Rosi Braidotti, Bloomsbury Academic, 2019.

87 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp. 122-124. Pone como ejemplo los conocidos supuestos del “dilema del prisionero” o el de “la caza del ciervo”.

88 Garry HARDIN, “The tragedy of the Commons”, *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248. Señala que se aumentará enormemente la miseria humana si no se asume, durante el futuro inmediato, que el mundo disponible para la población humana terrestre es finito. Un mundo finito sólo puede soportar una población finita; por lo tanto, el dilema de la población en constante aumento es un problema humano. Subraya que podemos avanzar poco en la consecución de una población óptima hasta que no exorcicemos explícitamente el espíritu de Adam Smith en el campo de la demografía práctica. La tragedia de los bienes comunes la resume Hardin como sigue: “Cada hombre está encerrado en un sistema que le obliga a aumentar su patrimonio sin límite en un mundo que es limitado. La ruina es el destino hacia el que se precipitan todos los hombres, cada uno persiguiendo su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes, libertad que trae la ruina para todos... El análisis del problema de la contaminación en función de la densidad de población pone de manifiesto un principio de moralidad no reconocido generalmente, a saber: la moralidad de un acto está en función del estado del sistema en el momento en que se realiza. Resulta revelador, que el propio HARDIN señala que se inspiró para desarrollar su tesis en el artículo de Jerome B. WIESNER and Herber F. YORK “National Security and the Nuclear-test Ban”, publicado en *Science*, 211, (no. 4), 27, October 1964, cuya conclusión era que si las grandes potencias continuaban buscando la solución únicamente en el avance de la ciencia y la tecnología, el único resultado posible era empeorar la situación que suponía la carrera armamentística en una era nuclear.

relacionales. Lo cierto es que el modelo competitivo en el que hoy está fundado nuestra sociedad es muy limitativo⁸⁹. Si se ve al otro como un competidor, se parte de un marco mental viciado, hay que construir desde el acuerdo, no desde el conflicto, aprender a alinear fuerzas antes que a oponerlas, aprender a ser flexibles.

6. CONCLUSIÓN

El debate sobre el fundamento del Derecho y su conexión con la justicia que se ha desarrollado durante buena parte del siglo XX y parte del XXI entre Ronald Dworkin y H.L.A. Hart sigue vivo entre sus seguidores, sin que se vislumbren visos de entendimiento entre unas y otras posturas. Igualmente en el Derecho español se produce un debate paralelo que tiene como telón de fondo la aplicación del principio de la buena fe como cláusula general y la posible neutralización de la aplicación de la ley cuando no sea conforme a la buena fe.

No obstante, desde el Derecho privado se aprecia una clara vocación a favor del positivismo y la seguridad jurídica que encarna, por más que ello pudiera implicar la sustitución de la justicia por la norma. Esta tendencia es obligada una vez que el Derecho natural racional ha sucumbido ante los envites del postmodernismo y el relativismo que le acompaña. Estamos en una época en el que el hombre sabe que desconoce las respuestas a las preguntas fundamentales que dan sentido a nuestra sociedad, y ello desmorona los sólidos muros con los que el Derecho fue construido y alimentado durante dos milenios. Seguimos esperando a Godot y su iluminación, una iluminación que nos permita encontrar una fórmula que acerque la aplicación del Derecho a la Justicia sin caer en la arbitrariedad de la falta de seguridad jurídica.

Quizá la mejor fórmula sea superar debates infructuosos y centrarse en las relaciones humanas, su regulación y el procedimiento para construirlas y resolver sus conflictos. Desde este enfoque se aprecia que los mecanismos de ADR son útiles para llegar a soluciones duraderas y satisfactorias para las partes, lo cual es un resultado que se acerca a lo justo. Es por tanto en el procedimiento donde podemos encontrar la justicia, siendo la propuesta que se realiza desde los planteamientos de la justicia relacional una de las más coherentes que hoy encontramos a la hora de dar una respuesta a la necesidad de aunar lo normativo con la justicia.

89 Señala Michael J. SANDEL en *The Tyranny of Merit. What's become of the Common Good?*, wd. Allen Lane-Penguin books, London, 2020, p. 24 y ss, que la meritocracia en la que está hoy sumergida nuestra sociedad genera arrogancia entre los vencedores y humillación y resentimiento entre los perdedores. Se genera la percepción de que los que llegan arriba lo hacen por méritos propios olvidando todos los golpes de fortuna que les llevaron al éxito. Igualmente, se hace creer a los que no progresaron que son ellos los responsables de su mala fortuna, que se la merecen.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BECERRA MUÑOZ, José, “La toma de decisiones legislativas penales”, *Revista española de derecho constitucional*, año 33, nº99, 2013, pp.125-158.
- BEUCHOT, Mauricio, “Derecho y moral. El caso de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 51-68,
- Bruni, Luigino, *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, Città Nova, Roma, 2012.
- CHALMERS, David J., “The puzzle of conscious experience”, *Scientific American*, 273 (6) 80-6, 1995, pp.80-86.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio, Prólogo a la obra de Pascual Ortuño Muñoz, *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018, pp. 11-13.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Los ADR o el redescubrimiento del agua caliente*, Revista Ius et Praxis, Año 22, No 2, 2016, pp.417 -424.
- DIEGUEZ LUCENA, Antonio, *Transhumanismo*, Ed. Herder, Barcelona, 2017.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, Madrid 2005.
- DONATI, Pierpaolo, *Repensar la sociedad. El enfoque relacional*, traducción Pablo García Ruiz, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Traducción Claudia Ferrari, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008.
- DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, I, *The University of Chicago Law Review*, Vol.35, n.1, 1967, pp.14-46.
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political Debate*, 2008, Princetown University Press, Princetown N.J., 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Isabel Guastavino Castro, Ed. Ariel, Derecho, Barcelona, 2012.
- EILENBERGER, Wolfram, *Tiempo de magos*, Ed. Taurus, Madrid, 2019.
- EPSTEIN, Richard A., *The Perils of Posnerian Pragmatism*, 71 U Chi L Rev 639, 2004. pp.639-658.
- FERRANDO, Francesca, *Philosophical Posthumanish. Theory in the new Humanities*, Series Editor: Rosi Braidotti, Bloomsbury Academic, 2019.
- GARCÍA SALGADO, María José, “Determinar lo indeterminado: Sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nº XX. Enero 2003. pp.105-129.

- HAN, Byung-Chul, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Ed. Taurus. Traducción Joaquín Chamorro Mielke. Madrid, 2022.
- HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. A brief History of Tomorrow*, Londres, 2015.
- HARARI, Yuval Noah, *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011.
- HARDIN, Gary “The tragedy of the Commons”, *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2º ed, ed. Clarendon Press-Oxford, London, 1994.
- KRAMER, Matthew H.; CGRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Traducción Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, 2012, Madrid.
- LASALLE RUIZ, José María, *Ciberleviatán, el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Ed. Arpa Editores, Barcelona, 2019.
- LYOTARD, Jean Françoise, en *La condición posmoderna*, Cátedra, (1979), 4ª Ed. 2004.
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp.117-134.
- MERMALL, Thomas, “Ortega contra Pero Grullo: Estrategias retóricas en Meditación de la Técnica”, *Revista Internacional de tecnología, Conocimiento y Sociedad*, vol.1, nº1, 2010, pp.1-10.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*,1997, pp.306 y ss.
- ORTEGA y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Espasa, Colección Austral ediciones especiales, 1901, (reedición Barcelona, 1999).
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018.
- POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard, 2003
- RIEMEN, Rob, *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*. W.W. Norton & Company, First Ed. New York, 2018.
- RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 5ª ed., Bogotá, 2005.
- SANDEL, Michael J. en *The Tyranny of Merit. What’s become of the Common Good?*, wd. Allen Lane – Penguin books, London, 2020
- SETH, Anil, *Being you. A New Science of Consciousness*, Ed. Faber & Faber (ff) London, 2022, pp.271-272.
- SHAPIRO, Scott J., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”,

Michigan Law, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, no.77, March 2007, pp.1-54.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

TAVARES DA SILVA PAPOZO, Joana, *Pragmatismo y neoconstitucionalismo: una contribución a la recepción de la filosofía pragmatista en el nuevo paradigma constitucional*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.

TORRES PEREA, José Manuel de, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº8737, 2016, pp.1-9

VATTIMO, Gianni, *Addio a la verità*, Ed. Melteme, Roma, 2009.

Política de armas en Estados Unidos. Un breve análisis histórico de la legislación de control de armas en EE. UU.

Gun Control Policy in the United States. A Brief Historical Analysis of Gun Control Law in US

ÓSCAR DANIEL TORRES GONZÁLEZ

Criminólogo

Universidad Vizcaya de las Américas (México)

oscartogo4@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0005-3171-3008>

Resumen: Los casos de violencia armada ocurridos en EE. UU. causan tanta conmoción que son tema de conversación incluso fuera de ella, y cada que eso ocurre es inevitable dirigir la mirada hacia la regulación comercial en una nación tan permisiva respecto a los usos y posesión de armas de fuego. La política de control de armas en EE. UU. es deficiente en muchos sentidos cuando se trata de ejercer una verdadera regulación sobre el comercio de armas, el resultado ha sido la formación de un sistema que limita a las autoridades, que protege a la industria armera, que entorpece las tareas de seguridad y justicia, y que no ha dejado bien parada ni a las víctimas de violencia armada, ni a la sociedad preocupada por dicha problemática.

Abstract: *Cases of gun violence in US are so shocking that often are a common topic of conversation even outside the nation. And every time that happens, it is inevitable to look on the regulations, in a nation that is so permissive about the owning and uses of firearms. The US Gun control policy is deficient when it comes to impose a real regulation on commerce of firearms, the result has been the creation of a system that limits the authorities, a system that protects the gun industry, a system that is an obstacle for the tasks of justice and law*

Recepción: 26/09/2023

Aceptación: 16/11/2023

Cómo citar este trabajo: TORRES GONZÁLEZ, Óscar Daniel, "Política de armas en Estados Unidos. Un breve análisis histórico de la legislación de control de armas en EE.UU.", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 145-180, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.06>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 145-180

enforcement, and a system that has constantly abandoned the victims of gun violence and the society that is worried about this problematic.

Palabras Clave: política, armas, violencia, EE. UU., violencia armada.

Keywords: *politics, guns, violence, US, gun violence.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. METODOLOGÍA. 3. LA SEGUNDA ENMIENDA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL. 3.1. El Derecho Colectivo o Derecho a las Milicias. 3.2. El Derecho Individual. 3.3. Las Armas en la Sociedad Norteamericana. 4. POLÍTICA DE ARMAS. 4.1. 1934 - *National Firearms Act* (NFA): La primera Ley de Control Federal. 4.2. 1968 - *Gun Control Act* (GCA): La Base de la Política de Armas Moderna. 4.3. 1986 - *Firearms Owners Protection Act* (FOPA): Una Victoria Para el Sector Pro-Armas, un Obstáculo Más Para la Justicia. 4.4. 1993 - *Brady Handgun Violence Prevention Act* y la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act - 1994*. 4.5. 2005- *Protection of Lawful Commerce in Arms* (PLCA): Inmunidad Para la Industria Armera. 4.6. 2008 - *NICS Improvement Amendment Act*: Una “Mejora” al Sistema de Revisiones. 4.7. Tiempos actuales y la Ley Bipartidista de Comunidades más Seguras. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Otro día más y otro incidente de violencia con armas de fuego en EE. UU. se vuelve mediático. La consternación y la sensibilidad que provocan esta clase de incidentes no es exclusivo de la sociedad norteamericana. Pues dejando de lado la “localidad” de estos incidentes, es su trasfondo lo que provoca la preocupación de la comunidad internacional, abriendo así, de nuevo, el debate acerca de la política de control de armas y su relación con la violencia armada, ya no solo en EE. UU.

En el año 2021 el gobierno de México a través de la Secretaria de Relaciones Exteriores emprendió una demanda civil histórica en contra de distintas empresas distribuidoras y fabricantes de armas de fuego en Estados Unidos, por los daños derivados de sus prácticas comerciales negligentes, pues alegan que su poco control, filtros de seguridad, o mecanismos para evitar que estos dispositivos se utilicen en actos criminales han contribuido activamente en el crecimiento de su tráfico ilícito, por su puesto, argumentan, dicho crecimiento también ha contribuido a una escalada de violencia armada en la nación (*UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MASSACHUSETTS, 2021*). La demanda fue puesta en contra de empresas distribuidoras y siete compañías fabricantes y exportadoras de armas; Smith and Wesson, Beretta, Colt, Glock, Barrett, Ruger y Century Arms, pues solo del 70 al 90% de las armas involucradas en hechos delictivos y recuperadas por las autoridades mexicanas corresponden a armas de dichas empresas. En aquella ocasión

el gobierno mexicano señalaba la complicidad directa de estas grandes compañías armeras por colocar sus ganancias económicas por encima de la salud y la seguridad de las personas. La demanda tuvo respuesta de las compañías armeras y después de varios contrapuntos legales finalmente terminó por ser desechada por el Juez Saylor de la corte de distrito de *Massachusetts*. Pues aunque el juez manifestaba que la corte sentía “considerable simpatía”¹ por las personas en México y concedía la idea de que, de hecho, los daños señalados por el gobierno mexicano eran “plausibles” y relacionados con los actos de las compañías, diversas excepciones de la *PLCAA* (*Protection of Lawful Commerce in Arms Act*)² no eran aplicables. El argumento del juez incluía, entre otras cosas; la facultad de dicha ley para desestimar cualquier acción civil o criminal en contra de las mismas, mala configuración legal de la “negligencia” señalada en la demanda o la extraterritorialidad de la legislación en la materia, pues según Saylor: “el congreso no promulgo aquellas leyes para proteger a gobiernos extranjeros” (*UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF MASSACHUSETTS, 2022b*). Meses después, el 10 de octubre del 2022 la Secretaria de Relaciones Exteriores mexicana informo sobre la promoción de una segunda demanda, esta vez en contra de cinco tiendas de armas. Dicha demanda está sustentada en datos que demuestran que una gran mayoría de las armas recuperadas por las autoridades mexicanas, fueron compradas en dichas tiendas por traficantes de armas, quienes, a su vez, se encargan de proporcionarlas a grupos criminales, aquello como resultado de ventas irresponsables y poco controladas. Los datos recopilados por el gobierno basados en registros criminales relacionados con detenciones de traficantes, demuestran que existen pruebas de cómo las compañías señaladas hacían *ventas individuales de hasta cincuenta y siete pistolas, o más de mil cartuchos de munición a estas personas sin hacerles, ni siquiera, una sola pregunta* (*UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF ARIZONA, 2022*). Igual que en el caso de los fabricantes, dichas ventas destinadas al mercado negro, les proporciona a los comercios de armas uno de sus mayores ingresos, colocando así, sus intereses económicos por encima del bienestar social.

Ambas demandas, anteriormente mencionadas, documentan en su cuerpo la responsabilidad directa o indirecta de los *dealers* o vendedores y los corporativos de la industria armera en el tráfico de armas hacia México, y *per se*, en la ola de violencia armada que aqueja a la nación, y en ambas acciones jurídicas el estado mexicano menciona el respeto que tienen a la legislación de armas en EE. UU. Pero si estas compañías tienen herramientas legales para escaparse tan impunemente como lo hicieron en la primera ocasión, sólo evidencia la clara corresponsabilidad de la legislación y de la *política de armas* también, pero aun tomando en cuenta todo esto, la raíz del problema no se limita a estas áreas. Mencionar estas demandas como precedentes jurídicos y sociales en esta investigación no tiene como propósito usar la nación norteamericana como “chivo expiatorio” de los grandes problemas de

1 *UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF MASSACHUSETTS, 2022a, p. 3.*

2 Ley que protege a las compañías armeras por cualquier acto cometido por terceros usando sus productos en EE. UU.

violencia armada que enfrentan muchas de las naciones del continente americano, pero, aun así, ya ha sido documentada la participación de la falta de verdadero control comercial de EE. UU. en la crisis de armas de fuego a la que se enfrentan otros países³. Y es que de acuerdo con la Agencia de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos de EE. UU. [ATF por sus siglas en inglés] y sus últimos datos de rastreo de armas⁴, estadística basada en las armas recuperadas por las autoridades mexicanas y que solicitaron a la ATF su rastreo, en el año 2021, 14113 (68%) de las armas recuperadas en México en ese año correspondieron a armas fabricadas en EE. UU. o importadas desde este país (FIGURA 1).

Figura 1

GUN TRACE DATA



Notas: Gráfico propio basado en información proporcionada por la ATF (2022)

El estudio del entramado legal respecto a armas de fuego en EE. UU. ya ha sido objeto de un sinnúmero de artículos, observaciones y análisis en las ciencias jurídicas, que han resultado en el llamado constante hacia la corrección de un sistema que, actualmente, favorece a las compañías armeras, que limita el control gubernamental y que facilita el acceso de la población civil a armas de fuego de alto poder y en grandes cantidades, encima de que, en conjunto, promueve directa e indirectamente la violencia armada y el tráfico ilegal con poca regulación comercial, poco control estatal e impunidad. Por otra parte, uno de los mitos más alimentados al respecto, es que existe una “falta” de legislación respecto a las armas y su control, y el sector político en EE. UU. no brinda mucha atención a crear más legislación al respecto. Sin embargo, esto está lejos de ser así. La legislación respecto al control de armas es

3 AGRAWAL, D. (2019). *Combating US Gun Trafficking to Mexico; A Study Conducted for the Brady Campaign to Prevent Gun Violence*. University of California, Berkeley.

4 Gun Trace Data.

numerosa. El debate, que cala en las entrañas de la sociedad americana, es abierto constantemente y las leyes son tan antiguas como la nación misma. Así que el número, o la falta de legislación no es problema, el problema es el contenido, el fondo y no la forma. Las leyes respecto al control de armas en EE. UU. son muchas, pero en más de un sentido la mayoría han sido deficientes en la misión de reducir la violencia armada. Es por eso que en este artículo se revisará la política de armas en EE. UU. en términos generales, a fin de comprender y contestar a las preguntas acerca de, ¿cuál es el sistema de control comercial de armas de fuego?, ¿cómo funciona?, ¿cuáles son sus deficiencias?, ¿qué relación tienen estas deficiencias con algunos de los problemas de violencia armada en dicho país? En este documento se abordará un breve análisis de la política de armas, a través de un resumen histórico-social de las legislaciones más relevantes en la materia y que han moldeado el sistema de control de armas actual.

2. METODOLOGÍA

Para fines de contestar todas las interrogantes anteriormente planteadas, se realizó una investigación documental respecto a las leyes más relevantes y aquellas que moldearon en gran medida la política de control de armas actual en EE. UU., con el fin de comprender cuáles fueron los eventos históricos y el contexto sociopolítico que les rodearon, qué disposiciones contienen, cuáles son las más relevantes en la política de control y, por último, cuál fue su impacto social.

Para determinarlo se realizó una investigación exhaustiva en la que se revisaron leyes, comunicaciones, informes y reportes oficiales de instituciones gubernamentales como el *Federal Bureau of Investigation*, así como artículos periodísticos, gacetas universitarias, artículos en línea de organizaciones de carácter civil especializadas en la investigación y combate de la violencia armada en el país y revistas académicas especializadas.

3. LA SEGUNDA ENMIENDA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho de los gobernados a poseer armas es una facultad quizás tan antigua como la civilización misma, PLATÓN (La República IV, 543a-569a) incluso mencionó que la transición hacia gobiernos democráticos es alcanzada a través de la fuerza ejercida por los ciudadanos armados y *per se* las tiranías surgen con más fuerza cuando se les priva de las armas a los mismos. En el caso específico de la segunda enmienda, un antecedente histórico relevante (y que es mencionado continuamente en la literatura al respecto) es el acta de derechos inglesa de 1689, que establece como una obligación a las personas el poseer armas en pro de defender a la corona británica. Esta facultad, por supuesto, sería revocada por el

rey Jorge III, cuando las colonias británicas en América empezaran a formar sus propias milicias en contra de la corona, al mismo tiempo que colonias como la de Pensilvania, en 1776 o Massachusetts, en 1780, otorgaron a los civiles el derecho a tener y portar armas en pro de llevar la insurgencia en contra del ejército británico (*CONSTITUTION ANNOTATED*, s.f.). Es en este contexto histórico, posterior al periodo de conflicto de lucha por la independencia de una nación recién nacida, que surge la controversial segunda enmienda.

Dos años después de que se ratificara la constitución de los Estados Unidos, en 1789, fue propuesta la Carta de Derechos, contenida por una serie de enmiendas, que precisamente surgieron como eso, arreglos a la constitución original, y cuya ratificación provocó el descontento de los legisladores anti-federalistas, quienes argumentaban que dicho orden constitucional dañaba la soberanía de los Estados al otorgar mucho poder o alcance al órgano federal, proponiendo entonces, contrarrestar este poder facultando a los gobernados de libertades ciudadanas básicas (SAUL y FERGUS, s.f.). De esa manera, después de haber sido enviada a los Estados para su aprobación, la Carta de Derechos fue ratificada y adjuntada a la Constitución en el año 1791, compuesta de diez enmiendas constitucionales “en orden de prevenir una mala interpretación o abuso de sus poderes” (*BILL OF RIGHTS*, 1791a). En dicho documento la segunda enmienda establece lo siguiente:

...siendo necesaria para la seguridad de un Estado libre una Milicia bien ordenada, el derecho a poseer y portar Armas no deberá ser infringido [*“A well-regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed”*] (*BILL OF RIGHTS*, 1791b).

Conocer un poco de la historia de la segunda enmienda es importante en este estudio para comprender dos sencillos puntos, el primero como lo dice SPITZER (2017a) es darse cuenta de que en EE. UU. las leyes relativas a las armas son muchas y algunas son tan antiguas como la nación misma, pero como se podrá constatar más adelante, *un gran número de leyes no es sinónimo de mayor control*. El sistema de control parece ser extenso en volumen, con una gran masa de leyes e instituciones involucradas, pero, en conjunto, la política de armas tiene un gran número de deficiencias, que en algunos casos la hacen obsoleta.

El segundo punto a comprender, es que, para la sociedad norteamericana, cuando se trata de las armas, el tema es tan profundo que se remonta a la formación de su democracia y de la nación como tal, por eso no es tan sorpresivo que siempre que el derecho ciudadano a poseer y portar armas es traído a una nueva discusión, el asunto se vuelve tan relevante y polarizado en la opinión pública. El acceso a las armas es un tema que trastoca las creencias y los dogmas más antiguos en la cultura norteamericana.

Hay que decir que, desde su ratificación, en el siglo XVIII la segunda enmienda no ha sido modificada, aun así (quizás por su ambigüedad), el significado de dicha ley ha sido constantemente interpretado en la historia por los juristas y tratadistas en la materia, de tal manera que parece que su significado ha ido cambiando al mismo

tiempo que la sociedad norteamericana. De acuerdo con SANDAGER (2019a, p. 48) “las preferencias y percepciones sobre el derecho a las armas y la segunda enmienda son, en esencia, acerca de cómo los americanos se entienden a sí mismos”. La autora agrega que las preguntas acerca del ¿por qué existe la segunda enmienda? y ¿por qué los ciudadanos deben tener y portar armas de fuego? han desembocado en un discurso polarizado dividido en dos grandes campos interpretativos, ambos totalmente distantes entre sí (SANDAGER, 2019b). Dicho de otra forma, el debate acerca de cuál es el significado de la segunda enmienda o como debe ser interpretada, se puede reducir a dos corrientes ideológicas enfrentadas; la segunda enmienda como un *derecho colectivo* y la segunda enmienda como un *derecho individual*. Y en medio, la eterna pugna acerca de cuál de estos, es el derecho que protege dicho ordenamiento constitucional (WINKLER, 2006a).

3.1. El Derecho Colectivo o Derecho a las Milicias

La Carta de Derechos y las enmiendas históricamente representan el esfuerzo anti-federalista para crear oposición respecto al poder del gobierno central y proteger la independencia de los Estados. Siguiendo ese orden de ideas, SPITZER (2000a) menciona que el significado de la segunda enmienda es relativamente claro desde el momento en el que en la misma se puede leer. “Siendo necesaria para la seguridad y libertad del estado una *Milicia* bien regulada”.

Las milicias, entendidas como ejércitos civiles, descentralizados y al servicio de un Estado son instituciones que tuvieron una participación fundamental en los inicios de la unión norteamericana, pero que al transcurrir el tiempo y por su misma naturaleza se volvieron obsoletas conforme la nación se desarrollaba institucionalmente (WILLINGHAM, 2018). Su origen puede ser rastreado a la revolución de las trece colonias, cuando se gesta el movimiento de independencia en EE. UU., y los Estados forman sus propios ejércitos o milicias armando a los civiles, al mismo tiempo que el congreso formaba el ejército continental, un ejército de tiempo completo y de alcance federal (COAKLEY y CONN, 2010). Aunque después de estos acontecimientos las milicias se quedarían por dos razones; la primera es que el gobierno federal no poseía los recursos necesarios para formar, armar y mantener un ejército que por sí solo pudiera responder a las necesidades de seguridad del país y, la segunda, la desconfianza de la población respecto a depositar el poder militar en un solo cuerpo armado y centralizado, por supuesto, ambas situaciones se revertirían con el tiempo y después de demostrar su incompetencia en la guerra de 1812 las milicias civiles serían discontinuadas a inicios del siglo XX (SANDAGER, 2019c).

Hoy en día el uso estatal de las milicias en EE. UU. ya no tiene mucho sentido cuando se considera que actualmente la capacidad del ejército y las fuerzas de seguridad les hacen lo suficientemente competentes ante cualquier amenaza, además que, aunque la retórica de desconfianza hacia el gobierno federal todavía existe, la mayoría de los norteamericanos tienen confianza en las Fuerzas Armadas (*NATIONAL*

CONSTITUTION CENTER, s.f.). Aun con todo esto, la presencia de milicias todavía tiene lugar en la actualidad como organizaciones privadas, siendo asociados en muchas ocasiones con grupos extremistas o de odio escudados en la segunda enmienda, cargados con ideologías supremacistas o anti-gobierno y que tienen un historial de actos de violencia (DOXSEE, 2021).

3.2. El Derecho Individual

La segunda enmienda como un derecho individual, a diferencia de la interpretación del derecho a las milicias, es un punto de vista relativamente nuevo entre los juristas. Como se mencionó anteriormente, en los inicios de la Unión Americana, el ejército no tenía la presencia ni la fuerza suficiente como para cubrir las necesidades de seguridad y las milicias tampoco fungían como un ejército a tiempo completo. Estas situaciones a menudo dejaban a las personas desprotegidas frente a los criminales armados, lo que en ocasiones no les dejaba otra opción más que armarse y protegerse a sí mismos (SANDAGER, 2019d).

La interpretación del derecho de los ciudadanos a poseer y portar armas para propósitos individualistas, que tomó relevancia entre los juristas a inicios de los 2000, está estrechamente relacionado con el uso de las armas para la defensa propia (*self-defense*) o legítima defensa (WINKLER, 2006b). Pues, aunque en la segunda enmienda no se pueda leer explícitamente que la facultad de portación y posesión sea para tales efectos, se ha creado una doctrina legal al respecto, conformada tanto por artículos académicos como por jurisprudencia emitida a partir de casos específicos⁵.

Un precedente judicial importante en los últimos tiempos (y que parece ser la base de esta interpretación) fue el fallo emitido derivado del caso *District of Columbia v. Heller* en 2008. En aquella ocasión la Corte Suprema concluyó, derivado de un análisis de la historia y del lenguaje de la ley, que la segunda enmienda faculta el derecho de los ciudadanos a tener armas en su domicilio para defensa propia y otros propósitos legales (*JUSTIA US SUPREME COURT*, 2008), no estableciendo cuáles son exactamente estos otros propósitos legales y negando todo el análisis histórico de la segunda enmienda y su origen en las milicias (SANDAGER, 2019E), estableciendo un estrecho análisis histórico adaptado a la perspectiva individualista, e ignorando mucha de la investigación académica respecto a la historia de la legislación de armas (SPITZER, 2017b).

La perspectiva individualista de la segunda enmienda ha sido adoptada, no sólo por el sector conservador, que es tradicionalmente el más acérrimo en la defensa del derecho a las armas, sino también por el sector liberal, que de acuerdo con SPITZER (2000b), ha abrazado dicha doctrina por su supuesto pedigrí respaldado no solo por los tribunales, sino también por los redundantes y poco críticos artículos al respecto.

⁵ Ver, por ejemplo, el caso *Pritz v. United States* (*UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT*, 1996), donde el juez Thomas hace referencia a un “derecho personal” protegido por la segunda enmienda.

Pero incluso WINKLER (2006c) ha señalado de laxos los estándares de los jueces para determinar los alcances y límites de la segunda enmienda para tales efectos, agregando que, aun viéndolo desde el punto de vista individualista, *la búsqueda de más control o regulación sobre las armas no atenta contra el derecho a la legítima defensa (self-defense)*.

El derecho a la legítima defensa no es mencionado, ni parece ser resguardado explícitamente por la segunda enmienda, y la historia de los motivos de la carta de derechos (*Bill of rights*) tampoco demuestra tal cosa. En todo caso, la defensa propia como derecho ciudadano parece dimanar más del derecho criminal moderno, que del derecho constitucional y en cuanto a las milicias, sus usos ya no están justificados socialmente (SPITZER, 2000c).

Mantener un ejército al servicio de la sociedad civil y el derecho a la insurgencia para evitar los abusos del estado y asegurar la democracia son principios básicos del derecho natural y la Constitución solo puede prever revoluciones que se den mediante un proceso político (SPITZER, 2000d). Por otra parte, la legítima defensa es un derecho que no se le puede negar a los ciudadanos, el uso de algunas armas para tales efectos tampoco, considerando por supuesto, que esta figura legal está sustentada bajo la excepción, tanto que es obligación del Estado brindar seguridad y protección.

Aun así, comparado con otras legislaciones que señalan los usos específicos del uso de las armas, la segunda enmienda no es clara sobre proteger este derecho y su ambigüedad le ha convertido en el escudo recurrente no sólo de algunos criminales, sino también de la industria armera en contra del control comercial de armas. Esta falta de sentido en dicho ordenamiento solo denota la necesidad de una reforma que establezca de forma clara los propósitos exactos del derecho a las armas, por supuesto estos cambios están lejos de suceder. La segunda enmienda y el acceso a las armas es en muchos sentidos uno de los dogmas políticos más importantes en la nación de las barras y las estrellas.

3.3. Las Armas en la Sociedad Norteamericana

Abordar la Segunda Enmienda, así como la legislación en cuanto armas en los Estados Unidos no es tarea sencilla, y mucho menos lo es abordar el significado de las armas en la sociedad norteamericana. En ambas ocasiones se encontrará con discursos polarizados, ampliamente debatidos y por eso mismo controvertidos. De acuerdo a datos de 2020 el grupo que más tiende a conservar armas son hombres (45%), blancos (38%), conservadores (45%), viviendo en áreas rurales (48%) y que se identifican con el partido republicano (50%)⁶. El discurso respecto al acceso de armas de fuego y sus implicaciones con la violencia e inseguridad se encuentra sumamente dividido en el ámbito político, la mayoría de los republicanos (79%) considera que un mayor acceso

6 SAAD, L. (Noviembre 13, 2020), What Percentage of Americans Own Guns?. *GALLUP*.

a las armas conlleva una mejora en seguridad, mientras que la mayoría del sector demócrata (78%) considera que más armas es igual a menor seguridad (SCHAEFFER, 2023). La perspectiva republicana que argumenta que el crimen se vería reducido al otorgar más armas a los ciudadanos para defenderse ha sido la tradicionalmente adoptada por el sector pro armas, especialmente para impulsar el discurso en contra de la regulación comercial⁷. Esta perspectiva adquirió relevancia en las décadas de los 80 y los 90 cuando una serie de estudios arrojaban resultados respecto a la posesión civil de armas y sus efectos disuasivos sobre las conductas criminales (COTTROL 2014). Aunque, de acuerdo a una entrevista hecha a David Hemenway algunos de los datos utilizados en estos estudios son resultado de un análisis erróneo, encima el autor agrega que, si bien la relación directa entre la prevalencia de armas y violencia no ha podido comprobarse del todo si existe una relación entre la tenencia de armas y un aumento de crímenes violentos (HARVARD T.H. CHAN, 2016). De igual manera existen diferentes estudios que relacionan la tenencia de armas en los hogares, para usos de defensa propia, con un mayor riesgo de lesiones y victimización, advirtiendo de sus implicaciones en casos de violencia doméstica, suicidios y accidentes, especialmente agravados en el contexto de la pandemia (WENNER, 2020). Pero incluso dejando de lado las perspectivas políticas respecto a la posesión, el significado de las armas en la cultura norteamericana parece ser más profundo aún. Habrá que advertir, además de las raíces históricas, las implicaciones respecto a las armas y algunas concepciones de poder, especialmente en hombres que parecen relacionar a las mismas con cierto sentido de masculinidad asociado con odio o misoginia, así como también la participación histórica de los medios y la industria de armas para facilitar o acercar a las personas a las armas también (MOFFIC, 2013).

4. POLÍTICA DE ARMAS

Como se puede percatar, la legislación en cuanto a armas en el caso estadounidense se remonta históricamente hacia siglos atrás, empezando por el derecho constitucional para “poseer y portar armas” contemplado en la segunda enmienda del acta de derechos ratificada en 1791 (*CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, 1789*), pero es especialmente a inicios del siglo XX, donde probablemente empieza a tener lugar la legislación con más relevancia en términos de control federal en tiempos modernos, iniciando con la primera Ley de Control Federal, la *National Firearms Act* (*VIOLENCE POLICY CENTER, 2023a*).

En ese sentido a continuación, se realizará un breve resumen histórico de algunas de las leyes que han moldeado la política de control federal de armas actual en EE. UU. Se abordará una descripción de su trasfondo político y social, sus disposiciones más relevantes y las repercusiones o el impacto que tuvieron en la sociedad americana,

⁷ Ver NRA-ILA (Noviembre 17, 2017). *Gun Controllers Chose to Ignore Cases of Good Guys with Guns*.

esto con el fin de intentar comprender en términos generales las intenciones de la legislación, su contenido y sus aciertos o desaciertos en la misión de reducir la violencia o ejercer más control comercial.

4.1. 1934 - *National Firearms Act* (NFA): La primera Ley de Control Federal

Para inicios de la década de los 30's Estados Unidos vivía un periodo histórico de inestabilidad social. La política de la "Prohibición" y la crisis financiera provocada por la llamada "Depresión" de 1929 desembocó en una alarmante situación de criminalidad causada por el auge de las mafias y sus actividades ilícitas, además de la popularización de los delitos de robo y especialmente el robo a bancos, que dieron lugar a la atención mediática de personajes como Bonnye y Clyde o John Dillinger, (*FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION*, s.f.).

La llegada de Franklin D. Roosevelt a la presidencia como representante del partido de demócrata en 1932 pretendía combatir la crisis económica y el resto de crisis sociales que aquejaban a la sociedad norteamericana. El medio hispano LA GACETA (1932) redacta meses antes de las elecciones, "Franklin D. Roosevelt sería el presidente ideal para los Estados Unidos en estos años de angustiosa depresión económica... Sabe que las penas de los humildes se mitigan con pan, amor y trabajo, no con garrotes y ametralladoras".

Así, una de las preocupaciones principales para Roosevelt y el ala demócrata, que además ostentaban una mayoría importante en el legislativo, fue el control de la venta de armas de fuego, en especial de las armas automáticas, como las ametralladoras Thompson o *Tommy Guns*, una de las armas más usadas por los delincuentes de aquella época (SHAFER, 2019). El proyecto de ley inicial proponía un registro nacional aplicable a dueños de pistolas, revólveres, escopetas, cierto tipo de rifles, ametralladoras y cierto tipo de accesorios como silenciadores. Este registro tomaba en cuenta una identificación y perfilación completa de la persona, desde información básica, hasta sus huellas dactilares, además de un impuesto de importación o fabricación y un impuesto individualizado de venta. Por supuesto, esta medida provocó descontento del sector a favor de las armas, y la Asociación Nacional del Rifle (NRA por sus siglas en inglés) se pronunció al respecto, en especial en contra de la inclusión de pistolas y revólveres en dicho proyecto, argumentando una supuesta intromisión en el derecho constitucional para la posesión y usos de legítima defensa. Sin embargo, y aun con la resistencia y el cabildeo de la NRA, la ley pasaría a aprobarse con ciertas modificaciones, el impuesto por importación o fabricación se redujo considerablemente y las armas de tipo pistola y revolver se excluyeron de la medida de registro (*THE CONGRESS PROJECT*, 2016). La ley aprobada, entonces, contenía las siguientes medidas;

1. Impuestos por fabricación e importación (500 \$usd), impuesto anual de venta (200-300 \$usd) y el impuesto individualizado de 200 \$usd por cada arma de fuego vendida.

2. Definición legal del término “ametralladora”.
3. Obligación de los dueños a registrar sus armas de tipo rifle, escopeta y ametralladora, además de silenciadores y otros accesorios (US 73d CONGRESS, 1934).

En la historia la *National Firearms Act* fue el primer esfuerzo federal por reducir la violencia armada al ejercer un “control” sobre la compra/venta de armas de fuego en EE. UU.⁸. Su aprobación le proporcionó una herramienta legal a las instituciones policíacas y autoridades de impartición de justicia para actuar con más libertad en una época donde los grupos del crimen organizado les tenían por el cuello, “el impuesto de 200\$usd no pretendía ser solo un impuesto... era una herramienta para usar en contra de los criminales quienes adquirirían armas de manera ilegal”, explica Adam Winkler en una entrevista (NPR, 2016). Pero, aun así, los vicios de la ley terminarían por exhibirse con el tiempo. La ley original facultaba al Departamento del Tesoro a notificar a la policía local cuando una persona hiciera el registro de su arma. Esto les permitía a las autoridades perseguir a dicha persona por posesión ilegal casi de manera automática, lógicamente las personas no registrarían sus armas voluntariamente si existía la posibilidad de ser inculcado, de hecho, por actuar conforme a ley. Es por eso que, derivado de una controversia constitucional en la suprema corte, *la disposición de la NFA que obligaba al registro se extinguió* (ATF, 2020). Aquello marcó un precedente judicial importante que funcionaría posteriormente para impulsar la prohibición para crear un Registro Nacional de dueños de armas de fuego.

4.2. 1968 - *Gun Control Act* (GCA): La Base de la Política de Armas Moderna

Era 1968 y treinta años después de que se firmara la *NFA*, el debate por el control de armas regresaba, y ahora, con mucha más efervescencia. El asesinato del presidente John F. Kennedy en 1963, del activista Martin Luther King en abril del 1968 y meses después, el homicidio del senador Robert Kennedy, ocurrido ese mismo año, fueron eventos que sembraron de nuevo la discusión por la regulación comercial de armas en el sector político. Tan solo un día después del asesinato de Robert Kennedy, Lyndon B. Johnson, sucesor presidencial de John F. Kennedy enviaría una carta al Congreso. En aquel texto Johnson hizo énfasis en la facilidad que tienen las personas para adquirir armas, en el hecho de que personas con problemas mentales o con antecedentes criminales pueden acceder a ellas sin ningún filtro y en la crisis de seguridad y salud pública que esto implicaba, señalando al mismo tiempo, la urgencia de legislar a favor de una nueva ley de control de armas más estricta (*THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT*, s.f.). Mientras el mensaje de Johnson era enviado, la primera versión de la ley ya estaba siendo promovida para su discusión en el Senado y, por supuesto, aquello no era del especial agrado de la *NRA* que, para

8 VIOLENCE POLICY CENTER (2023b), *A Brief History of Firearms Law*.

ese entonces, estaban construyendo una influencia importante en el legislativo y la usaron para bloquear las disposiciones de la ley que permitían un Registro Nacional y establecían licencias de portación como requisito (GERHART y ALCÁNTARA, 2018a). Aun así, después de arduos meses de debate, el *Gun Control Act* fue aprobado en octubre de 1968. Entre las disposiciones más importantes de la ley están las siguientes:

1. Las empresas vendedoras de armas o *dealers* deben de contar con una licencia para el comercio estatal, interestatal o internacional según sea el caso.
2. Las empresas que comercian con armas están obligados a llevar un registro de ventas.
3. La edad mínima y requerida para adquirir armas se elevó a los 21 años.
4. Las personas mentalmente no aptas, con problemas de adicción, o ex convictos no pueden adquirir armas.
5. Crea la definición legal de “dispositivos de destrucción” para referirse a artefactos explosivos como cohetes, granadas, bombas, minas, misiles o armas similares (*PUBLIC LAW 90-618. GUN CONTROL ACT, 1968*).

La *Gun Control Act* sin duda marcó un precedente importante en materia de regulación sobre las armas de fuego al crear nuevas disposiciones sobre las cuales se construyó y se construye la legislación federal de armas actual en EE. UU. Su existencia se fundó sobre la necesidad social en contexto del crecimiento de la criminalidad en aquel país, pero también se fundó sobre el miedo estatal a causa de los disturbios y las protestas protagonizadas por movimientos de contracultura e insurgencia política. Pues al mismo tiempo que las protestas en contra de la guerra de Vietnam se extendían, el movimiento del partido político *Black Panthers* también. De acuerdo con STEAD SELLER (2018a) el debate por el control de armas en los 60 trastocó las creencias y los complejos más antiguos y más profundos de la cultura norteamericana, en especial en el sector más conservador, cuyos miedos no tardaron a salir a flote cuando activistas afroamericanos marcharon usando su derecho constitucional para portar armas. Aquello impulsó a la *NRA* y el sector conservador a promover legislación de control de armas con el propósito de oprimir el movimiento de los *Black Panthers* (VANKIN, 2022). Esto, por supuesto, les brindaría una herramienta legal más a las instituciones policíacas en su cruzada contra el partido político a favor de los derechos de las personas afrodescendientes. Un movimiento históricamente perseguido por las instituciones de *law enforcement*⁹.

9 Ver: FLEISCHER, M. (2019) *Opinion: 50 years ago, LAPD raided the Black Panthers. SWAT teams have been targeting Black communities ever since*. Los Angeles Times.

4.3. 1986 - *Firearms Owners Protection Act* (FOPA): Una Victoria Para el Sector Pro-Armas, un Obstáculo Más Para la Justicia

En medio del debate político por la *GCA*, las sospechas por la influencia de la *NRA* empezaron a levantar las cejas de la opinión pública, lo que llevó a que el departamento de justicia instruyera al *FBI* a llevar una investigación formal en su contra (*STEAD SELLER*, 2018b). Incluso el senador demócrata Thomas J. Dodd, uno de los promotores más importantes de la *GCA*, acusó en su momento a la *NRA* de desinformar acerca de los efectos de la ley para manipular la opinión pública, chantajear, intimidar e intervenir activamente en las legislaciones estatales y federales para suprimir las regulaciones de armas (*US SENATE*, 1968).

Los sesenta fueron una época de cambios para la *NRA*, su influencia en el sector político y en especial en el ámbito legislativo estaba creciendo de manera exponencial. Tal cual lo señala Robert Spitzer, experto en política de control de armas en EE. UU., en una entrevista en 2018, la aprobación de la *GCA* fue el inicio de un largo proceso político al interior de la *NRA*, que tendría su punto de inflexión en 1977, cuando un cambio de liderazgo reemplazó la visión de la organización para volverse aún más política. De la mano de aquello, las nuevas restricciones generaron descontento en el sector pro-armas, quienes tenían el sentimiento generalizado de que necesitaban hacer más para defender su causa (*WAXMAN*, 2018). En 1981 el republicano Ronald Reagan asumió la presidencia, dos años después, en 1983 el mandatario hizo una aparición histórica en el banquete anual de la *NRA*, reafirmando su apoyo a la institución y a su causa, al mismo tiempo que su repudio a la legislación de control contemporánea, afirmando que “aquellos quienes buscan hacer daño no son confrontados por las leyes de control de armas” (*REAGAN LIBRARY*, 2017).

Para 1985, el sector conservador era una mayoría social, pero en el ámbito legislativo las cosas estaban más divididas. Mientras la cámara de representantes tenía una mayoría demócrata de 254 de 435 asientos, el partido republicano ostentaba en el senado 53 de 100 asientos. Es en este año donde el *Firearms Owners Protection Act* (FOPA en adelante) es promovida en la cámara de representantes por el republicano Jim McClure (*THE CONGRESS PROJECT*, s.f.). Un año antes, en las elecciones 1984 la *NRA*, que ya era toda una fuerza cabildera, hizo una “donación” de 1.4 millones de dólares a las campañas de los candidatos al legislativo (*GERHART y ALCÁNTARA*, 2018b). Todas estas situaciones en conjunto sembraron las condiciones adecuadas para una tormenta perfecta y en 1986 la ley fue aprobada por el senado. Entre las disposiciones o consideraciones importantes de la legislación están:

1. *Se prohíbe explícitamente la creación de un Registro Nacional* o cualquier registro de dueños de armas de fuego.
2. *Limita las facultades del gobierno para regular el comercio* al prohibir al departamento del tesoro realizar inspecciones a los comerciantes de armas por más de una vez al año. Así también, el departamento no puede disponer de los registros comerciales de las empresas sin la orden judicial de registro

adecuada y sin la sospecha de que han incurrido en varias violaciones a las regulaciones comerciales.

3. Se prohíbe la posesión y transferencias de armas automáticas o “ametralladoras” hechas después de que la ley entre en vigor. *Las armas legalmente adquiridas o transferidas antes de que la ley tenga efecto no se ven afectadas por la prohibición (PUBLIC LAW 99-308. FIREARMS OWNERS PROTECTION ACT, 1986)*

El sector pro-armas y la industria armera estaba esperando el momento adecuado para contraatacar y así lo hicieron. Las disposiciones de FOPA ataron a las instituciones gubernamentales en la misión de ejercer más control comercial y así reducir la violencia en EE. UU. Encima *la prohibición para crear un Registro Nacional es quizás uno de los mayores daños a la política de control de armas en aquel país, ya que ha entorpecido enormemente las tareas de justicia y seguridad. “Sin un repositorio central de los registros de ventas de armas de fuego, su rastreo es un proceso lento y tortuoso... un registro centralizado de los dueños de armas de fuego aumentaría la eficiencia del proceso de rastreo” (GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE, 2023).*

De acuerdo a una entrevista hecha en 2016 al personal del *National Tracing Center*¹⁰ (NTC en adelante) de la ATF, el proceso para rastrear un arma puede durar hasta una semana después de que han recibido la solicitud para hacerlo, dicho proceso se vuelve especialmente complicado considerando que; a) los trabajadores del NTC tienen que realizar varias llamadas para rastrear una sola arma desde el lugar de su fabricación hasta el punto de venta, b) que las solicitudes de rastreo hechas por las instituciones policíacas muchas veces contienen datos incorrectos respecto al arma en cuestión, y que, c) esta institución opera de manera análoga porque no tienen permitido utilizar sistemas digitalizados, y todo esto por las disposiciones de la FOPA para no mantener, ni crear un registro de dueños (LASKAS, 2016a).

El panorama actual no suena más alentador si se toma en cuenta que ahora la institución recibe alrededor de 65 millones de peticiones al año, muchas más que en 2016¹¹, y tiene que procesar mucha más información también. “Estamos teniendo una sobrecarga de trabajo muy significativa” dice Neil Troppman, director de la institución (CNN, 2023). Considerando que el NTC no solo recibe peticiones de instituciones connacionales, sino también de instituciones internacionales, aquello afecta no solo a EE. UU., sino que es una piedra en el zapato para los sistemas de seguridad y justicia en muchos otros países del continente. La Ley de Protección de Dueños de Armas de Fuego o *Firearms Owners Protection Act* es una historia de éxito para el sector pro-armas, pero muchas de sus restricciones, sembraron los grandes vicios de la legislación de control actual.

¹⁰ La única institución gubernamental en EE. UU. dedicada a rastrear el origen de las armas involucradas en asuntos criminales hacia sus dueños originales.

¹¹ 370 mil peticiones de acuerdo con LASKAS (2016b). *Here’s how cops actually trace a gun*. Bussines Insider.

4.4. 1993 - *Brady Handgun Violence Prevention Act* y la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* - 1994

Para entender el “por qué” de la *Brady Handgun Violence Prevention Act* o “Ley Brady” debemos de retroceder un par de años antes de la aprobación de la Ley *FOPA*, al año 1981 cuando el presidente Reagan es víctima de un atentado armado, un ataque provocado por un solo tirador que tenía como objetivo al presidente. Dos oficiales, el mandatario y su secretario de prensa, Jim Brady resultarían heridos, especialmente este último quien se llevaría la peor parte al recibir un impacto en la cabeza (*RONALD REAGAN, PRESIDENTIAL LIBRARY & MUSEUM*, s.f.). Después de aquel episodio Sarah Brady, esposa de Jim, iniciaría una larga carrera como activista a favor de leyes más estrictas en el control comercial de armas. Es así que, en 1988, logró introducir el proyecto de la Ley Brady en el legislativo y, después de años de insistencia, y una serie de cambios radicales en la estructura política de EE. UU., la Ley Brady por fin sería aprobada en 1993 (BRADY, 2019a). Algunas de las disposiciones más relevantes de la Ley Brady son;

1. Ordena a la fiscalía general crear un *sistema instantáneo de revisión de antecedentes criminales* en un periodo máximo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la ley (1994).
2. Impone un periodo de cinco días antes de la compra de un arma para la verificación de antecedentes de la persona interesada. Durante este periodo el FBI determinará si dicha persona es apta para poseer armas según los estándares del Gun Control Act (*PUBLIC LAW 103-159. BRADY HANDGUN VIOLENCE PREVENTION ACT*, 1993).

Cuatro años después de que la Ley Brady entrara en vigor, en el año 1998, la fiscalía implementó el *National Instant Criminal Background Check System* (*NICS* por sus siglas en inglés). Dicho sistema aún sigue vigente en la actualidad y es un pilar importante en el control de armas en EE. UU. La Ley Brady fue una victoria para el sector demócrata, pero también un avance importante en materia de control y prevención de violencia armada.

Violent Crime Control and Law Enforcement Act.

Los 80 fue una década que representó en la historia un punto de inflexión en materia de combate al crimen, ya que fue durante esta época que se sentarían las bases de las políticas de seguridad actuales de EE. UU. y muchos de los Estados americanos, y también, la época donde se declararían más formalmente la guerra contra el enemigo actual, el narcotráfico. De acuerdo a PÉREZ RICART (2022) fue durante la administración de Reagan que la política antidrogas adquiriría gran fuerza al declarar el tráfico de drogas como una amenaza a la seguridad nacional, al mismo tiempo que se destinaría más presupuesto al combate al narcotráfico al interior y al exterior del país. Históricamente la política de combate al narcotráfico, tal como fue planteada, ha dejado un camino de xenofobia, represión y violencia que bien puede ser rastreado hasta tiempos actuales

(FELLNER, 2009), pero ¿por qué esto toma relevancia cuando hablamos de legislación estadounidense en los 90?, o más específico aun ¿qué tiene que ver todo esto con la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* (VCCLEA en adelante)?

Para responder a estas preguntas se debe comprender que para los 90 la guerra contra las drogas había provocado cambios radicales en la estructura de los sistemas de seguridad y justicia en EE. UU. Este y otros eventos dieron paso hacia un cambio a un sistema mucho más retribucionista y punitivo, endureciendo las penas (especialmente en relación a la posesión de drogas), expandiendo el alcance de las policías y adoptando un modelo penitenciario enfocado en el castigo (TAIFA, 2021). Para el año 1991 Estados Unidos atravesaba un pico histórico en las tasas de criminalidad. En aquel año el país registró la tasa más alta en crímenes violentos hasta tiempos actuales (*FBI CRIME DATA EXPLORER*, s.f.) y en ese momento la nación norteamericana resentía los efectos de su guerra contra las drogas.

La preocupación por la oleada de crimen que azotaba el país fue la razón principal del origen de la promoción del *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*, que planteó una serie de cambios en las políticas de combate al crimen en Estados Unidos. Dicha ley, promovida por el sector demócrata, que ostentaba una mayoría en las dos casas del legislativo, terminó por ser aprobada en el año 1994. La ley fue promovida como una ley integral en materia de combate al crimen y toca muchos aspectos relativos a este rubro, en cuanto a regulación o control de armas, algunas de las disposiciones más importantes son las siguientes:

1. Prohibición de diez años para poseer o transferir armas de asalto como AK-47, AR-15, UZI o TEC-9, posterior a la entrada en vigor de la ley, por su uso recurrente en actos criminales. Dicho embargo venció en 2004.
2. Límites a la munición permitida para transferir o poseer.
3. Prohibición para personas con historial criminal por violencia doméstica para adquirir armas.
4. Penalidades más severas sobre crímenes cometidos con armas de fuego (*PUBLIC LAW 103-322. VIOLENT CRIME CONTROL AND LAW ENFORCEMENT ACT, 1994a*).

Además de imponer nuevas políticas en materia de control de armas, la VCCLEA incluye la *Violence Against Women Act* como uno de sus capítulos. Dicha ley endurece las penalidades por violencia sexual y doméstica, implementa mejoras para crear espacios públicos más seguros, establece una reparación del daño para las víctimas, al mismo tiempo facilita la asistencia especializada y el acceso a una justicia más equitativa estableciendo por ley programas de capacitación en materia de violencia de género para jueces y otros funcionarios, además de otras herramientas que fortalecen el entramado institucional para combatir la violencia doméstica y

la violencia de pareja¹² (*Intimate-Partner Violence*), que de 1994 a 2010 registraron una baja estadística (*US DEPARTMENT OF JUSTICE*, 2015). Sin embargo, no solo existe el lado luminoso de las cosas. BROOKE EISEN (2019), del Centro de Justicia Brennan menciona que disposiciones de la *VCCLEA* como la implementación de penas de muerte para nuevos delitos, la política de tres *strikes* para endurecer las penas a personas previamente detenidas por dos faltas severas, el financiamiento estatal para construir nuevas prisiones y el programa *truth-in sentencing* para que los Estados dejaran de lado las penas correctivas o enfocadas a la rehabilitación, dieron incentivos a los Estados para adoptar un modelo penal punitivo y no correctivo, un modelo segregacionista que apuesta por la retribución en lugar de la reinserción social y la prevención del delito, un enfoque que ha contribuido enormemente a la encarcelación en masa y la persecución a las comunidades más marginadas.

4.5. 2005 - *Protection of Lawful Commerce in Arms* (PLCA): Inmunidad Para la Industria Armera

En agosto de 1999, la Ciudad de Gary, en Indiana, promovió una demanda en contra de las compañías Smith and Wesson, Beretta y Glock, derivado de la contribución de dichas compañías fabricantes y otras tiendas de armas para abastecer a delincuentes por medio de prácticas comerciales irresponsables e ilícitas. El gobierno de Gary señalaba la contribución de dichas compañías en la oleada de violencia que azotaba a la ciudad (DISIS, 2015). En 2001, esta vez en Nueva York, Freddie Hamilton demandó a Beretta por ventas negligentes, defectos de diseño y conductas comerciales peligrosas, señalando cómo contribuyen estas a la violencia armada (*JUSTIA US LAW*, s.f.). A dichas demandas, se le sumaron más, como el caso *Ileto v. Glock*¹³, que señalaban la relación que existe entre la violencia armada, la falta de regulación comercial y las prácticas comerciales irresponsables de dichas compañías. La industria de las armas de fuego estaba bajo la lupa social y esto no les agradaba. Tan solo bastaron meses de cabildeo para que la *NRA* moviera sus influencias en el legislativo y lograra aprobar, en 2005, el *Protection of Lawful Commerce in Arms Act* (*PLCAA* en adelante), o por su traducción Ley de Protección de Comercio Legal de Armas, la misma *NRA*, le llamó la legislación pro-armas más significativa en veinte años (BARTON, 2020). Dicha ley blindó legalmente a las compañías armeras *al prohibir, bajo unas pocas excepciones, cualquier acción civil o criminal impuesta en su contra, en ninguna corte, ni federal ni estatal* (*PUBLIC LAW 109-92. PROTECTION OF LAWFUL COMMERCE IN ARMS ACT*, 2005). El *PLCAA* fue la respuesta contundente y totalitaria de la industria de

¹² PUBLIC LAW 103-322. VIOLENT CRIME CONTROL AND LAW ENFORCEMENT ACT (1994b). TITLE IV-VIOLENCE AGAINST WOMEN (pp. 107-190).

¹³ *Ileto* y los otros demandantes emprenden una acción en contra de Glock y otras compañías armeras por la relación de sus prácticas comerciales y el ataque armado a North Valley. Ver; *FIND LAW* (Noviembre 20, 2003), *Ileto v. GMBH* (2003).

armas de fuego a la ola de demandas que le surgieron en su contra a finales de los 90 e inicios de los 2000 (GABBATT, 2023).

Al momento de la aprobación de la ley muchas de las demandas formales que enfrentaban aquellas compañías fueron desechadas y con ellas, muchas de las posibilidades para emprender cualquier demanda futura (*THE CENTER FOR AMERICAN PROGRESS*, 2021). Esto representa una dificultad importante en la lucha por más regulación comercial en armas y numerosas instituciones civiles contra la violencia armada como *GIFFORDS LAW CENTER* (2023), *BRADY* (2019b) o *EVERYTOWN FOR GUN SAFETY* (2023a), coinciden en que dicha legislación prácticamente otorga inmunidad legal a la industria armera, pues tal y como paso recientemente en el caso del gobierno mexicano, es común que los tribunales norteamericanos desechen casi automáticamente cualquier demanda impuesta en contra de estas compañías.

De acuerdo con *GLOBAL ACTION ON GUN VIOLENCE* (s.f.) La demanda y la litigación civil no solo buscan la reparación del daño para las víctimas, sino que también ha demostrado ser una herramienta eficiente en la búsqueda de control comercial y la reducción de violencia armada. Históricamente, el emprendimiento de acciones judiciales en contra de compañías armeras ha demostrado ser útil al presionar a la industria armera a modificar sus prácticas comerciales. Sin embargo, la *PLCAA* y legislaciones similares hacen cada vez más difícil esta tarea, limitando la búsqueda de justicia para las víctimas de la violencia armada en un sistema que brinda más protección a la industria armera que a las personas. “Estados Unidos parece ser la única nación en el mundo que ha elegido colocar las ganancias de la industria armera por sobre la seguridad pública, y el derecho a las armas por sobre los derechos humanos” (*MANUEL AND PATRICIA OLIVER ON BEHALF OF THEMSELVES AND THEIR SON JOAQUIN OLIVER V. THE UNITED STATES OF AMERICA*, 2023). Se puede leer en el documento de la demanda del caso *Joaquin Oliver v. US. Government*. Un nuevo recurso en promoción, e impuesto en contra del gobierno de Estados Unidos ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos.

4.6. 2008 - *NICS Improvement Amendment Act*: Una “Mejora” al Sistema de Revisiones

Casi diez años después de que se creara el Sistema Nacional de Revisión Instantánea de Antecedentes Criminales (*NICS* por sus siglas en inglés) en 1998¹⁴, el FBI reportaba un crecimiento estadístico tanto en el número de transacciones como en el número de revisiones hechas por la institución a través del *NICS* (*FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION*, 2007a).

¹⁴ Sistema creado para verificar los antecedentes de las personas interesadas en adquirir armas y determinar si estas son aptas antes de que se efectuó la transacción.

Figura 2

REVISIONES ANUALES DEL NICS, 2002-2007

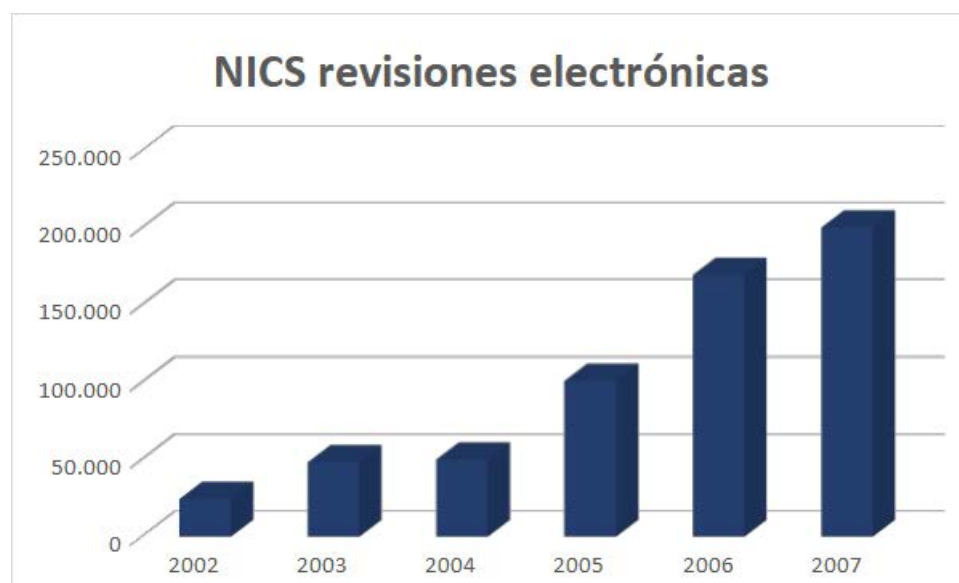


Gráfico propio adaptado de información del
FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2007b)

De la mano de aquello, el FBI señaló en un comunicado con fecha del 19 de abril de 2007, la falta de cooperación de algunos Estados por no proporcionar datos completos, principalmente en lo referente a registros de personas mentalmente no aptas y que son relevantes para la revisión de antecedentes (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, 2007c). Días antes, el 16 de abril, se produciría uno de los tiroteos más mortales en la historia de EE. UU., en el Tecnológico de Virginia, donde un estudiante identificado como Seung-Hui Cho abriría fuego en contra de las personas al interior del recinto educativo, asesinando a 31 e hiriendo a otras 17. Dos años antes de que los hechos ocurrieran, Seung Hui Cho había sido declarado “mentalmente incompetente” por un tribunal, lo que, en teoría, no le hacía apto para adquirir armas (JERVIS, 2017). El tiroteo de *Virginia Tech* sembró la sensibilidad suficiente en la sociedad norteamericana y el sector político como para abrir el debate del control comercial de armas de nuevo, específicamente en lo referente a la actualización de los datos del sistema de revisiones de antecedentes y sus implicaciones con los registros de salud mental (*EVERYTOWN FOR GUN SAFETY*, 2018). Es así que meses más tarde, se promovería en el senado la *NICS Improvement Amendment Act* o Ley de Mejora del NICS, cuyas disposiciones más relevantes son las siguientes;

1. La ley insta a las autoridades locales a cooperar con las autoridades federales compartiendo toda la información relevante y registros a su disposición para fortalecer el NICS.

2. Propone otorgar fondos a las autoridades estatales para el fortalecimiento y la digitalización de sus sistemas de datos, como sistemas de identificación, registros criminales, de salud etc.
3. Fortalece los filtros y la revisión de antecedentes para personas mentalmente no aptas, alentando, en el proceso a los Estados a compartir sus registros sanitarios relacionados con pacientes con problemas de salud mental (PUBLIC LAW 110-180. NICS IMPROVEMENT AMENDMENTS ACT, 2008).

La Ley de Mejora del NICS tuvo como propósito fortalecer las restricciones previamente establecidas en legislaciones anteriores, particularmente las prohibiciones hacia personas mentalmente no aptas para poseer armas. Dicha legislación fue la respuesta social inmediata ante eventos como el tiroteo en *Virginia Tech* en la búsqueda de que no se repitiesen, concentrando los esfuerzos en que personas con trastornos mentales graves (Como Heung-Sui Cho) no pudieran tener de nuevo un arma en sus manos. Sin embargo *¿es este el abordaje adecuado para prevenir crímenes similares?*

De acuerdo con PRICE y NORRIS, (2008a) legislaciones como la Ley de Mejora del NICS carecen de criterio científico adecuado para determinar qué tanta relación existe entre este tipo de incidentes armados y la existencia de desórdenes mentales graves de por medio, al contrario, parecen estar basados solamente en la percepción de que las personas con este tipo de condición representan un peligro para la sociedad y un factor de riesgo importante de futuros casos de violencia armada, cuando distintos estudios demuestran que dicha relación entre violencia y desórdenes mentales quizás no sea tan cercana como comúnmente se cree. Las autoras agregan que la legislación ha puesto en peligro la confidencialidad clínica entre paciente-médico al pedir a los Estados compartir sus registros de salud mental, lo que ha motivado las personas a no acercarse a las instituciones para buscar asistencia psicológica o psiquiátrica por el temor a que se les declare “mentalmente no aptos” y perder su derecho a poseer armas. Además, dicha ley ha alimentado el estigma social alrededor de la salud mental y el etiquetamiento hacia las personas que padecen trastornos psicológicos graves (PRICE y NORRIS, 2008b).

4.7. Tiempos actuales y la Ley Bipartidista de Comunidades más Seguras

La violencia armada en EE. UU. y la relación que tiene con el poco control comercial es una realidad evidente, y como quizás se ha podido percibir en este breve relato, cada avance legislativo en pro de un control comercial más estricto siempre ha sido ofuscado por los intereses del sector pro-armas y la industria armera. Dicho de otro modo, la historia del control de armas en el país norteamericano parece ir siempre, como comúnmente se dice, al ritmo de “un paso hacia delante y seguido de otro hacia atrás”, estableciendo una especie de dinámica política que parece que casi nunca ha dejado bien parada ni a las víctimas de la violencia armada, ni a la sociedad preocupada por dicho fenómeno. Es por eso que una de las consignas de campaña electoral

del actual presidente de EE. UU., Joe Biden, fue el reformar la política de control de armas, la reestructuración institucional alrededor de los organismos involucrados en dicha materia y la imposición de leyes más estrictas en materia de control comercial (JAFFE y MADHANI, 2022). La preocupación del político demócrata por este tipo de problemáticas no resulta novedosa considerando su historia como uno de los promotores principales de la *Crime Control and Law Enforcement Act*, con todos y sus aciertos y desaciertos (LÓPEZ, 2020). Aunque las legislaciones de control de armas han sido muchas, en distintas materias y de color variopinto, los registros muestran una violencia armada cada vez más creciente. Es en este contexto de una violencia armada en crecimiento (FIGURA 3) que se aprobó, en junio de 2022, la Ley Bipartidista de Comunidades más Seguras [*Bipartisan Safer Communities Act*] (COCHRANE, 2022). Una ley que surgió como un acuerdo mayoritario entre los bloques políticos de aquel país, algo no muy recurrente en la historia de un sistema bipartidista. Algunos de los cambios y puntos importantes que lleva consigo la ley son los siguientes:

1. Mejoras sustanciales a los sistemas de salud, particularmente en materia de atención y servicios de salud mental con capacitaciones, fondos, mejoras institucionales y la expansión del acceso a estos servicios en escuelas.
2. Mejora en el proceso de revisión de antecedentes juveniles del *NICS*, en el caso de que una persona menor de 21 años quiera tener acceso a un arma, se tendrá que someter a una revisión más estricta.
3. Fondos para el fortalecimiento del *NICS* y actualización de su base de datos, removiendo datos incorrectos o expirados.
4. Mejoras en materia de combate al tráfico ilegal de armas, estableciendo una definición legal más precisa del término *dealer* o vendedor de armas y estableciendo penalidades más severas en casos de compras por terceros o compras ilegales de armas por medio de intermediarios (*straw purchases*), un modus operandi común en el tráfico ilegal.
5. Mejoras en materia de combate al delito de violencia doméstica: define el término y contempla las relaciones de citas (*dating relationship*), para referirse a una relación continua o reciente de naturaleza íntima o romántica entre dos personas y endurece las restricciones para poseer armas hacia personas convictas por un delito relacionado con violencia doméstica.
6. Establece un fondo para implementar mejoras en las instituciones de seguridad locales y estatales, e iniciativas comunitarias en materia de prevención de las violencias.
7. Incluye la *Luke and Alex School Safety Act*, para mejorar la seguridad dentro de escuelas (PUBLIC LAW 117-159. BIPARTISIAN SAFER COMMUNITIES ACT, 2022).

Figura 3
FBI-VÍCTIMAS POR INCIDENTES DE TIRADOR ACTIVO
POR AÑO (2012-2022).



Notas: Gráfico propio basado en información proporcionada por: FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2021), FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION y TEXAS STATE UNIVERSITY (2021, 2023).

La Ley Bipartidista de Comunidades más seguras se aprobó en medio del debate sobre violencia armada, avivado esta vez, por una serie de tiroteos masivos como los ocurridos en Oklahoma e Illinois, a inicios del 2022 (HAUCK y SANTUCCI, 2023). Es por eso que apuesta por medidas que buscan prevenir la violencia con armas en todas sus manifestaciones, pero especialmente parece imponer medidas que se centran en prevenir este tipo de hechos ocurridos en espacios escolares, como ha sido el caso de los tiroteos ocurridos en la *Sandy Hook Ellementary School*, ocurrido en 2012 en Connecticut (EL-GHOBASHY y BARRETT, 2012), en la preparatoria *Stoneman Douglas*, en el año 2018 en Florida (CHUCK et al., 2018) y más recientemente en la *Robb Ellementary School*, ocurrido en el año 2022 en Texas (DEY, 2022).

La legislación, descrita como la “más comprensiva” en treinta años por el centro de prevención de la violencia armada BRADY (2023), definitivamente es un paso adelante en el combate a la violencia con armas en EE. UU. Pero, aun así, en cuanto a legislación todavía queda mucho por recorrer y probablemente mucho por corregir también. Como se puede observar, con base en lo expuesto hasta ahora, la historia legislativa en cuanto a control comercial de armas es extensa, se ha formado todo un entramado jurídico alrededor de las prácticas comerciales, y lo que tanto las personas como las empresas tienen y no tienen permitido hacer con sus armas de fuego. A pesar de ello, si al día de hoy los comercios de armas en EE. UU. pueden vender munición y armas de fuego de alto poder, en cantidades absurdas y a un solo

individuo, es imposible no preguntarse *¿de verdad existe un verdadero control comercial?*. La legislación de control comercial desde hace décadas parece apelar más a las personas (compradores) que a las empresas armeras, las tiendas, los vendedores, las distribuidoras y los fabricantes, que son protegidos por la ley en más de un sentido y cuyo poder e influencia se extiende a distintos ámbitos políticos. Esto no quiere decir, por supuesto, que imponer restricciones más severas a los comercios sea la respuesta absoluta para detener o reducir significativamente la violencia armada. Sería ingenuo decirlo, la violencia armada es un fenómeno de causas multifactoriales y debe tratarse de manera integral, no solo desde el ámbito de regulación comercial. Parafraseando a SOWELL (2012), es una gran falacia decir que la reducción de la violencia con armas solo puede, y debe alcanzarse por medio de un mayor control comercial. Pero, aun así, *este supuesto “control comercial” no existe*, por lo menos no considerando que los “comercios” están casi excluidos del mismo. El control comercial probablemente no sea la única respuesta, ni la única medida a tomar para reducir la violencia armada, pero *si tan solo existiera verdaderamente, sin duda, contribuiría mucho a la causa*.

5. CONCLUSIÓN

De acuerdo con datos del *CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION* (2023a), en el año 2021, de las 26,031 muertes por homicidio en ese año, el 81% (20,958) fueron causados por heridas de armas de fuego. Estos números son alarmantes, pero son más reducidos que los 26,328 suicidios por arma de fuego, más de la mitad de las 48,183 muertes por heridas autoinfligidas en ese año (*CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION*, 2023b).

Existe una relación cercana entre una política de control de armas relajada y la generación de violencia armada¹⁵. Más armas para la población civil es sinónimo de más incidentes armados y reducir el flujo de armas a través de una mayor regulación comercial es una estrategia viable para revertir este efecto, sin embargo, esto parece estar lejos de suceder.

Del análisis anterior se deben de resaltar dos cosas, primero, la política de control de armas es un entramado legal extenso que contempla las practicas tanto de los comerciantes de armas, como de los dueños y consumidores. Sin embargo, aunque la extensión del entramado legal no es el problema principal, sí lo es su contenido. La inmunidad a la industria armera, la “protección” a los dueños de armas, las limitaciones legales a las autoridades encargadas de la regulación comercial y la prohibición para elaborar un registro nacional de dueños, entre otras cosas, han formado un sistema

¹⁵ Ver, por ejemplo; STAMATEL et al. (2020), SCHILDKRAUT y GELLER (2022), O'BRIEN (2023), o *THE EDUCATIONAL FUND TO STOP GUN VIOLENCE* (2021).

con grandes vicios y lagunas. Un sistema que protege los intereses de la industria de las armas, pero no a las víctimas de la violencia armada, que pone un sinfín de trabas en las tareas de seguridad y justicia, mantiene atadas a las instituciones a cargo de regular el comercio y *per se*, en el que la regulación comercial parece más una promesa distante que una realidad concreta. Así también, otra cosa a tomar en cuenta es lo que significa el derecho a portar armas en la sociedad norteamericana, lo arraigado que se encuentra en la cultura, especialmente por parte de cierto grupo a favor de las armas, quienes parecen relacionar el derecho constitucional a la posesión y acceso a las armas con cierto sentido de libertad, una supuesta “libertad” atada a una época donde ni las mujeres, ni las personas afrodescendientes tenían participación política, haciendo parecer el derecho a las armas, más bien el privilegio de unos cuantos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGRAWAL, D. (2019). *Combating US Gun Trafficking to Mexico; A Study Conducted for the Brady Campaign to Prevent Gun Violence*. University of California, Berkeley. <https://stopusarmstomexico.org/wp-content/uploads/2019/10/US-Guns-to-Mexico-Final.pdf>
- ATF (septiembre 15, 2022), *Gun Trace Data México 2016-2021*. <https://www.atf.gov/resource-center/firearms-trace-data-mexico-2016-2021>
- ATF (abril 07, 2022), *Ley Nacional de Armas de Fuego*. <https://www.atf.gov/es/rules-and-regulations/national-firearms-act>
- BARTON, C. (enero 27, 2020). A Guide to the Gun Industries Unique’s Legal Protection. The Trace. <https://www.thetrace.org/2020/01/gun-industry-legal-immunity-plcaa/>
- BILL OF RIGHTS. Preamble. 15 de diciembre de 1971a. (EE. UU.)
- BILL OF RIGHTS. Amendment II. 15 de diciembre de 1971b. (EE. UU.)
- BRADY UNITED (2019), *History of Brady*. <https://www.bradyunited.org/history>
- BRADY UNITED (s.f.), *What is PLCAA?*. <https://www.bradyunited.org/fact-sheets/what-is-plcaa>
- BRADY (Junio 22, 2023). *Brady statement on anniversary of Bipartisan Safer Communities Act*. <https://www.bradyunited.org/press-releases/anniversary-bipartisan-safer-communities>
- BROOKE EISEN, L. (Septiembre 09, 2019). The 1994 Crime Bill and Beyond: How Federal Founding Shapes the Criminal Justice System. Brennan Center for Justice <https://www.brennancenter.org/es/node/7804>
- CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (Julio 20, 2023a), *FastStats; Assault or Homicide*. <https://www.cdc.gov/nchs/fastats/homicide.htm>

- CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (Julio 20, 2023b), *FastStats; Suicide and Self-Harm Injurie*. <https://www.cdc.gov/nchs/fastats/suicide.htm>
- CHUCK, E., JOHNSON, A. Y SIEMASZKO, C. (Febrero 14, 2018). *17 killed in mass shooting at high school in Parkland, Florida*. NBC News. <https://www.nbcnews.com/news/us-news/police-respond-shooting-parkland-florida-high-school-n848101>
- CNN (mayo 15, 2023). Believe it or not, this is how the US is tracing gun crimes. <https://edition.cnn.com/videos/us/2023/05/15/mass-shooting-gun-tracing-atf-contd-orig-dp-mg.cnn>
- COAKLEY, R.W. y CONN, S. (2010). *The War of The American Revolution*. Center of Military History. Disponible en: https://history.army.mil/html/books/070/70-6-1/CMH_Pub_70-6-1.pdf
- COCHRANE, E. (Junio 24, 2022). *Congress Passes Bipartisan Gun Legislation Clearing it for Biden*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/politics/gun-control-bill-congress.html>
- CONSTITUTION OF THE UNITED STATES. II Amendment (1789) . Disponible en <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>
- CONSTITUTION ANNOTATED. (s.f.). *Amdt.2.2. Historical Background on Second Amendment*. https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt2-2/ALDE_00013262/
- COTTROL, R.J. (2014). SECOND AMENDMENT: NOT A CONSTITUTIONAL DYSFUNCTION BUT NECESSARY SAFEWARD. *Boston University Law Review*. Vol. 94. 835-848. Disponible en: <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2014/08/COTTROLDYSFUNCTION.pdf>
- DEY, S. (Mayo 24, 2022). *21 killed at Uvalde elementary in Texas' deadliest school shooting ever*. The Texas Tribune. <https://www.texastribune.org/2022/05/24/uvalde-texas-school-shooting/>
- DISIS, J. (Febrero 12, 2015) *Indiana bill targets lawsuit against gun maker*. USA TODAY. <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2015/02/12/indiana-bill-targets-lawsuit-against-gun-maker/23325707/>
- DOXSEE, C. (Agosto 12, 2021). Examining Extremism: The Militia Movement. Center for Strategic and International Studies. <https://www.csis.org/blogs/examining-extremism/examining-extremism-militia-movement>
- EL-GHOBASHY, T. Y BARRETT, D. (December 17, 2012). *Dozens Kill in Conn. School Shooting*. The Wall Street Journal. <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323297104578179271453737596>

- EVERYTOWN FOR GUN SAFETY (s.f.), *Repeal Gun Industry Immunity*. <https://www.everytown.org/solutions/industry-reform/>
- EVERYTOWN FOR GUN SAFETY (Julio 2, 2018), *Fatal Gaps: How the Virginia Tech Shooting Prompted Changes in the State Mental Health Records Reporting*. <https://everytownresearch.org/report/fatal-gaps/>
- FBI CRIME DATA EXPLORER (s.f.) *Trend of Violent Crime from 1985 to 2021* <https://cde.ucr.cjis.gov/LATEST/webapp/#/pages/explorer/crime/crime-trend>
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2021), *Active Shooter Incidents. 20 year review 2000-2019*. US. Department of Justice. <https://www.fbi.gov/file-repository/active-shooter-incidents-20-year-review-2000-2019-060121.pdf/view>
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (s.f.), *The FBI and The American Gangster, 1924-1938*. <https://www.fbi.gov/history/brief-history/the-fbi-and-the-american-gangster>
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2007a), *National Instant Criminal Background Check System (NICS). Operations 2007*. Criminal Justice Information Services Division. https://www.fbi.gov/file-repository/2007_operations_report.pdf/view
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2007b), *National Instant Criminal Background Check System (NICS). Operations 2007*. Criminal Justice Information Services Division. https://www.fbi.gov/file-repository/2007_operations_report.pdf/view
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2007c) Response to Inquires on the FBI's National Instant Criminal Background Check System. <https://archives.fbi.gov/archives/news/pressrel/press-releases/response-to-inquiries-on-the-fbis-national-instant-criminal-background-check-system>
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION y TEXAS STATE UNIVERSITY (2021) *Active Shooter Incidents in the United States in 2020*. US. Department of Justice. <https://www.fbi.gov/file-repository/active-shooter-incidents-in-the-us-2020-070121.pdf/view>
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION y TEXAS STATE UNIVERSITY (2023) *Active Shooter Incidents in the United States in 2022*. US. Department of Justice. <https://www.fbi.gov/file-repository/active-shooter-incidents-in-the-us-2022-042623.pdf/view>
- FELLNER, J. (2009). RACE, DRUGS, AND LAW ENFORCEMENT IN THE UNITED STATES. *Stanford Law & Policy Review*. 20(2). 257-292. Disponible en: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/03/fellner.pdf>
- FIND LAW (Noviembre 20, 2003), *Ileto v. GMBH (2003)*. <https://caselaw.findlaw.com/court/us-9th-circuit/1173665.html>

- FLEISCHER, M. (Diciembre 8, 2019) *Opinion: 50 years ago, LAPD raided the Black Panthers. SWAT teams have been targeting Black communities ever since.* Los Angeles Times. <https://www.latimes.com/opinion/story/2019-12-08/50-years-swat-black-panthers-militarized-policinglos-angeles>
- GABBATT, A. (Mayo 27, 2023) *Wave of Lawsuits Against US Gun Makers Raises Hope of the End of Mass Shootings.* The Guardian. <https://www.theguardian.com/us-news/2023/may/27/gun-lawsuits-manufacturer-sellers-crimes>
- GERHART, A. Y ALCANTARA, C. (Mayo 29, 2018a), *How the NRA transformed from Marskmen to Lobbyist.* The Washington Post. https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/national/gun-control-1968/?itid=sr_2
- GERHART, A. Y ALCANTARA, C. (Mayo 29, 2018b), *How the NRA transformed from Marskmen to Lobbyist.* The Washington Post. https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/national/gun-control-1968/?itid=sr_2
- GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE (s.f.), *Gun Industry Immunity.* <https://giffords.org/lawcenter/gun-laws/policy-areas/other-laws-policies/gun-industry-immunity/#:~:text=In%202005%2C%20Congress%20passed%20the,of%20a%20firearm%20or%20ammunition.>
- GIFFORDS LAW CENTER TO PREVENT GUN VIOLENCE (2023), *Maintaining Records of Gun Sales.* <https://giffords.org/lawcenter/gun-laws/policy-areas/gun-sales/maintaining-records/>
- GLOBAL ACTION ON GUN VIOLENCE (s.f.), *Litigation.* <https://actiononguns.org/litigation/>
- GUN VIOLENCE ARCHIVE (2023), *GVA Seven Year Review.* <https://www.gunviolencearchive.org/>
- HARVARD T.H. CHAN (2016) *Do guns make us safer? Science suggest no.* <https://www.hsph.harvard.edu/news/hsph-in-the-news/do-guns-make-us-safer-science-suggests-no/>
- HAUCK, G. Y SANTUCCI, J. (Enero 16, 2023). *The US Passed a landmark gun deal one year ago. Is it working?.* USA Today. <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2023/06/16/gun-violence-deal-one-year-on/70298825007/>
- JAFFE, A. Y MADHANI, A. (Enero 19, 2022), *Las promesas de Joe Biden después de un año: 6 temas clave para EE. UU.* Los Angeles Times. <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2022-01-19/las-promesas-de-joe-biden-despues-de-un-anio>
- JERVIS, R. (Abril 14, 2017). *10 years after Va. Tech Shooting: How Guns law Have Changed.* USA Today. *10 years after Va. Tech shooting: How gun laws have changed (usatoday.com)*
- JUSTIA US LAW (s.f.), *Hamilton V. Beretta Corp.* <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2001/96-n-y-2d-222-o.html>

- JUSTIA US SUPREME COURT (2008), *District of Columbia v. Heller*, 554 US 570 (2008). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/570/>
- LA GACETA (Abril 11, 1932) *Chungas y no Chungas* https://chroniclingamerica.loc.gov/data/batches/fu_cofrin_vero1/data/sn86002403/0051368146A/1932041101/0339.pdf
- LASKAS, J. M. (Septiembre 03, 2016a) *Here's how cops actually trace a gun*. Business Insider. <https://www.businessinsider.com/heres-how-cops-actually-trace-a-gun-2016-8?r=MX&IR=T>
- LASKAS, J. M. (Septiembre 03, 2016b) *Here's how cops actually trace a gun*. Business Insider. <https://www.businessinsider.com/heres-how-cops-actually-trace-a-gun-2016-8?r=MX&IR=T>
- LÓPEZ, G. (Septiembre 29, 2020), *The controversial 1994 crime law that Joe Biden helped write, explained*. Vox. <https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/6/20/18677998/joe-biden-1994-crime-bill-law-mass-incarceration>
- MANUEL AND PATRICIA OLIVER ON BEHALF OF THEMSELVES AND THEIR SON JOAQUIN OLIVER V. THE UNITED STATES OF AMERICA (2023). Peticion. Paragrafo 11. (Noviembre, 2023). Disponible en: <https://actiononguns.org/wp-content/uploads/2023/11/Joaquin-Oliver-v-United-States-IACHR-brief-4.pdf>
- MOFFIC, S.H. (Marzo 5, 2013), *The Psychology of Guns: 12 Step Toward More Safety*. Psychiatric Times. <https://www.psychiatristimes.com/view/psychology-guns-12-steps-toward-more-safety>
- NATIONAL CONSTITUTION CENTER. (s.f.). *The Second Amendment: Common Interpretation*. Disponible en: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-ii/interpretations/99>
- NPR (2016), *Prohibition-Era Gang Violence Spurred Congress to Pass First Gun Law*. <https://www.npr.org/2016/06/30/484215890/prohibition-era-gang-violence-spurred-congress-to-pass-first-gun-law>
- NRA-ILA (Noviembre 17, 2017). *Gun Controllers Chose to Ignore Cases of Good Guys with Guns*. <https://www.nraila.org/articles/20171117/gun-controllers-choose-to-ignore-cases-of-good-guys-with-guns>
- O'BRIEN, E. (2023). Mental Illness and Gun Violence, Changing the Narrative. *Psychiatric Times*. 41(4). 7-9. Disponible en: https://cdn.sanity.io/files/ovv8moc6/psychtimes/ce6de5a47762bed6c90211f5c9722fa342e14e57.pdf/PSY0423_eZine.pdf
- PÉREZ RICART (2022). *Cien años de espías y drogas, la historia de los agentes antinarcoóticos de Estados Unidos en México*. Penguin Random House.
- PLATÓN (1988) *Diálogos IV, La República*. (Trad. C. Eggers). Editorial Gredos.

- PRICE, M. Y NORRIS, D. (2008a). National Instant Criminal Background Check Improvement Act: Implications for Persons with Mental Illnes. <https://jaapl.org/content/jaapl/36/1/123.full.pdf>
- PRICE, M. Y NORRIS, D. (2008b). National Instant Criminal Background Check Improvement Act: Implications for Persons with Mental Illnes. <https://jaapl.org/content/jaapl/36/1/123.full.pdf>
- PUBLIC LAW 109-92. PROTECTION OF LAWFUL COMMERCE IN ARMS ACT (2005). Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-109publ92/pdf/PLAW-109publ92.pdf>
- PUBLIC LAW 117-159. BIPARTISIAN SAFER COMMUNITIES ACT (2022). Disponible en <https://www.congress.gov/117/plaws/publ159/PLAW-117publ159.pdf>
- PUBLIC LAW 103-159. BRADY HANDGUN VIOLENCE PREVENTION ACT (1993). Disponible en <https://www.congress.gov/103/statute/STATUTE-107/STATUTE-107-Pg1536.pdf>
- PUBLIC LAW 90-618. GUN CONTROL ACT (1968). Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-82/pdf/STATUTE-82-Pg1213-2.pdf#page=4>
- PUBLIC LAW 99-308. FIREARMS OWNERS PROTECTION ACT (1986). Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-100/pdf/STATUTE-100-Pg449.pdf#page=3>
- PUBLIC LAW 110-180. NICS IMPROVEMENT AMENDMENTS ACT (2008). Disponible en <https://www.congress.gov/110/plaws/publ180/PLAW-110publ180.pdf>
- PUBLIC LAW 103-322. VIOLENT CRIME CONTROL AND LAW ENFORCEMENT ACT (1994a). Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10824/pdf/COMPS-10824.pdf>
- PUBLIC LAW 103-322. VIOLENT CRIME CONTROL AND LAW ENFORCEMENT ACT (1994b). TITLE IV-VIOLENCE AGAINST WOMEN (pp. 107-190). Disponible en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10824/pdf/COMPS-10824.pdf>
- REAGAN LIBRARY (Abril 04, 2017) President Reagan's Remarks to the National Rifle Association on May 6, 1983 [archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=wQhUiupJ67g&t=491s>
- RONALD REAGAN, PRESIDENTIAL LIBRARY & MUSEUM. (s.f), *Assassination Attempt*. <https://www.reaganlibrary.gov/permanent-exhibits/assassination-attempt>
- SAAD, L. (Noviembre 13, 2020), What Percentage of Americans Own Guns?.

- GALLUP. <https://news.gallup.com/poll/264932/percentage-americans-own-guns.aspx>
- SAUL, L. Y FERGUS, S. (s.f.). *BILL OF RIGHTS FAQs*. <https://constitutioncenter.org/media/files/BOR-faqs.pdf>
- SANDAGER, S. (2019a). The Politics of Gun Control in the United States: A Historical Perspectives on the Second Amendment. (p. 48). *Leviathan: Interdisciplinary Journal in English*. No. 5. 46-59. <https://doi.org/10.7146/lev.voi5.115497>
- SANDAGER, S. (2019b). The Politics of Gun Control in the United States: A Historical Perspectives on the Second Amendment. *Leviathan: Interdisciplinary Journal in English*. No. 5. 46-59. <https://doi.org/10.7146/lev.voi5.115497>
- SANDAGER, S. (2019c). The Politics of Gun Control in the United States: A Historical Perspectives on the Second Amendment. *Leviathan: Interdisciplinary Journal in English*. No. 5. 46-59. <https://doi.org/10.7146/lev.voi5.115497>
- SANDAGER, S. (2019d). The Politics of Gun Control in the United States: A Historical Perspectives on the Second Amendment. *Leviathan: Interdisciplinary Journal in English*. No. 5. 46-59. <https://doi.org/10.7146/lev.voi5.115497>
- SANDAGER, S. (2019e). The Politics of Gun Control in the United States: A Historical Perspectives on the Second Amendment. *Leviathan: Interdisciplinary Journal in English*. No. 5. 46-59. <https://doi.org/10.7146/lev.voi5.115497>
- STEAD SELLER, F. (Mayo 29, 2018a) *How the assassinations of 1968 led the NRA to become the lobbying force it is today*. The Washington Post. https://www.washingtonpost.com/politics/how-the-assassinations-of-1968-led-the-nra-to-become-the-lobbying-force-it-is-today/2018/05/25/e75458f6-4342-11e8-8569-26fda6b404c7_story.html
- STEAD SELLER, F. (Mayo 29, 2018b) *How the assassinations of 1968 led the NRA to become the lobbying force it is today*. The Washington Post. https://www.washingtonpost.com/politics/how-the-assassinations-of-1968-led-the-nra-to-become-the-lobbying-force-it-is-today/2018/05/25/e75458f6-4342-11e8-8569-26fda6b404c7_story.html
- STAMATEL, J; RATAJCZAK, K Y HOEKSTRA R. (2020). Do Gun Policies Really Protect Women? A Cross-national Test of the Relationship between Gun Regulations and Female Homicide Victimization. *Journal of Mediterranean Knowledge*. 5(1). 19-46. Disponible en: <http://www.mediterraneanknowledge.org/publications/index.php/journal/issue/archive>
- SHAFER, RONALD G. (Agosto 09, 2019), *They were killers with submachine guns. Then the president went after their weapons*. The Washington Post. <https://www.washingtonpost.com/history/2019/08/09/they-were-killers-with-machine-guns-then-president-went-after-their-weapons/>
- SCHAEFFER, K. (Septiembre 13, 2023) Key facts about Americans and guns.

POW RESEARCH CENTER. <https://www.pewresearch.org/short-reads/2023/09/13/key-facts-about-americans-and-guns/#:~:text=Republicans%20and%20Democrats%20differ%20on,does%20more%20to%20reduce%20safety>.

SCHILDKRAUT, J. Y GELLER, L. (2022). Mass Shootings in the United States: Prevalence, Policy and Way Forward (p. 196). *The ANNALS of American Academy of Political and Social Science*. 704(1). 181-203. <https://doi.org/10.1177/00027162231164484>

SOWELL, T. (Diciembre 18, 2012). *The great gun control fallacy*. The Guardian. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/dec/18/great-gun-control-fallacy-thomas-sowell>

SPITZER, R. (2017a). GUN LAW HISTORY IN THE UNITED STATES AND SECOND AMENDMENT RIGHTS. *Law and Contemporary Problems*. 80(2). 55-83. Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4825&context=lcp>

SPITZER, R. (2017b). GUN LAW HISTORY IN THE UNITED STATES AND SECOND AMENDMENT RIGHTS. *Law and Contemporary Problems*. 80(2). 55-83. Disponible en: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4825&context=lcp>

SPITZER, R. (2000a). Lost and Found: Researching the Second Amendment. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 76. 349-401. Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3294&context=cklawreview>

SPITZER, R. (2000b). Lost and Found: Researching the Second Amendment. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 76. 349-401. Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3294&context=cklawreview>

SPITZER, R. (2000c). Lost and Found: Researching the Second Amendment. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 76. 349-401. Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3294&context=cklawreview>

SPITZER, R. (2000d). Lost and Found: Researching the Second Amendment. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 76. 349-401. Disponible en: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3294&context=cklawreview>

TAIFA, N. (Mayo 10, 2021). Race, Mass Incarceration, and the Disastrous War on Drugs. Brennan Center for Justice. <https://www.brennancenter.org/es/node/8981>

THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT (s.f.) Letter to the President of the Senate and to the Speaker of the House Urging Passage of an Effective Gun Control Law. <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/letter-the-president-the-senate-and-the-speaker-the-house-urging-passage-effective-gun>

THE CENTER FOR AMERICAN PROGRESS (Mayo 4, 2021), *Frequently Asked Questions About Gun Industry Immunity*. <https://www.americanprogress.org/article/frequently-asked-questions-gun-industry-immunity/>

THE CONGRESS PROJECT (junio 28, 2016), *The National Firearms Act of 1934*. <https://www.thecongressproject.com/national-firearms-act-of-1934>

THE CONGRESS PROJECT (s.f.), *99th Congress (1985-1987)*. <https://www.thecongressproject.com/99th-congress>

THE EDUCATIONAL FUND TO STOP GUN VIOLENCE (Febrero, 2021). *Community Gun Violence*. <https://efsgv.org/learn/type-of-gun-violence/community-gun-violence/>

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MASSACHUSETTS (2021), ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Plaintiff, vs. SMITH & WESSON BRANDS, INC.; BARRETT FIREARMS MANUFACTURING, INC.; BERETTA USA. CORP.; BERETTA HOLDING S.P.A.; CENTURY INTERNATIONAL ARMS, INC.; COLT'S MANUFACTURING COMPANY LLC; GLOCK, INC.; GLOCK GES.M.B.H.; STURM, RUGER & CO., INC.; WITMER PUBLIC SAFETY GROUP, INC. D/B/A INTERSTATE ARMS, Defendants. https://portales.sre.gob.mx/acervo/images/Litigio_armas/Documentos_del_Gobierno_de_Mexico/Mexicanos_vs_Smith__Wesson_Brand.pdf

UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF MASSACHUSETTS (2022a), ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Plaintiff, vs. SMITH & WESSON BRANDS, INC.; BARRETT FIREARMS MANUFACTURING, INC.; BERETTA USA. CORP.; BERETTA HOLDING S.P.A.; CENTURY INTERNATIONAL ARMS, INC.; COLT'S MANUFACTURING COMPANY LLC; GLOCK, INC.; GLOCK GES.M.B.H.; STURM, RUGER & CO., INC.; WITMER PUBLIC SAFETY GROUP, INC. D/B/A INTERSTATE ARMS, Defendants. p. 3. <https://tlblog.org/wp-content/uploads/2022/09/Mexico.OpinionMTD.pdf>

UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF MASSACHUSETTS (2022b), ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Plaintiff, vs. SMITH & WESSON BRANDS, INC.; BARRETT FIREARMS MANUFACTURING, INC.; BERETTA USA. CORP.; BERETTA HOLDING S.P.A.; CENTURY INTERNATIONAL ARMS, INC.; COLT'S MANUFACTURING COMPANY LLC; GLOCK, INC.; GLOCK GES.M.B.H.; STURM, RUGER & CO., INC.; WITMER PUBLIC SAFETY GROUP, INC. D/B/A INTERSTATE ARMS, Defendants. <https://tlblog.org/wp-content/uploads/2022/09/Mexico.OpinionMTD.pdf>

UNITED STATES DISTRICT COURT DISTRICT OF ARIZONA (2022), Estados Unidos Mexicanos, Plaintiff, vs. Diamondback Shooting Sports, Inc., an Arizona corporation; SNG Tactical, LLC, an Arizona

limited liability company; Loan Prairie, LLC D/B/A The Hub, an Arizona limited liability company; Ammo A-Z, LLC, an Arizona limited liability company; Sprague's Sports, Inc., an Arizona corporation, https://portales.sre.gob.mx/acervo/images/Litigio_armas/Demanda_de_Arizona/Estados_Unidos_Mexicanos_vsDiamond_Back_Shooting_Sports_et_al.pdf

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT (1996), PRINTZ SHERIFF/ CORONER, RIVALLI COUNTY, MONTANA vs. UNITED STATES. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/898/case.pdf>

US DEPARTMEN OF JUSTICE (2015). Intimate Partner Violence, 1993-2010. <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/ipv9310.pdf>

US SENATE (1968). *Congressional Record, September 12, 1968*. <https://www.congress.gov/90/crecb/1968/09/12/GPO-CRECB-1968-pt20-6-2.pdf>

US 73d CONGRESS (1934). *NATIONAL FIREARMS ACT*. Disponible en https://homicide.northwestern.edu/docs_fk/homicide/laws/national_firearms_act_of_1934.pdf

VANKIN, J. (Abril 13, 2022). *California Gun Control: How Ronald Reagan and the Black Panthers Started a Movement*. CALIFORNIA LOCAL. <https://californialocal.com/localnews/statewide/ca/article/show/4412-california-gun-control-reagan-black-panthers/>

VIOLENCE POLICY CENTER (2023a), *A Brief History of Firearms Law*. <https://vpc.org/publications/cease-fire-a-comprehensive-strategy-to-reduce-firearms-violence/a-brief-history-of-firearms-law/>

VIOLENCE POLICY CENTER (2023b), *A Brief History of Firearms Law*. <https://vpc.org/publications/cease-fire-a-comprehensive-strategy-to-reduce-firearms-violence/a-brief-history-of-firearms-law/>

WAXMAN, O. (Octubre 25, 2018) *How the Gun Control Act of 1968 Change America's Approach to Firearms-And what People Get Wrong About That History*. TIME. <https://time.com/5429002/gun-control-act-history-196>

WENNER, M.M. (Abril 7, 2020), *Will a Gun Keep Your Family Save? Here is What Evidence Says*. The Trace. <https://www.thetrace.org/2020/04/gun-safety-research-coronavirus-gun-sales/>

WILLINGHAM, A.J. (Marzo 28, 2018). *27 Words: Deconstructing the Second Amendment*. CNN Politics. <https://edition.cnn.com/2016/08/10/politics/what-does-the-second-amendment-actually-mean-trnd/index.html>

WINKLER, A. (2006a). The Reasonable Right to Bear Arms. *STANFORD LAW AND POLICY REVIEW*. Vol. 17. 593-610. Disponible en: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/03/winkler.pdf>

WINKLER, A. (2006b). The Reasonable Right to Bear Arms. *STANFORD LAW AND POLICY REVIEW*. Vol. 17. 593-610. Disponible en: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/03/winkler.pdf>

WINKLER, A. (2006c). The Reasonable Right to Bear Arms. *STANFORD LAW AND POLICY REVIEW*. Vol. 17. 593-610. Disponible en: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/03/winkler.pdf>


La figura italiana de *violenza sessuale di gruppo*: ¿un modelo a seguir en España?

*The Italian offence of *violenza sessuale di gruppo*: a benchmark to be followed in Spain?*

JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ*

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal
Universidad de Sevilla (España)

jbocanegra@us.es

 <https://orcid.org/0000-0001-9136-0420>

Resumen: El castigo de las violaciones grupales constituye una cuestión especialmente problemática en España ante la ausencia de un acuerdo jurisprudencial sobre cómo han de calificarse estos hechos. Si bien se parte de unas premisas comunes –la de que en las violaciones en grupo concurren al menos tantas acciones típicas de violación como personas distintas accedan carnalmente a la víctima, y la de que todas ellas han de imputarse a cada uno de los integrantes del grupo–, en unas ocasiones

* Actual beneficiaria de las Ayudas para la Recualificación del Sistema Universitario español para 2021-2023, financiadas por la Unión Europea (*NextGenerationEU*). Concretamente, de la modalidad B (Recualificación del profesorado universitario o contratado), en virtud de Resolución de 29 de noviembre de 2021 de la Universidad de Sevilla. El presente trabajo se ha elaborado durante una estancia de investigación en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Verona (Italia), sufragada gracias a la citada ayuda.



Recepción: 03/10/2023

Aceptación: 31/10/2023

Cómo citar este trabajo: BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara, “La figura italiana de *violenza sessuale di gruppo*: ¿un modelo a seguir en España?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 181-218, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.07>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
ISSN-e: 2345-3456
N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 181-218

los tribunales consideran aplicable el delito continuado, y en otras no, valorando en estos últimos casos las acciones típicas como delitos individuales. Como solución frente a esta situación de inseguridad jurídica, algunos autores vienen proponiendo la introducción en el CP de un delito plurisubjetivo de violación grupal, similar al ya existente en el CP italiano (art. 609-octies). En el presente trabajo se reflexionará sobre la necesidad y conveniencia de una reforma del CP que incorpore una figura de estas características.

Abstract: *The punishment of gang rapes is a particularly problematic issue in Spain due to the lack of jurisprudential agreement on how these acts should be classified. Although there are some common premises –that in gang rapes there are at least as many typical acts of rape as there are different people who have carnal access to the victim and that all of them must be imputed to all the members of the group–, on some occasions the courts consider the continuous offence to be applicable, and on others they do not, in the latter cases considering the typical acts as individual offences. As a solution to this situation of legal uncertainty, some authors have been proposing the introduction of a multi-subjective offence of gang rape in the Penal Code, similar to that already existing in the Italian PC (art. 609-octies). This paper will reflect on the need and convenience of a reform of the PC that incorporates a figure of these characteristics.*

Palabras clave: violación grupal, manada, agresión sexual, violencia sexual.

Keywords: *gang rape, gangs, sexual aggression, sexual violence.*

Sumario: 1. LA PREOCUPANTE INSEGURIDAD JURÍDICA EN EL CASTIGO DE LAS VIOLACIONES GRUPALES. 2. EL DELITO DE VIOLACIÓN GRUPAL COMO SUPUESTO REMEDIO. 2.1. Nuestro “fallido” delito de agresión sexual en grupo: Un análisis tomando como referente la *violenza sessuale di gruppo* italiana. 2.2. Reflexión sobre la conveniencia de un delito plurisubjetivo para castigar las “manadas”. 2.2.1. Punto de partida: ¿Hay realmente un desvalor adicional en las violaciones grupales? 2.2.2. ¿Resulta necesario y conveniente un tipo penal *ad hoc* para castigar el desvalor adicional presente en las violaciones grupales? 3. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE *LEGE LATA*: UNA UNIDAD DE ACCIÓN TÍPICA AGRAVADA POR LA ACTUACIÓN CONJUNTA. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA PREOCUPANTE INSEGURIDAD JURÍDICA EN EL CASTIGO DE LAS VIOLACIONES GRUPALES

Como señalara recientemente el magistrado SÁNCHEZ MELGAR¹, la cuestión de la calificación jurídica de los supuestos de violación grupal –véase: los hechos en

¹ SÁNCHEZ MELGAR, J., “Violación grupal: problemática y soluciones”, *Diario La Ley*, n.º 9903, 2021, pág. 1.

que varios sujetos acceden carnalmente a una misma víctima (habitualmente mujer) sin su consentimiento— no ha sido, ni es hoy, pacífica, encontrándonos en el terreno jurisprudencial con sentencias que, ante hechos muy similares, si no idénticos, condenan a los acusados a penas privativas de libertad de duración muy dispar al apreciar calificaciones jurídicas diversas de los hechos².

Hay, sin embargo, en esta materia un aspecto sobre el que se aprecia curiosamente una casi total unanimidad en la doctrina científica y jurisprudencial. Se trata de la cuestión de la individualización de las acciones típicas, o, dicho de otra manera, de la determinación del número concreto de acciones típicas ejecutadas por cada sujeto. Y es que, con relación a las violaciones grupales, se vienen apreciando al menos tantas acciones típicas como sujetos distintos hayan accedido carnalmente a la víctima de modo personal. Esto lo podemos ver en el célebre caso de “la Manada”, en el que los tribunales determinaron, siguiendo esta estela asentada por la jurisprudencia, que los hechos eran constitutivos de cinco acciones típicas, en tanto que fueron cinco los sujetos que accedieron personalmente a la víctima de forma carnal. Además, estas plurales acciones típicas de violación, apreciadas en las violaciones en grupo con intercambio de roles, se imputan o atribuyen a todos los sujetos que participan en los hechos. Así, cada uno responde tanto de la acción típica correspondiente a su propio acceso carnal, como de las restantes acciones típicas correspondientes a los accesos carnales del resto de los compañeros, a los que ha contribuido —ya sujetando a la víctima, ya ejerciéndole violencia o amenazándola de palabra, ya estando sencillamente presente durante dichos accesos, contribuyendo con ello a la generación de un ambiente hostil e intimidatorio para la víctima—³.

Si este punto de partida, concerniente al número de acciones típicas existentes y a su imputación, parece estar claro, el modo concreto de valorar jurídicamente esa pluralidad de acciones típicas atribuida a cada sujeto participante de la violación grupal genera una disparidad de interpretaciones, topándonos aquí con esa preocupante inseguridad jurídica de la que alertaba el magistrado. En ocasiones los tribunales han considerado como independientes cada una de las acciones, entendiendo que tras cada una subyace un dolo autónomo, y una lesión, también autónoma e independiente, del bien jurídico “libertad sexual”, y han atribuido, en consecuencia, a

2 Refiere, también, la dificultad interpretativa presente en la valoración y castigo de este tipo de fenómenos, CAZORLA GONZÁLEZ, C., “Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial”, *e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 6, 2021, pág. 16, nota al pie n.º 29.

3 Se puede encontrar, no obstante, alguna resolución que, de modo excepcional, aprecia una única acción típica en supuestos de accesos carnales cometidos por una pluralidad de sujetos, bajo acuerdo, a una misma víctima, imputando dicha acción a todos ellos en calidad de coautores, por la concurrencia de un dominio funcional del hecho, con el consiguiente abandono de la regla lógica “tantas acciones típicas como sujetos distintos acceden carnalmente”. Este es el caso, por ejemplo, de la segunda sentencia publicada con relación al caso “Arandina”, que califica los hechos como una sola acción típica de abuso sexual con acceso carnal, agravada por la circunstancia de la actuación conjunta de dos o más personas (entonces art. 183, apartados 1, 3 y 4.b), y ello con independencia de que fueran varios sujetos los que obligaran a la víctima a realizarles una felación (penetración bucal).

cada uno de los acusados la totalidad de acciones típicas como delitos autónomos, apreciando un concurso real de delitos. La condena impuesta en estos casos a cada uno de los integrantes del grupo ha sido la de una pena de prisión de una duración equivalente a la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos imputados, con la aplicación de los límites máximos de duración previstos para la acumulación de penas en el art. 76.1 CP⁴.

Otras veces, los tribunales han entendido que la pluralidad de acciones típicas atribuibles a cada sujeto en la violación grupal se presentaba realmente, a nivel de antijuridicidad material, como una infracción unitaria, y han condenado a cada uno de los sujetos intervinientes como autor de un delito continuado de violación, castigado, *ex art. 74.1 CP*, con la pena de la infracción más grave de las cometidas en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado⁵. En este

4 Puede citarse como ejemplo reciente la STS, Sala 2.^a, 10 de mayo de 2022, que, con relación a una violación grupal con intercambio de roles ejecutada por dos sujetos, confirma las sentencias de instancia, que condenan a cada uno de los acusados por dos delitos de agresión sexual, uno en concepto de autor, correspondiente a la acción de penetración ejecutada personalmente, y otro en concepto de cooperador necesario, imponiéndoles una pena total de 18 años de prisión. Entre otras muchas sentencias que optan por la calificación jurídica del concurso real de delitos, véanse, entre otras, SSTS, Sala 2.^a, 4 de octubre de 1993; 4 de diciembre de 2002; 4 de mayo de 2012; 30 de noviembre de 2017. En la doctrina abogan por esta calificación jurídica (pluralidad de delitos en concurso real), DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso «La Manada»”, en MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J.M./ GARCÍA ALBERO, R.M., *Represión penal y Estado de derecho*, Navarra, 2018, pp. 1108 y 1109; DURÁN SECO, I., “Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales)”, *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, n.º 12, 1998, pág. 11; FARALDO CABANA, P., “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 22, 2019, pp. 381-420; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Las manadas y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 169; ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 154 y 155; y TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 81. Estos autores sostienen argumentos de distinto tipo para negar la apreciación del delito continuado. Así, algunos señalan que los delitos contra la libertad sexual afectan a bienes eminentemente personales distintos de la propia libertad sexual, como serían la libertad, o la integridad física en los casos en que se hace uso de la violencia, y que ello vetaría la apreciación de la continuidad delictiva *ex art. 74.3 CP* con relación a los mismos; otros apuntan a que en las violaciones grupales con rotación de roles no concurre la homogeneidad en el sujeto activo de las diversas acciones típicas, que requiere el art. 74.1 CP, al cambiar la identidad de la persona que en cada ocasión penetra a la víctima.

5 Han seguido esta interpretación los tribunales en sentencias como las SSTS, Sala 2.^a, 27 de julio de 2009; 14 de julio de 2014; 27 de junio de 2016; 29 de junio de 2017. En la doctrina se han mostrado partidarios de apreciar la continuidad delictiva en las violaciones grupales BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”, *Diario La Ley*, n.º 9500, 2019, pág. 10; CARUSO FONTÁN, V., “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada”, en FARALDO CABANA, P./ACALE FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018, pp. 233 y 234; y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Arts. 178-183”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.M., *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 385. También yo me he pronunciado en este sentido en varias ocasiones. Véase BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., “Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo: Reflexiones al hilo del caso «la manada»”, en CARUSO FONTÁN, V./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Perspectiva de género en*

sentido, considerando que las diversas acciones típicas atribuibles a cada sujeto en las violaciones grupales son de naturaleza homogénea desde un punto de vista fáctico (son similares en cuanto al *modus operandi*) y normativo (inculcan el mismo precepto penal), y que han sido perpetradas por los mismos sujetos, contra la misma víctima⁶, y en unas mismas circunstancias espacio-temporales, aprovechando idéntica ocasión o conforme a un plan preconcebido (dolo continuado o conjunto)⁷, los tribunales han valorado las acciones como un proceso ejecutivo unitario, esto es: como una sola conducta en sentido amplio que implica una única y global vulneración del bien jurídico, si bien de especial intensidad, como se desprende del aumento penológico que entraña la figura del delito continuado en relación a la pena del tipo delictivo aplicable.

Una manifestación clara de esta diversidad de interpretaciones (concurso real de delitos Vs delito continuado), presente en el enjuiciamiento de violaciones en grupo, y de los estragos que causa a la seguridad jurídica, la encontramos si comparamos las sentencias atinentes a dos casos que generaron una gran repercusión mediática: el de “La Manada”⁸, ya mencionado, y el caso Arandina⁹, en lo que respecta a las

la Ley del «Solo sí es sí»: Claves de la polémica, Colex, 2023, pp. 227 y 228, o BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., “Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, 2020, pp. 25 y 26. Se ha defendido por parte de este sector, en el que me encuentro, que en estos casos concurren los elementos del art. 74.1 CP, así como que la aplicación del delito continuado da lugar a penas más proporcionadas a la entidad de los hechos –sin poner en cuestión su indudable gravedad– que las que resultarían de apreciar el concurso real de delitos, que, sobre todo en los casos en que participen muchos sujetos en los hechos, llevan a unas condenas excesivamente elevadas. Por otro lado, y como señala BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019...”, op. cit., pág. 9, la condena como responsable de varios delitos de violación, que implica la “solución” del concurso de delitos, permitiría al tribunal sentenciador, ex art. 78 CP, determinar en algunos casos que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias –posibilidad, señala el citado autor, que “ni siquiera se puede plantear en el asesinato de una persona aunque sea cometido entre cinco–.

6 Si bien la unidad del sujeto pasivo no es un requisito general para la apreciación del delito continuado ex art. 74.1 CP, en referencia a las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales en las que excepcionalmente está permitida la aplicación de esta figura, como son los delitos contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales, se exige expresamente este elemento como requisito adicional para apreciarla, y siempre que el juez lo estime adecuado en atención a la naturaleza del hecho y del precepto infringido.

7 Con más profundidad, sobre los requisitos de aplicación del delito continuado, véase, en la doctrina, CARUSO FONTÁN, V., *Unidad de acción y delito continuado delimitación y supuestos problemáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 42 y ss.; y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

8 Según la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, los cinco chicos, miembros de la autodenominada “Manada”, acorralaron a la víctima en un habitáculo de reducido tamaño y con una sola salida, sito dentro del portal de un edificio, y, empezaron a quitarle la ropa, experimentando ella un intenso agobio y desasosiego, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento, aprovechada por los acusados para mantener con ella actos de carácter sexual, consistentes en penetración bucal, en su caso, vaginal y anal.

9 En este caso, fueron tres chicos, de 24, 22 y 19 años, los que accedieron carnalmente a una chica, en este caso menor de edad, concretamente de 15 años. Los hechos ocurrieron en el piso alquilado

sentencias de primera instancia. Así, pese a ser numéricamente más los sujetos participantes en la violación grupal en el caso de “la Manada” (5 chicos) que en el caso Arandina (3 chicos), la pena de prisión impuesta en la sentencia de primera instancia a los primeros (9 años) fue considerablemente inferior a la que se acordó para los segundos (38 años de prisión, reducidos en la práctica a 20 años *ex art.* 76.1 CP). Si bien es cierto que el tipo penal aplicable en primera instancia en el caso Arandina fue el de agresión sexual a menor de 16 años, que prevé un marco penal mayor que el del delito de abuso sexual con acceso carnal –figura que aplicó la primera sentencia del caso de “la Manada”–, la enorme diferencia penológica radicó esencialmente en la circunstancia de que a los miembros de “la Manada” se les condenó por un delito continuado, mientras que a los de la Arandina se les imputaron tres delitos en concurso real. Así, en este último caso, por el delito correspondiente a la propia felación el tribunal impuso a cada acusado una pena de prisión, en calidad de autor, de 14 años, y por cada uno de los dos restantes delitos a que habían contribuido, en calidad de cooperador necesario, correspondientes a las felaciones de los otros dos compañeros, una pena de 12 años de privación de libertad, resultando así la condena final impuesta a cada uno, conforme a la acumulación material, en los llamativos 38 años de privación de libertad¹⁰; pena esta, que, afortunadamente, sería modificada en las instancias superiores al dejar de apreciarse el concurso de delitos¹¹.

que los tres jóvenes compartían, al que uno de ellos había invitado a la menor para supuestamente realizar un video musical mediante una aplicación, llegando posteriormente, y uniéndose, los otros dos acusados. Se acredita que en un determinado momento uno de ellos apagó las luces, tras lo cual los acusados se desnudaron y comenzaron a quitarle la ropa a la víctima, que se quedó con los brazos cruzados, paralizada, sin saber cómo reaccionar, procediendo ellos a cogerle las manos para que les masturbase y, después, a sujetarle la cabeza para que les realizase una felación a cada uno, como efectivamente sucedió. Tras ir la víctima al baño tras dicho acto sexual, uno de los tres acusados le indicó cuál era su habitación, y allí la penetró vaginalmente.

10 La evidente desproporción de la pena resultante, fruto de aplicar el concurso real de delitos, fue una circunstancia aprovechada por los propios condenados ante los medios de comunicación para denunciar la injusticia de que estaban siendo víctimas. Así, tras conocer el fallo de la sentencia de primera instancia uno de ellos declaraba ante los periodistas: “38 años, ¿a quién he matado, a cuatro personas? [...] Esto es culpa vuestra y de las personas que juzgan sin saber”, mientras otro alegaba: “No entiendo nada de lo que está pasando, están pidiendo una burrada y no hemos hecho nada” (<https://www.20minutos.es/noticia/4085798/0/reacciones-sentencia-caso-arandina/>, consulta: 20/09/2023).

11 La condena quedó notablemente disminuida, pasando los 38 años de prisión impuestos en la primera sentencia a los tres acusados (20 años *ex art.* 76.1 CP) a 9 años para dos de los acusados y a la absolución para el tercero, de 19 años, en sede casacional. En la reducción drástica de las condenas jugaron varias circunstancias, entre las que se encuentran –junto a la modificación de la figura penal aplicada (de agresión sexual a abuso sexual, siempre a menor de 16 años), y a la apreciación de la circunstancia eximente del art. 183 quáter CP con relación a uno de los acusados– el hecho de que se produjo un cambio sustancial en el número de acciones típicas apreciadas, que, sin mayores explicaciones por parte del tribunal, pasan de tres a una sola, subsumida en el citado delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, e imputada en coautoría a dos de los acusados. Curiosamente en este caso se rompe excepcionalmente, y sin darse una justificación, con la premisa general ya señalada referente a la individualización de acciones típicas en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal –esta es: que hay al menos tantas acciones típicas como sujetos distintos acceden vaginal, bucal o analmente a la víctima–).

La dualidad de interpretaciones existente puede encontrar su explicación en el art. 74.3 CP¹², que, en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, deja expresamente “en manos” de los tribunales la decisión última de si aplicar o no el delito continuado, cuando concurren sus requisitos. Así, a pesar de que está vetada en todo caso por ley la apreciación de la continuidad delictiva en el ámbito de las ofensas a bienes jurídicos personalísimos, el legislador excluye expresamente de esta excepción a las infracciones que nos ocupan, permitiendo a los tribunales aplicar el delito continuado a las mismas si lo consideran procedente en atención a “la naturaleza del hecho” y “del precepto infringido” en el caso concreto. En la jurisprudencia dictada con relación al actual CP –de 1995– puede identificarse, no obstante, una primera etapa en la que hubo prácticamente unanimidad¹³ por parte de los tribunales en cuanto al modo de ejecutar la potestad jurisdiccional reconocida en el citado precepto. Así, en un inicio, en los casos concretos que nos ocupan, de violaciones grupales, se descartaba por defecto la aplicación del delito continuado, calificándose las plurales acciones típicas perpetradas por cada sujeto como delitos autónomos –solución del concurso real–¹⁴. No obstante, el “acuerdo jurisprudencial” empieza a “resquebrajarse” con la publicación de la STS 27 de julio de 2009, que sienta un precedente en la materia, al aplicar a una violación grupal la figura del delito continuado. Esta resolución abrirá camino en la jurisprudencia a una nueva interpretación¹⁵, que en los años siguientes coexistirá, ostentando cierto carácter predominante¹⁶, con la exégesis clásica –véase: la que aprecia el concurso real de delitos en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal–, surgiendo la problemática inseguridad jurídica de la que hablamos¹⁷. El proceso de progresivo

12 Determina este precepto que no es aplicable la figura del delito continuado en el ámbito de “las ofensas a bienes eminentemente personales”, pero a continuación excluye de tal excepción –estableciendo una excepción a la excepción– a “las ofensas constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo”. Respecto a las mismas, dispone el legislador que “se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

13 Digo “prácticamente” porque en esta primera etapa puede encontrarse excepcionalmente alguna resolución judicial que aplica la continuidad delictiva. Así, la STS, Sala 2.ª, 13 de mayo de 2005.

14 Pueden citarse las SSTs, Sala 2.ª, 4 de octubre de 1993; 15 febrero de 1997; 3 de marzo de 1997; 20 de octubre de 1999; 12 de marzo de 2002; 4 de diciembre de 2002; 13 de julio de 2005.

15 Así lo reconoce el propio Tribunal Supremo en sentencias como la STS, Sala 2.ª, 29 de junio de 2017, f.º 2, apartado 3, letra d: “Una [...] etapa que surge con la STS 27 de julio de 2009 (RJ 2009, 4615), en que advierte la condición de coautor en quien realiza el elemento típico de la “violencia o intimidación”, alcanzando a éste la cualificación. Sin embargo, *para sucesivos “accesos carnales” de los diferentes coautores integrarían un solo delito continuado de violación*”.

16 Como ejemplo de resoluciones que aplican el delito continuado en accesos carnales a una misma víctima por parte de varios sujetos en un mismo contexto, véanse las SSTs, Sala 2.ª, 14 de julio de 2011; 14 de julio de 2014; 27 de junio de 2016; 29 de junio de 2017.

17 Se encuentran sentencias dictadas en fechas muy próximas que optan por calificación jurídicas diversas con relación a violaciones en grupo de similares características. Compárese la STS, Sala 2.ª, 29 de junio de 2017, que ratifica la aplicación del delito continuado de violación, con la STS, Sala 2.ª, 30 de noviembre de 2017, que condena a los tres acusados a tres delitos de violación.

avance en el seno jurisprudencial de la nueva interpretación, que aboga por aplicar el delito continuado, parece haberse detenido en los últimos años. En tal circunstancia pudiera haber influido la gran alarma social generada tras la publicación de la primera sentencia del caso “La Manada” –recuérdese que se apreció la figura de abuso sexual, y no la de violación–, considerando que la inquietud ciudadana suele favorecer las dinámicas punitivas. Recuérdese que los tribunales condenaron en primera y segunda instancia a cada uno de los miembros de “la Manada” en calidad de autor de un delito continuado contra la libertad sexual, señalando que esta era la calificación jurídica más razonable y proporcionada a los hechos¹⁸. Sin embargo, en sede casacional, el Tribunal Supremo –en una nota informativa publicada junto a su sentencia (STS 4 de julio de 2019)– reprobó frontalmente la aplicación del delito continuado realizada por los tribunales de instancia¹⁹, calificándola de “error”²⁰, aun cuando, como se vio, la figura venía aplicándose desde hace ya tiempo –y, además, cada vez con mayor frecuencia– a la delincuencia sexual, incluyendo la que implica acceso carnal²¹. No obstante, al no haber sido objeto de impugnación por las partes la aplicación del delito continuado, el Alto Tribunal se vio imposibilitado para modificar la calificación jurídica en este extremo, manteniendo la condena por el delito continuado. Lo cierto es que esta circunstancia –véase: el que ninguna de las acusaciones solicitara en su momento la aplicación del concurso real de delitos, calificando, por el contrario, los hechos como delitos continuados, lo que implica una menor pena– es ya reveladora de la fuerza que había adquirido entonces, en la praxis judicial, la interpretación proclive a apreciar la continuidad delictiva²².

18 En la SAP Navarra, Sección 2.ª, 20 de marzo de 2018, la Audiencia subrayó que no aplicar el delito continuado hubiera dado como resultado unas condenas a penas privativas de libertad de una duración desmedida, y a una consiguiente vulneración del principio de proporcionalidad, citando, a mayor abundancia, y como apoyo, numerosas sentencias que aprecian la continuidad delictiva en casos similares (SSTS, Sala 2.ª, 30 de noviembre de 2017; 29 de junio de 2017; y 14 de julio de 2014). Véase, concretamente, este extracto (ubicado en el f.º 4 de la sentencia): “la calificación jurídica pertinente es la relativa a la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores concurren, que se considera más acorde con la propia naturaleza múltiple del delito cometido, la facilidad calificativa y el principio de proporcionalidad. [...] ...si acudiéramos al resorte de considerar como delitos autónomos, [...] se infringiría la exigencia de proporcionalidad de la respuesta punitiva”.

19 Véase: la SAP Navarra, Sección 2.ª, 20 de marzo de 2018, y la STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 8/2018, 30 de noviembre de 2018.

20 Se afirma exactamente en el comunicado adjunto: “El Tribunal constata [...] el error en la calificación de la sentencia de instancia que consideró concurrente un único delito continuado, cuando por la pluralidad de intervinientes y de actos agresivos, la correcta calificación [...] hubiera sido considerar a los acusados autores y partícipes de una pluralidad de delitos de agresión sexual”.

21 Así lo señala BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019...”, *op. cit.*, pág. 9.

22 Ni el Ministerio Fiscal, ni la acusación particular, ni la acusación popular –ejercida esta última por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona –, solicitaron la apreciación de un concurso real de delitos, pese a que esta calificación hubiera supuesto una pena de prisión mucho más elevada para los acusados. Así, todos ellos calificaron los hechos en sus escritos de acusación, con relación a cada uno de los acusados, como un delito continuado de violación. Considero que esta circunstancia pone de manifiesto cómo la interpretación proclive a

Sentencias posteriores del Tribunal Supremo, como las 462/2019, 14 octubre, 520/2019, 30 octubre, o 444/2022, 5 mayo²³, han reproducido esta dinámica, reprobando también la aplicación del art. 74 CP a violaciones en grupo realizada por los tribunales de primera instancia. Pareciera, así, que estuviéramos entrando en una nueva fase involutiva en lo que respecta a la interpretación jurisprudencial de las violaciones grupales. Una etapa esta, de regresión a aquella exégesis primigenia que niega en todo caso la aplicación de la continuidad delictiva en las violaciones grupales, y que iría en consonancia con el “movimiento punitivista” especialmente imperante ahora en esta materia.

En cualquier caso, actualmente sigue persistiendo –a no ser que vuelva a imponerse unánimemente la interpretación tradicional, reacia a aplicar la continuidad delictiva– el problema de la inseguridad jurídica en el enjuiciamiento de las violaciones grupales, ante la diversa aplicación por parte de los tribunales de los criterios previstos en el art. 74.3 CP de cara a la apreciación del delito continuado. En ocasiones, además, la calificación jurídica depende en última instancia de lo que hayan pedido las acusaciones, como ha sucedido en el caso de “la Manada”, en el que la calificación de los hechos por las partes como delito continuado impidió al Tribunal Supremo, en casación, condenar a los acusados por un concurso real de delitos²⁴. Y, como se ha visto, la diferencia penológica que supone optar por una u otra interpretación (concurso de delitos o delito continuado) no resulta baladí. Así, volviendo al caso de “la Manada”, en el que eran cinco los acusados, de haberse pedido en su momento por alguna de las acusaciones la calificación del concurso real de delitos, se hubiera podido imponer a cada uno de ellos, en calidad de responsable de cinco acciones

aplicar la continuidad delictiva en las violaciones en grupo se había impuesto ya con fuerza en sede jurisprudencial, desbancando a la exégesis tradicional, que abogaba por apreciar el concurso real de delitos. Así, BOCANEGRA MÁRQUEZ, “Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo...”, *op. cit.*, pág. 212. GIL GIL, A./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de “la Manada”: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pág. 7, incluso afirman en un artículo escrito al hilo del caso de “la Manada”, que “no se aprecia desde hace años en estas situaciones –véase: violaciones en grupo– [...] un concurso real de delitos”.

23 Transcribimos un fragmento de la segunda sentencia, ubicado al final del f.º 4: “el comportamiento de I. junto con el de los demás condenados [...] debiera haber dado lugar, como exponía el M.F. a un concurso de delitos, solo que, al no haber sido planteado por las acusaciones, debamos de aceptar la continuidad delictiva que viene dada en la sentencia de instancia [...], procediendo, en consecuencia, la desestimación de este motivo de recurso”.

24 Señala esta circunstancia ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Ciencias Criminales*, n.º 25-r3, 2023, pág. 26, cuando observa que las sanciones impuestas en vía judicial a los acusados en el caso “la Manada” podrían haber sido mucho más elevadas si las acusaciones hubieran calificado los hechos, con relación a cada uno de los sujetos, como concurso real de delitos, en vez de como un delito continuado. Así, señala el autor que no fue la ley penal vigente al momento de cometerse los hechos, ni tampoco los jueces, los responsables de que la condena no fuera mayor, sino la mala praxis de las acusaciones, en este caso tanto la pública, representada por el Ministerio Fiscal, como la privada.

típicas de violación –agravadas, en su caso, por la circunstancia de actuación conjunta del art. 180.1.2º CP–, una pena de hasta 75 años²⁵, que, conforme a las reglas de acumulación jurídica del art. 76.1 CP, se quedaría en la práctica en *20 años de privación de libertad*. Pena esta superior en cinco años a la impuesta finalmente a los acusados por el Tribunal Supremo en aplicación de la figura del delito continuado de violación, agravado por la circunstancia de actuación conjunta (15 años de prisión)²⁶. Nótese que, incluso de haber hecho uso el tribunal de la facultad de exasperación para castigar el delito continuado²⁷ –algo que, por otra parte, no es nada habitual en la práctica por considerarse que lleva a condenas demasiado severas²⁸–, la pena máxima que hubiera podido imponerse (18 años y 4 meses) seguiría siendo inferior a los 20 años de privación de libertad a que llevaría el concurso real de delitos.

En el presente trabajo trataré de identificar y valorar posibles soluciones a esta preocupante situación de inseguridad jurídica. A tal fin, resultará obligado examinar la propuesta, realizada en su momento en sede legislativa por parte del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de introducir en el Código Penal (en adelante, CP) un delito autónomo –con unos marcos

25 Considerando que la pena máxima prevista en el momento de comisión de los hechos para el delito de violación ejecutado por dos o más personas era 15 años, de aplicarse el concurso real, cada acusado podría ser castigado –caso de que se sancionara cada acción típica con la máxima pena (15 años)– a 75 años de prisión según las reglas de acumulación material. Así lo ha señalado FONTÁN TIRADO en el diario 20MINUTOS, 12/02/2019 (<https://www.20minutos.es/noticia/4085935/0/por-que-condenas-arandina-mayores-manada-pamplona-claves/>, consulta: 12/09/2023).

26 Esta reticencia a hacer uso de la exasperación punitiva en el castigo del delito continuado se manifiesta incluso en el mismo caso de “la Manada”, cuando, en el enjuiciamiento de los hechos en primera instancia, la Audiencia Provincial de Navarra (Sentencia 38/2018, de 20 de marzo, fJ 7) argumenta, en la justificación de la individualización de la pena impuesta a los acusados, que estima desproporcionado emplear la facultad de exasperación en las concretas circunstancias del caso. Nótese que la pena entonces impuesta a cada uno de los miembros de “la Manada” (9 años) se encontraba en el tramo inferior de la mitad superior del marco penal aplicable. Ha de recordarse que la Audiencia Provincial calificó los hechos como cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento cualificado por el acceso carnal –uno por acusado–. La calificación jurídica sería más tarde modificada a cinco delitos continuados de violación agravados por las circunstancias de actuación conjunta y trato degradante por parte del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre), ratificando posteriormente la aplicación del delito de violación el Tribunal Supremo (344/2019, de 4 de julio). Por cierto, también en segunda instancia el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el fJ 18 de su sentencia, recuerda que la exasperación es de aplicación excepcional en el castigo del delito continuado, y que el “parámetro típico y ordinario” es imponer la pena señalada para el delito más grave de los cometidos en su mitad superior, contestando así uno de los motivos del recurso planteado contra la sentencia de la Audiencia de Navarra.

27 La exasperación supone castigar el delito continuado de la segunda forma que permite el apartado 1 del art. 74 CP, esto es: imponer una pena que se encuentre dentro de la mitad inferior de la pena superior en grado a la del delito aplicable.

28 El Tribunal Supremo, en el fallo de la STS, Sección 2.ª, 4 de julio de 2019, impone a cada uno de los acusados la pena de 15 años de prisión, así como la medida de seguridad de libertad vigilada de una duración de 8 años. El Alto Tribunal aplicó con relación al delito continuado de violación, atribuido a cada acusado, las circunstancias agravantes específicas de actuación conjunta de dos o más personas y del ejercicio de una intimidación especialmente degradante, de los entonces apartados 2º y 1º, respectivamente, del art. 180 CP.

penales específicos– para el castigo de las violaciones grupales. Aunque, como se evidencia de la actual redacción del CP, la figura propuesta quedó finalmente en “agua de borrajas”, algún autor sigue reclamando su incorporación, lo que, desde luego, serviría para dar carpetazo a la dualidad de interpretaciones presente en sede jurisprudencial. En las páginas siguientes me propongo examinar el texto de la Proposición de ley que incorporaba esta novedosa figura, relacionándolo con tipos penales homólogos que ya existen en otros ordenamientos jurídicos, a fin de realizar una reflexión final sobre su necesidad y conveniencia.

¿Es imprescindible reformar el CP para alcanzar una relativa homogeneidad en la punición de las violaciones grupales, que garantice unos estándares mínimos de previsibilidad de los fallos jurisprudenciales, o, por el contrario, existen alternativas que, de *lege lata*, permitan dar respuesta al problema? ¿Existe una tercera vía, independiente del binomio delito continuado-concurso real de delitos, para interpretar las normas penales ya existentes en materia de delincuencia sexual, que permita resolver esta cuestión sin reformar nuestro CP, ya tan “manoseado” y “parcheado”? En las páginas que siguen se tratará de dar respuesta a estos interrogantes.

2. EL DELITO DE VIOLACIÓN GRUPAL COMO SUPUESTO REMEDIO

2.1. Nuestro “fallido” delito de agresión sexual en grupo: un análisis tomando como referente la *violenza sessuale di gruppo* italiana

Como remedio frente a una jurisprudencia oscilante en el castigo de las violaciones en grupo, algunos autores proponen la creación de una figura específica para estos comportamientos²⁹. Con ella se superaría, “a golpe de reforma”, la dualidad de interpretaciones existente, representada por las opciones del delito continuado de violación y el concurso real de delitos de violación –tantos, al menos, como personas distintas accedan carnalmente de modo personal a la víctima–, proporcionándose una única respuesta jurídica a esta fenomenología de supuestos. Se señala, adicionalmente,

29 Así, recientemente el magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, SÁNCHEZ MELGAR, J., “Violación grupal: problemática y soluciones”, *op. cit.*, pág. 2: “la discrepancia sobre el delito continuado y el concurso delictivo [...] aconsejan que el legislador termine con esta polémica, y acuñe un tipo nuevo que simplifique las cosas y anude la pena que considere adecuada”. De igual opinión es su compañero, también magistrado del Alto Tribunal, MAGRO SERVET, atendiendo a la noticia publicada en el portal CONFILEGAL, 21/10/2022 (<https://confilegal.com/20221021-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/>, consulta: 20/09/2023), donde ambos señalan que la creación de este tipo penal es una “asignatura pendiente”. En el plano doctrinal, han defendido la introducción de una figura específica ACALE SÁNCHEZ, M., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Mujer y Derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Barcelona, JMBosch, 2019, pág. 247; y, FARALDO CABANA, en una rueda de prensa celebrada en 2018, con el objeto de presentar la propuesta originaria de la luego llamada “Ley del Sí es Sí”, en la que señala que con la figura de violación grupal se conseguiría “una aplicación unívoca (de la ley) que hoy no existe”. Véase EL SALTO, 11/07/2018 (<https://www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/propuesta-ley-violencia-genero-sexual-delito-agresion-colectiva>, consulta: 24/09/2023).

que un tipo penal creado *ad hoc* para las conductas de violación grupal permitiría articular un castigo más adecuado de estas atendiendo a la especial idiosincrasia del fenómeno, tildándose de inconvenientes o inaptas las dos opciones que actualmente están sobre la mesa. La del delito continuado, por las muchas reticencias que existen para su aplicación al ámbito de las acciones típicas de violación en las que el acto propio del acceso carnal se realiza por distintos sujetos, cuestionándose la concurrencia de los presupuestos de aplicación del art. 74.1 CP, relativos al carácter homogéneo de las acciones y a la unidad de sujeto activo en ellas³⁰. La alternativa del concurso real de delitos, por su parte, se torna por algunos como desproporcionada, en cuanto da lugar a condenas de prisión de una duración muy elevada, sobre todo si el grupo es numeroso³¹. En esta línea crítica, se ha señalado también que la calificación del concurso real de delitos resulta algo forzada. La valoración autónoma de las plurales acciones típicas podría tener sentido –se afirma– en el supuesto de “un violador en serie”, pero casa mal con el fenómeno de la violación múltiple, caracterizado por la estrecha proximidad espaciotemporal de las acciones³².

Esta percepción sobre la necesidad de construir una figura autónoma para las “manadas” no se ha quedado en el mero plano especulativo, sino que ha llegado a adquirir trascendencia en el terreno político-legislativo, aunque con poco éxito hasta el momento presente. En el texto primigenio que se presentó al Congreso de los diputados de la que más tarde ha devenido la “Ley del Sí es Sí” –Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (en adelante, LOGLS)–, se planteaba la introducción en el CP de un delito denominado de “agresión sexual colectiva”, que incorporaba a su vez dos modalidades típicas: un tipo básico, penado con 5 a 8 años de prisión, para los supuestos de realización conjunta por dos o más personas de los actos constitutivos del delito de agresión sexual; y un tipo cualificado, con un marco penal de 8 a 12 años, aplicable, entre otros muchos casos, cuando concorra concretamente acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de otros miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, y que podría venir a corresponderse con la violación grupal de la que

30 Así, de acuerdo con CONFILEGAL, 21/10/2022, SÁNCHEZ MELGAR y MAGRO SERVET, que, tras apuntar que en el delito de violación la interpretación reinante es la de atribuir la autoría de la concreta acción típica exclusivamente al que accede carnalmente a la víctima, siendo los demás, en todo caso, partícipes, subrayan: “no es posible en tales casos englobar en un único delito –continuado o no– todas las acciones heterogéneas de autoría material y de cooperación eficaz y necesaria al acceso carnal de otros, ni tampoco los diferentes accesos carnales cometidos por los distintos sujetos activos, aunque unos –los accesos carnales de cada uno de los agresores– y otros –los actos de cooperación a los accesos carnales de otros–, se hubieren cometido, al propio tiempo o con intercambio sucesivo de papeles, sobre el mismo sujeto pasivo y en el mismo tiempo y lugar” (<https://confilegal.com/20221021-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/>, consulta: 20/09/2023).

31 Así, volviendo a las declaraciones de los magistrados, recogidas en el portal señalado, aducen que la calificación de los hechos como concurso real de delitos lleva a “una abultada respuesta penológica (a menudo, más de cuarenta años de prisión)”.

32 *Ibidem*.

aquí hablamos. El texto referido, que contenía esta propuesta, era la Proposición de ley 122/000258³³, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 20 de julio de 2018, y presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea³⁴, entonces no integrante del Gobierno. La finalidad perseguida con este novedoso delito era, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la entonces proposición de ley, “facilitar la calificación de las agresiones sexuales cometidas simultáneamente por más de una persona”³⁵. No obstante, como se adelantó, la propuesta “cayó en saco roto”. El Congreso acordó la retirada de la proposición de ley, se disolvieron las Cortes Generales y se convocaron nuevas elecciones en noviembre de 2019. Tras la conformación del nuevo Gobierno de coalición PSOE-Unidas Podemos en enero de 2020, aquel texto primigenio devino, con modificaciones, en un anteproyecto de ley, presentado por el nuevo Ministerio de Igualdad, en el que ya no estaría presente la propuesta del delito de agresión sexual colectiva³⁶, y cristalizaría, finalmente, en la LOGLS, también llamada “Ley del Sí es Sí”. Considerando que vuelve a debatirse, al menos en el terreno doctrinal, acerca de la conveniencia de incluir una figura específica para las violaciones grupales, y que el objeto de este trabajo es identificar la calificación jurídica más idónea para estos supuestos, resulta obligada la transcripción de la propuesta contenida en aquella proposición de ley, publicada en 2018.

“Art. 179. 1. *Cuando aprovechándose de la situación objetiva de superioridad manifiesta, en un contexto objetivamente intimidante para la víctima, dos o más personas realicen*

33 El título concreto era “Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la Erradicación de las Violencias Sexuales”. Nótese el ligero cambio sufrido finalmente en la denominación respecto a la ley finalmente aprobada en 2022: “Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual”.

34 Se hacen eco entonces de la propuesta de inclusión de un delito para las “manadas” variados medios de comunicación. En prensa véase EL PAÍS, 11/07/2018 (https://elpais.com/politica/2018/07/11/actualidad/1531329137_292989.html, consulta: 23/09/2023), o EL SALTO, 11/06/2018 (<https://www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/propuesta-ley-violencia-genero-sexual-delito-agresion-colectiva>, consulta: 23/09/2023).

35 Se justifica este extremo concretamente en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la proposición de ley. FARALDO CABANA, una de las redactoras del texto, remarcaría posteriormente en una rueda de prensa, que el objetivo era “conseguir una aplicación unívoca que a día de hoy no existe” en el castigo de estas conductas”. Véase EL SALTO, 11/07/2018 (<https://www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/propuesta-ley-violencia-genero-sexual-delito-agresion-colectiva>, consulta: 22/09/2023).

36 La prensa no se hizo apenas eco de la curiosa desaparición de la figura inicialmente propuesta. Algún medio señaló este extremo, pero de paso, sin ahondar mucho en los motivos. Así, EL SALTO, 26/05/2022, indicando simplemente que “decaió la idea de crear un tipo penal específico para agresiones grupales” (<https://www.elsaltodiario.com/congreso-de-los-diputados/ley-solo-si-es-si-libertad-sexual-congreso-cronologia-cambios>, consulta: 22/09/2023). En lo que respecta a la doctrina, los ya mencionados magistrados SÁNCHEZ MELGAR y MAGRO SERVET han lamentado que la figura fuera finalmente eliminada del texto definitivo de la LO 10/2022. Véase CONFILEGAL, 21/10/2022 (<https://confilegal.com/20221021-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/>, consulta: 22/09/2023).

conjuntamente todos o parte de los actos constitutivos de agresión sexual, la conducta será castigada como delito de agresión sexual colectiva con la pena de prisión de cinco a ocho años.

2. *Se podrá imponer la pena inferior en grado cuando para la consumación de la agresión sexual colectiva la aportación singular de alguno de los intervinientes haya tenido escasa importancia.*

3. En atención a la menor gravedad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, *podrá imponerse la pena de prisión inferior en uno o dos grados.*

Art. 180. 1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión (de seis a doce años para las agresiones del artículo 178.1 y 2, y) de ocho a doce años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a *Que, el atentado contra la libertad sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de otros miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.*

2.^a *Que el atentado contra la libertad sexual se acompañe de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

3.^a *Que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, diversidad funcional o situación, salvo que la especial vulnerabilidad haya sido expresamente prevista en otro lugar de este Título.*

4.^a *Que el autor sea o haya sido el cónyuge o persona que haya estado ligada a la víctima por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o el ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines de la víctima.*

5.^a *Que el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.*

6.^a *Que para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea, a tal efecto”.*

En la redacción del tipo penal propuesto pareciera haberse tomado como referente la figura de la violencia sexual en grupo, presente en el CP italiano desde 1996³⁷, actualmente albergada en el art. 609-octies, cuyo tenor literal determina:

37 Fue la Ley 66/1996, de 15 de febrero, contra la violencia sexual, la que introdujo esta figura. Con anterioridad la ahora llamada violencia sexual en grupo se castigaba apreciando sencillamente un *concorso di persone* (art. 110 CP italiano) en el delito de violencia sexual (art. 609-bis CP italiano), y apreciando, en su caso, la circunstancia agravante genérica de *minorata difesa*, contemplada en el

“Art. 609-octies: Violencia sexual en grupo:

La violencia sexual en grupo consiste en la participación de varias personas de un grupo en actos de violencia sexual contemplados en el artículo 609-bis³⁸.

El que *cometa actos de violencia sexual en grupo* será castigado con la pena de prisión de ocho a catorce años (8-14 años).

Se aplicarán las circunstancias agravantes previstas en el artículo 609-ter.

La pena se reduce para el partícipe cuyo trabajo haya tenido una importancia mínima en la preparación o ejecución del delito. La pena también se reduce para quien estuviera determinado a cometer el delito cuando concurren las condiciones previstas en los números 3) y 4) del párrafo primero y en el párrafo tercero del artículo 112”.

No obstante, a nivel de derecho comparado no es frecuente la tipificación autónoma de la conducta de comisión conjunta por dos o más sujetos de delitos contra la libertad sexual. Si bien es cierto que generalmente se atribuye en los diversos Códigos penales un mayor desvalor a este hecho, ello se suele hacer a través de la previsión de una circunstancia agravante específica con relación a esta tipología de delitos, y no mediante la creación de una figura independiente. Ejemplos de ello son los arts. 222.28.4º y 222.24.6º del CP francés, que agravan las penas de la agresión sexual y de la violación, respectivamente, cuando los delitos se “hayan cometido por varias personas actuando en calidad de autor o de cómplice”; el art. 177.4 del CP portugués, que eleva los límites mínimo y máximo de los delitos de coacción sexual y violación cuando la infracción sea “cometida conjuntamente por dos o más personas”; o los §§177.6.2 y 184i.2 del CP alemán³⁹,

art. 61.5 CP italiano, análoga a nuestra alevosía o nuestro abuso de superioridad. Véase MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, en ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuali), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell’AIPDP*, DiPLaP, 2023, pág. 383. Actualmente la Corte de casación italiana determina que la anterior calificación del *concorso di persone* solo se apreciará en el marco de los delitos sexuales en aquellos casos en que no sea de aplicación el delito del art. 609-octies, que identifica con los supuestos en que no concurre una presencia simultánea de los sujetos al momento de la realización de los actos sexuales ilícitos. De esta forma, se apreciará el *concorso di persone* en el delito del art. 609-bis a quien instiga, ayuda o facilita a la realización de los hechos, pero no está presente luego en el momento y lugar en el que se perpetra el acto de violencia sexual (Cas. Pen., Secc. III, 29/05/2015, n.º 23272).

38 El art. 609-bis del CP italiano alberga el delito de violencia sexual, estableciendo que: “Será reprimido con prisión de seis a doce años quien, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales”.

39 No obstante, ha de señalarse que en el año 2016 se ha introducido en el CP alemán una polémica figura que viene a castigar, como delito autónomo, el hecho de participar en un grupo en el marco del cual se cometa por alguien un delito contra la libertad sexual (§ 184j StGB). Si bien las características de esta conducta difieren de las arriba examinadas, referidas, como hemos visto, estrictamente a la realización conjunta de actos sexuales por varios sujetos, su existencia pone de manifiesto la preocupación que está suscitando el elemento grupal en la delincuencia sexual, y podría verse como indicio de una tendencia a incriminar autónomamente la criminalidad sexual en grupos.

que, respectivamente, califican como “especialmente graves”, y merecedores de mayor reproche penal, la agresión y el acoso sexual “cometidos conjuntamente por varias personas”⁴⁰. Atendiendo a la actual literalidad de nuestro CP, habría que situar también a España en este grupo mayoritario de países, pues, entre las circunstancias agravantes de los delitos de agresión sexual –ya para la modalidad básica, ya para la cualificada, denominada violación–, se contiene, en el apartado 1º del art. 180.1 CP, la de cometer los hechos por la “actuación conjunta de dos o más personas”⁴¹.

El fallido delito de agresión sexual colectiva y la figura italiana de la violencia sexual en grupo presentan grandes semejanzas, aunque también alguna diferencia relevante. A mi modo de ver, el texto español supone una mejora frente al italiano. Castigan conductas análogas: el CP italiano, la comisión de actos de violencia en grupo, y la proposición de ley española, la realización conjunta de todos o parte de los actos

El concreto detonante de la aparición de este delito peculiar y controvertido –en tanto implica serios problemas desde el punto de vista del principio de culpabilidad–, fue la “ola de agresiones sexuales” a mujeres acaecida en Colonia en la Nochevieja del 31 de diciembre de 2015 y 1 de enero de 2016, en los alrededores de la estación central de trenes. EL PAÍS, 06/01/2016, refiere que “según la policía, los criminales, muchos de ellos borrachos, cometieron delitos sexuales de forma masiva” (https://elpais.com/internacional/2016/01/05/actualidad/1451991976_936738.html, consulta: 23/09/2023). La no previsión de los hechos por parte de las FCSE y el carácter masivo de los mismos llevaron a que no pudiera en muchos casos identificarse a los concretos autores de muchas de las conductas sexuales, que actuaban, además, amparados por el grupo. Ello llevó a la creación del mentado par. 184j StGB, bajo la convicción, manifestada por la entonces diputada democristiana Annete Widmann-Mauz, de que “el Estado de derecho no puede permitir la burla de estos grupos. Quien participa de ellos o mira, incluso aunque no haya atacado a nadie, también debe ser castigado”. Véase EL PAÍS, 16/07/2016 (https://elpais.com/internacional/2016/07/07/actualidad/1467889192_686977.html, consulta: 23/09/2023). En la doctrina alemana, se muestra especialmente crítico con la figura KUCHINKE, J., “Verfassungsmäßigkeit des § 184j StGB: Straftaten aus Gruppen –eine “Verhöhnung des Rechtsstaates“?”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º 4, 2022, pág. 495.

40 En esta línea puede citarse también a Finlandia, cuyo CP (Capítulo 20, Sección 2, Apartado 1.2) agrava el delito de violación cuando “es cometido por varias personas”.

41 Curiosamente, antes de la reforma del CP por la “Ley del Sí es Sí”, cuando existían dos figuras para la represión de los actos contra la libertad sexual –agresiones y abusos–, el legislador solo prevenía la circunstancia agravante por razón de la “actuación conjunta de dos o más personas” con relación a las agresiones (y a su tipo cualificado, llamado violación), y no respecto a los abusos sexuales, con o sin acceso carnal. Esta disparidad entre los abusos y agresiones en lo que respecta a la valoración del componente del grupo no resultaba, desde luego, razonable, como señalara CAZORLA GONZÁLEZ, C., “Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo...”, *op. cit.*, pág. 20. En la praxis esta disparidad no hacía sino generar injusticias en el castigo de las diversas conductas. Así, por ejemplo, la SAP Valencia 104/2019, donde la Audiencia señala, con relación a una conducta calificada de abusos sexuales, que la actuación conjunta solo puede considerarse en sede de individualización de la pena por juez, por no preverse un tipo cualificado por esta razón. Téngase en cuenta que, aunque la actuación grupal suele implicar ya el ejercicio de intimidación (ambiental), se encuentran sentencias que, ante conductas sexuales ilícitas perpetradas en grupo, aplicaron la figura del abuso sexual con prevalimiento (de ahí la continua dificultad antes existente en delimitar prevalimiento e intimidación, que se zanja con la supresión del abuso y la previsión de la agresión como figura única para el castigo de todo tipo de conductas). Así, en este último sentido, la primera sentencia dictada en el caso de “la Manada” (SAP Navarra, Sección 2.ª, 19 de noviembre de 2019), o las SSTS, Sala 2.ª, 19 de diciembre de 2001, 27 de abril de 2013, 23 de noviembre de 2015, entre otras.

de la agresión sexual. Ambos toman como referente el delito de violencia sexual, y de agresión sexual, de los Códigos respectivos, criminalizando autónomamente la ejecución conjunta –véase: entre varias personas– de las conductas allí castigadas (obligar a alguien a realizar o someterse a actos sexuales *ex art. 609-bis*, y realizar actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento *ex art. 178 CP español*). A partir de esta premisa, el texto español resultaba mucho más preciso en cuanto a los requisitos exigibles para apreciar la figura, especificando que el colectivo ha de estar integrado por “dos o más personas”⁴², que es necesario que concurra un “contexto objetivamente intimidante para la víctima”, y que los sujetos actúen aprovechándose de su superioridad manifiesta frente a esta; aspectos todos estos sobre los que no se pronuncia el texto italiano, generando, a mi modo de ver, gran inseguridad jurídica⁴³. Más taxativo era, también, el texto español a la hora de describir el comportamiento concretamente castigado, en tanto precisaba que se pueden realizar por el sujeto en cuestión, integrante del grupo, todos, o bien solo una parte, de los actos típicos de la agresión sexual. En cualquier caso, parece claro que ambas descripciones dejan extramuros de los tipos penales los supuestos en que no estén presentes varios sujetos en el momento y lugar mismo en que se ejecuta la conducta sexual ilícita. Al referirse a la *comisión o realización* en grupo o de manera conjunta *de los actos sexuales*, en clara alusión a la fase ejecutiva del delito, se colige que cuando los hechos sean ejecutados por una sola persona, no habiendo nadie más simultáneamente en el lugar, no podrá apreciarse esta figura, aun cuando otra persona haya acordado previamente con este la comisión del delito, esté animando al agresor en la distancia, a través del teléfono o de otro medio de comunicación, o haya intervenido en la fase de preparación del delito⁴⁴. Ello con-

42 Nótese que la jurisprudencia italiana, ante el silencio de ley, viene requiriendo justamente ese mínimo de dos personas para entender que concurre el grupo a efectos del art. 609-octies. Así, Cas. Pen., Secc. III, 07/02/2017, n.º 52629; 04/03/2010, n.º 8775. La doctrina mayoritaria, por el contrario, es partidaria de realizar una interpretación más restrictiva del término grupo, que requiera de tres personas reunidas. En este sentido, MATTENCINI, G., *I reati contro la libertà sessuale*, Giuffrè, Milán, 2000, pág. 118, o ROMANO, B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Giuffrè, Milán, 2016, pág. 30, entre otros.

43 Han tenido que ser los tribunales los llamados a suplir los silencios legales, con la elaboración de una abundante jurisprudencia sobre los elementos constitutivos de la figura de la violencia sexual de grupo, estableciendo, por ejemplo, que la expresión legal “varias personas” ha de incluir la hipótesis de que los sujetos sean sólo dos (así, Cas. Pen., Secc. III, 11/10/1999, n.º 11541).

44 Esta es precisamente la interpretación que viene haciendo la Corte de Casación italiana de la figura del art. 609-octies CP italiano. Véase, por ejemplo, Cas. Pen., Secc. III, 05.09.2022, n.º 32503, donde se señala que para aplicar el tipo penal es necesario que al menos dos personas estén conscientemente presentes en el lugar al momento de la realización de los actos de violencia sexual, pudiendo realizar los actos sexuales una sola de ellas. Se recuerda que el fundamento de la incriminación reside en la mayor fuerza intimidatoria que supone la sola presencia de varias personas en el momento de ejecutarse el acto sexual ilícito, el reforzamiento de la voluntad criminal de los miembros del grupo y, con ello, el peligro de reiteración de los actos sexuales violentos (también así, Cas. Pen., Secc. III, 21.10.2020, n.º 29096). A este respecto, la Corte ha entendido que concurre el requisito de la presencia simultánea de los agresores cuando, habiendo todos estado presente en una primera fase inicial de violencia, varios se encuentran, esperando su turno, en la habitación contigua a aquella en la que uno de ellos accede carnalmente a la víctima (así, Cas. Pen., Secc. III, 19.12.2005, n.º 45970).

cuerda con el supuesto fundamento de la agravación del castigo de estas figuras, que atiende al especial clima intimidatorio generado por la presencia del grupo en los delitos sexuales, y, unido a ello, con un mayor peligro para la víctima, y un aparente mayor riesgo de sufrir secuelas, tanto físicas como psicológicas.

Con la salvedad de estos últimos supuestos, parece, en todo caso, que las figuras examinadas de agresión o violencia sexual en grupo podrían comprender una multiplicidad de hipótesis dables en la práctica en el terreno del acceso carnal o penetración por vía bucal/anal, que es en el que aquí nos centramos. Así, podrían abarcar:

- 1) el caso en que los sujetos realizan simultáneamente las conductas propiamente sexuales –véase: uno penetra a la víctima vaginalmente mientras otro/s lo hace/n por vía bucal o anal–;
- 2) el supuesto en que los agresores ejecutan los actos sexuales sucesivamente –uno accede carnalmente, mientras el otro sujeta a la víctima, o bien presencia los hechos, y luego viceversa–; y
- 3) la hipótesis en que solo uno de los integrantes del grupo realiza el acto sexual del acceso carnal o penetración por vía anal o bucal, y el resto contribuye a la conducta con una aportación diversa (inmovilizar físicamente a la víctima, grabar el acto sexual, o presenciar los hechos jaleando o apoyando de cualquier modo moralmente a los que realizan la acción sexual)⁴⁵.

La descripción amplia de la conducta –la *realización de actos de violencia/agresión sexual en grupo*, presente, aún con mayor incidencia, en el texto italiano–, habilita a la equiparación del tratamiento jurídico de estos tres supuestos. Nótese, sin embargo, que, en España, donde el proyecto de delito de agresión sexual grupal no ha prosperado, hoy día estas tres hipótesis reciben distinto castigo, en atención a la especial aplicación jurisprudencial que se hace del concepto de unidad de acción típica en los delitos sexuales existentes. Con la legislación vigente, las penas atribuibles a los agresores en los supuestos (1) y (2) diferirían notablemente respecto a las impuestas en el (3), considerando, como se ha visto, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene apreciando al menos tantas acciones típicas como personas distintas hayan accedido carnalmente

No se requiere, por otra parte, acuerdo previo entre los participantes, bastando la adhesión consciente, incluso extemporánea, de uno al plan criminal del otro (así, Cas. Pen., Secc. III, 05/07/2019, n.º 29406). Cuando no concorra la presencia simultánea de al menos dos personas (porque uno apoye o anime al otro en la distancia, a través de un teléfono, por ejemplo, o lo haya animado al inicio, no estando luego presente en la ejecución de la conducta típica), se apreciará sencillamente un *concorso di persone* en el delito del art. 609-bis CP. Véase nota al pie 37.

45 Admitiendo la pluralidad de hipótesis comprendidas en la amplia descripción del tipo del art. 609-octies del CP italiano, véase la Cas. Pen., Secc. III, 11/05/2022, n.º 18522, cuando señala que “no es necesario que el acto sexual sea realizado simultáneamente por todos los participantes, ya que puede ser cometido por turnos o por uno solo de los autores, siempre que todas las personas estén presentes, a fin de eliminar o reducir la fuerza de reacción de la víctima”. En igual sentido, Cas. Pen., Secc. III, 01/06/2000, n.º 6464, o 11/10/2012, n.º 40121.

o penetrado por otras vías (bucal u anal) a la víctima, y atribuyendo generalmente la totalidad de acciones al total de sujetos intervinientes, a las que han contribuido. Así, en los supuestos (1) y (2) se apreciarían varias acciones típicas –tantas, al menos, como sujetos hayan accedido carnalmente o penetrado a la víctima–, que serían atribuidas a todos los que han contribuido a las mismas, valorándose cada una como un delito independiente, o bien calificándose todas ellas como un delito continuado, según la interpretación que se siga; mientras que, en el caso 3, estaríamos ante una sola acción típica atribuida a los sujetos, ya en calidad de autores, ya de partícipes.

La equiparación de los comportamientos grupales en los que solo uno accede carnalmente a la víctima con aquellos en los que lo hacen varios o todos los integrantes del grupo, permitida por las figuras de violencia o agresión sexual grupal, se comprueba en la praxis judicial italiana, si se observa la aplicación que viene haciéndose de la figura. La Corte de Casación italiana califica unos y otros supuestos como un delito de violencia sexual grupal, y a los integrantes del grupo como autores de dicho delito. Ya la víctima sea accedida carnalmente por un solo sujeto del grupo, ya lo sea por cinco, concurrirá una acción típica del delito de violencia sexual de grupo, cuya conducta típica se refiere, en plural, a la comisión de “*actos de violencia sexual en grupo*”⁴⁶. Persiste, aun así, un mecanismo para establecer matizaciones penológicas en unos casos y otros, complementario a la obvia facultad del juez para, en atención a las circunstancias concurrentes, determinar la pena concreta a imponer dentro del marco penal legal –en este caso, además de cierta amplitud (8-14 años prisión)–. El legislador italiano prevé, en el párrafo 4º del art. 609-octies del CP, un tipo atenuado que permite aplicar una reducción de pena “para el partícipe cuyo trabajo *haya tenido una importancia mínima* en la preparación o ejecución del delito”⁴⁷. El frustrado delito de agresión sexual grupal español contemplaba una previsión análoga, que facultaba al juez a imponer la pena inferior en grado “cuando para la

46 No obstante, ha de señalarse que, en el caso en que la totalidad de actos sexuales ejecutados en grupo no se hubiera realizado en un mismo contexto temporal, y puedan identificarse diversos episodios sexuales por parte del mismo grupo con la misma víctima con cierta separación espacio-temporal entre sí, podrían apreciarse varias acciones típicas de violencia sexual grupal –tantas como “episodios” sexuales grupales se individualicen–, a imputar a la totalidad de integrantes del grupo (así, Cas. Pen., Secc. III, 19/12/2005, n.º 45970). Cuando no se aprecia una ruptura en la secuencia –véase: “cuando los actos de violencia se repiten en un contexto temporal de rápida secuencia, en donde al primer acto le siguen otros en inmediata sucesión”– “no hay un nuevo hecho delictivo, sino sólo la continuación de la conducta que asume el carácter de permanencia” (Cas. Pen., Secc. III, 26/05/2003, n.º 22936).

47 El texto supone la aplicación extensiva al ámbito de un delito plurisubjetivo, como es el de violencia sexual grupal, de la regla general referida al *concorso di persone* en el delito (la simple code-lincuencia), contenida en el art. 114 CP italiano, que establece: “Si el juez considera que el trabajo realizado por algunas de las personas que participaron en el delito de conformidad con los artículos 110 y 113 fue de menor importancia en la preparación o ejecución del delito, podrá reducir la pena. Esta disposición no se aplicará en los casos contemplados en el artículo 112. También podrá reducir la pena cuando se trate de una persona decidida a cometer la infracción o a cooperar en ella, cuando se cumplan las condiciones previstas en los números 3 y 4 del párrafo primero y en el párrafo tercero del artículo 112”.

consumación de la agresión sexual colectiva la aportación singular de alguno de los intervinientes *haya tenido escasa importancia*”.

En este punto podría señalarse que nos encontramos ante tipos penales plurisubjetivos, en los que el legislador eleva a delito autónomo una suerte de supuestos de coautoría delictiva⁴⁸, en los que los intervinientes vienen a ostentar un dominio funcional del hecho grupal, basado en el acuerdo común y en la contribución al delito en fase ejecutiva⁴⁹. Y objetarse, partiendo de dicha premisa, y, con base en los fundamentos de la coautoría por dominio funcional del hecho⁵⁰, que todos los intervinientes habrían de ser castigados de igual forma, al responder de la totalidad de la conducta grupal, siendo irrelevante la concreta conducta desempeñada por cada uno. Y, lo cierto es que los tipos penales que nos ocupan siguen esta lógica, al prever de manera general un mismo marco penal para todos los integrantes del grupo. Realmente, el tipo atenuado no contradiría esta lógica; simplemente vendría a ser un artificio para equilibrar la sanción de los integrantes del grupo en supuestos en los que la contribución de alguno de ellos resulte de nimia importancia para la consumación del delito⁵¹, de forma que lo acerque más al perfil de partícipe (y, dentro de

48 Así lo han señalado en Italia con relación a la violencia sexual de grupo del art. 609-octies, FIANDANCA, G./MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. II, Tomo 1, Zanichelli, Bologna, 5ª ed., 2020, pág. 267, o AMBROSINI, G., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, UTET, Novara, 1997, pág. 56, señalando este último que esta figura constituye algo excepcional en tanto nunca se había tipificado con anterioridad como delito autónomo un supuesto de codelinuencia respecto a una conducta ya tipificada.

49 Exigiendo estos dos elementos para la apreciación del delito de violencia sexual grupal, entre otras, la sentencia de la Cas. Pen., Secc. III, 29/05/2015, n.º 23272.

50 Recordando los requisitos que en España exige la jurisprudencia mayoritaria para la apreciación de la coautoría, en aplicación de la teoría del dominio del hecho elaborada por el penalista alemán Claus Roxin, puede verse la STS, Sala 2.ª, 28 de julio de 2021: “la coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, como elemento subjetivo de la coautoría, de la existencia de una decisión conjunta y, como elemento objetivo, de un dominio funcional del hecho, con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva. Nuestra jurisprudencia es expresiva también de que la concurrencia del elemento subjetivo puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede asumirse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal avanza simultáneamente con la acción o la precede en unos instantes, pudiendo ser tanto expresa como tácita. En lo que hace referencia al elemento objetivo, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo todos los actos materiales integradores del núcleo del tipo, sino que el acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, permite integrar en la coautoría, como realización del hecho, aquellas aportaciones que no integran el núcleo del tipo, pero que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución. Son, pues, coautores los que conscientemente realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, siempre que tengan un dominio funcional del hecho, de suerte que pueda predicarse que el hecho pertenece a todos los intervinientes en su ejecución”.

51 Nótese que la aplicación del tipo atenuado en Italia resulta muy excepcional, habiéndose denegado en multitud de ocasiones las pretensiones de las defensas de los acusados en cuanto a su apreciación. Aun cuando el sujeto no hubiera accedido carnalmente a la víctima, ni la hubiera penetrado bucal o analmente con su miembro u otros objetos, la Corte de Casación italiana no aplica el tipo atenuado si el acusado ha llevado a cabo otra conducta sexual, aun siendo menos grave, o, si, sin

este, cómplice), que al de coautor, en un sistema general diferenciador autor-partícipe. A este respecto, puede imaginarse el caso del sujeto que, a pesar de formar parte del acuerdo delictivo, y estar presente en el momento de la realización de los actos sexuales ilícitos, no participa personalmente en los mismos, ni los graba, ni jalea, ni muestra un rol destacado, no siendo, además, su presencia especialmente relevante en cuanto a la generación del clima intimidatorio. Dicho de otro modo: el caso del sujeto que no aporta nada relevante a los hechos, de forma que sin su participación estos no hubieran cambiado en cuanto a nivel de gravedad e impacto generado para la víctima⁵².

En lo que respecta a la naturaleza del acto o actos sexuales ilícitos perpetrados, la propuesta española resultaba mucho más calibrada que la existente en Italia. Así, siguiendo la lógica seguida con relación al delito de agresión sexual no grupal (y al hoy ya inexistente delito de abuso sexual), se diferenciaba, en el marco del delito de agresión sexual grupal, entre un tipo básico y un tipo cualificado, con marcos penales distintos, reservando este último, entre otras circunstancias, para aquellos casos en que el acto sexual ejecutado consista en el acceso carnal o la penetración de miembros corporales u objetos por vía vaginal, anal o bucal. Así, si bien, tanto los tocamientos como accesos carnales no consentidos implican una vulneración de la libertad sexual de la víctima, el legislador español considera, con lógica, que la ofensa es de mayor intensidad –que hay un mayor nivel de injusto– en la segunda tipología de conductas, y que ello merece un reconocimiento en la propia ley. Por el contrario, el legislador italiano obvia las diferencias entre unos y otros comportamientos sexuales delictivos, estableciendo un único marco penal general para todos ellos. Seguramente el amplio marco penal establecido, de una horquilla de 7 años (prisión de 8-14 años), esté pensado para que sea el juzgador el que discrimine la pena considerando, entre otras circunstancias, de manera preeminente la naturaleza del acto o actos sexuales concretamente perpetrados. Aun así, parece mucho más consecuente con la garantía de

realizar una conducta sexual, ha actuado de una forma tal que revele un apoyo claro del acto sexual de su/s acompañante/s. Como ejemplo véase, entre otras, la sentencia Cas. Pen., Secc. III, 11/03/2010, n.º 11560, donde se desestima la aplicación del tipo atenuado en atención a que el recurrente “no se comportó como un mero espectador, sino que contribuyó a la violencia (ejercida por el resto) tocando el pecho de la persona ofendida y grabando una cinta de vídeo de los actos delictivos en cuestión”; o la Cas. Pen., Secc. III, 02/08/2017, n.º 38616, que excluye la circunstancia atenuante con relación a un sujeto que conduce a la víctima a un lugar aislado y, mediante intimidación dirigida a neutralizar cualquier reacción por su parte, la “entrega” a dos varones, que mantienen actos sexuales ilícitos con ella, en su presencia.

52 Nótese, por otra parte, que, a la hora de desarrollar el concepto de dominio funcional del hecho, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo resalta en alguna ocasión que la aportación de cada sujeto en fase ejecutiva habría de resultar decisiva. *Vid.* final de la nota al pie 50. Así pues, podría igualmente señalarse que estos sujetos que tienen un papel muy secundario en los actos sexuales ilícitos ejecutados en el marco del grupo, y, por tanto, en la consumación del delito de violencia sexual grupal, no habrían siquiera de ser considerados en un sentido abstracto coautores, sino, en todo caso, una suerte de cómplices. De ahí el sentido y la racionalidad de la previsión de un tipo atenuado en los delitos plurisubjetivos que nos ocupan.

los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica prever una diferenciación a este respecto ya en sede legal⁵³.

De la propuesta española llama la atención, sin embargo, la diferenciación entre los marcos penales previstos para unas y otras conductas sexuales en atención a si está presente o no el componente de la actuación grupal. Y es que, se agrava mucho más el marco penal en función de la existencia del grupo en las conductas sexuales ilícitas “básicas” –se pasa a una pena de 1-5 años (agresión sexual sin acceso carnal) a otra de 5-8 años (agresión sexual grupal sin acceso carnal)–, que, en las conductas de acceso carnal o penetración, donde la subida es muy sutil –se pasa de una pena de 6-12 años (agresión sexual con penetración) a la de 8-12 años (agresión sexual grupal con penetración)–. Así, en los tocamientos y otras conductas sexuales ilícitas diversas al acceso carnal la pena máxima se ve aumentada en 3 años, y la pena mínima en 4, cuando hay una actuación grupal; mientras que, en el acceso carnal y las conductas de penetración, el límite máximo permanece inalterado haya, o no, grupo (12 años)⁵⁴, y el mínimo aumenta solo dos años, para el supuesto de la actuación grupal. Seguramente se consideró que ya los doce años resultaban suficientes para castigar estos hechos, y que un aumento sobre esta franja no sería eficaz de cara a alcanzar los fines de prevención general, y, sobre todo, especial, característicos de las penas privativas de libertad. Ya en las entrevistas y comunicaciones públicas realizadas en su momento, las redactoras de la proposición de ley señalaban que la finalidad que se perseguía con la norma no era aumentar las penas, que eran ya muy elevadas,

53 La ausencia de una previsión específica legal para los casos de violación trae su causa en la reforma del CP italiano realizada en 1996, toda vez que antes sí se establecía una diferenciación legal entre los tocamientos y la penetración. La equiparación del castigo penal de todos los actos sexuales ilícitos en sede legislativa, que trajo consigo esta ley, ha sido objeto de muchas críticas entre la doctrina penal italiana. Así, por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre delitos en materia sexual, de la Asociación Italiana de Profesores de Derecho Penal (AIPDP) –véase BERTOLINO, M., “Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale”, en ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuali), *Documenti per il VII Congresso. La riforma dei contro la persona*, 2014, pág. 11–; o MACRI, F., “La violenza sessuale (art. 609-bis CP) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015”, *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 1, 2016, pág. 22, que señala que esta práctica contradice la tendencia legislativa, presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, de establecer distintos marcos penales en función de la distinta relevancia de la conducta contra la libertad sexual. El autor propone, a este respecto, una reforma de *lege ferenda* que diferencie tres tipologías de conductas sexuales: una primera, relativa a las conductas de penetración; una segunda, a actos sexuales sin penetración tales como tocamientos de vagina, ano, glúteo o seno o la imposición a la víctima de que masturbe con la mano al autor; y, una tercera categoría, de menor gravedad, que denomina “molestias sexuales”, y que integrarían actos como la masturbación del agente delante de la víctima, el tocamiento rápido y repentino de zonas sexuales o los besos rápidos en los labios.

54 Este máximo, y, en general, el marco penal que se preveía en la proposición de ley para las conductas de violaciones grupales (8-12 años de prisión), contrasta con las penas que recientemente han propuesto los magistrados SÁNCHEZ MELGAR y MAGRO SERVET para un futuro e hipotético delito de violación grupal, que resultan notablemente superiores (12-18 años de prisión). Véase CONFLEGAL, 21/10/2022 (<https://confilegal.com/20221021-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/>, consulta: 10/09/2022).

sino ofrecer un tratamiento jurídico de los actos sexuales ilícitos más acorde a la realidad del fenómeno y a las necesidades de tutela de las mujeres⁵⁵. Estando del todo de acuerdo en cuanto a la necesidad de abandonar las dinámicas punitivas en esta materia, considero que, hubiera sido oportuno establecer unas diferencias parejas entre las penas atribuidas a las diversas modalidades de comportamiento sexual en función de la presencia o no del elemento grupal, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Llama la atención, aunque concuerda con el señalado espíritu “anti-punitivista” de la propuesta española, el hecho de que la pena máxima de prisión prevista en la proposición de ley para las violaciones en grupo resulte inferior a la que resulta de aplicar la ley entonces, y hoy, vigente. Así, en el caso de que fueran varios los sujetos del grupo que accedieran carnalmente a la víctima, la pena máxima que podría imponerse a cada uno, de acuerdo con el finalmente fallido delito de agresión sexual grupal, sería de 12 años de prisión; cifra notablemente inferior a la pena máxima que resultaría si se calificaron los hechos como varios delitos de violación del art. 179 CP –alguno o algunos de los cuales, además, agravados *ex art. 180.1.1º CP*–, pero, también, menor a la que saldría apreciando un delito continuado de violación⁵⁶. Incluso en el caso de que solo uno de los integrantes del grupo mantuviese relaciones sexuales con la víctima, con la presencia física y el soporte material o anímico del otro u otros, los 12 años máximos de prisión previstos en la figura de la agresión sexual grupal serían inferiores a los 15 años que podrían imponerse con la ley penal vigente *ex arts. 180.1.1º CP y 179*, atendiendo a que se apreciaría una única acción típica de violación perpetrada por un autor con la colaboración del resto.

Cosa distinta ocurriría si se extendiera el concepto jurisprudencial que se viene haciendo de la unidad de acción típica en los delitos de agresión sexual a la figura de la agresión sexual en grupo, pero ello iría contra toda lógica. Procedo a concretar más la idea: si se entendiese que en el delito de agresión sexual en grupo, en su modalidad de violación grupal, habría de regir también la dialéctica “tantas acciones típicas como personas distintas hayan personalmente accedido carnalmente a la víctima”, que se aplica con relación al actual delito de violación del art. 179 CP, obviamente las penas finales a aplicar por el delito grupal, que de entrada prevé marcos penales más graves, que el delito clásico, serían mucho más elevadas. De los términos “*realización conjunta de los actos de la agresión sexual*” pudiera colegirse que habría tantas acciones típicas del delito (de agresión sexual grupal) como personas

55 Véase la entrevista realizada a FARALDO CABANA, publicada en el diario NIUS, 24/11/2022 (https://www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20221124/patricia-faraldo-redactora-pretende-agresores_18_08064687.html, consulta: 11/09/2022), donde la autora manifestaba que “subir las penas no se estimaba procedente, estamos ante delitos que rozan o superan en algún caso la pena del homicidio”.

56 Véanse las páginas 7 y 8, en las que se calculaba las penas máximas con que se podría castigar a los miembros de la “Manada de Pamplona” según las dos posibles calificaciones jurídicas de los hechos, que se vienen aplicando por los tribunales: la del concurso real de delitos y la del delito continuado.

distintas accedieran carnalmente a la víctima, siempre, en este caso, con la colaboración material o moral del resto en fase ejecutiva, e imputarse la totalidad de “acciones grupales” a la totalidad de integrantes del grupo, que han contribuido a ellas. No obstante, como se señala, esta interpretación daría lugar a una paradoja, porque nos encontraríamos de nuevo ante el problema al que precisamente se quería hacer frente mediante el delito de agresión sexual grupal: la de la apreciación de una pluralidad de acciones típicas, y la disparidad de interpretaciones jurisprudenciales en cuanto a su calificación final, esto es: el mentado binomio concurso real de delitos Vs. delito continuado. Habríamos creado un nuevo tipo penal grupal para volver a la problemática “casilla de salida”. Por otra parte, aplicar la lógica “tantas acciones típicas como personas distintas penetren a la víctima” en un tipo penal de naturaleza plurisubjetiva, que precisamente viene a castigar una conducta que se perpetra conjuntamente por una pluralidad de sujetos, llevaría, a mi modo de ver, a una vulneración del principio *non bis in idem*, en cuanto en la determinación del castigo se tendría en cuenta varias veces el factor grupal. Está claro, en fin, que no tendría ningún sentido esta exégesis alternativa, y que un hipotético delito de violación grupal habría de interpretarse obligadamente en un sentido amplio, de modo que su conducta típica abarcara los plurales accesos carnales perpetrados, en su caso, por los distintos integrantes del grupo en unas mismas coordinadas espaciotemporales⁵⁷.

2.2. Reflexión sobre la conveniencia de un delito plurisubjetivo para castigar las “manadas”

2.2.1. Punto de partida: ¿Hay realmente un desvalor adicional en las violaciones grupales?

En el apartado previo hemos examinado el texto de la extinta proposición de ley española, relativo al delito de agresión sexual grupal, y el art. 609-octies del CP italiano, que contiene la figura de la violencia sexual en grupo, valorando la descripción concreta de las conductas contenidas en uno y otro, así como las posibles interpretaciones del tenor literal de las normas, indicando cuál sería la más lógica y procedente. Insta ahora dar un paso más, en el sentido de cuestionar la conveniencia misma de crear un delito de estas características en España para hacer frente al alarmante fenómeno de las violaciones en grupo, comúnmente llamadas “manadas” a raíz del sonado caso ocurrido en los Sanfermines de 2016.

Además de los motivos pragmáticos ya señalados, relativos a la necesidad de acabar con la actual inseguridad jurídica en el castigo de estos hechos, ante la disparidad de interpretaciones existentes a nivel jurisprudencial en España, los partidarios de la creación de una figura penal autónoma aluden a las especiales

⁵⁷ Esta es, por otra parte, y como ya señaláramos, la interpretación que vienen haciendo los tribunales italianos de la figura de la violencia sexual de grupo. Véase nota al pie 44.

particularidades del fenómeno de la delincuencia sexual grupal, que la harían portadora de un contenido de desvalor diverso, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, respecto al de la delincuencia sexual individual, o, si se prefiere, “no grupal”⁵⁸, siendo necesaria –defienden– para su justo castigo, la creación de un tipo penal *ad hoc*.

En este sentido, se ha sostenido que la presencia del grupo implicaría una afectación más intensa de la libertad sexual de la víctima o víctimas. En primer lugar, en la práctica un “agresor grupal” promueve e implica generalmente la realización de un mayor número de comportamientos sexuales ilícitos sobre la víctima o víctimas⁵⁹. Frente a la delincuencia sexual individual, en la que el delincuente busca habitualmente satisfacer ilícitamente su apetito sexual con la víctima, finalizando los hechos una vez lo consigue; en la delincuencia sexual grupal es común que unos sucedan a otros en la realización de los comportamientos sexuales⁶⁰, movidos, además, en ocasiones por motivaciones adicionales o alternativas a la de saciar el propio ánimo libidinoso, como pudieran serlo el deseo de destacar ante los compañeros, reafirmar públicamente su masculinidad, y, ligado a ello, presumir de su actuación. Esto explicaría la tendencia, presente en muchos de estos casos, de grabar en video los hechos sexuales grupales y difundirlos posteriormente en grupos de *whatsapp*, de integrantes masculinos⁶¹. Por otra parte, la pluralidad de sujetos garantiza el éxito

58 Señala la idiosincrasia del fenómeno de las agresiones sexuales perpetradas en grupo, y el amplio reconocimiento de esta realidad en España, CAZORLA GONZÁLEZ, C., “Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo...”, *op. cit.*, pág. 3: “Nadie duda de que las agresiones sexuales múltiples presentan diferencias sustantivas respecto de las agresiones sexuales protagonizadas por un único victimario o asaltante”. ACALE SÁNCHEZ, M., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, *op. cit.*, pág. 247, traduce en términos jurídicos esas diferencias sustantivas reconocidas en el terreno empírico, reconociendo a tal efecto un injusto autónomo en las agresiones sexuales grupales respecto a las que no se cometen en grupo. En Italia, puede citarse en este sentido a MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, *op. cit.*, pp. 383 y 384, y VALLINI, A., “Delitti contro la persona”, en CINGARI, F./MICHELE, F./VALLINI, A., *Lezioni di Diritto penale. Parte Speciale*, Turín, Giappichelli, 2021, pág.101, atribuyendo al delito de violencia sexual grupal del art. 609-octies, un incremento cualitativo en el desvalor respecto al del delito básico de violencia sexual, del art. 609-bis CP.

59 Así, MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, *op. cit.*, pág. 383, que advierte, en este sentido, de que tras el componente grupal subyace una “previsible reiteración de la conducta” sexual.

60 No obstante, conviene señalar que, de acuerdo con los estudios empíricos realizados sobre el fenómeno de la delincuencia sexual grupal, lo habitual en la práctica es que el grupo no sea muy numeroso, abundando, por el contrario, las parejas o tríos de agresores. *Vid.* CAZORLA GONZÁLEZ, C., “Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo...”, *op. cit.*, pág. 53, que, a este respecto, añade: “es importante reconstruir el imaginario colectivo que asocia a este tipo de agresiones grupos numerosos compuestos por más de 4 ó 5 individuos, y que lejos de coadyuvar a la comprensión ciudadana de este fenómeno, magnifica y traslada una imagen distorsionada de su etiología”.

61 Ello es lo que ocurrió en el caso de la “Manada de Pamplona”, en la que los participantes en la violación grupal compartieron con otros amigos, a través de un grupo común de *whatsapp*, mensajes del tipo: “Follándonos a una entre los 5”, “Todo lo que cuente es poco”, o “Hay vídeo”; que eran

de la “empresa criminal” que se pretende ejecutar, ante la evidente desigualdad de fuerzas entre víctima y victimario⁶², y la consiguiente potenciación del efecto intimidatorio generado en la primera⁶³. Ello haría a la víctima proclive, ante el miedo, a adoptar una posición pasiva, de no oposición, ya sea por sufrir directamente un “shock emocional”, que la inmovilice, ya por prever que una actitud de resistencia activa pueda suponer un mayor peligro, y un peor desenlace, para su persona⁶⁴. La ausencia de una actitud defensiva por parte de la víctima potencia, a su vez, y de manera perversa, la aparición en ella de un sentimiento de culpabilidad, al que contribuyen a menudo medios de comunicación y el propio “aparato” de la Administración de Justicia, al cuestionar por qué la supuesta víctima no se opuso a los actos sexuales, si, como denuncia, no quería realizarlos⁶⁵. El componente grupal genera, en otro orden de cosas, efectos psicológicos también entre sus propios integrantes (victimarios) –los efectos de las llamadas “dinámicas de grupo”–: se reducen o, directamente se anulan, los frenos inhibitorios, se potencia el mimetismo, y el alineamiento en las emociones, actitudes y comportamientos de sus integrantes, y, se produce una reafirmación mutua de la voluntad criminal de unos y otros, sumada a una disminución de la conciencia de la propia responsabilidad, diluida dentro de la actuación grupal; sin perjuicio, además, de la mayor dificultad objetiva para probar,

contestados por los otros en la distancia con frases como “Cabrones os envidio”, o “Esos son los viajes guapos”. Véase TENDENCIAS, 14/11/2017 (<https://www.tendencias.com/feminismo/estos-son-los-mensajes-de-whatsapp-de-la-manada-el-grupo-acusado-de-la-violacion-de-san-fermin-2016>, consulta: 22/09/2023). Mensajes similares, si no peores, enviaron los miembros de la “Manada de Castelfells”, a través del grupo de whatsapp denominado por ellos “K-Team Manada”, donde se autodenominaban la “Manada 2.0”, en referencia a la de Pamplona: “La chica va muy borracha, se aproxima trío”, “¿Desde cuándo una tía es solo para uno?”, o “A la chavala esa la hemos destrozado”.

62 Se señala esta circunstancia en referencia a todo tipo de delincuencia grupal en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, JMBosch, Barcelona, 2020, pág. 19.

63 Destacando este efecto psicológico de intimidación del grupo sobre la víctima, como uno de los elementos que justificaría el delito autónomo de violencia sexual grupal del art. 609-octies CP italiano, MARTIN, F., “Violenza sessuale de gruppo e concorso morale: l’ultimo orientamento di legittimità”, *Ius in itinere*, 2022, (<https://www.iusinitinere.it/violenza-sessuale-di-gruppo-e-concorso-morale-lultimo-orientamento-di-legittimita-43217>, consulta: 12/09/2023), o la sentencia Cas. Pen., Secc. III, 22/04/2022, n.º 15659.

64 Se “habla”, en este sentido, de una anulación total o casi total de las posibilidades de defensa a nivel físico y psíquico de la víctima. Así, en Italia, BERTOLINO, M., “Reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale”, *op. cit.*, pág. 11, o la sentencia Cas. Pen., Secc. III, 22/04/2022, n.º 15659; en España, véase ACALE SÁNCHEZ, M., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, *op. cit.*, pág. 247, refiriendo que “la actuación colectiva es una forma aleve de atentar contra la libertad sexual de otra persona, en la medida en que se usa para la ejecución planificada del delito “medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

65 Se trataría del llamado efecto de “victimización secundaria”, al que algún autor, como ACALE SÁNCHEZ, M., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, *op. cit.*, pág. 247, recurre como factor complementario que vendría a revelar la necesidad de crear un tipo penal específico para la delincuencia sexual grupal.

en un eventual posterior proceso judicial, quién hizo qué dentro del grupo⁶⁶. Como señala MAUGERI, “basta que uno del grupo inicie una acción violenta para los otros se exciten y se comporten del mismo modo, en un crecimiento irrefrenable de brutalidad privado de conciencia. En estas condiciones la víctima y su sufrimiento no son siquiera vistos ni apreciados”⁶⁷.

No obstante, lo cierto es que las citadas consecuencias del elemento “grupo” pueden predicarse, de una manera u otra, y, con mayor o menor intensidad, en todo tipo de delincuencia, y no exclusivamente en la sexual. La potenciación de la capacidad criminal, y de las garantías de éxito en la comisión del delito, el riesgo de una mayor reiteración de la conducta delictiva, la generación de un ambiente intimidatorio para la víctima, ante la desigualdad de fuerzas, la pérdida de control de los integrantes del grupo, por la mimetización y la reproducción de las pautas y actitudes del resto, etc., son elementos que pueden concurrir en cualesquiera delitos que sean cometidos por un grupo de personas, bajo acuerdo común, véase: lesiones, amenazas, hurtos, robos, etc. Y, sin embargo, no se ha propuesto hasta el momento en la doctrina la creación de tipos penales autónomos para el castigo de la comisión grupal de estas otras actividades delictivas, reduciéndose la propuesta tan solo al ámbito de la delincuencia sexual. El especial desvalor de la presencia del “grupo” en la delincuencia sexual ha de fundamentarse en otra circunstancia.

En este sentido, en mi opinión, habría que poner el foco de atención en el carácter degradante que suele impregnar la delincuencia sexual grupal. Así, cuando se perpetraran delitos sexuales por un grupo de personas, de común acuerdo, contra una víctima o víctimas concretas, puede apreciarse en los hechos un contenido de desvalor adicional al propio de la ofensa a la libertad sexual; contenido este que podría definirse como afectación de la integridad moral de la víctima o víctimas. La usual reiteración de comportamientos sexuales ilícitos que tiene lugar en las violaciones grupales, explicadas por el sujeto plural y las dinámicas de grupo de refuerzo mutuo señaladas, unido a la desigualdad de fuerzas entre víctima y victimarios, llevan a que el hecho en su conjunto resulte una experiencia especialmente humillante para la víctima, que viene normalmente a ser tratada, en estos contextos, como un mero objeto para la satisfacción sexual y/o el divertimento de los integrantes del grupo⁶⁸. Si bien es cierto que muchas de las conductas tipificadas en nuestro CP pueden implicar, por sus características y modo de comisión, un tratamiento indigno a la

66 Apunta a esta dificultad GÓMEZ RIVERO, M.C., *Revueltas, multitudes, y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 18, 23 y 24.

67 MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, *op. cit.*, pág. 383, que “habla”, en este sentido, de “mecanismo de contagio emotivo”.

68 Señalan esta circunstancia el grupo de estudio sobre delincuencia sexual, según MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, *op. cit.*, pág. 383, y BERTOLINO, M., “Reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale”, *op. cit.*, pág. 11. En la jurisprudencia, puede verse Cas. Pen., Secc. III, 03/06/1999, n.º 11541.

víctima, en el caso de las violaciones perpetradas en grupo este efecto podría llegar a adquirir una intensidad especialmente intensa, que hace meritoria la previsión de una sanción más elevada para estos hechos⁶⁹.

2.2.2. ¿Resulta necesario y conveniente un tipo penal ad hoc para castigar el desvalor adicional presente en las violaciones grupales?

Aun aceptando que el componente grupal dote a las conductas sexuales –y, principalmente a las que conllevan acceso carnal– de un contenido de injusto adicional, que haga de la conducta sexual ilícita grupal algo cualitativamente diferente a la conducta sexual ilícita cometida por una sola persona, o por varias, pero sin acuerdo, quedaría por concretar qué “herramienta” penal sería mejor para hacer frente a las “manadas”. ¿Es realmente la creación de un delito plurisubjetivo de agresión sexual grupal la única, o la mejor, manera de responder a este fenómeno delictivo?

En este punto, hay que recordar que el legislador español ya prevé, desde la entrada en vigor del CP actual, en 1995, un tratamiento especialmente severo para la agresión sexual y la violación cuando se cometan en grupo, en atención, precisamente, a este especial desvalor que aporta al hecho el componente grupal. Ello lo hace estableciendo un tipo penal cualificado, que prevé una serie de penas autónomas, y más elevadas, para el caso de que, entre otras circunstancias, los delitos de agresión sexual o violación se cometan conjuntamente por varias personas. Si originariamente se requerían al menos tres, desde la reforma operada por LO 11/1999, basta con que

69 Otros autores identifican también un carácter pluriofensivo a la delincuencia grupal sexual, pero lo basan en otras circunstancias distintas a la afectación de la integridad moral a causa del efecto humillante del hecho. Así, ACALE SÁNCHEZ, M., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, *op. cit.*, pág. 247, sostiene que las violaciones grupales afectarían, además de a la libertad sexual de la víctima, a “su seguridad personal, que queda puesta en concreto peligro cuando se lleva a cabo esa agresión sexual en estas condiciones que se ven favorecidas por la diferencia de fuerzas entre, por una parte, la víctima, y por otra los agresores, que realizan sus actos al amparo de los que simultáneamente están llevando a cabo sus compañeros”. En Italia, señala, también, que en la delincuencia sexual grupal existe un mayor peligro de que se vea afectada la integridad física, MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, *op. cit.*, pág. 383. No obstante, lo cierto es que los estudios empíricos no vienen a ratificar esta idea. Véase, por ejemplo, el estudio criminológico realizado por CAZORLA GONZÁLEZ, centrado en las agresiones sexuales con intimidación o violencia con intervención de al menos dos agresores –uno al menos mayor de edad– y a víctima de al menos 13 años, en el que se destaca que en las violencias sexuales en grupo no es frecuente el uso de una violencia física excesiva, causante de resultados lesivos de gravedad. Refiere que, del total de casos examinados, solo en el 37,059% de los mismos se acreditaron lesiones objetivamente imputables entonces como delito –que requieran objetivamente para su curación de tratamiento–; correspondiéndose, además, de ese total un 75% con delitos leves o faltas de lesiones. La autora señala, a este respecto, que en las violencias sexuales grupales generalmente “la violencia instrumental desplegada queda naturalmente absorbida por la propia construcción del tipo penal destinada a vencer y quebrar la resistencia física que al respecto pueda desplegar la víctima en aras a repeler el ataque”. CAZORLA GONZÁLEZ, C., “Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo...”, *op. cit.*, pp. 27, 50 y 54. Como señalamos, la superioridad numérica y física de los agresores frente a la víctima lleva a que habitualmente esta no oponga resistencia y se “deje hacer”, no siendo habitual, así, por parte de los atacantes el uso de una violencia física que devenga en resultados lesivos concretos.

sean dos, estableciendo el actual art. 180.1.1º CP como presupuesto para la aplicación de la agravante que los delitos sexuales “se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”⁷⁰. Idénticas circunstancias agravantes, con el empleo de idénticos términos, se encuentran en los arts. 181.5.a⁷¹ y 188.3.a CP⁷², en materia de delitos contra la indemnidad sexual y promoción de la prostitución de menores y discapacitados, respectivamente. Es significativo el hecho de que, con la salvedad de los delitos señalados en materia sexual, no se prevé en todo el CP ninguna otra circunstancia agravante similar por razón de la comisión conjunta de la conducta típica entre varios sujetos. Ni con relación al delito de lesiones, ni al de homicidio o asesinato, ni a ninguno otro, el legislador ha considerado necesario prever un tipo cualificado en atención a que la conducta típica sea ejecutada por dos o más personas⁷³.

Estando ya expresamente reconocido en la ley el mayor desvalor de hecho de los delitos sexuales por razón de su comisión en grupo, ha de concluirse que la creación de un delito *ad hoc* para estos supuestos no es, al menos, necesario⁷⁴. El contenido especial de injusto de la delincuencia sexual grupal, que aquí se ha calificado como suerte de lesión a la dignidad o integridad moral de la víctima, ya encuentra castigo en nuestro actual CP.

70 Reza el precepto: “Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 –agresiones sexuales del tipo básico–, de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3 –agresiones sexuales con violencia o intimidación o aprovechándose de una víctima con voluntad anulada por cualquier causa–, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 –violaciones– y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2 –violaciones con violencia o intimidación o aprovechándose de una víctima con voluntad anulada por cualquier causa–, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando *los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*”.

71 Dispone el precepto que “Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.”

72 Establece la norma: “Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas”.

73 Cosa sustancialmente distinta es la circunstancia agravante específica de comisión de conductas típicas formando parte de una organización o grupo criminal, que sí se prevé con relación a muchísimos delitos de nuestro CP. La organización y el grupo criminal son agrupaciones que trascienden los meros supuestos de codelinquencia, pues entrañan la existencia de agrupaciones de personas con cierta estructura y medios, dedicadas a cometer delitos con cierta vocación de estabilidad. Para más profundidad, sobre los conceptos de organización y grupo criminal véase BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización y grupo criminal...*, op. cit., pp. 101 y ss.

74 En este sentido, en Italia, MUSACCHIO, V., “Le nuove norme contro la violenza sessuale: un’opinione sull’argomento”, *Giustizia Penale*, n.º 2, 1996, pág. 121, señalaba en 1996, cuando se introdujo la figura de la violencia sexual de grupo en el art. 609-octies, que esta no era necesaria, pudiéndose aplicar ya el tipo penal de violencia sexual con la circunstancia agravante de *minorata difesa*, que es precisamente lo que venían haciendo los tribunales hasta el momento. Véase nota al pie 37.

La única razón de peso que se ha esgrimido para justificar una reforma del CP que introduzca una figura autónoma de agresiones sexuales grupales sería la pragmática, relativa a terminar con la inseguridad jurídica existente en el castigo de estos hechos por la dualidad de interpretaciones existentes a nivel jurisprudencial. Si se prevé un tipo penal específico para este fenómeno, los tribunales ya no tendrían que aplicar las reglas generales de autoría y participación, ni de individualización de acciones típicas, a los delitos de agresión sexual, con los problemas interpretativos que ello genera, sino que aplicarían sencillamente y de manera automática el señalado delito de agresión sexual grupal. Se terminaría así “de un plumazo” con la inseguridad jurídica, zanjando el eterno debate de si ha de aplicarse o no el delito continuado en la valoración de las plurales acciones típicas que se vienen identificando en las violaciones en grupo con intercambio de roles. No obstante, ¿el fin justifica los medios?, ¿o, por el contrario, un tipo penal de naturaleza pluriofensiva puede entrañar más problemas que soluciones? Por otro lado, ¿es esta, de verdad, la única alternativa posible para terminar con la mentada inseguridad jurídica?

La creación de un tipo penal de estas características es algo insólito en nuestro ordenamiento jurídico-penal⁷⁵. No tenemos delitos autónomos de homicidio en grupo, secuestro en grupo, robo en grupo o similares. Cuando una conducta ya tipificada en el CP se ejecuta conjuntamente por varias personas se aplican sencillamente las normas de autoría y participación al delito que sanciona dicho comportamiento. La teoría dogmática de la autoría y participación, y las normas penales que la sustentan en nuestro ordenamiento, constituyen una garantía para los ciudadanos de que su conducta será castigada de manera individualizada –sin perjuicio de que construcciones como la coautoría puedan atribuir la totalidad del hecho, y su desvalor, a todos los ejecutores por concurrir unos elementos concretos (acuerdo previo, aportación esencial y presencia en fase ejecutiva) que permiten afirmar que todos dominaron funcionalmente el hecho–. Tipificar como delito una conducta grupal facilita, desde luego, la aplicación de la ley al juez, pero entraña un peligro desde el punto de vista del debido respeto a los principios y garantías que rigen el funcionamiento del derecho penal. En un delito con

75 Aclárese que sí han existido, y existen actualmente, delitos plurisubjetivos en nuestro CP –piénsese en los desórdenes públicos de los arts. 557 y ss., la antigua sedición de los arts. 544 y ss. (hoy eliminada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre), o el delito de rebelión del art. 472 CP, entre otros. La diferencia radica en que estas figuras vienen a criminalizar comportamientos que podríamos calificar de novedosos, en tanto no tipificados ya en otras normas del Código penal referentes a comportamientos individuales. Así, si acudimos, por ejemplo, a esta última figura –la rebelión–, no encontramos en el CP ningún tipo penal que castigue al sujeto que individualmente se alce violenta y públicamente con el fin de derogar, suspender o modificar la Constitución. Y es que la conducta aisladamente considerada resulta inapta para afectar al orden constitucional, si se considera que este es el objeto jurídico protegido por el delito de rebelión, de ahí que el legislador no la haya contemplado como delito –aclárese que sí podrá, por supuesto, castigarse al sujeto por la posible ofensa de otros bienes jurídicos ocasionada con su conducta, como pudieran ser la propiedad (delito de daños) o la integridad física de alguna persona (delito de lesiones)–. En fin, o hay rebelión colectiva típica, o no hay rebelión. Cosa muy distinta es la que ocurre con la figura italiana de la violencia sexual de grupo, que toma expresamente como referencia al delito de violencia sexual, confirmando que nos encontramos ante la criminalización autónoma de un supuesto de codelinuencia.

sujeto activo plural, o, si se prefiere, colectivo, se pone el foco en el resultado causado por el conjunto, desatendiéndose al comportamiento individual de cada uno de los integrantes. Se facilitan las condenas flexibilizándose, o directamente eludiéndose, la aplicación de construcciones dogmáticas de la Parte General, como la ya señalada teoría de la autoría y participación o la teoría de la imputación objetiva⁷⁶.

Por otro lado, un tipo penal de agresión sexual grupal facilitaría o promovería juicios apriorísticos. Trato de explicarme: si existe un tipo penal específico para estos supuestos, se incita indirectamente al juez a caer en la tentación de aplicarlo automáticamente cada vez que tenga que enjuiciar una violación en grupo. Se favorece o promueve, así, un automatismo en la respuesta penal, obviando que el desvalor adicional de la figura examinada, aquí conectado con el trato degradante, no tendría necesariamente que estar presente en todo supuesto de violación grupal⁷⁷. El hecho de que pueda, o incluso suela, ser este componente denigratorio un elemento propio de estas dinámicas comisivas sexuales, no implica que tenga siempre que estar presente en todas ellas. El número concreto de integrantes del grupo, su actitud durante los hechos, y, en fin, todo un cúmulo de circunstancias concurrentes, son esenciales de cara a valorar si el elemento “grupo” en el comportamiento sexual ilícito se traduce verdaderamente en el caso enjuiciado en un tratamiento degradante hacia la víctima⁷⁸.

76 Relacionado con esto, BERTOLINO, M., “Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale”, *op. cit.*, pág. 11, alerta de que la figura italiana de la violencia sexual de grupo entraña una “peligrosa elevación del umbral mínimo de relevancia penal de la aportación atípica”. Sostiene la autora que, en tanto subsista este tipo penal en el CP italiano, sería necesario realizar una interpretación de su tenor literal que resulte acorde a los principios garantistas –y, entre ellos, esencialmente al principio de ofensividad–, excluyendo del ámbito de aplicación del tipo aquellas formas de participación que no reúnan los requisitos mínimos que se requerirían para que el sujeto fuera considerado participe en el delito según las normas de autoría y participación. Recuerda la autora que la conducta de violencia sexual puede realizarse por un solo individuo.

77 En referencia a la delincuencia grupal en general, GÓMEZ RIVERO, M.C., *Revueltas, multitudes, y Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 27 y 28, remarca la importancia de huir de planteamientos apriorísticos alejados de la realidad concreta de los hechos enjuiciados, en los que se presume *iuris et de iure* que el componente del grupo automáticamente ha de traducirse siempre en un mayor desvalor del hecho. Un planteamiento de este tipo –alerta la autora– se conectaría con un derecho penal de autor o de autores, que presume la mayor peligrosidad del hecho de la sola existencia de varios agresores, sin posibilidad de prueba en contrario. Así, afirma, “se estaría agravando la pena sobre la base de la sospecha [...] que despertase la exclusiva contemplación estática de los autores; en concreto, sobre el simple dato de su carácter plural”.

78 Estas circunstancias parece que no se están considerando en muchos casos por los tribunales, que –atendiendo a lo que afirman muchos autores– parecen aplicar automáticamente el delito del art. 608-octies a todos los supuestos en que dos o más personas realizan actos sexuales contra otra u otras. En este sentido, el grupo de estudio de los delitos sexuales de la AIPDP denuncia que el tipo penal está siendo aplicado en la práctica a supuestos cualitativamente diversos, en tanto de menor gravedad, a aquellos en los que habría pensado el legislador al tipificar en su momento la conducta grupal. Ejemplo de ello sería la condena por el tipo penal de violencia sexual grupal de dos bañistas, uno de los cuales había bloqueado el paso a una chica, y el otro la había besado. Véase MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP”, *op. cit.*, pág. 383. Todo esto viene a confirmar el riesgo al que se hacía referencia, de que un tipo penal plurisubjetivo de agresión sexual favorecería planteamientos apriorísticos en sede judicial.

En definitiva, por las circunstancias señaladas parece que introducir en nuestro ordenamiento jurídico penal un tipo penal de agresión sexual en grupo podría resultar peligroso desde el punto de vista del debido respeto a las garantías, así como constituir un arriesgado precedente que llevara al legislador –frecuentemente movido por presiones populares– a crear “tipos penales grupales” homólogos para la sanción de otros comportamientos.

3. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE *LEGE LATA*: UNA UNIDAD DE ACCIÓN TÍPICA AGRAVADA POR LA ACTUACIÓN CONJUNTA

Si el *quid* de la cuestión reside en la necesidad de atajar la actual inseguridad jurídica existente en el castigo de las violaciones grupales, ante la diversidad de interpretaciones que manejan los tribunales (delito continuado Vs. concurso real de delitos), hay otro mecanismo efectivo a tal fin, que no requeriría siquiera de una reforma del CP, y que no haría peligrar las garantías y principios penales.

La discusión sobre si cabe aplicar o no el delito continuado en los accesos carnales ilícitos perpetrados en grupo parte de un presupuesto: la interpretación de que en estos supuestos concurre necesariamente una pluralidad de acciones típicas de violación –al menos tantas como personas distintas accedan carnalmente a la víctima–. Nótese, sin embargo, que cuando no hablamos de violación propiamente dicha, sino de agresión sexual simple –por no concurrir acceso carnal ni introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal, anal o bucal–, los tribunales no siguen el mismo razonamiento cuando la conducta se realiza en grupo. Así, si, bajo acuerdo, tres sujetos realizan, simultánea o sucesivamente, tocamientos en zonas erógenas a una persona sin su consentimiento, los tribunales aprecian una sola acción típica de agresión sexual, atribuyéndola a los tres a título de coautores. Se sigue así la lógica habitual, aplicable al resto de delitos, véase: que si media acuerdo entre los sujetos y ejecución conjunta del hecho, hay una acción típica (y una vulneración del bien jurídico de que se trate), que es atribuible a la totalidad de sujetos, en tanto han ostentado un dominio funcional del hecho⁷⁹. Cuando “entra en juego” el acceso carnal, “la cosa”, como vemos, cambia. Ya no se aplica la lógica general, sino que los tribunales individualizan el acceso carnal de cada uno de los integrantes del grupo. Y a cada sujeto se le imputa no solamente su acceso carnal, sino también los del

79 Puede verse la STS, Sala 2.^a, 30 de noviembre de 2017, relativa a un supuesto en el que dos sujetos realizan diversas conductas de tipo sexual, ninguna de las cuales llega al acceso carnal o a la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal, a la víctima. El Tribunal Supremo ratificó el fallo de la instancia, que condenaba a ambos como coautores de un delito de agresión sexual, señalando en el f.º 6, apartado 2, “ambos acusados agredieron conjuntamente a la denunciante. De forma que, si bien la persona que acompañaba a B. H. realizó un mayor número de tocamientos sexuales, ambos los realizaron. Por lo cual, se trata de una conducta de agresión sexual ejecutada de forma directa y conjunta por ambos autores”. Se aprecia una sola acción típica de agresión sexual –y no tantas como personas distintas hayan tocado a la víctima–, entendiéndose que concurre una ofensa –y no dos– a la libertad sexual de la víctima imputable a los dos acusados a título de coautoría. En sentido similar, véanse las STS, Sala 2.^a, 30 de septiembre de 2010, y SAP Las Palmas, Sección 2.^a, 14/2000, 31 de enero de 2000.

resto a los que ha contribuido. Se computan tantas vulneraciones del bien jurídico “libertad sexual” como sujetos distintos acceden carnalmente a la víctima, en vez de acudirse a la interpretación general y apreciar una única vulneración del bien jurídico, si bien de especial intensidad en este caso.

Tras esta peculiar interpretación de los tribunales pudiera subyacer la tradicional consideración de los delitos de violación como de propia mano, véase: como delitos cuyo autor solo puede ser aquel que realiza personalmente la conducta típica. No obstante, en la actualidad habiéndose abandonado desde hace mucho la idea de que existan delitos de estas características, y admitiéndose, por ende, la autoría mediata y la coautoría en los delitos de violación, no parece tener sentido seguir manteniendo dicha exégesis. En casos como el de la “Manada de Pamplona”, concurre una pluralidad de actos sexuales realizados por unos mismos sujetos en unas mismas circunstancias espaciotemporales, que, en su conjunto suponen una ofensa a la libertad sexual de la víctima. Algunos podrían señalar, en defensa de la interpretación que hacen los tribunales, que, si bien en las “manadas” los sujetos actúan en grupo, cada uno pretende satisfacer su propio apetito sexual. Para esta objeción cabría, también, una contra-objeción. Y es que, desde tiempo ha –y en conexión con el abandono de la categoría dogmática del delito de propia mano–, viene negándose el carácter de intencional al delito de violación. Si bien es cierto que la gran mayoría de las veces el sujeto activo del delito actúa con la intención de saciar su ánimo libidinoso, no es menester que esté presente este ánimo para que se aprecie el delito. El foco ha de ponerse, en este sentido, en la existencia de una ofensa a la libertad sexual de la víctima, dejando de lado la intencionalidad con la que obre el agresor. De otra manera quedarían en la impunidad comportamientos que ofenden la libertad sexual de la víctima en los que el sujeto actuara con intenciones diversas a la sexual.

La mayor gravedad que puede aportar el componente del grupo a la violación, en cuanto a infligir a la víctima un tratamiento especialmente denigrante y vejatorio, se podría valorar y combatir mediante la circunstancia agravante específica prevista ya en nuestro CP para los delitos sexuales, por razón de la actuación conjunta de dos o más personas. Esa única acción típica que constituiría la violación grupal, según la interpretación que aquí se propone⁸⁰, se vería especialmente reprimida a través de la aplicación de dicha circunstancia. En este sentido, cuando en algunas sentencias los tribunales concluyen que hay tantas acciones típicas como personas distintas acceden a la víctima, y, a su vez, aprecian la agravante de actuación grupal en esas acciones individuales cuando son atribuidas a los sujetos a título de partícipe, se produce, a mi modo de ver, una doble valoración del injusto implícito en la actuación grupal,

80 Ya defendí esta postura –véase: la de apreciar en los casos de violaciones grupales una sola acción típica agravada por la circunstancia específica de la actuación de dos o más personas, imputada a todos los participantes– de manera oral en el Congreso “La perspectiva de género en la Ley del Solo sí es sí”, celebrado en la Universidad Pablo de Olavide los días 16 y 17 de marzo de 2023. Igualmente ha sido mantenida por VALVERDE CANO, A.M. en su ponencia defendida en el II Congreso de la Asociación del Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP), celebrado en Las Palmas de Gran Canaria los días 14 a 16 de junio de 2023.

contrario al principio *ne bis in idem*. Precisamente, la circunstancia agravante de actuación conjunta de dos o más personas, actualmente prevista en el art. 180.1.1º CP, adquiere solo sentido y aplicación con una interpretación como la que aquí se sostiene: la que aprecia una sola acción típica en supuestos de violación grupal.

Por otra parte, la interpretación que se propone no es completamente extraordinaria en el terreno jurisprudencial. Y es que pueden identificarse algunas sentencias, aunque muy minoritarias, en las que conductas de accesos carnales en grupo se han calificado como un delito de violación, agravado, en su caso, por la actuación conjunta⁸¹. Si se piensa, es una solución análoga y equiparable a la del hipotético delito de agresión sexual en grupo. El desvalor adicional que aporta el sujeto activo plural a la violación puede reconocerse, bien a través de una circunstancia agravante específica para el delito de violación, bien a través de la creación de un delito autónomo de violación grupal, que describa una conducta grupal. La primera opción supone acudir a la senda habitual y lógica empleada por el legislador para aumentar el reproche de la conducta cuando concurren determinadas circunstancias que incrementan su nivel de injusto; no entraña colisión con principios penales. La segunda alternativa, por contra, implica necesariamente incorporar una descripción muy amplia de la conducta, en tanto grupal, y, con ello, una puesta en peligro de garantías penales, como lo son los principios de taxatividad, culpabilidad, ofensividad o proporcionalidad, al no discriminar entre los comportamientos de cada uno de los integrantes del colectivo. La previsión en el delito plurisubjetivo de un tipo atenuado para los comportamientos secundarios o de relevancia mínima, como hace el legislador italiano, en el párrafo cuarto del art. 608-octies, constituiría precisamente un artificio desesperado para reequilibrar la balanza en determinados supuestos, evitando, así, las injusticias y peligros implícitos en una figura plurisubjetiva de estas características⁸².

81 Así, la STS, Sala 2.ª, 2 de octubre de 2006, que aprecia una única acción típica con relación a la actuación de dos acusados que, por turnos, acceden carnalmente a una chica sin su consentimiento. Señala el Alto Tribunal, en el f.º 13 de la sentencia, que ha de considerarse la existencia de “un delito unitario [...] en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación”. Añadiendo más tarde que: “*se dan los presupuestos de comportamientos sexuales realizados entre los mismos sujetos activos y pasivos, realizados de forma inmediata o muy próxima en el tiempo, en la misma habitación y bajo la misma situación determinante del abuso sexual*”, por lo que ha de apreciarse “una sola (acción típica) desarrollada de modo progresivo”, como “ocurre [...] cuando en unas injurias hay diversidad de expresiones injuriosas, o en [...] un hurto o robo con sustracciones de objetos distintos” (f.º 13 y 14). En sentido similar, apreciando una sola acción típica (y un solo delito cometido entre varios) en accesos carnales grupales ilícitos, las SSTs, Sala 2.ª, 14 de mayo de 2020, y 24 de marzo de 2022.

82 Criticando la práctica legislativa de prever un tipo atenuado de amplios contornos (y generador, por tanto, de inseguridad jurídica) para atemperar posibles excesos motivados precisamente por la inclusión de tipos penales que castigan conductas muy genéricas con penas muy elevadas, véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, n.º 21-10, pág. 13. En este sentido, señala el autor: “Es difícil eliminar la

Esperemos, en fin, que el populismo punitivo del que los legisladores, de una ideología y otra, viene haciendo gala en España⁸³ no acabe por “importar” a nuestro Código la figura italiana.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género”, en MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Mujer y Derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Barcelona, JMBosch, 2019, pp. 71-102.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Ciencias Criminales*, n.º 25-13, 2023, pp. 1-28.
- AMBROSINI, G., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, UTET, Novara, 1997.
- BERTOLINO, M., “Reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale”, en ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuali), *Documenti per il VII Congresso. La riforma dei contro la persona*, 2014, pp. 1-60, <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/Documenti-per-il-VII-Congresso-La-riforma-dei-reati-contro-la-persona/>.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, JMBosch, Barcelona, 2020.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., “Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo: Reflexiones al hilo del caso «la Manada»”, en CARUSO FONTÁN, V./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Perspectiva de género en la Ley del «Solo sí es sí»: Claves de la polémica*, Colex, 2023, pp. 203-230.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., “Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, 2020, pp. 1-27.

sospecha de que con ese precepto –en referencia al tipo atenuado previsto en la Proposición de ley de Protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales– los propios proponentes reconocen implícitamente los excesos regulatorios en que han incidido, y los intentan paliar aun a costa de crear una notable inseguridad jurídica”.

83 Sobre el populismo punitivo en el ámbito concreto de la delincuencia sexual, y la llamada “Ley del Sí es Sí”, véase MUÑOZ CONDE, F., “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»”, *Revista penal*, n.º 43, 2019, pág. 299.

- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”, *Diario La Ley*, n.º 9500, 2019, pp. 1-15.
- CARUSO FONTÁN, V., “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada”, en FARALDO CABANA, P./ACALE FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018, pp. 217-246.
- CARUSO FONTÁN, V., *Unidad de acción y delito continuado delimitación y supuestos problemáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CAZORLA GONZÁLEZ, C., “Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial”, *e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 6, 2021, pp. 1-62.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “¡No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso <<La Manada>>”, en MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J.M./ GARCÍA ALBERO, R.M., *Represión penal y Estado de derecho*, Navarra, 2018, pp. 1095-1109.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, n.º 21-10, pp. 1-29.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Arts. 178-183”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ ROMEO CASABONA, C.M., *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DURÁN SECO, I., “Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales)”, *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, n.º 12, 1998.
- FARALDO CABANA, P., “La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión”, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 22, 2019, pp. 381-419.
- FIANDANCA, G./MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. II, Tomo 1, Zanichelli, Bolonia, 5ª ed., 2020.
- GIL GIL, A./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de “la Manada”: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 77, 2018, pp. 4-15.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., *Revueltas, multitudes, y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- KUCHINKE, J., “Verfassungsmäßigkeit des § 184j StGB: Straftaten aus Gruppen – eine “Verhöhnung des Rechtsstaates“?”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n.º 4, 2022, pp. 494-502.

- MACRI, F., “La violenza sessuale (art. 609-bis CP) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015”, *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 1, 2016, pp. 1-34.
- MARTIN, F., “Violenza sessuale di gruppo e concorso morale: l’ultimo orientamento di legittimità”, *Ius in Itinere*, 2022, <https://www.iusinitinere.it/violenza-sessuale-di-gruppo-e-concorso-morale-lultimo-orientamento-di-legittimita-43217>.
- MATTENCINI, G., *I reati contro la libertà sessuale*, Giuffrè, Milán, 2000.
- MAUGERI, A.M., “Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, en ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuali), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell’AIPDP*, DiPLaP, 2023, pp. 363-390.
- MITCH, W., “Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)”, *KriPoZ*, n.º 6, 2019, pp. 355-360.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MUSACCHIO, V., “Le nuove norme contro la violenza sessuale: un’opinione sull’argomento”, *Giustizia Penale*, n.º 2, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso «La Manada»”, *Revista penal*, n.º 43, 2019, pp. 290-299.
- ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- ROMANO, B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Giuffrè, Milán, 2016.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “Violación grupal: problemática y soluciones”, *Diario La Ley*, n.º 9903, 2021, pp. 1-4.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- VALLINI, A., “Delitti contro la persona”, en CINGARI, F./MICHELE, F./VALLINI, A., *Lezioni di Diritto penale. Parte Speciale*, Turín, Giappichelli, 2021.

La inmunidad de los parlamentarios europeos y el derecho a la tutela judicial efectiva

Immunity of Members of the European Parliament and the right to an effective judicial remedy

MILAGROS LÓPEZ GIL

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga (España)

jmlopezg@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0002-3399-3593>

Resumen: La aplicación de las normas procesales nacionales a la solicitud de suspensión de la inmunidad de los parlamentarios europeos genera problemas de distinto calado derivado de la inexistencia de una regulación comunitaria de la inmunidad de sus parlamentarios y de la remisión a distintos regímenes en función del Estado miembro en el que se realicen las actuaciones judiciales. La aplicación a los parlamentarios europeos nacionales de la inmunidad en los mismos términos que a los Diputados y Senadores no resulta fácil cuando el TJUE realiza una interpretación de la institución en sentido diferente a la realizada por nuestros tribunales, lo que nos obliga a realizar un estudio que afronte dichas diferencias a la vez que procedemos a resituar la institución en el contexto procesal actual regido por normas preconstitucionales que no tienen en cuenta el fundamento y la finalidad de la inmunidad ni del suplicatorio.

Recepción: 13/10/2023

Aceptación: 11/12/2023

Cómo citar este trabajo: LÓPEZ GIL, Milagros, “La inmunidad de los parlamentarios europeos y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 219-250, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.o8>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 219-250

Abstract: *The application of national procedural rules to the request to waive the immunity of Members of the European Parliament generates problems of different depths arising from the lack of Community regulation of the immunity of its members and the referral to different regimes depending on the Member State in which the legal proceedings are conducted. It is not easy to apply immunity to national MEPs in the same terms as to MPs and Senators when the CJEU interprets the institution differently from our courts, which obliges us to carry out a study that addresses these differences, while redefining the institution in the current procedural context governed by pre-constitutional rules that do not take into account the basis and purpose of immunity or of the request for judicial review.*

Palabras claves: inmunidad europea, suplicatorio, prerrogativas, garantías procesales, parlamentario europeo, tutela judicial efectiva, sobreseimiento.

Keywords: *European immunity, request, prerogatives, procedural guarantees, European parliamentarian, effective judicial protection, dismissal of proceedings.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: BREVE REFERENCIA AL FUNDAMENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA. 2. CONTENIDO DE LA PRERROGATIVA DE LA INMUNIDAD EUROPEA. 2.1. La condición de parlamentario europeo. 2.2. Garantías procesales que confiere la prerrogativa de la inmunidad europea. 2.2.1. La inmunidad en el territorio del que el parlamentario es nacional. 2.2.2. La inmunidad en territorio diferente del que se es nacional. 2.2.3. La inmunidad de trayecto. 2.3. Ámbito temporal de la prerrogativa de la inmunidad europea. 3. CUESTIONES CONTROVERTIDAS CON RESPECTO AL SUPPLICATORIO PARA SUSPENDER LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EUROPEA: EJEMPLOS RECIENTES. 3.1. Momentos procesal oportuno para solicitar el suplicatorio. 3.2. Efectos jurídicos procesales de la solicitud, concesión o denegación del suplicatorio. 4. PROSPECTIVAS DE FUTURO EN LA REGULACIÓN DEL SUPPLICATORIO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE REFERENCIA AL FUNDAMENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

La incorporación de España a la Unión Europea en el año 1986 trajo consigo, entre otras cosas, que el Estado español asumiese el estatuto de los parlamentarios europeos previsto en el Protocolo (nº 7) sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea, en cuyo artículo 9 se preveía la inmunidad de los parlamentarios europeos¹. Este Protocolo fue originariamente adoptado en Bruselas el 8 de abril de 1965 como

¹ Este artículo establece que “Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país; b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste. No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito ni podrá ésta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros”.

anexo al Tratado por el que se constituía el Consejo Único y una Comisión Única y las prerrogativas se encontraban reguladas en el artículo 10². Posteriormente, se incluyó entre las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, de 26 de diciembre de 2012, al establecer el artículo 343 que “la Unión gozará en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión, en las condiciones establecidas en el Protocolo 8 de abril de 1965 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea. Lo mismo se aplicará al Banco Central Europeo y al Banco Europeo de Inversiones”.

No obstante, las prerrogativas reconocidas en el mencionado protocolo no eran desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico en la medida en la que venía siendo una constante en las tradiciones constitucionalistas de nuestro entorno el reconocimiento de determinadas prerrogativas a favor de aquellos que ostentaban la representación política de los Estados. Su finalidad no era otra que garantizar, reforzar y proteger el libre ejercicio de la función que los parlamentarios tenían atribuidas. En este sentido, nuestro constituyente, haciéndose eco de esta tradición, diseñó el eje esencial del estatuto de Diputados y Senadores sobre el reconocimiento, en el artículo 71, de la inviolabilidad por las expresiones vertidas en el ejercicio de su cargo –lo que en derecho comparado se ha denominado inmunidad absoluta–, de la inmunidad parlamentaria consistente en la prohibición de detención y de procesamiento sin la previa autorización de la correspondiente Cámara –Congreso o Senado– en el que se integren y, finalmente, el aforamiento ante el Tribunal Supremo.

Por lo tanto, las prerrogativas parlamentarias no eran ni son nuevas. No obstante, los acontecimientos acaecidos en nuestro país en los últimos tiempos –casos de corrupción de parlamentarios nacionales y autonómicos, el *procés* y las consecuencias procesales que sigue arrastrándose desde el 2017, etc.– han evidenciado ante la opinión pública la existencia de estas prerrogativas que hasta el momento habían pasado totalmente desapercibidas. El común de la ciudadanía ha comenzado a percibir las como una verdadera afrenta al derecho a la igualdad de todos ante la Ley consagrado en el artículo 14 CE y una auténtica infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE para quienes son víctimas de dichas conductas cometidas por el parlamentario y que al ser beneficiarios de dichas prerrogativas se van a ver protegidos de la acción que frente a ellos pudiese ejercitarse.

Esta nueva percepción de la ciudadanía, sin embargo, no era nueva para la doctrina –constitucionalista y procesalista– quienes durante años han abordado su estudio siendo calificadas por unos como auténticos privilegios –especialmente la

2 Sobre los orígenes históricos de las inmunidades de la Unión europea *vid.* GÖRLITZ, N. “Las inmunidades parlamentarias desde la perspectiva del Parlamento Europeo. El concepto autónomo frente al concepto independiente”, en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Seminario Celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2020, Vitoria-Gasteiz, 2021, pp. 230 y ss.

inmunidad— que deberían desaparecer y, defendida por otros, aunque consideraban necesario reinterpretarlas en los márgenes de los principios y derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución.

Ahora bien, el análisis crítico de cada una de estas instituciones excedería con mucho el objeto de este trabajo por lo que nos vamos a centrar en la figura que, a nuestro entender, genera mayores críticas por cuanto es percibida como una quiebra en la separación de poderes en la medida en la que supone un límite, obstáculo o excepción a la posibilidad de enjuiciar las conductas delictivas realizadas por aquellas personas en las que concurre la condición de parlamentario. Nos referimos a la inmunidad parlamentaria.

En este sentido, debemos recordar que la inmunidad es la prerrogativa que se configura como un mecanismo de protección de los parlamentarios, no ya de su libertad de expresión (que estaría garantizada por la inviolabilidad)³, sino de su libertad física. Para ello se protege a los parlamentarios de las persecuciones políticas dirigidas a alterar la composición de las Cámaras y el normal desarrollo de las actividades parlamentarias.

Tradicionalmente, el fundamento jurídico de esta figura fue muy discutido por la doctrina, siendo muchas las teorías que se pergeñaron. Unos⁴ consideraban que estábamos ante una garantía de la composición política de las Cámaras y de su pacífico funcionamiento⁵; otros⁶, sin embargo, entendían que, en realidad, esta institución constituía una garantía de la libertad funcional de la propia Cámara que se materializaba a través de dos mecanismos: la libertad de circulación y expresión⁷. Para terminar con aquellos⁸ que consideraron que la inmunidad constituye una garantía tendente a asegurar la autonomía de las Cámaras y su independencia frente a los demás poderes del Estado; o, más concretamente, una garantía de la posición

3 Para un estudio de la inviolabilidad nos remitimos a nuestro trabajo “Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Penal*, nº 5, 2000.

4 Defensores de este fundamento son FERNÁNDEZ MIRANDA, A., “Del intento de ampliar el ámbito de la inmunidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 12, 1984, pp. 12-16; FERNÁNDEZ-VIAGAS, P., *Inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores*, Civitas, Madrid, p. 145.

5 Posición que fue rechazada en la medida en la que en este caso la inmunidad sólo surtiría efectos en los períodos en los que las Cámaras se encuentran efectivamente reunidas, lo que casa mal con la delimitación que de la inmunidad se ha hecho por los tribunales, como tendremos ocasión de analizar.

6 GRANADOS CALERO, F. “Diputados y Senadores: su igualdad ante la ley”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 17, 1989, p. 40.

7 Si bien esta posición corrige algunas de las deficiencias de la anterior, sigue siendo criticable por limita la protección del parlamentario a los momentos en los que se desplaza y amparando la libertad de expresión que ya está protegida por la inviolabilidad. Por otro lado, esta segunda posición contradice el tenor literal del art. 71.2 de la CE.

8 SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario*, Espasa Calpe, Madrid, p. 83; MARTÍN DE LLANO, M.I., *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 35 y ss.

institucional del Parlamento⁹. Esta última posición es la que se adecua más a la actual configuración de la inmunidad, y al fundamento del que nosotros vamos a partir para realizar el análisis de esta.

Con base en esto, la inmunidad podría definirse como la institución que tiene por finalidad garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria frente a posibles ataques arbitrarios tendentes a alterar su composición y su normal funcionamiento¹⁰. Para ello se tendrá que garantizar la libertad y la independencia de los parlamentarios individualmente considerados¹¹, en la medida en la que son los que llevan a cabo las actividades parlamentarias y la forma en la que se puede garantizar estos valores es a través del establecimiento de obstáculos a la detención y al procesamiento de sus miembros. Ahora bien, este obstáculo no es absoluto por lo que se establece la posibilidad de que la correspondiente Cámara suspenda la inmunidad a través de la concesión del suplicatorio solicitado por el órgano jurisdiccional.

Evidentemente, de esta configuración de la inmunidad se deduce su naturaleza jurídica, teniendo ésta un marcado carácter procesal en la medida en la que la concesión del suplicatorio constituye un requisito de procedibilidad que debe concurrir en el parlamentario para que pueda proseguir el proceso penal contra él¹².

9 Todas estas opiniones doctrinales son analizadas comparativamente por MARTÍNEZ SOSPREDA, M., "Inmunidad y derecho al proceso: la inmunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista general de Derecho*, n.º 595, abril, 1994, pp. 3263-3268.

10 Algún autor ha considerado que no es válida como fundamento de la inmunidad la referencia a los ataques arbitrarios, pues, para que este aspecto tuviese cabida en la fundamentación de la inmunidad hubiese sido necesario que la misma se restringiese al período en el que los parlamentarios actúan como tal. Sin embargo, consideramos que la inmunidad debe regir durante todo el mandato ya que los ataques arbitrarios se pueden producir cuando el parlamentario no actúa como tal, impidiendo, de esta manera, que los mismos puedan desempeñar sus funciones válidamente.

11 PÉREZ ROYO, J., "Reliquia histórica o exigencia democrática", en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Seminario Celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2020, Vitoria-Gasteiz, 2021, p. 81 quien señala que "el Parlamento que se ha constituido tras cada manifestación de voluntad del cuerpo electoral tiene por fuerza que ser el "guardián de su propia integridad". En términos parecidos se pronunció muchos años antes ÁLVAREZ ARANDA, E., "Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 28, 1993, pp. 110-111 al establecer al hilo del Comentario de la STC 206/1992, de 27 de noviembre, que la interpretación que en esa sentencia se hace de la inmunidad supone constituir la "como mecanismo protector de la Cámara, frente a actuaciones que puedan alterar su funcionamiento (...) este sentido institucional es susceptible de preservar la legitimidad de la prerrogativa."

12 Aunque un sector doctrinal consideró que realmente nos encontrábamos ante una condición objetiva de punibilidad ésta fue finalmente rechazada. En este sentido, SAINZ CANTERO consideró que del concepto de condiciones objetivas de punibilidad debía excluirse toda condición que no fuese completamente ajena a la acción y a la culpabilidad del sujeto y, todo lo que afectase de modo directo a la iniciación del proceso o a su prosecución, excluyéndose, por tanto, la inmunidad, de este elemento del delito. Posición que se vio reforzada, despejando cualquier duda, por el propio Tribunal Constitucional quien ha sostenido sistemáticamente, el carácter formal de esta institución, entre otras en la sentencia 243/88 (Fundamento jurídico 3º), se estableció que "La inmunidad es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales (...)".

Interpretada en estos términos, la inmunidad tiene un carácter irrenunciable e imprescriptible¹³, puesto que se configura como una situación jurídica subjetiva que se confiere por el ordenamiento a ciertos sujetos, no en atención a un interés privado de los mismos o de sus titulares, sino a causa del interés general¹⁴. Esto dará lugar a que se aplique de forma automática cuando concorra el supuesto de hecho que se describa en la norma que lo establece.

El artículo 13.2 del Reglamento del Congreso, el 22.2 del Reglamento del Senado y el 9 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo en su versión de mayo de 2023 prevén la concesión de audiencia al parlamentario frente al que se solicita la suspensión de la inmunidad. En esta audiencia, el diputado podrá presentar cualquier documentación que considere oportuna si bien se prevé la posibilidad de que renuncie a su derecho a ser oído.

Ni el Reglamento interno del Parlamento Europeo, ni el Reglamento del Congreso de los Diputados o del Senado prevén la posibilidad de que el parlamentario en esa audiencia se muestre favorable a la concesión del suplicatorio¹⁵ ni en qué grado la correspondiente Cámara quedaría vinculada a esta petición.

En torno a este punto, algunos autores¹⁶ consideran que, en esta situación, sería recomendable que las Cámaras procedieran a la concesión del suplicatorio puesto que su denegación podría llevar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución. El único supuesto que, según estos autores, justificaría en estos casos la denegación del suplicatorio, contra la voluntad del parlamentario, serían el hecho de que causase graves daño a la marcha de los trabajos parlamentarios.

En cualquier caso, la inmunidad es una institución discutida y discutible por los abusos que ha producido –personas que, estando investigadas, obtienen la correspondiente acta de parlamentario para evadirse de la acción de la justicia–. Sin embargo, son pocos los que abogan por su desaparición existiendo, no obstante, cierta unanimidad sobre la necesidad de que la misma sea reinterpretada en el sentido de restringir sus límites¹⁷.

13 FERRER GARCÍA, A., “Prerrogativas e inmunidades parlamentarias desde el foco de la jurisprudencia”, en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Seminario Celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2020, Vitoria-Gasteiz, 2021, p. 140.

14 DÍEZ PICAZO, L., *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Studia Albornotiana, Madrid, p. 48.

15 ESTEBAN, J. Y LÓPEZ GUERRA, L., *El Régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1982, p. 86.

16 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Sobre las garantías parlamentarias”, *Revista de Derecho político*, nº 23, p. 99.

17 En este sentido, vienen manifestándose el Tribunal Constitucional desde su sentencia 90/85, de 22 de julio en la que señalaba la constitucionalidad de esta institución siempre y cuando fuese objeto de una interpretación estricta para evitar que se vulnerase los derechos fundamentales.

En efecto, en los tiempos convulsos que vivimos, parece que las tensiones entre los poderes del Estado se han incrementado, llevando a algunos a afirmar que tanto el Poder Judicial puede ser fuente de abusos o, que las mayorías parlamentarias pueden intentar imponerse de forma ilegítima sobre las minorías –ejemplos de ambos supuestos nos encontramos, por desgracia, habitualmente en la prensa diaria– y, por tanto, las garantías parlamentarias recobran su sentido. Si bien muchos de estos parámetros pueden ser objeto de una fuerte crítica –en un estado democrático es difícil que el Poder Judicial se preste a la utilización de la vía penal para alterar la normal composición de las Cámaras, como demuestra el hecho de que en los casos en los que se ha concedido el suplicatorio las sentencias han sido condenatorias, o que las mayorías abusen de las minorías, puesto que, en la siguiente legislatura la situación puede ser a la inversa...–, nos adherimos a la posición constitucional favorable al mantenimiento de la inmunidad, pero consideramos necesaria no sólo una reinterpretación, aún más estricta de la que se ha realizado de la misma hasta el momento, sino que la misma debe ir acompañada de una reforma legislativa que modifique las actuales consecuencias jurídico-procesales atribuidas a la denegación del suplicatorio que es lo que, a todas luces, la convierte en un privilegio exorbitante que colisiona frontalmente con el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

No obstante, en la medida en la que la inmunidad se reconoce a todo tipo de parlamentarios –nacionales, europeos y autonómicos– con una problemática, en algunos aspectos diferentes, creemos necesario limitar nuestro estudio al régimen que rige para los parlamentarios europeos, sirviendo de guía los recientes pronunciamientos del TJUE y del TC sobre la cuestión.

Pero este análisis debe ir un paso más allá y no debe centrarse sólo en institución en sí, sino que debe resituarse en el contexto procesal actual. Debemos tener en cuenta que la regulación contenida en la LECrim es claramente insuficiente quedando reducida a un precepto en fase de actuaciones previas al juicio oral –artículo 666– donde simplemente se menciona de soslayo la necesidad de autorización para proceder y a un procedimiento especial regulado en los artículos 750 a 756 LECrim; normas que no responden a los problemas procesales que la vigencia de la prerrogativa plantea en los tribunales.

2. CONTENIDO DE LA PRERROGATIVA DE LA INMUNIDAD EUROPEA

2.1. La condición de parlamentario europeo

Con carácter previo a la determinación del alcance de la inmunidad parlamentaria, debemos delimitar quienes van a ser los sujetos que van a disfrutar de esta prerrogativa, puesto que, si bien el artículo 9 del Protocolo (nº 7) residencia la inmunidad en los miembros del Parlamento Europeo mientras éstos estén en periodo de sesiones,

este artículo no clarifica en quién concurre la condición de parlamentario, respuesta que no encontramos ni en el resto de artículos del propio Protocolo (n.º 7) ni tampoco resulta aclarada en las normas establecidas por el Acta electoral.

En efecto, el art. 5 del Acta electoral adoptada el 20 de septiembre de 1976 –en su versión consolidada– establece que los representantes son elegidos para un período de cinco años que se iniciará con la apertura del primer periodo de sesiones después de cada elección, remitiéndose, en el artículo 8, a la regulación electoral interna de cada Estado para fijar los requisitos de adquisición del estatuto de parlamentario comunitario. No obstante, a pesar de esta remisión, el artículo 12 impone cierto control del Parlamento Europeo que tendrá la obligación de verificar las credenciales presentadas por los eurodiputados¹⁸.

A la vista de esta regulación podemos constatar, primero, que la adquisición del estatus de parlamentario está sometido a los requisitos impuestos por el derecho interno, y, segundo, que el Parlamento Europeo no tiene competencia para cuestionar la conformidad a derecho de la proclamación de los resultados o controlar la adecuación al derecho de la Unión.

Por lo tanto, la pregunta es ¿cuáles son los requisitos internos que determinan la adquisición del estatuto de parlamentario europeo en España? El marco legal está constituido por el artículo 224 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General –LOREG, en adelante– que establece que una vez finalizado el proceso electoral se debe proceder a la proclamación de los electos, estableciéndose la obligación de que en el plazo de cinco días se jure o prometa acatar la Constitución. El incumplimiento de este requisito formal supondrá dejar vacante el escaño quedando suspendidas todas las prerrogativas que les pudiesen corresponder por razón del cargo.

Sin embargo, este precepto no aclara cuál es el momento a partir del cual el parlamentario disfruta de la prerrogativa de la inmunidad. Cuestión que no ha estado exenta de polémica ni siquiera en el ámbito de los parlamentarios nacionales.

En efecto, el artículo 20 del Reglamento del Congreso, destinado a regular la adquisición de la condición de Diputado, establece en su apartado primero una serie de requisitos adicionales para la adquisición de la condición de parlamentario más allá de la declaración de electo¹⁹, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 224 LOREG. No obstante, en su párrafo segundo, reconoce que los derechos y prerrogativas serán

18 Sobre esta cuestión *vid.* JIMÉNEZ CARRERO, J.A., “El protocolo n.º 7 sobre los privilegios, las inmunidades de la Unión Europea: análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2010, asunto C-502/19, caso Oriol Junqueras Vies” en *Derecho de la Unión europea e integración regional: liber amicorum al profesor Dr. Carlos Francisco Molina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

19 Los requisitos que establece el artículo 20.1 Reglamento del Congreso son la presentación de la credencial que lo acredite como electo, la declaración de incompatibilidad y la prestación, en la primera sesión del Pleno, del juramento o promesa de acatar la Constitución.

efectivos desde el momento mismo en el que el Diputado sea proclamado electo. Ahora bien, si celebradas tres sesiones plenarias el diputado no cumpliera los requisitos para la adquisición de su estatuto, dejará de disfrutar de los derechos y de las prerrogativas hasta que su cumplimiento se verifique. La evidente oscuridad del precepto reflejada en la frase “*nadie puede gozar y no gozar, al mismo tiempo de los derechos y prerrogativas*”²⁰ fue objeto de múltiples análisis doctrinales que dieron lugar a tres interpretaciones distintas.

En primer lugar, estaban quienes entendían que la adquisición de las prerrogativas era condicional a la perfección de la condición de parlamentario y, por tanto, era imprescindible el cumplimiento del requisito ideológico de juramento o promesa. En segundo lugar, estaban aquellos quienes partiendo de una interpretación literal, consideraban que se tienen las prerrogativas desde que el diputado es electo, pero se pierden cuando no se cumplen los requisitos, volviéndose a recuperar cuando finalmente se cumplimentan²¹. Y, finalmente, la posición mayoritaria es aquella que consideraba que existía una dualidad diputado electo/condición plena²², estableciendo la existencia de un núcleo mínimo de derechos y prerrogativas para los primeros, mientras que el resto sólo se disfrutaría cuando se perfeccione la condición. El núcleo mínimo estaría constituido por la inmunidad y por la facultad de adquirir la condición plena.

Las dos últimas posiciones producen el mismo efecto práctico consistente en considerar que se ostentará la inmunidad desde el momento de la declaración de electo realizada por la correspondiente autoridad, lo que, además, encuentra refrendo en el propio artículo 1 de la Ley 9 de febrero de 1912 que establece la competencia del Tribunal Supremo para conocer de las causas contra los parlamentarios “aun cuando sólo tengan carácter de electos”.

A pesar de que esta es la interpretación que se hace en el régimen interno, la falta de una regulación específica más allá de la establecida en el artículo 224 LOREG dio lugar a que el Tribunal Supremo plantease una cuestión prejudicial ante el TJUE para resolver un recurso de súplica planteado por la defensa del Sr. Junqueras, quien

20 FERNÁNDEZ VIAGAS, P, op. cit., pp. 173-174.

21 Señala ARANDA ÁLVAREZ, E., “El Reglamento del Congreso de los Diputados. Propuestas para su reforma” *Revista de Estudios Políticos*, 175, p. 27 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.175.01> que la suspensión en este caso sería de tipo económico, acceso a los órganos parlamentarios y ejercicio de las funciones parlamentarias, pero en ningún momento de las prerrogativas constitucionalmente reconocidas que se anuda al momento de adquirir el mandato. En el mismo sentido, CÁMARA VILLAR, G., “El estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 113, número especial, 2022, <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/113/1701>, pp. 340 y ss. Sin embargo, GÓMEZ CORONA, considera que para no frustrar la finalidad de la inmunidad esta se debe ostentar desde el momento de la elección, en “Las prerrogativas parlamentarias: inviolabilidad, inmunidad y sus límites constitucionales”, *Teoría y derecho*, nº 31, 2021 p. 51 y ss., <https://doi.org/10.36151/td.2021.021>

22 MORALES ARROYO, J. M., “La determinación del período de vigencia del Estatuto de Diputados y Senadores” *Revista de las Cortes Generales*, nº19, 1990. pp. 69-73

estaba en prisión provisional por estar incurso en un proceso penal por hechos acaecidos con anterioridad a su elección como parlamentario europeo, frente a la denegación de un permiso extraordinario de salida de la cárcel para acudir a la Junta Electoral Central con el fin de prestar juramento o promesa de acatamiento de la Constitución.

El Tribunal Supremo plantea, entre otras cuestiones, la necesidad de determinar en qué momento se adquiere la condición de miembro del Parlamento Europeo en la medida en la que pronunciamientos anteriores del TJUE no habían entrado a resolver esta cuestión fijándose en otros extremos²³. Así pues, establece que, si bien las sentencias del TJUE de 7 de julio de 2005, *Le Pen/Parlamento*²⁴, y de 30 de abril de 2009, *Italia y Donnici/Parlamento*²⁵ declaran que la adquisición de la condición de parlamentario europeo está sometida a los requisitos internos establecidos en el proceso electoral nacional, nada aclaran acerca del momento en el que se disfrutan de las prerrogativas parlamentarias.

El TJUE se pronuncia sobre esta y otras cuestiones en la sentencia dictada por la Gran Sala el 19 de diciembre de 2019²⁶ acogiendo los postulados del Abogado General consistente en que la adquisición de miembro del Parlamento Europeo se produce con su proclamación como electo sin que se pueda condicionar la adquisición de este status a la exigencia de jurar o prometer la Constitución, puesto que “permitir que el Derecho nacional de los Estados miembros regule el estatuto de los Diputados al Parlamento no solo afectaría a la independencia del Parlamento respecto de los Estados miembros, sino también a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión en su conjunto”²⁷. Por lo tanto, el Tribunal europeo desactiva la condición suspensiva que supone el acto de acatamiento de la Constitución considerando que, aunque el proceso electoral se rija por las disposiciones nacionales de cada Estado miembro, el artículo 12 del Acta Electoral Europea otorga al Parlamento Europeo la competencia para verificar las credenciales de los Diputados y esto supone que el Parlamento “da por hecho que las personas que han sido oficialmente proclamadas electas han pasado a ser, por ello, miembro del Parlamento Europeo, razón por la cual le corresponde ejercer su competencia respecto de aquellos, verificando sus credenciales”²⁸.

Esta decisión provoca un cambio esencial entre el momento de adquisición de la condición plena de parlamentario en el orden interno y en el europeo puesto que,

23 Las sentencias de 12 de mayo de 1964, *Wagner* (101/63, EU:C:1964:28), y de 10 de julio de 1986, *Wybot* (149/85, EU:C:1986:310), imponen una interpretación homogénea del periodo en el que despliega sus efectos, la inmunidad.

24 C208/03 P, EU:C:2005:429

25 C393/07 y C9/08, EU:C:2009:275

26 Asunto c-502/19 -ECLI:EU:C: 2019:1115

27 Conclusiones del Abogado General punto 44.

28 Apartado 70 sentencia Junqueras.

en el primero, la condición plena de la condición sólo se adquirirá con el acto de acatamiento de la Constitución, lo que no se exigirá para ser miembro del Parlamento Europeo²⁹, puesto que la adquisición de la condición de miembro se produce “por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuadas por los Estados miembros”³⁰.

En definitiva, a pesar de que los Estados miembros siguen siendo competentes para regular el procedimiento electoral y para proceder a la proclamación oficial de los resultados electorales y que el Parlamento Europeo no dispone de ninguna competencia general que le permita cuestionar la conformidad a Derecho de la proclamación de resultados, los requisitos nacionales posteriores a la proclamación de electos no forman parte del proceso electoral³¹.

Por otro lado, la propia sentencia del TJUE responde a otros interrogantes que planteó el TS y establece que el artículo 9 del Protocolo (n.º 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que: “goza de inmunidad en virtud del párrafo segundo de dicho artículo una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo cuando se encontraba en situación de prisión provisional en un proceso penal por delitos graves, pero no ha sido autorizada a cumplir ciertos requisitos previstos por el Derecho interno tras la proclamación ni a desplazarse al Parlamento Europeo para participar en su primera sesión”; y que “esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta, al objeto de permitir al interesado desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir allí las formalidades requeridas. Si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo”.

2.2. Garantías procesales que confiere la prerrogativa de la inmunidad europea

Como establecimos al inicio de este trabajo, el artículo 9 del Protocolo (nº 7) sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea es el precepto que, como hemos

29 MACHO CARRO, A. “El embrollo jurídico suscitado en torno a la inmunidad de los parlamentarios europeos a raíz del caso Junqueras” en *La influencia de los tratados europeos sobre derechos humanos en la participación y representación política* (DIR) DUEÑAS CASTILLO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 58.

30 Apartado 71 sentencia Junqueras.

31 Para el análisis de esta sentencia *vid.* VALLÉS CAVIA, J.A., “La adquisición de la condición de parlamentario europeo y el alcance temporal y material de la inmunidad. A propósito de la sentencia del TJUE en el asunto Junqueras Vies”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 65, pp. 189-213, <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.06>, ARANDA ÁLVAREZ, E., “El caso Junqueras. Comentario a la sentencia c-502/19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2019, sobre la inmunidad de los Diputados al Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 108, pp. 457-467 <https://doi.org/10.33426/rcg/2020/108/1502>

indicado, reconoce y regula la inmunidad de los parlamentarios europeos. No obstante, dicho artículo no establece cuál va a ser el contenido de esta prerrogativa, sino que difiere esta cuestión a diferentes regulaciones en atención al lugar físico en el que se encuentra el parlamentario. Obviamente, esta forma de articular la inmunidad genera –y ha generado– grandes desigualdades entre los parlamentarios de los distintos Estados miembros, en la medida en la que el ámbito de la inmunidad va a variar en función de donde se encuentren físicamente y del país del que sean nacionales, en la medida en la que no existe un régimen homogéneo para todos los Estados miembros.

La constatación de esta situación de desigualdad y los problemas que ha generado ha planteado, en más de una ocasión, la necesidad de simplificar la redacción de este precepto estableciendo un régimen común aplicable a todos los parlamentarios europeos con independencia de su nacionalidad, consistente en la prohibición de arresto o de actuaciones judiciales en cualquier Estado miembro. No obstante, esta propuesta de reforma recibió críticas por cuanto el Parlamento consideró que no solucionaba todos los problemas que se habían suscitado, proponiendo una redacción alternativa mucho más clara consistente en que “en ningún Estado miembro los Diputados al parlamento podrán ser objeto de procedimientos penales, de arresto o de otras medidas de privación o delimitación de su libertad personal”.

La reformulación de la inmunidad en los términos propuestos por el Parlamento era mucho más clara en cuanto circunscribía la inmunidad al ámbito penal y así se estableció en el informe *DONNEZ*³² a través del cual se emitió un dictamen favorable a la convocatoria de una conferencia que tratase la revisión del Protocolo en estos términos. En la actualidad, esta conferencia todavía no se ha celebrado.

Por lo tanto, la regulación actualmente vigente sigue girando en torno a distintas situaciones o momentos lo que hace difícil que se pueda abordar su análisis siguiendo el esquema clásico consistente en distinguir entre el ámbito subjetivo, material y temporal de una institución, sino que hace necesario aproximarse a su estudio partiendo de la propia estructura del precepto. En este sentido, el artículo establece que los parlamentarios europeos gozarán de inmunidad durante el periodo de sesiones:

- a) En el territorio del que el parlamentario es nacional, gozará de la inmunidad en los mismos términos y límites que los reconocidos a los parlamentarios nacionales.
- b) En el territorio de otros Estados miembros distinto del que se es nacional, se prohíbe la detención y la realización de cualquier actuación judicial.
- c) Finalmente, en el último inciso se reconoce la inmunidad para los trayectos, es decir, en los viajes de ida y vuelta en los que por razones obvias no podría aplicarse las previsiones anteriores, prohibiéndose la detención salvo en casos de flagrante delito.

32 Doc. de sesión A 2-121/86, Diario Oficial serie C, nº99, 13 abril de 1987, pp. 44-45.

Ahora bien, el contenido y el alcance temporal de cada una de ellas serán diferentes.

2.2.1. La inmunidad en el territorio del que el parlamentario es nacional

Establece el artículo 9, párrafo primero, “mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones sus miembros gozarán a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país”.

La finalidad de este precepto es clara al tratar de impedir un trato diferenciado en función del lugar en el que el parlamentario desarrolle su función. Ningún sentido tendría que la protección de los parlamentarios europeos fuese inferior a la de los nacionales.

La primera consecuencia de esta homologación es que los parlamentarios comunitarios disfrutarán no sólo de la inmunidad, sino también del aforamiento ante el Tribunal Supremo, doctrina ésta consolidada por nuestro Tribunal Supremo³³.

Por otro lado, para el análisis del alcance de la inmunidad de los parlamentarios comunitarios debemos remitirnos al contenido del artículo 71 CE, en concreto, a su apartado segundo donde se reconoce que “durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”.

Surge la necesidad de determinar el alcance material de la inmunidad. Atendiendo a su fundamento y finalidad, la misma sólo despliega sus efectos en el ámbito del proceso penal, pues son los procesos de esta naturaleza los únicos que pueden concluir con una pena privativa de libertad que impida a los parlamentarios su asistencia efectiva a las Cámaras.

No obstante lo anterior, ésta no ha sido una cuestión del todo pacífica en la medida en la que nuestro legislador intentó extender la inmunidad a procesos de naturaleza civil, a través de la aprobación de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del honor y la intimidad, introduciendo un último inciso al artículo 2.2.º por el cual se extendía la inmunidad a las opiniones manifestadas por los Diputados o Senadores, siendo necesario solicitar el suplicatorio para poder

33 Autos del TS de 18 de noviembre de 1991, recurso nº 1600/1991, ECLI:ES:TS:1991:2111A; de 28 de abril de 1999, recurso nº.340/1999, ECLI:ES:TS:1999:7614A; de 27 de febrero de 2001, recurso nº. 660/2000, ECLI:ES:TS:2001:8796A; de 13 de setiembre de 2005, recurso nº 160/2004 ECLI:ES:TS:2005:15289A; de 5 de noviembre de 2007, recurso nº 20409/2007, ECLI:ES:TS:2007:12940A; de 23 de enero de 2015, recurso nº 20891/2014, ECLI:ES:TS:2015:1151A; de 23 de marzo de 2015, recurso nº 20132/2015, ECLI:ES:TS:2015:2850A; de 5 de mayo de 2015, recurso nº 20268/2015, ECLI:ES:TS:2015:2861A; 17 de junio de 2020, recurso nº. 21013/2019, ECLI:ES:TS:2020:5675A; y de 23 de octubre de 2020, recurso número 20907/2017, entre otros.

iniciar un proceso civil por vulneración del honor, a la intimidad o a la propia imagen³⁴.

La doctrina mayoritariamente consideró que se estaba produciendo una extensión indebida de esta prerrogativa lo que llevaba a convertirla en un auténtico privilegio difícilmente entendible en un Estado de Derecho³⁵. Afortunadamente este artículo fue declarado inconstitucional por la STC 9/1990, 18 enero, con base en que la inmunidad es una prerrogativa y, en la medida en la que supone una auténtica limitación al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, debe ser interpretada de forma restrictiva. Además, se señaló que el legislador había incurrido en un error al confundir inmunidad con inviolabilidad, al instrumentalizar la primera en favor de la segunda, rompiendo la autonomía que existe entre ambas instituciones puesto que la inviolabilidad impide la persecución judicial, de cualquier naturaleza, por las expresiones vertidas en el ejercicio de su cargo por lo que nunca podrán ser enjuiciadas no siendo por tanto necesario alegar la existencia de inmunidad o la necesidad de suplicatorio.

Así pues, una vez sentado que la inmunidad circunscribe sus efectos a los actos realizados por el parlamentario que se puedan encuadrar en algún delito tipificado en el Código penal, la siguiente cuestión sería preguntarnos si ampara cualquier tipo de delito³⁶. La respuesta a esta pregunta debe estar conectada con el fundamento de la inmunidad y así si lo que se pretende es evitar la restricción de la libertad personal de los parlamentarios que altere el normal funcionamiento de las Cámaras, consideramos que la inmunidad no debe operar cuando la conducta sea calificable como delito leve en la medida en la que las sanciones previstas por el artículo 33.4 CP para este tipo de delito en ningún caso conllevan la privación de libertad.

34 El inciso introducido establecía: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizado por ley o cuando el titular de Derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso o por imperativo del art.71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados o senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente ley, no podrá seguirse contra un Diputado o senador, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o el Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios”.

35 FERNÁNDEZ MIRANDA, A., op. cit. pp. 9-21.

36 Debemos recordar que, en su origen, la inmunidad intentaba evitar las persecuciones judiciales que se pudiesen producir por aquellos delitos que tenían la consideración de “políticos”, lo que obligaba a clasificar los delitos entre políticos y comunes. Obviamente, esta distinción no era fácil y tuvo como consecuencia que quedasen impunes conductas delictivas que nada tenían que ver con cuestiones políticas. Así pues, en un segundo momento, se optó por limitar la inmunidad a los delitos de opinión, ya fuesen dolosos o culposos que sólo suponían la manifestación de una protesta ideológica y, por tanto, carecían de peligrosidad social. Finalmente, se ha entendido que, dada la actual configuración de la inmunidad, no tiene sentido establecer distinciones según el carácter y la naturaleza de los delitos, sino que hay que atender a la intención que pueda presentar la pretensión judicial, es decir, si con la acusación se trata de manipular el funcionamiento de las Cámaras mediante la restricción de la libertad personal de sus componentes. Sobre esta cuestión, *vid.* GRANADOS CALERO, F., op. cit., pp. 46 y ss; FERNÁNDEZ-VIAGAS, P., op. cit., pp. 135-136; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, n.º 64, p. 73.

No obstante, lo cierto es que, en alguna ocasión, se ha solicitado el suplicatorio en conductas que con anterioridad a la reforma del CP por la LO 1/2015 se calificaban como faltas –actuales delitos leves–. Y a pesar de que el TS ha sido claro al considerar que no cabe la aplicación del aforamiento cuando de delitos leves³⁷ se trate, sin embargo, ha guardado silencio, manteniendo la polémica, sobre la necesidad de suplicatorio en estos casos.

Por otro lado, el artículo 71.2 ¿CE? establece que la inmunidad impedirá tanto que se pueda arrestar o detener al parlamentario, salvo en los casos de delito flagrante, como que pueda ser procesado si no se obtiene el correspondiente suplicatorio. Ambas causas de suspensión de la inmunidad se prevén expresamente en el último párrafo del artículo 9 del Protocolo (nº 7), siendo en estos casos coincidentes en sus previsiones.

Lo que no establece el artículo 9 es lo que deba entenderse por flagrancia, por lo que para integrar este concepto debemos recurrir una vez más al Derecho interno. La flagrancia fue un concepto durante mucho tiempo discutido como consecuencia del vacío legal que produjo la derogación, con la reforma de 1988, del artículo 779³⁸ LECrim que la definía. Tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien, en la sentencia 243/1993, de 18 de noviembre³⁹, aclarase las dudas al establecer la distinción entre el concepto de flagrancia a efectos procesales y constitucionales, estableciendo que, para que la flagrancia fuese conforme con el artículo 18 CE, era necesario que cualquier definición que, de la misma se hiciese, contuviese las notas de inmediatez personal, temporal y de urgencia. Por lo tanto, será delito flagrante la situación fáctica que viene manifestada por la comisión del delito que se percibe con evidencia y determina la necesidad de una rápida intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado. Definición ésta que se reintrodujo en la LECrim a través de la reforma operada por la Ley 38/2002 por la que se regulaba el procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos, en el artículo 795.1.1º.

37 Los AATS de 20 de diciembre de 2017 y de 8 de enero de 2018 con base en que el artículo 962 y ss. que regulan el juicio para los delitos leves “mantienen sustancialmente el mismo procedimiento del anterior juicio de faltas para los delitos leves, tanto en la competencia, derecho y actividad procesal, intervención de las partes, etc. La persona sometida al procedimiento de delitos leves tampoco recibe la denominación de procesado, imputado, inculcado, ni siquiera la de investigado, sino de denunciado, por lo que los principios establecidos en nuestra jurisprudencia, antes citada, siguen siendo aplicables en la actualidad al juicio por delito leve”.

38 Este artículo era el 779 de la LECrim que establecía que “... Se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabará de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente in franganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él...”.

39 Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad que se planteó frente a algunos preceptos de la entonces vigente Ley LO 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la seguridad ciudadana, en cuyo artículo 21.2 se definía lo que se entendía por flagrancia a los efectos de la intervención en delitos de drogas.

El fundamento de esta excepción a la eficacia de la inmunidad no es otro que la desaparición de la finalidad de esta en tanto que no cabe sospechar que la detención se está realizando con fines torticeros, tendentes a evitar el buen funcionamiento de la correspondiente Cámara, cuando la comisión del hecho delictivo es notoria⁴⁰.

La concurrencia de esta circunstancia haría, a nuestro entender, innecesaria, por ende, la solicitud del suplicatorio para enervar o suspender los efectos de la inmunidad tanto para la adopción de cualquier otra medida cautelar de carácter personal que pudiese solicitarse con posterioridad a la detención, como para el procesamiento, la imputación o la consideración de investigado del parlamentario, siendo suficiente, en todos estos casos, la mera comunicación a la Cámara correspondiente⁴¹.

No obstante, la relectura del precepto constitucional y de los Reglamentos tanto del Congreso como del Senado lleva a una conclusión diferente: si bien la flagrancia permite la detención, el posterior procesamiento requerirá que se solicite el correspondiente suplicatorio para suspender la eficacia de la inmunidad. Solución que se ha extendido a la adopción de las medidas cautelares a pesar del silencio de estos textos legales sobre esta cuestión.

La pregunta que nos planteamos es si cabría la adopción de medidas cautelares privativas de libertad mientras se tramita el suplicatorio o, por el contrario, si para poder decretar, por ejemplo, la prisión provisional es necesario haber obtenido con carácter previo el correspondiente suplicatorio. De ser ésta la respuesta adecuada, nos encontraríamos ante una situación cuanto menos paradójica consistente en que detenido el parlamentario por la comisión flagrante de un hecho delictivo, deba ser puesto en libertad al finalizar el plazo previsto legalmente puesto que resulta altamente improbable que en dicho plazo la correspondiente Cámara se haya pronunciado sobre el suplicatorio.

No somos partidarios de esta última posibilidad, considerando que la situación de flagrancia permite la adopción de medidas cautelares privativas de libertad en tanto se tramita la solicitud de suplicatorio⁴². De hecho, una de las cuestiones que plantea el TS en la cuestión prejudicial planteada al TJUE en el asunto Junqueras es precisamente si “¿la autoridad judicial que ha acordado la situación de prisión resultaría obligada, a la vista de la expresión “cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este” del art. 9 del Protocolo (nº 7), a levantar la situación de prisión en términos absolutos, de modo casi automático, para permitir el cumplimiento de las formalidades y desplazamientos al Parlamento Europeo?; o bien ¿debería atenderse a un criterio relativo de ponderación en el caso concreto, de los derechos e intereses derivados del interés de la justicia y del debido proceso

40 FERNÁNDEZ-VIAGAS, P., op. cit., p. 161.

41 En este sentido se ha pronunciado un sector doctrinal encabezado por GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., pp. 93-94. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., op. cit., pp. 71-73.

42 FERRER GARCÍA, A., op. cit., p. 127.

por una parte y los atinentes a la institución de la inmunidad por otra, tanto en lo que se refiere a la observancia del funcionamiento e independencia del Parlamento, como al derecho del ejercicio de cargos públicos por el electo?”. La respuesta del TJUE en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 ha sido clara al entender que la inmunidad se opone a que “una medida judicial como la prisión provisional pueda obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento Europeo de dirigirse al lugar en que debe celebrarse la primera reunión de la nueva legislatura para cumplir allí las formalidades requeridas por el Acta electoral”⁴³. No obstante, continúa diciendo que “si el tribunal nacional competente estima que debe mantenerse una medida de prisión provisional (...) ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda la inmunidad reconocida en el párrafo segundo del artículo 9 del Protocolo”⁴⁴. De lo establecido en la sentencia podemos concluir que cabe la posibilidad de mantener una situación de privación de libertad en tanto se tramita el suplicatorio.

2.2.2. La inmunidad en territorio diferente del que se es nacional

En segundo lugar, el artículo 9 reconoce que “mientras el Parlamento Europeo esté en periodo de sesiones, sus miembros gozarán: b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial”. Obviamente el alcance material de la inmunidad en este segundo supuesto se homogeniza en toda la UE y permite que, con independencia del reconocimiento –o no– y de la mayor o menor extensión con la que cada país reconozca la inmunidad en sus ordenamientos, la protección de los parlamentarios europeos sea la misma.

Si bien el intento de dar una uniformidad en la protección a los parlamentarios europeos cuando se encuentran fuera de país es loable, la redacción del artículo no deja de ser oscura en la medida en la que se prohíbe la detención y la realización de “cualquier actuación judicial” sin matizar si se refiere a actuaciones de carácter penal. Cuestión ésta que no carece de trascendencia si tenemos en cuenta que en otros países de la Unión Europea se reconoce la inmunidad no solo en el ámbito del proceso penal, sino también en el ámbito de procesos de distinta naturaleza, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, van a surgir problemas a la hora de interpretar qué debe entenderse por “actuación judicial” y si la misma debe quedar limitada al ámbito estrictamente penal.

Por otro lado, al igual que para el supuesto reconocido en el apartado a), no cabrá invocar la inmunidad en los supuestos de flagrancia o cuando se haya conseguido el suplicatorio.

43 Apartado 90 sentencia asunto Junqueras.

44 Apartado 91 sentencia asunto Junqueras.

2.2.3. La inmunidad de trayecto

Y, finalmente, la tercera manifestación de la inmunidad comunitaria se centra en la protección del parlamentario en los viajes de ida y de vuelta, lo que ha venido determinando como inmunidad de “trayecto”.

Esta tercera manifestación de la inmunidad está íntimamente relacionada con el ámbito temporal de la inmunidad, ya que sólo entrará en juego en aquellos supuestos en los que la misma quede circunscrita a los períodos de sesiones, tal y como se señala en el propio artículo 9 o para los casos en que el país de origen no reconozca la inmunidad a sus parlamentarios.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene entendiendo que la inmunidad surtirá sus efectos durante todo el período del mandato con independencia de que el Parlamento se encuentre en período de sesiones o no⁴⁵.

No obstante, no podrá alegarse la inmunidad en los casos de flagrancia en cuyo caso bastará con dirigir comunicación a la Cámara, que podrán ordenar la libertad cuando consideren que no existe tal flagrancia⁴⁶.

2.3. Ámbito temporal de la prerrogativa de la inmunidad europea

La extensión temporal de la inmunidad de los parlamentarios europeos tampoco ha quedado exenta de problemas. Cuestiones tales como ¿desde cuándo despliega sus efectos la inmunidad? O si ¿cabe predicar la inmunidad de aquel parlamentario que cometió el hecho delictivo con carácter previo a su elección? Han tenido que ser resuelta por el TJUE.

En efecto, el hecho de que el párrafo primero del artículo 9 del Protocolo (nº 7) aplicable a los supuestos reconocidos en la letra a) y b) –inmunidad de los parlamentarios en el Estado miembro del que son nacionales o en otros Estados miembros– se circunscriba a “mientras el Parlamento Europeo esté en periodo de sesiones” plantea la duda de si la inmunidad se extiende a todo el mandato o sólo a los periodos de sesiones.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TJUE, quien en las sentencias Wagner y Wybot, de 12 de mayo de 1964⁴⁷ y de 10 de julio de 1986⁴⁸, respectivamente, establecieron que el periodo de sesiones es un concepto temporal autónomo e independiente de la normativa de cada Estado miembro⁴⁹. La finalidad no es otra que establecer el mismo periodo para todos los parlamentarios con independencia de su país de procedencia

45 SENEN HERNÁNDEZ, M., “Inviolabilidad e inmunidad en el Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 9, 1986, pp. 324-325.

46 CAVERO GÓMEZ, M., “La inmunidad de los Diputados del Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 9, 1986 p. 24.

47 STJUE de 12 de mayo de 1964, caso Wagner, asunto C-101/63, ECLI:EU:1964:28.

48 STJUE DE 10 de julio de 1986, caso Wybot, asunto C-149/85, ECLI:EU:C:1986:310.

49 MACHO CARRO, A., op. cit., p. 63.

siendo interpretado por el TJUE de forma amplia, incluyendo no sólo los periodos en los que se celebran las sesiones sino también los interregnos parlamentarios⁵⁰.

Ahora bien, ¿qué sucede antes del inicio del primer periodo de sesiones? Es decir, si el periodo de sesiones comienza a partir de la constitución de la Cámara, ¿se extendería la inmunidad desde el momento de la elección hasta dicha constitución? Si bien el TJUE había considerado en las sentencias Wagner y Wybot que la inmunidad sólo se disfruta desde que se constituye la Cámara con el primer periodo de sesiones, posteriormente, con motivo del asunto Junqueras ha matizado esta configuración temporal. En efecto, aunque sigue manteniendo que la inmunidad se inicia desde el primer periodo de sesiones que es cuando se conforma el Parlamento Europeo, aclara que este *dies a quo* va referido a las inmunidades reconocidas en las letras a y b –inmunidad en el Estado miembro del que se es nacional e inmunidad en cualquier otro Estado miembro–, pero no a la que hemos denominado inmunidad de trayecto y que precisamente es en esta última manifestación de la inmunidad la que debe entenderse que opera desde el momento en el que el parlamentario es declarado electo. De nuevo la sentencia dictada en el asunto Junqueras aclara que, en lo que se refiere a la inmunidad de tránsito reconocida en el párrafo segundo, se ostenta desde que el diputado es electo para permitir que se pueda desplazar para la sesión constitutiva o para la verificación de credenciales. De esta manera, se entiende que la inmunidad no sólo protege el buen funcionamiento y la independencia del Parlamento Europeo, sino que también contribuye a la eficacia del sufragio pasivo “al permitir a quienes han resultado electos miembros del Parlamento Europeo cumplir con los trámites necesarios para tomar posesión de su mandato”⁵¹.

3. CUESTIONES CONTROVERTIDAS CON RESPECTO AL SUPPLICATORIO PARA SUSPENDER LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EUROPEA: EJEMPLOS RECIENTES

3.1. Momento procesal oportuno para solicitar el suplicatorio

El suplicatorio es la consecuencia lógica de la existencia de la inmunidad. Si, por la inmunidad, se impide la detención y el procesamiento de los parlamentarios

50 Esta misma solución es la que se alcanzó en el ámbito de nuestro derecho interno en el que existía una contradicción entre diversos preceptos de la LECrim. Así mientras el artículo 752 establece la posibilidad de procesamiento de los parlamentarios durante el interregno parlamentario, siendo suficiente, en estos casos, la mera comunicación a la Cámara, y el artículo 753, ordena la suspensión del procedimiento hasta que las Cortes se pronuncien. Aunque la doctrina consideraba más oportuno que la inmunidad se circunscribiera a los periodos de sesiones pues entendían que en estos momentos al no estar las Cámaras reunidas no se alteraba su funcionamiento, finalmente, atendiendo a que el artículo 73.2 CE permite la posibilidad de convocar sesiones extraordinarias para las que el parlamentario ha de estar disponible, se concluyó que la inmunidad surtiría sus efectos desde la elección hasta que termine el mandato, se disuelvan anticipadamente las Cámaras o el parlamentario pierda su condición de tal por las causas establecidas reglamentariamente. *Vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., p. 91.

51 Apartados 85 y 86.

amparados por la misma, como veremos a continuación, el suplicatorio consigue enervar esta prohibición mediante la correspondiente autorización, en la cual se controlará si concurren o no las circunstancias que justifican el mantenimiento de la inmunidad ante una determinada actuación judicial. Tal es la relación entre estos dos conceptos que si bien puede entenderse la existencia de la inmunidad sin suplicatorio –lo que sería una inmunidad absoluta–, no cabe el supuesto contrario, la existencia del suplicatorio independiente de la inmunidad o de cualquier otra prohibición.

Como vimos en páginas anteriores, la necesidad de solicitud del suplicatorio deriva del propio artículo 9 del Protocolo. Con independencia de la forma en la que se tramite el mismo, cuestión que excede del ámbito del presente trabajo⁵², lo que nos interesa en concreto es la forma en la que debe actuar el órgano jurisdiccional. El análisis de esta cuestión requiere que centremos cuál es el marco normativo actual que estaría conformado por la Ley de 9 de febrero de 1912 que establece qué Tribunales han de conocer de las causas contra parlamentarios, los artículos 750-756 LECrim y el artículo 666 y 674 del mismo cuerpo legal.

Así pues, la primera cuestión es determinar a partir de qué momento surge la obligación de solicitar el suplicatorio. Originariamente esta fue una cuestión debatida por la doctrina que llegó a señalar hasta tres momentos preclusivos diferentes⁵³: como requisito para la admisión de la querrela frente al parlamentario⁵⁴, como requisito del procesamiento o imputación y, finalmente, como requisito para la apertura del juicio oral. No obstante, en la actualidad parece que esta cuestión ya está superada puesto que atendiendo a una interpretación literal del precepto constitucional y a la regulación contenida en las normas procesales reguladoras de la materia –artículo 750 LECrim y 5 de la Ley 9 de febrero de 1912– dicho momento es el de la detención, el procesamiento o la inculpación del parlamentario⁵⁵.

Sin embargo, nuestra normativa procesal sólo establece el auto de procesamiento como acto de imputación formal en el procedimiento ordinario, no existiendo

52 La regulación de la tramitación del suplicatorio de los parlamentarios europeos se encuentra regulada en los artículos 5 a 9 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo.

53 MARTÍN BRAÑAS, C., “El suplicatorio: naturaleza, ámbito y su control judicial”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 20, 2010, pp. 25 y ss.

54 La necesidad de solicitud del suplicatorio antes de la admisión a trámite de la querrela fue reconocida por el propio Tribunal Supremo en el Auto de 8 de octubre de 1991. No obstante, posteriormente se abandonó esta posición por cuanto en atención al artículo 312 y 313 LECrim, la admisión formal de la querrela es una cuestión previa a toda decisión. Igual crítica mereció la posición consistente en situar el momento de solicitud del suplicatorio tras la admisión a trámite de la querrela, con base en que, dados los efectos definitivos que tienen la denegación del suplicatorio es lógico que la solicitud de la autorización vaya acompañada de la documentación más completa, cosa que difícilmente puede concurrir en una fase tan temprana del proceso.

55 *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, J.L., “La autorización para proceder contra los parlamentarios: Tramitación de los suplicatorios pro el congreso de los Diputados”, en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Parlamento Vasco, Vitoria, Gasteiz, 2021, pp. 119 y ss.

resolución semejante en el resto de los procedimientos regulados en la LECrim. Así pues, la doctrina ha entendido que, con carácter general, en el procedimiento abreviado dicha imputación se debe producir como momento límite con anterioridad a que se dicte el auto de transformación de las diligencias previas, en la medida en la que en el mismo debe constar expresamente frente a quién se dirige el proceso penal. Ello no impide que el momento de solicitud del suplicatorio pueda ser anterior en la medida en la que el artículo 118 LECrim atribuye el carácter de investigado, y, por tanto, se confiere la condición de parte pasiva del proceso a aquel al que se atribuya el hecho punible. En este sentido, la adopción de una medida cautelar en la fase de instrucción supone la imputación de un hecho delictivo por lo que debería determinar que, con carácter previo a su adopción, se solicite el suplicatorio⁵⁶. Esta, por otro lado, es la interpretación realizada, entre otros, en el ATS de 31 de enero de 2013⁵⁷ que establecía que “será necesario en todo caso el suplicatorio cuando se lleven a cabo acciones de auténtica inculpación material” con relación al auto de prisión provisional. En el mismo sentido, la STC 124/2001, de 4 de junio, dejaba entrever que para la adopción de medidas cautelares privativas de libertad era necesario la previa obtención del correspondiente suplicatorio al establecer que “y ello toda vez que el alcance conferido por dicha interpretación al término inculpado a los efectos del artículo 71.2, que excluye, obviamente, la posibilidad de adoptar medida cautelar alguna contra la persona del diputado o senador hasta que se obtenga, en su caso, la autorización de la Cámara”.

Atendiendo al fundamento de la inmunidad, debemos dar respuesta a dos cuestiones que se han planteado con cierta frecuencia y que ha generado múltiples problemas. Estas situaciones son, en primer lugar, ¿qué sucede en aquellos casos en los que con posterioridad a la incoación de un proceso penal el inculpado adquiere la condición de parlamentario? Y, en segundo lugar, estaría la otra cara de la moneda ¿qué sucede en aquellos supuestos en los que incoado un proceso penal y solicitado el correspondiente suplicatorio, el parlamentario pierde su condición, p. ej., por la disolución del Parlamento?

La respuesta teórica es relativamente fácil. No obstante, esta facilidad es sólo aparente tal y como se desprende de la posición adoptada por el Tribunal Supremo y por el TJUE cuando estos supuestos se han producido –tanto en el ámbito interno como en el europeo los suplicatorios solicitados contra Puigdemont y Comín, entre otros–. Decimos que en principio esta respuesta debería ser fácil porque volviendo al tenor literal de los artículos 750 y 751 LECrim y el artículo 5 de la Ley de 9 de febrero de 1912 y a la naturaleza de la inmunidad que fue objeto de análisis al inicio de este trabajo, la obtención del suplicatorio es necesaria para la atribución al

56 CARRASCO LÓPEZ, I., “Las complejas relaciones entre el proceso penal y el ejercicio de las funciones parlamentarias”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 106, primer semestre, 2019, <https://doi.org/10.33426/rcg/2019/106/1409> p. 296.

57 ATS 738/2013, Recurso número 20663/2012 -ECLI:ES:TS:2013:738A.

parlamentario de la condición de parte pasiva en el proceso penal. Por lo tanto, si la adquisición de dicha condición se produce en un momento posterior, cuando ya ha habido acto de imputación o incluso cuando ya se ha producido la apertura del juicio oral, sería innecesaria la solicitud de suplicatorio⁵⁸.

De hecho, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 15 de diciembre de 2000 ya estableció que no era necesaria la petición de suplicatorio cuando el proceso ya está en fase de recuso de casación. Más recientemente, con ocasión de la tramitación de la causa especial 20907/19, el TS dictó Auto de 4 de febrero de 2020⁵⁹, en el que se negó a solicitar los suplicatorios frente a parlamentarios que habían adquirido tal condición tras la apertura del juicio oral con base en que, en estos casos, no concurrían las causas que constituye el fundamento de la inmunidad y que, por tanto, suspender el proceso para solicitar el suplicatorio “supondría subordinar el ejercicio de la potestad jurisdiccional a una tutela parlamentaria ajena al equilibrio de poderes diseñado por el poder constituyente”. Decisión que fue declarada conforme a la CE en la sentencia del Tribunal Constitucional 70/2021, de 18 de marzo⁶⁰, añadiendo que “la extensión de la prerrogativa de la inmunidad hasta el momento del dictado de la sentencia (...) ni se ajusta al tenor del artículo 71.2 CE, ni se cohonesta con su finalidad institucional, ni es congruente con una interpretación restrictiva de la misma”⁶¹.

Si bien en el ámbito de la Unión Europea no ha habido aún un pronunciamiento sobre esta cuestión sí es cierto que se ha entrado a valorar si la existencia de un proceso previo a la adquisición de la condición de parlamentario es causa automática para conceder el suplicatorio, estableciendo que la previa existencia del proceso junto a otros elementos permitía desvirtuar el *fumus persecutionis* que hubiese servido de fundamento para la denegación del suplicatorio⁶².

Por otro lado, y respondiendo a la segunda cuestión que planteábamos, sobre la situación en la que solicitado el suplicatorio y estando este en tramitación, el parlamentario pierde su condición ya sea por renuncia o por disolución de las Cámaras,

58 Sobre esta cuestión la STS 1952/2000, de 19 de diciembre de 2000, recurso número 2103/2000 –ECLI:ES:TS:2000:9367– quien en el apartado 5 del Fundamento Jurídico primero establece que “En resumen, todo el aparato protector se contempla en relación con los supuestos de detención, inculpación o procesamiento, pero no está previsto para las fases de recursos posteriores a una sentencia definitiva. En conclusión, cuando nos encontramos ante una sentencia definitiva, y la condición de Senador se adquiere durante la fase de los recursos, no se estima necesaria la solicitud de Suplicatorio”.

59 Auto TS 4 de febrero de 2020 Recurso número 20907/2017 –ECLI:ES:TS:2020:724A–. Sobre esta cuestión *vid.* PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.*, p. 134 quien apuesta por una denegación del suplicatorio en aquellos supuestos en los que el parlamentario adquiere esta condición con posterioridad a la actuación judicial.

60 ECLI:ES:TC:2021:70.

61 Fundamento 6.

62 Párrafo 151 Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2023, asunto T-272/21, Puigdemont, Comín y Ponsati contra el Parlamento Europeo.

parece que la respuesta a esta cuestión debe ser más cómoda en la medida en la que, a diferencia de la inviolabilidad que se configura como una prerrogativa absoluta que se extiende incluso una vez extinguido el mandato, la inmunidad se configura como una prerrogativa temporal y funcional circunscrita su vigencia, como ya señalamos en epígrafes anteriores, al periodo del mandato. En estos casos, consideramos que, en consonancia con los límites temporales de la inmunidad, su fundamento y la necesaria interpretación restrictiva, la solicitud de suplicatorio decaería.

La misma respuesta, creemos, debería darse a aquellos supuestos en los que concedido el suplicatorio, el parlamentario es reelegido. En estos casos, creemos que no sería necesaria la reiteración del suplicatorio, aunque la conformación de la Cámara haya cambiado.

3.2. Efectos jurídicos procesales de la solicitud, concesión o denegación del suplicatorio

La solicitud de suspensión de la inmunidad dirigida al Parlamento Europeo produce la suspensión del proceso, situación que se mantendrá hasta que se obtenga o se deniegue el suplicatorio. Esta suspensión alcanza a todas las diligencias de la causa, excepto las encaminadas a la reforma de los autos y providencias en que, con anterioridad, se hubiese acordado la detención, prisión o procesamiento (art. 6 de la Ley de 1912)⁶³.

A diferencia de lo que sucede para los Diputados o Senadores nacionales donde los correspondientes reglamentos establecen la duración máxima de la tramitación del suplicatorio, restringiéndolo a 60 días y atribuyendo a la falta de respuesta el efecto de denegación –muy discutible dado que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el suplicatorio exige que la concesión o denegación del mismo esté suficientemente motivada–, nada se establece en el artículo 9 del Reglamento de funcionamiento interno del Parlamento Europeo al regular los procedimientos relativos a la inmunidad. En efecto, aunque el apartado 3 del mencionado precepto señala la obligación de que la Comisión examine la cuestión sin demora debiendo incluirse su propuesta de decisión en el orden del día de la primera sesión que siga a la fecha de su presentación –art.9.9–, siendo objeto de votación, tras el debate celebrado en el Parlamento, sobre las razones a favor y en contra de cada una de las propuestas de suspensión, no se concreta cuál es su duración máxima. Tampoco se atribuye ningún efecto a la falta de pronunciamiento sobre el mismo en plazo alguno.

Por otro lado, el informe que la Comisión puede presentar a votación al Parlamento puede tener un triple contenido: conceder el suplicatorio, denegarlo o bien, concederlo de forma limitada lo que implicaría que se autoriza que prosiga el ejercicio de

63 En realidad, este artículo queda vacío de contenido si tenemos en cuenta, primero, que sólo cabrá la detención sin necesidad de suplicatorio en los supuestos de flagrancia y, segundo, toda la discusión planteada en páginas anteriores sobre la adopción de medidas cautelares.

la acción penal, pero se deniega para la adopción de medida alguna de detención, prisión provisional o cualquier otra que impida al parlamentario ejercer las funciones de su mandato hasta que recaiga sentencia firme.

Obviamente, la concesión del suplicatorio ningún problema procesal plantea en la medida en la que, alzado el requisito de procedibilidad, el proceso continuará sin ninguna especialidad más. No obstante, las consecuencias procesales de la denegación del suplicatorio resultan más que cuestionables.

En este sentido, debemos tener en cuenta que las normas reguladoras del procedimiento especial contra Diputados y Senadores, que resultan aplicables a los parlamentarios europeos, son preconstitucionales. Por un lado, tenemos los artículos 750 a 754 LECrim que, salvo alguna matización, no han sufrido ninguna modificación desde su aprobación en 1882. Por otro, tenemos la Ley de 9 de febrero de 1912 sobre la competencia de los tribunales en las causas contra Diputados y Senadores, que tampoco ha sido objeto de reforma. Por lo tanto, la regulación contenida en ambos textos legales no ha tenido en cuenta ni la configuración de la inmunidad y del suplicatorio que se hizo en la Constitución de 1978, ni la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de la misma lo que ha provocado que la inmunidad y el suplicatorio se hayan desvirtuado en su aplicación procesal.

En efecto, si seguimos con el razonamiento que hemos ido desarrollando a lo largo de este trabajo basado en que la inmunidad es una prerrogativa funcional y temporal que garantiza la integridad del Parlamento a través de la protección de sus integrantes para que no se pueda alterar su normal funcionamiento, desaparecida la condición de parlamentario debería quedar eliminado el óbice para su enjuiciamiento. Es decir, que la inmunidad –y, por ende, la necesidad del correspondiente suplicatorio– debería desplegar sus efectos sólo y exclusivamente durante el mandato del parlamentario europeo, finalizando la inmunidad con la pérdida de la condición de parlamentario.

Con base en este argumento, si el Tribunal Supremo debiese solicitar la suspensión de la inmunidad de un parlamentario europeo y el Parlamento no lo concediese, el proceso penal debería ser archivado pudiendo ser reabierto cuando finalice el mandato del parlamentario, siempre y cuando, el delito no hubiese prescrito.

No obstante, esta limitación temporal de la inmunidad que también se predica de los parlamentarios nacionales a la luz de lo dispuesto en el propio artículo 71.2 CE quiebra como consecuencia de los efectos procesales que la legislación procesal atribuye a la denegación del suplicatorio por el Parlamento Europeo.

Y es que, el artículo 754 LECrim dispone que denegado el suplicatorio se dictará auto de sobreseimiento sin clarificar a qué tipo de sobreseimiento de los dos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico se refiere, si al libre o al provisional. Cuestión que no es baladí si tenemos en cuenta las diferentes consecuencias que tiene que se opte por uno o por otro. Así, mientras el provisional sólo conlleva la suspensión, por tiempo indeterminado, del proceso penal, por la concurrencia de alguno de los

dos supuestos contenidos en el artículo 641 de la LECrim; el sobreseimiento libre supone la terminación anticipada del proceso con carácter definitivo debido a que la ley anuda a este pronunciamiento los mismos efectos que a la sentencia absolutoria. Entre ellos cabe destacar el efecto de cosa juzgada material.

La indefinición del artículo 754 LECrim podría salvarse atendiendo al carácter temporal de la inmunidad lo que nos llevaría a afirmar que la denegación del suplicatorio conllevaría la terminación provisional del proceso penal a través del dictado de un auto de sobreseimiento provisional.

Un problema añadido sería determinar en cuál de los dos supuestos contenidos en el artículo 641 de la LECrim tendría su encaje la denegación del suplicatorio. Hay que descartar la posibilidad de encuadrarlo en el apartado primero al disponer el mismo que se procederá al sobreseimiento provisional cuando no resultare justificada la perpetración del delito. La otra opción sería intentar reconducirlo por el apartado segundo, cuando resulte del sumario que se ha cometido el delito, pero no haya motivos suficientes para acusar a determinadas personas. Aunque cabría la posibilidad de interpretar que la denegación de un suplicatorio convierte en insuficiente los motivos que existen para proceder contra un parlamentario⁶⁴, somos partidarios de que se estableciese una causa específica de sobreseimiento provisional.

No obstante, la posibilidad de que el tipo de sobreseimiento a dictar sea el provisional se ve desvirtuada por el tenor literal del artículo 7 de la Ley de 1912, que establece expresamente que el auto debe ser de sobreseimiento libre. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 677 II LECrim cuando al regular los efectos de la denegación del suplicatorio solicitado como artículo de previo pronunciamiento establece que “quedará nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente la causa”.

La atribución de un efecto definitivo a la denegación del suplicatorio por el Parlamento Europeo tiene el efecto perverso de alterar la naturaleza jurídica de la inmunidad al transformarla en una causa personal de exclusión de la pena, es decir, en una condición objetiva de punibilidad, en un privilegio carente de significación en los tiempos actuales⁶⁵. Además, es esta configuración lo que provoca la afectación de los derechos reconocidos en el artículo 24.1 de la CE, cuando prohíbe la indefensión, y en el artículo 14 CE, además de infringir la doctrina del Tribunal Constitucional en la medida en la que viene exigiendo que todas las prerrogativas sean interpretadas de manera restrictiva.

Si bien la doctrina ha considerado de forma unánime que tanto el artículo 7 de la Ley de 1912 como el artículo 677 II LECrim están tácitamente derogados por cuanto

64 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., p. 97.

65 Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J., “Procedimiento especiales y actuación de oficio del juez: análisis del procedimiento especial para el enjuiciamiento de Diputados y Senadores”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 28, 1995, p. 373.

se oponen a un precepto constitucional (el artículo 71.2 de la CE)⁶⁶ y por la vulneración de derechos fundamentales (artículos 14 y 24 de la CE)⁶⁷, no ha sido entendido así por nuestros tribunales. De hecho, en aquellas ocasiones en las que se han recurrido en amparo las resoluciones judiciales en las que se decretaba el sobreseimiento libre como consecuencia de la denegación de un suplicatorio, nuestro TC ha eludido pronunciarse expresamente sobre la cuestión al reconducir el tema y considerar que lo que realmente vulnera los derechos fundamentales no es la resolución judicial en sí, sino el acto parlamentario del que trae causa y por lo tanto no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad o no del artículo 677⁶⁸.

No podemos estar más en desacuerdo con el TC en la medida en la que mezcla dos cuestiones bien diferenciadas. La denegación de un suplicatorio es totalmente constitucional cuando se realiza cumpliendo los requisitos de motivación exigidos por el propio TC. Lo que no resulta ajustado a nuestra Constitución son las consecuencias jurídico-procesales derivadas de unas normas preconstitucionales que se oponen a la configuración de la inmunidad y de los derechos fundamentales con los que entra en conflicto. En definitiva, son los efectos que la ley procesal otorga a su denegación lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

4. PROSPECTIVAS DE FUTURO EN LA REGULACIÓN DEL SUPPLICATORIO

Las amplias críticas doctrinales que ha provocado la regulación procesal de los efectos de la denegación del suplicatorio han llevado a que el legislador aborde su reforma en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que, retomando los derroteros del Anteproyecto de 2011, dedica los artículos 813 a 817 –en el seno de los procesos especiales contra aforados– a la regulación de las “reglas especiales para Diputados y Senadores”⁶⁹.

Si bien la intención del legislador era zanjar las polémicas en torno a cuestiones tales como el momento en el que hay que solicitar el suplicatorio o los efectos procesales de su denegación por las Cámaras, una lectura de la regulación proyectada nos hace presagiar que solucionadas estas cuestiones van a surgir otras

66 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., p. 97; VARIOS, Dictamen de la secretaria general del senado sobre las cuestiones planteadas por la ejecución de la sentencia 206/1996, de 27 de noviembre, del Tribunal Constitucional, *Revista de las Cortes Generales*, n^o28, primer cuatrimestre, 1993, p. 205.

67 Vid. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., op. cit., p. 95; MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J., op. cit., p. 379; VARIOS, Dictamen de la Secretaría General del Senado sobre las cuestiones planteadas por la ejecución de la sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, del Tribunal Constitucional, op. cit., p. 205; ALONSO DE ANTONIO, A. L., “El suplicatorio como manifestación de la inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n^o86, Curso 1994-1995, Madrid, 1996, pp. 52-53.

68 STC 92/85, 22 de Julio.

69 Sobre el Anteproyecto LECrim, vid. SÁNCHEZ MELGAR, J., “Inmunidad y aforamiento: Aspectos procesales”, *Teoría y Derecho*, n^o 31, 2021, pp. 192 y ss. <https://doi.org/10.36151/td.2021.025>

nuevas como consecuencia de una redacción no todo lo clara que hubiera sido deseable.

Así pues, la construcción que del suplicatorio se hace en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal gira en torno a la necesidad de solicitarlo en dos momentos: en primer lugar, para la adopción de una medida cautelar personal –artículo 814–, y, en segundo lugar, para continuar con el enjuiciamiento tras la presentación de los escritos de acusación –artículo 815–.

La primera cuestión que debemos plantear es la amplitud con la que se configura la necesidad de suplicatorio: para la adopción de medidas cautelares personales. De nuevo el legislador pierde de vista la finalidad de la inmunidad que, como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, consiste en garantizar que el parlamentario pueda desarrollar su labor sin ver limitada su libertad deambulatoria. Por lo tanto, quizá sería más acorde con el carácter restrictivo con el que debe interpretarse toda prerrogativa que la solicitud del suplicatorio sólo fuese necesaria cuando la medida cautelar personal impidiese realmente que el parlamentario pueda seguir desarrollando sus funciones, ningún sentido tiene que se extienda a todas⁷⁰.

En segundo lugar, surge la duda de si el suplicatorio habrá que solicitarlo con carácter previo a la adopción de la medida cautelar personal o si, por el contrario, se configura como una condición para la materialización de la medida ya acordada. En este sentido, el artículo 813 dispone que “el ministerio fiscal podrá ordenar su puesta en libertad o *interesar* (la cursiva es nuestra) una medida cautelar personal” y el artículo 814 lleva el título de “autorización para adoptar una medida cautelar personal”. Sin embargo, en el apartado primero párrafo segundo del artículo 814 aun señalando que el Juez, para la adopción de la medida cautelar, debe recabar la autorización de la Cámara correspondiente, podrá ejecutarla de manera inmediata en los supuestos de urgencia pone de manifiesto que la medida cautelar está ya adoptada.

No estamos de acuerdo con GASCÓN INCHAUSTI cuando señala que el suplicatorio es necesario para la materialización de la medida cautelar previamente adoptada con base en que el Parlamento ha de tener claro “cuál es la concreta medida cautelar que se pretende materializar respecto de sus miembros”⁷¹ basando tal afirmación en la previsión contenida en el apartado segundo del artículo 814 que establece que “denegada la autorización, se alzarán las medidas cautelares acordadas”.

Creemos, sin embargo, que ese alzamiento va referido a aquel supuesto en el que por razones de urgencias la medida se ha adoptado y ejecutado antes de la obtención del suplicatorio, por lo que la previsión contenida en el Anteproyecto debería estar incluido en el apartado primero del mismo artículo. Por otro lado, consideramos que

70 GASCÓN INCHAUSTI, F., “Los procesos especiales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Particular consideración del proceso por delitos leves”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 5, 2022, pp. 77 y ss.

71 Op. cit. p. 78.

la necesidad de acompañar a la solicitud de autorización la resolución adoptada por la autoridad judicial hace referencia a la resolución por la que el órgano jurisdiccional acuerda elevar el suplicatorio para la suspensión de la inmunidad acompañado de los testimonios de la causa a fin de que la Cámara pueda dilucidar si existe una persecución injustificada.

De esta manera, salvo supuestos de flagrancia donde se sigue permitiendo la detención sin necesidad de suplicatorio, la solicitud de una medida cautelar personal en cualquier fase del procedimiento penal genera la obligación de solicitar el suplicatorio tal y como se venía haciendo hasta el momento. La novedad de la regulación radica, por tanto, en dos aspectos. El primero de ellos es que, si la detención se produjo como consecuencia de la comisión de un delito flagrante, se podrá interesar la medida cautelar personal y ejecutar de forma inmediata si concurren razones de urgencia. El segundo de ellos es que estos mismos motivos de urgencia permite la ejecución de cualquier medida cautelar personal en tanto en cuanto se tramita el suplicatorio, debiendo alzarse si con posterioridad el suplicatorio es denegado.

Por otro lado, el artículo 815 establece como momento de solicitud del suplicatorio –suponemos que si antes no se han adoptado medidas cautelares– con carácter previo al auto de apertura del juicio oral, es decir, cuando se hayan formulado escrito de acusación contra el parlamentario. Lo que no aclara la norma es si al tener objetos diferentes es necesario solicitar dos veces el suplicatorio, una para la adopción de la medida cautelar en fase de instrucción y otra para el enjuiciamiento, o solicitado una vez habilitaría el desarrollo del proceso penal. La respuesta más lógica, atendiendo a la economía procesal, es entender que sólo hay que solicitar el suplicatorio en una ocasión siendo el *dies ad quem* antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral.

Finalmente, el artículo 815 establece que, en caso de denegación del suplicatorio, la causa será archivada hasta que finalice el aforamiento del parlamentario. El artículo evita hablar de sobreseimiento dejando claro que el archivo tiene un carácter temporal al existir una obligación por parte de la Cámara de comunicar cuando se cesa en la condición de parlamentario entendemos que para poder reabirla. Ningún sentido tendría ninguna otra posibilidad. No podemos más que aplaudir la redacción dada en este precepto en la medida en la que recoge las propuestas formuladas desde hace años por la doctrina procesalista solventando un grave problema que ponía en duda y cuestionaba la propia existencia de la institución.

La paralización de la tramitación del Anteproyecto de LECrim como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones ha dejado de nuevo en el aire la necesaria reforma de las normas de enjuiciamiento criminal y, por ende, del enjuiciamiento de los parlamentarios. No obstante, esperamos que más pronto que tarde se retome éste u otro proyecto que, en la materia que tratamos, acoja las soluciones aportadas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ANTONIO, A. L., “El suplicatorio como manifestación de la inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº86, Curso 1994-1995, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ ARANDA, E., “Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 28, 1993.
- ARANDA ÁLVAREZ, E., El Reglamento del Congreso de los Diputados. Propuestas para su reforma. *Revista de Estudios Políticos*, 175, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.175.01>
- ARANDA ÁLVAREZ, E., “El caso Junqueras. Comentario a la sentencia c-502/19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2019, sobre la inmunidad de los Diputados al Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 108, <https://doi.org/10.33426/rcg/2020/108/1502>
- CÁMARA VILLAR, G., “El estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 113, número especial, 2022, <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/113/1701>
- CARRASCO LÓPEZ, I., “Las complejas relaciones entre el proceso penal y el ejercicio de las funciones parlamentarias”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 106, primer semestre, 2019, <https://doi.org/10.33426/rcg/2019/106/1409>
- CAVERO GÓMEZ, M., “La inmunidad de los Diputados del Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 9, 1986.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M, *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Studia Albornotiana, Madrid, 1985.
- ESTEBAN, J. Y LÓPEZ GUERRA, L., *El Régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1982.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, A., “Del intento de ampliar el ámbito de la inmunidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 12, 1984.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS, P., *Inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores: La crisis de los Diputados y Senadores*, Civitas, Madrid, 1990.
- FERRER GARCÍA, A., “Prerrogativas e inmunidades parlamentarias desde el foco de la jurisprudencia”, en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Seminario Celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2020, Vitoria-Gasteiz, 2021.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Los procesos especiales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Particular consideración del proceso por delitos leves”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº5, 2022.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, nº 64, 1982.
- GÓMEZ CORONA, E., “Las prerrogativas parlamentarias: inviolabilidad, inmunidad y sus límites constitucionales”, *Teoría y derecho*, nº 31, 2021, <https://doi.org/10.36151/td.2021.021>
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “ Sobre las garantías parlamentarias”, *Revista de Derecho político*, nº 23, 1986.
- GÖRLITZ, N. “Las inmunidades parlamentarias desde la perspectiva del Parlamento Europeo. El concepto autónomo frente al concepto independiente”, en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Seminario Celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2020, Vitoria-Gasteiz, 2021
- GRANADOS CALERO, F. “Diputados y Senadores: su igualdad ante la ley”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 17, 1989.
- JIMÉNEZ CARRERO, J.A., “El protocolo nº7 sobre los privilegios, las inmunidades de la Unión Europea: análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2010, asunto C-502/19, caso Oriol Junqueras Vies” en *Derecho de la Unión europea e integración regional: liber amicorum al profesor Dr. Carlos Francisco Molina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- LÓPEZ GIL, M., “Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Penal*, nº 5, 2000.
- MACHO CARRO, A. “El embrollo jurídico suscitado en torno a la inmunidad de los parlamentarios europeos a raíz del caso Junqueras” en *La influencia de los tratados europeos sobre derechos humanos en la participación y representación política* (DIR) DUEÑAS CASTILLO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021,
- MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J., “Procedimiento especiales y actuación de oficio del juez: análisis del procedimiento especial para el enjuiciamiento de Diputados y Senadores”, *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 28, 1995.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “El suplicatorio: naturaleza, ámbito y su control judicial”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 20, 2010.
- MARTÍN DE LLANO, M.I., *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ SOSPREDA, M., “Inmunidad y derecho al proceso: la inmunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista general de Derecho*, Nº 595, abril, 1994.
- MORALES ARROYO, J. M., “La determinación del período de vigencia del estatuto de Diputados y Senadores” *Revista de las Cortes Generales*, nº19, 1990.
- PEÑARANDA RAMOS, J.L., “La autorización para proceder contra los parlamentarios: Tramitación de los suplicatorios pro el congreso de los Diputados”,

en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Parlamento Vasco, Vitoria, Gasteiz, 2021.

PÉREZ ROYO, J., “Reliquia histórica o exigencia democrática”, en *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario*, Seminario Celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero de 2020, Vitoria-Gasteiz, 2021.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “Inmunidad y aforamiento: Aspectos procesales”, *Teoría y Derecho*, nº 31, 2021, <https://doi.org/10.36151/td.2021.025>

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario*, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

SENEN HERNÁNDEZ, M., “Inviolabilidad e inmunidad en el Parlamento Europeo” *Revista de las Cortes Generales*, Nº 9, 1986.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1985.

VALLÉS CAVIA, J.A., “La adquisición de la condición de parlamentario europeo y el alcance temporal y material de la inmunidad. A propósito de la sentencia del TJUE en el asunto Junqueras Vies”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 65, <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.06>

VARIOS, Dictamen de la secretaria general del senado sobre las cuestiones planteadas por la ejecución de la sentencia 206/1996, de 27 de noviembre, del Tribunal Constitucional, *Revista de las Cortes Generales*, nº28, primer cuatrimestre, 1993.

ANÁLISIS

Cuestiones de responsabilidad civil de los sistemas de Inteligencia Artificial en las Propuestas de Directivas europeas de 28 de septiembre de 2022

Liability issues of AI systems in the European Directives Proposals of September 28, 2022

MARIO DÍEZ ROYO

Doctorando en Derecho Civil
Universidad de Zaragoza (España)

759822@unizar.es

 <https://orcid.org/0009-0002-0566-0406>

Resumen: El presente estudio parte de la incertidumbre generada en materia de responsabilidad civil extracontractual por daños causados por los sistemas de IA. La nuevas Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial, y Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos presentadas en septiembre de 2022, han generado nuevos problemas a raíz de la atribución de la responsabilidad, y a qué sujetos se les imputa. La dicotomía entre responsabilidad por riesgo o por culpa es motivo de discusión en la doctrina, y la Propuesta de Directiva sobre IA, en concreto, se inclina por la responsabilidad por culpa teniendo en cuenta las dificultades de prueba.

Abstract: *This work deals with the uncertainty generated in terms of extra-contractual civil liability for damages caused by AI systems. As a result of the new Proposal for a Directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence and Proposal for a Directive on liability for defective products presented in september 2022, new problems have been generated as a result of the attribution of liability, and to which subjects it is attributed. The dichotomy between liability for risk or for fault is a matter of*

Recepción: 12/06/2023

Aceptación: 07/09/2023

Cómo citar este trabajo: DÍEZ ROYO, Mario, "Cuestiones de responsabilidad civil de los sistemas de Inteligencia Artificial en las Propuestas de Directivas europeas de 28 de septiembre de 2022", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 253-276, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.09>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 253-276

discussion, and the Proposal for a directive on AI in particular, favors liability for fault taking into account the difficulties of proof.

Palabras clave: riesgo, culpa, producto defectuoso, inteligencia artificial, responsabilidad civil.

Keywords: *fault, risk, defective product, artificial intelligence, liability.*

Sumario: 1. CONTEXTO NORMATIVO. 2. LÍNEAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS TEXTOS EUROPEOS. 3. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 20 DE OCTUBRE DE 2020, SOBRE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3.1. Objeto. 3.2. La responsabilidad civil diseñada en la Resolución de 20 de octubre de 2020. 4. BREVE MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022. 5. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022, RELATIVA A LA ADAPTACIÓN DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 5.1. Objeto. 5.2. La responsabilidad establecida en la Propuesta de Directiva. 5.2.1. Los sujetos intervinientes y la exhibición de documentos. 5.2.2. La presunción de la relación de causalidad. 5.2.3. La inclusión del sistema de culpa. 5.2.4. La modulación de la presunción de la relación de causalidad. 5.2.5. La cláusula de revisión de la responsabilidad. 6. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA PRESUNCIÓN DE LA CULPA EN LAS NORMAS EUROPEAS. 7. LA NECESIDAD DE RETOMAR EL CONCEPTO DE OPERADOR. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONTEXTO NORMATIVO

En los últimos años nos hemos encontrado con una multitud de propuestas realizadas por parte de la Unión Europea por las que se intenta configurar la responsabilidad de los sistemas inteligentes. Desde el proyecto Robolaw, iniciado en 2012, y la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica¹, pasando por el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial de 2020 (un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza)², junto con el Informe de la Comisión al Parlamento, al Consejo, y al Comité económico y social, Europeo sobre “las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia

¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) (2018/C 252/25).

² LIBRO BLANCO sobre la Inteligencia Artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Bruselas, 19.2.2020. COM (2020), 65 final.

artificial, el internet de las cosas y la robótica” de 19 de febrero de 2020³, o la propia Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión de 21 de abril de 2021⁴.

Sin embargo, este trabajo se va a ceñir a las propuestas más recientes y que tratan específicamente el problema de la responsabilidad civil. En primer lugar, la Resolución con una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2020 relativa a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial⁵; además, la Propuesta de Directiva actual del Parlamento Europeo y del Consejo sobre adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial de 28 de septiembre de 2022⁶, y asimismo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, también de 28 de septiembre de 2022⁷.

Tanto la Resolución de 2020 como ambas Propuestas de Directiva de 2022 han intentado armonizar los sistemas de responsabilidad en el ámbito europeo. Sin embargo, la antes citada Ley de IA (LIA) en su amplio texto no menciona cómo imputar la responsabilidad a los agentes dañosos, sino que se centra ámbitos relacionados con el impacto generado por los sistemas de inteligencia artificial y busca delimitar los ámbitos de riesgo.

2. LÍNEAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS TEXTOS EUROPEOS

Como principales textos doctrinales sobre esta materia tenemos los Principios de

3 Informe De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo y al Comité Económico Y Social Europeo, Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica. Bruselas, 19 de febrero de 2020, COM (2020), 64 final.

4 Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados Actos Legislativos de la Unión. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021), 206 final, 2021/0106 (COD).

5 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)).

6 Propuesta de Directiva Del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA). Bruselas, 28.9.2022. COM (2022), 496 final. 2022/0303 (COD).

7 Propuesta de Directiva Del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Bruselas, 28.9.2022. COM (2022), 495 final. 2022/0302 (COD).

Derecho Europeo de la responsabilidad civil (en adelante PETL)⁸ o el borrador del Marco Común de Referencia⁹. En el art. 1:101 PETL sobre normas fundamentales se nos indica cómo «(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo», con lo que introduce los elementos esenciales de la responsabilidad: el daño, la relación de causalidad y la acción. En su apartado 2 encontramos la imputación a los sujetos de la responsabilidad, «(2) *En particular, el daño puede imputarse a la persona, (a) Cuya conducta culposa lo haya causado*¹⁰ o (b) *cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado*¹¹». En los PETL, el riesgo como criterio de imputación lo es en su sentido más puro, descartando interferencias como la culpabilidad, y la responsabilidad del agente se establece aunque el demandado haya tenido el máximo cuidado tanto desde el punto de vista del estándar objetivo como subjetivo, respondiendo por los daños causados por la fuente de peligro¹². Es en estos preceptos donde se encuentran ya configurados los dos tipos de responsabilidad analizables, por un lado, la responsabilidad subjetiva o por culpa (apartado [a]) y la norma de responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva (apartado [b]).

La principal característica de la responsabilidad subjetiva es que el dañado (o víctima) tiene que acreditar tanto el daño, como el nexo causal, y también la culpa del agente dañoso, para que se le pueda reconocer en su favor la indemnización. El elemento característico de este tipo es la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad¹³.

Frente a este régimen dominado por el elemento culposo encontramos la responsabilidad objetiva que se caracteriza por la ausencia del elemento culpabilístico. La responsabilidad objetiva o por riesgo consiste en que todo sujeto, por el mero hecho de crear un riesgo, si tal riesgo genera un daño, debe pechar con las consecuencias. El que genera un riesgo causante de un daño debe responder independientemente de que haya actuado con la diligencia debida, es decir, sin culpa.

8 *Principles of European Tort Law* (PETL).

9 *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). La regla básica del libro VI, Marco Común de Referencia (DCFR) “*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*” 1:101: *Basic rule*: Aparte de la culpa y la negligencia deja la puerta abierta a aplicar una responsabilidad por riesgo, imputando la responsabilidad a quien le sea subjetivamente imputable por cualquier otro motivo.

10 Art. 4:101 PETL «*Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible*».

11 Art. 5:101 PETL: «*se crea un riesgo previsible y significativo del daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común*».

12 ÁLVAREZ LATA, N., «Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», en *Tratado de responsabilidad civil, II*, (coord. Reglero Campos, L. F., y Busto Lago, J. M.), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2013, pág. 946.

13 BUSTO LAGO, J. M. y REGLERO CAMPOS, F., *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 64.

Centrándonos en el supuesto de la responsabilidad que generan los sistemas de IA, es la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 la que empieza a plantear si la normativa general sobre responsabilidad es suficiente para abordar los problemas de la Inteligencia Artificial, y si es necesario aportar principios para esclarecer la responsabilidad jurídica de los agentes por sus actos u omisiones y en su caso la responsabilidad de los robots o sistemas de IA¹⁴. Esta Resolución de 2017, a partir de su considerando 53, introduce la posibilidad de sustentar la responsabilidad de los robots en un enfoque objetivo o de gestión del riesgo. Esto se hace para facilitar la indemnización, porque la responsabilidad por riesgo únicamente exige probar la producción del daño y el nexo causal. Además, esta Resolución también introduce la posibilidad, al igual que sucede en los vehículos, de introducir un seguro de daños obligatorio.

3. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 20 DE OCTUBRE DE 2020, SOBRE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.1. Objeto

El objeto de esta Resolución de 20 de octubre de 2020 es intentar crear en materia de IA una legislación uniforme para los regímenes de responsabilidad europeos, aunque tal y como se dice en la misma no es una revisión completa de los principios en la materia. Asimismo, intenta resolver los problemas especiales que generan la evolución y la introducción de sistemas de Inteligencia artificial, junto con la dificultad de identificar a los responsables dada la gran cantidad de agentes involucrados. Esta Resolución entiende que son necesarias «adaptaciones específicas y coordinadas de los regímenes de responsabilidad civil para evitar que las personas sufran daños sin indemnización»¹⁵.

3.2. La responsabilidad civil diseñada en la Resolución de 20 de octubre de 2020

Con carácter previo a realizar la exposición de la Resolución con la Propuesta de Reglamento, hay que hablar de qué son los sistemas de *alto riesgo*. En las definiciones de la Propuesta de Reglamento que contiene la Resolución, “*alto riesgo*” aparece en el art. 3.C como:

14 Si bien, en el presente trabajo no lo abordaremos, esta Resolución que ha sido muy comentada por diferentes autores abre la posibilidad a implantar una personalidad electrónica a los robots, lo que podría llevar a supuestos como que fuera el propio sistema de IA el que se responsabilizara de sus propias acciones.

15 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, precepto sexto.

«potencial significativo en un sistema de IA que funciona de forma autónoma para causar daños o perjuicios a una o más personas de manera aleatoria y que excede lo que cabe esperar razonablemente; la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA»¹⁶.

La Propuesta de Resolución establece que un sistema de IA presenta un alto riesgo cuando su funcionamiento autónomo conlleva un potencial significativo para causar un daño a una multitud de personas: Lo importante es que la ley establece un *plus* en protección de la diligencia debida, establece una exigencia más allá de lo que cabe esperar razonablemente. La Propuesta utiliza la inclusión de sistemas objetivos¹⁷ para dar una mayor protección y seguridad jurídica a los usuarios de sistemas de alto riesgo, como puede verse en el art. 4 responsabilidad objetiva de los sistemas de IA de alto riesgo: *«El operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o proceso gobernado por dicho sistema de IA».*

La responsabilidad se basa en que los sujetos que van a responder por el riesgo inherente a la actividad productora de los daños causados, ejercen un grado de control suficiente sobre el riesgo creado, es decir, el operador tiene un grado de control sobre los sistemas de Inteligencia Artificial mediante diversas instrucciones que puede darle¹⁸. El sujeto que desarrolla dicha actividad genera un riesgo para el resto de personas, por lo que este sujeto (operador) debe pechar con las consecuencias negativas

16 La Propuesta no define de manera exhaustiva todos los sistemas de alto riesgo, pero es aquí donde hay que dirigirse a la LIA, en su art. 6 (y de forma más extensiva en su Anexo III). Establece las reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo. Este anexo nos introduce a todos los ámbitos que se considerada de alto riesgo, los que tienen identificación biométrica, los sistemas que se utilizan para la gestión y el funcionamiento de tráfico, suministros, calefacción y electricidad, los sistemas que se utilizan para la educación y formación profesional, los sistemas de gestión de los trabajadores. También los sistemas de acceso y disfrute de servicios públicos y privados, los sistemas que gestionan asuntos relacionados con la aplicación de ley, es decir los sistemas que utilizan las autoridades para evaluar riesgos individuales, los que determinan el riesgo para las potenciales víctimas de los delitos. Los sistemas de gestión de la migración y control de las fronteras, y por ultimo también son de consideración de alto riesgo todos los sistemas inteligentes que son utilizados en la administración de justicia y procesos democráticos.

17 Aunque no es la única que introduce a una responsabilidad objetiva derivada de la IA, en el Informe de la Comisión sobre «Repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica» de 19 de febrero de 2020, esboza las claves para aplicar la responsabilidad civil en el ámbito de la IA. Este Informe intenta recabar información sobre si es plausible establecer unos sistemas de responsabilidad objetiva como sucede en las normativas nacionales derivadas de los accidentes de circulación. El Informe presenta posibles soluciones a los problemas que genera la IA aplicando un enfoque basado en el riesgo. La comisión recaba opiniones sobre la oportunidad de establecer una responsabilidad objetiva similar a las normas nacionales para productos que generan riesgos», ZURITA MARTÍN, I., «La propuesta de reforma legislativa del libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», Actualidad jurídica iberoamericana, nº 14, 2021, pág. 456.

18 Este control, comenta la Propuesta, *«es comparable al propietario de un vehículo».*

de su actividad. Todos los operadores de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo deberán responder de las consecuencias negativas que estos sistemas generen¹⁹.

La base para el diseño de un régimen de responsabilidad civil se asienta en la diferencia entre Sistemas de Alto Riesgo, a los que se asigna un régimen de responsabilidad civil objetivo, y los Sistemas que *no son de Alto Riesgo* (o de bajo riesgo²⁰), a los que se asigna un régimen de responsabilidad civil subjetivo²¹. La Resolución en sus artículos muestra claramente esta dicotomía entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva (en concreto en sus art. 4 y 8).

La Propuesta de Directiva incluye así también la responsabilidad civil de los sistemas de bajo riesgo, atribuyendo la culpa como elemento de imputación. Los operadores de sistemas de IA de bajo riesgo estarán sujetos a responsabilidad subjetiva respecto de todo daño o perjuicio causado por la actividad de un dispositivo gobernado por un sistema de IA (art. 8). Este precepto nos lleva entender que a los operadores de sistemas de bajo riesgo se les aplica un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, por lo que, siempre y cuando estos sujetos puedan demostrar la ausencia de culpa, probando que actuaron con el deber de diligencia pertinente, no responderán del daño.

Sin embargo, esta atribución de responsabilidad subjetiva de los sistemas de bajo riesgo no es una atribución subjetiva absoluta *strictu sensu*, pues la propia Propuesta desplaza la carga de la prueba al operador en el art. 8: «El operador no será responsable si puede demostrar que no tuvo culpa en el daño o perjuicio causado... El operador no podrá eludir su responsabilidad alegando que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA».

Esto quiere decir que es el operador el que tiene que demostrar que no tuvo culpa. Lo que nos lleva a una trasposición a un sistema de responsabilidad subjetiva objetivada, es decir nos encontramos con un sistema cuasi-objetivo donde la nota dominante es la inversión de la carga de prueba.

Los operadores de sistemas de IA de alto riesgo no podrán eludir su responsabilidad civil alegando que actuaron con la diligencia debida o que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos, gobernados por

19 En ámbito nacional aplicando el Código «el riesgo creado por el empresario puede desplazar la culpa como criterio de atribución, el desplazamiento se produce a través de una aplicación modelizada del 1902CC». ÁLVAREZ LATA, N., «Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», *op. cit.*, pág. 947.

20 No existe un concepto de sistema de bajo riesgo. Para poder hablar de sistemas de bajo riesgo, tendremos que realizar una definición negativa. Es decir, lo que no es tecnología del alto riesgo, lo será de bajo riesgo. PLATERO ALCÓN, A. «Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de inteligencia artificial: especial referencia al algoritmo de recomendaciones de Netflix», Editorial US, Sevilla, 2021, pág. 140.

21 ÁLVAREZ OLALLA, P. «Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 38, 2021, pág. 1-10.

su sistema de IA. Únicamente podrán alegar fuerza mayor extraña a la actividad para no ser imputados como responsables por el daño causado. Así, tanto el Art. 4.3 como el art. 8.2II «*El operador no será responsable si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor*».

4. BREVE MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Previamente, antes de comentar el régimen de la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual de la IA, es esencial hablar de la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de 28 de septiembre de 2022, que derogaría la Directiva 85/374/CEE dedicada a los productos defectuosos²².

Con la derogación de la Directiva sobre responsabilidad de productos defectuosos, el legislador refuerza una normativa de casi cuarenta años de antigüedad, que no cubre categorías de productos derivados de las nuevas tecnologías digitales, como los productos inteligentes y la IA. Esta Propuesta, comienza introduciendo el concepto de software, junto al de Inteligencia Artificial, como un producto:

Art. 4. «“producto”: cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble; por “producto” se entiende también la electricidad, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos»

Como consecuencia, al ser considerado un producto entran en el ámbito de la aplicación de esta Directiva sobre responsabilidad generada por productos defectuosos. Es decir, cuando los sistemas de Inteligencia Artificial son calificados como productos si actúan de una forma defectuosa²³ y generan un daño, los dañados deberán ser resarcidos por el fabricante responsable (art. 7). Los sujetos dañados no necesitan demostrar la culpa del fabricante, sino que solo necesitan demostrar el defecto de un producto. Y no solo, se consideran responsables por sus productos defectuosos los fabricantes de equipos informáticos, sino también los proveedores de programas informáticos y servicios digitales.

La Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos proporcionará a la víctima una vía para reclamar los daños ocasionados a quien haya intervenido en la producción del sistema de IA causante del daño. Partiendo de cómo

²² Disposiciones derogatorias y transitorias, Artículo 17.1 «*Queda derogada la Directiva 85/374/CEE con efectos a partir del [OP, insértese la fecha: doce meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva]. No obstante, seguirá aplicándose a los productos introducidos en el mercado o puestos en servicio antes de esa fecha*».

²³ Defectuosidad, Art. 6 de la Propuesta de Directiva, «*Un producto se considerará defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias...*».

la Directiva atribuye a los programas informáticos la consideración de producto, por tanto, si este producto no es seguro lo podemos considerar como defectuoso, aplicándoles el régimen previsto.

En este sentido, ZUBIRI SALINAS determina los objetivos de la Propuesta: a) Aplicar el concepto de producto defectuoso a los productos digitales, b) La finalidad de garantizar el mercado Europeo y protección de los consumidores, c) Garantizar que haya un responsable de los productos fabricados, d) Aligerar la carga de la prueba y d) Adecuar la responsabilidad civil por productos defectuosos a las normas de seguridad de productos²⁴.

Como dice NAVAS NAVARRO, los sistemas de IA requieren una regulación propia que vaya más allá de las nuevas Propuestas de Directivas planteadas. Esta autora entiende que «*existe un espacio legal para esa regulación puesto que no se ha cubierto con estas Propuestas*»²⁵.

Pasemos a contemplar ahora los textos más recientes.

5. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022, RELATIVA A LA ADAPTACIÓN DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

5.1. Objeto

Una vez hemos podido analizar los elementos precedentes, y en adición a la Propuesta de la Directiva sobre productos defectuosos por parte de la Unión Europea, nace la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial de 28 de septiembre de 2022.

Esta Propuesta surge como respuesta a una de las mayores dificultades de toda responsabilidad que involucra a sistemas de Inteligencia Artificial, la de la prueba del nexo causal. A este problema ya nos introduce el Libro blanco en 2020, hablando de «la dificultad que entraña para la víctima la prueba de la causa del daño, dadas las características de opacidad, conectividad, y autonomía de los sistemas»²⁶. Siguiendo los sistemas de responsabilidad por culpa, ¿Cómo puede el sujeto dañado probar la culpa del agente dañoso, siendo la opacidad la característica principal de los sistemas

24 ZUBIRI DE SALINAS, M., «Responsabilidad y consumo: pasado, presente y futuro de un régimen especial de RC» 5º Ponencia XXVI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, 23-24 de marzo de 2023, pág. 23.

25 NAVAS NAVARRO, S., «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, octubre, 2022, pág. 4.

26 ÁLVAREZ OLALLA, P., «Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020». *op. cit.*, págs. 1-10.

de Inteligencia Artificial?

El objetivo de la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de requisitos uniformes para la responsabilidad civil extracontractual por daños causados con la participación de sistemas de IA, así como facilitar a los demandantes de daños causados por sistemas de IA de alto riesgo un medio para determinar al responsable. Este medio utilizado por la Directiva es la aplicación de la presunción de la relación de causalidad. El objeto de dicha presunción es proteger al perjudicado en aquellos casos en los que sea complicado demostrar el nexo causal. La Directiva se propone facilitar herramientas como la presunción de la relación de causalidad y la consiguiente inversión de la carga de la prueba.

5.2. La responsabilidad establecida en la Propuesta de Directiva

A continuación, voy a realizar un breve desarrollo sobre los puntos clave que desarrolla la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en IA, desde todos los sujetos intervinientes y la documentación que se les requiere para poder demostrar la existencia de una relación de causalidad y como en caso de no exhibirlas se presumirá la existencia de relación de causalidad, hasta la inclusión del sistema de responsabilidad por culpa y las posibles causas de exoneración de este.

5.2.1. Los sujetos intervinientes y la exhibición de documentos

En concreto vamos a partir desde el art. 3 de la Propuesta de Directiva que propone la exhibición de pruebas. En este artículo en primer lugar encontramos la enumeración de los 3 posibles responsables: El proveedor, la persona sujeta a las obligaciones del proveedor (art. 24 LIA) y el usuario.

A estos sujetos contra quienes se puede reclamar la Propuesta de Directiva les imputa la obligación de exhibición de las pruebas sobre los sistemas de IA de alto riesgo. La Propuesta de Directiva otorga poderes a los órganos judiciales para ordenar la exhibición de las pruebas pertinentes, siempre y cuando la parte dañada presente los hechos y sustente la viabilidad de la reclamación, junto con que el dañado haya intentado obtener la prueba pertinente.

En el art. 3.1 de la Propuesta de Directiva se introduce la orden de exhibición de pruebas:

«Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, ya sea a petición de un demandante potencial que haya solicitado previamente a un proveedor, a una persona sujeta a las obligaciones de un proveedor con arreglo al [art. 24 o al art. 28.1 LIA] o a un usuario, que exhiba las pruebas pertinentes que obran en su poder sobre un determinado sistema de IA de alto riesgo del que se sospeche que ha causado daños, pero cuya solicitud haya sido denegada, o a petición de un demandante, para ordenar la

exhibición de dichas pruebas a estas personas. En apoyo de esta solicitud, el demandante potencial deberá presentar hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de una demanda de indemnización por daños y perjuicios».

La Propuesta de Directiva pretende que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, a petición del demandante, para pedir la exhibición de pruebas sobre el sistema de alto riesgo de IA. Y para que el demandante pueda pedir dicha exhibición de documentos, este deberá presentar hechos y pruebas suficientes para sustentar la demanda. Este precepto genera un problema, porque: ¿Cómo se puede probar con hechos y pruebas suficientes que ha habido un daño, para pedir la exhibición de pruebas suficientes para demostrar la culpa del agente dañoso? Podemos pedir la exhibición de pruebas para demostrar un daño y la culpa del agente dañoso²⁷, pero si para poder pedir esas pruebas necesitamos previamente demostrar el daño, el precepto no proporciona muchas ventajas, resultando confuso en este aspecto y poco esclarecedor.

5.2.2. La presunción de la relación de causalidad

La Directiva para los sistemas de alto riesgo en el considerando 26 en su Exposición de motivos señala la dificultad de demostrar el nexo causal.

«Puede resultar difícil para los demandantes probar que existe un nexo causal entre dicho incumplimiento y la información de salida producida por el sistema de IA o la no producción de una información de salida por parte del sistema de IA que haya dado lugar a los daños en cuestión».

La presunción refutable de la relación de causalidad requiere la presentación de pruebas para demostrar la relación causal, en este caso de responsabilidad en caso de la culpa va unida a la orden de la exhibición de pruebas. Una vez que se ha realizado dicho requerimiento si el demandado incumple, es el momento en que entra en juego la presunción del nexo causal, según el art. 3.5.

«Cuando un demandado incumpla la orden de un órgano jurisdiccional nacional en una demanda por daños y perjuicios de exhibir o conservar las pruebas que obran en su poder con arreglo a los apartados 1 o 2, el órgano jurisdiccional nacional presumirá el incumplimiento por parte del demandado de un deber de diligencia pertinente»

En la Propuesta de Directiva se presume el nexo causal, pero el elemento nuclear para esta presunción es la culpa. Siguiendo las condiciones del art. 3 se debe demostrar el incumplimiento de la obligación de exhibir documentos, que el nexo sea

27 Establecer normas sobre la divulgación de pruebas pertinentes por parte de los sujetos que tienen la obligación de exhibir documentos, a los efectos de determinar la responsabilidad como dice, D'ALFONSO, G., «Intelligenza Artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pág. 187. DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.06>.

razonablemente probable²⁸ y que se haya demostrado que, la falta de la información causó los daños.

Es esencial comentar el apartado 5 del art. 3, puesto que en primer lugar se explica la culpa de la misma forma que en el Código Civil, como un «*incumplimiento por parte del demandado de un deber de diligencia pertinente*»²⁹. Este precepto nos viene a decir que en caso de no exhibir los documentos y pruebas que se encuentren en poder de alguno de los tres sujetos obligados a mostrar estos documentos (tanto el proveedor como la persona sujeta a las obligaciones del proveedor y el usuario), se presumirá por tanto que cualquiera de estos ha incumplido el deber de diligencia que afecta a todos ellos.

La Comisión descarta imponer directamente la inversión de la carga de la prueba de la culpa para evitar exponer a los proveedores, operadores y usuarios de sistemas de IA a mayores riesgos de responsabilidad, lo que podría obstaculizar la innovación en productos y servicios habilitados para IA. Como dice NAVAS NAVARRO, «la Propuesta de Directiva de responsabilidad civil intenta aliviar la carga de la prueba, pero más bien poco y lo hace forzando el régimen de la responsabilidad por culpa que conocen los sistemas jurídicos internos para evitar acudir al régimen de responsabilidad objetiva»³⁰.

5.2.3. La inclusión del sistema de culpa

La presente Propuesta de Directiva sobre a la adaptación de normas de responsabilidad civil en materia de IA de 2022 intenta facilitar la transposición de normas a los sistemas de responsabilidad por culpa de los distintos ordenamientos nacionales³¹. No menciona el sistema de riesgo que se debe utilizar para armonizar la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea. Solo pone su foco en la existencia de la responsabilidad por culpa³² que se aplica en los Estados miembros.

28 Se considerada razonablemente probable en función de las circunstancias en las que se produjo el daño. Para explicar cómo puede ser razonablemente probable la directiva utiliza el siguiente ejemplo, *puede considerarse razonablemente probables que la culpa ha influido en la información de la salida o producción de información cuando dicha culpa consista en incumplimiento del deber de diligencia con respecto a la limitación del perímetro de funcionamiento del sistema de IA y los daños se haya producido fuera del perímetro de funcionamiento.*

29 Este artículo utiliza la misma explicación de la culpa que nuestro art. 1104 CC «*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*».

30 NAVAS NAVARRO, S., «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de Inteligencia Artificial», *Revista CESCO de derecho de Consumo*, nº44 2022, pág. 39.

31 La directiva olvida completamente la responsabilidad objetiva que se propone en la Resolución con la Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020.

32 Llama la atención que la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, enfoque el sistema de responsabilidad sobre la subjetividad o sistema por culpa, pues la eliminación del sistema objetivo o sin culpa determina que en ocasiones pueda ser una *probatio diabólica*. RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «*The robot as a defective product and civil liability*», *Derecho Digital e Innovación*, nº14, *La Ley*, 2022, pág. 7.

Esta Propuesta de Directiva parte de la responsabilidad subjetiva que existe en los ordenamientos nacionales, intenta aumentar la seguridad jurídica y se centra en las normas sobre carga de la prueba. Como dice GOMEZ LIGÜERRE, el plantear una responsabilidad subjetiva para los daños generados por los sistemas de Inteligencia Artificial genera problemas en la aplicación de la responsabilidad objetiva a los daños causados por productos defectuosos. Si ambos textos (tanto la Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos como la Propuesta de Directiva relativa a la Adaptación de las normas de responsabilidad en materia de IA) entran en vigor, pueden producirse contradicciones³³.

Como se expone en su considerando 17, hay una gran dificultad para identificar a los sujetos que participan en el desarrollo de los sistemas de IA de alto riesgo, por parte de quien se ha visto perjudicado por estos sistemas. Como medida para paliar estas dificultades, y poder determinar e identificar a los responsables, la Propuesta de Directiva concede a los potenciales demandantes el derecho a solicitar a los órganos jurisdiccionales la exhibición de documentos a la que ya se ha hecho referencia.

El objetivo de la Propuesta de Directiva es aumentar el nivel de protección del perjudicado mediante una presunción de la relación de causalidad. Tras explicar en el precepto tercero la exhibición de los documentos, en el art. 4 es cuando se conjugan tanto la presunción de la relación de causalidad como la de la culpa. El artículo aplica esta doble la presunción bajo una serie de condiciones:

- a) La primera condición, se remite de nuevo al art. 3.5 y a la presunción del nexo causal por parte del órgano jurisdiccional.
- b) La segunda condición es que se considere “razonablemente probable” según las circunstancias del caso la influencia de la culpa.
- c) La tercera, que el demandante haya demostrado que la información de salida producida por el sistema de IA, o la no producción de una información fue la causa de los daños.

La atribución de la culpa a los diferentes sujetos responsables de alto riesgo. El propio art. 4 diferencia las obligaciones de los proveedores, de las personas sujetas a las obligaciones del proveedor y de los usuarios.

Primero, en lo relativo a las obligaciones específicas para los proveedores y las personas sujetas a las obligaciones del proveedor de sistemas de IA de alto riesgo, se señalan los siguientes posibles incumplimientos:

- a) El sistema de IA es un sistema que utiliza técnicas que implican el entrenamiento de modelos con datos y que no se ha desarrollado a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplen los criterios de calidad expuestos en el [Art. 10.2 a 4 LIA].

³³ GOMEZ LIGÜERRE, C., «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *Indret*, nº3, 2022, pág. 5.

- b) El sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que cumpla los requisitos de transparencia establecidos en [Art. 13 LIA].
- c) El sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que permita una vigilancia efectiva por personas físicas durante el período de utilización del sistema de IA de conformidad con el [Art. 14 LIA].
- d) El sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que, a la luz de su finalidad prevista, alcance un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad de conformidad con [Art. 15 y 16, a) LIA].
- e) No se han adoptado de forma inmediata las medidas correctoras necesarias para poner el sistema de IA en conformidad con las obligaciones establecidas en el [título III, capítulo 2 LIA] o para retirar del mercado o recuperar el sistema, según proceda, de conformidad con el [Art. 16.G), y art. 21 LIA].

En cambio, en las demandas de responsabilidad contra usuarios por daños causados a terceros por la utilización de una IA, el demandante debe demostrar que:

- a) El usuario no cumple con sus obligaciones de utilizar o supervisar el sistema de IA de conformidad con las instrucciones de uso adjuntas [art. 29 LIA].
- b) El usuario expuso al sistema de IA a datos de entrada bajo su control que no eran pertinentes habida cuenta de la finalidad prevista del sistema con arreglo al [art. 29.3, LIA].

Como podemos ver claramente son mucho más exigentes todas las condiciones para los proveedores y personas sujetas a obligaciones del proveedor que las condiciones dirigidas contra los usuarios.

5.2.4. La modulación de la presunción de la relación de causalidad

La Propuesta de Directiva relativa a la adaptación normas de responsabilidad civil de los sistemas IA de alto riesgo en el apartado cuarto del artículo cuatro dispone que la presunción no se aplicará cuando el demandado demuestre «que el puede acceder razonablemente a pruebas y conocimientos especializados suficientes para demostrar el nexo causal mencionado en el apartado 1», y no lo ha hecho, es decir, en los casos en que el nexo causal es evidente.

En el caso de las demandas por daños y perjuicios relacionadas con sistemas de IA que no sean de alto riesgo (o de bajo riesgo), la modulación de la presunción aparece en el art. 4.5 de la Propuesta. Para el caso de las demandas por daños relacionados con sistemas de IA de bajo riesgo, la presunción establecida en el art.4.1 de la Propuesta de Directiva solo se aplicará cuando el órgano jurisdiccional considere excesivamente difícil para el demandante demostrar el nexo causal mencionado en el propio art. 4.1.

Existe una modulación de la presunción de la relación de causalidad también cuando se considera difícil demostrar del nexo causal. El mismo art. 4 en su número

6 establece una modulación de la presunción por la utilización de sistemas de IA de carácter no profesional. La presunción solo se aplica por dos razones, la primera, si ha habido una interferencia sustancial en el funcionamiento del sistema de IA que haya sido determinante del daño, y la segunda, cuando el demandado estuviese en condiciones de determinar el funcionamiento del sistema de IA para evitar el daño, y no lo haya hecho. El último apartado del propio art. 4 establece que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* es decir que cabe prueba en contrario.

5.2.5. La cláusula de revisión de la responsabilidad

La Propuesta de Directiva afirma que en el plazo de 5 años se debe revisar la normativa para evaluar la idoneidad de las normas de responsabilidad por culpa. Como dice el art. 5, la Comisión presentará un informe al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social en el que evalúe los objetivos de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por IA cinco años después de su transposición. Por lo tanto, la Propuesta de Directiva de responsabilidad de AI propone dejar la puerta abierta para futuros desarrollos legislativos. En particular, esa revisión debe examinar si es necesario crear normas de responsabilidad sin culpa.

Dicha revisión deberá considerar, en particular, los riesgos que implican daños a valores humanos importantes, como la vida, la salud, la intimidad causados por la operación sobre productos o servicios equipados con IA, así como el desarrollo de soluciones apropiadas en el mercado de seguros para el resarcimiento de dichos daños. Como dice PUIG BLANES, esta Propuesta de Directiva se encuentra dividida en dos Fases, una primera fase donde la Propuesta de Directiva actual incluye las normas de exhibición de pruebas en sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo y la carga de la prueba en demandas por responsabilidad extracontractual subjetiva. Y la segunda fase, donde tras evaluación a los cinco años del periodo de transposición (de dos años), se expone un posible planteamiento de responsabilidad objetiva y aseguramiento³⁴.

Como podemos observar, esta Propuesta de Directiva y su intención de transponer una evolución hacia una responsabilidad objetiva, es difícil que tenga éxito. En primer lugar, porque no ha considerado la Resolución del Parlamento Europeo con la Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020, que habla de la posibilidad de la responsabilidad objetiva sólo en sistemas de IA de alto riesgo, y aplica un sistema de presunciones del nexo causal en sistemas de responsabilidad por culpa. En segundo lugar, porque si se continua en el futuro la intención de aplicar un sistema objetivo y se mantuviese la presunción de causalidad, podremos ver cómo dicha presunción de la relación de causalidad, aplicando la culpa, nos llevará a una irresoluble

34 PUIG BLANES, F., «La responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba. Jurisprudencia del tribunal supremo en materia de imputación objetiva» 3º Ponencia XXVI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, 23-24 de Marzo de 2023, pág. 23.

contradicción, donde se intentará compaginar un elemento culpabilístico subsumido en una responsabilidad objetiva.

6. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA PRESUNCIÓN DE LA CULPA EN LAS NORMAS EUROPEAS

Si llegásemos a aplicar una responsabilidad objetiva en el ámbito de la Propuesta de la Directiva de adaptación de la responsabilidad en materia de IA, esto nos llevaría a encontrarnos ante reglas totalmente *panobjetivistas*, como dice MEDINA ALCOZ: «el panobjetivismo se esfuerza en explicar objetivamente responsabilidades materialmente subjetivas. Es decir, el panobjetivista admite que la Administración no responda patrimonialmente cuando el personal ha actuado correctamente»³⁵. Si bien es cierto que el autor se refiere al desarrollo de los sistemas a nivel nacional, podemos comparar claramente lo que está surgiendo en el ámbito europeo y probar cómo dentro de una responsabilidad que podríamos considerar objetiva subyace el elemento de la culpa. Este autor, para el ámbito sanitario y la responsabilidad administrativa subsiguiente, nos explica cómo los tribunales aplican la responsabilidad patrimonial, que es objetiva, pero subsumiendo dentro de la misma el concepto de culpa como infracción de la *lex artis*: «responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria»³⁶. Evidentemente si ha existido una actuación no diligente es que ha habido culpa.

Tomando la comparación entre ambas propuestas europeas (tanto la Propuesta sobre productos defectuosos como la Propuesta relativa a la adaptación de las normas sobre responsabilidad en materia de IA), en la responsabilidad objetiva de los sistemas de alto riesgo al excluirse la culpa, el agente dañoso respondería independientemente de la actuación diligente. Pero es en la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de la responsabilidad en materia de IA de 28 de septiembre de 2022 donde se desenmascara el verdadero sistema que persigue esta normativa, que justifica la responsabilidad por medio del elemento subjetivo, como acabamos de ver sucede en el ámbito administrativo.

Aplicando la analogía de lo que ocurre con la Administración y su responsabilidad patrimonial, podemos explicar cómo en la Propuesta de Directiva de adaptación de las normas de responsabilidad civil, en su art. 3.5 subyacería el elemento real de la culpa (como “incumplimiento de un deber de diligencia”).

³⁵ MEDINA ALCOZ, L., «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011». *Revista española de derecho administrativo*, 2012, nº 153, pág. 160.

³⁶ MEDINA ALCOZ, L., «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, nº 213, 2020, pág. 80.

La solución tomada por la Propuesta de Directiva es comprensible, intenta presumir el nexo causal e invertir la carga de la prueba³⁷, pero es en su fundamentación teórica donde se confunde. Como podemos ver, intenta aplicar elementos subjetivos a supuestos que debería aplicar directamente un sistema objetivo. Si estableciéramos el cambio de la presunción de la culpa, por una presunción del nexo causal con la actividad presuntamente dañosa, según el nivel de riesgo que existe de los sistemas de IA, evitaríamos dicho elemento culpabilístico. Esto sería conforme con la distinción de diferentes niveles de riesgo en los sistemas de IA.

Resumiendo, con la aplicación de un sistema objetivo apoyándonos en la Propuesta de Reglamento que contiene la Resolución del Parlamento de 20 de octubre de 2020, para los sistemas de alto riesgo procedería utilizar un criterio de atribución de la responsabilidad objetiva o por riesgo, por lo que se daría lugar a una inversión automática de la carga de la prueba. La única posibilidad para seguir coherentemente la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA con la presunción del nexo causal en caso de culpa es corregir la presunción de la culpa, trasladar la presunción de la culpa en la relación de causalidad por una presunción del nexo causal en el caso de una actividad de riesgo que utiliza un sistema de IA: Eliminar el elemento culpabilístico por la actividad de riesgo que genera el daño. Es entonces donde se podrían aplicar claramente los elementos de responsabilidad y cabría imputar la responsabilidad por riesgo, siendo esta derivada de la actividad peligrosa que crean los operadores de sistemas de inteligencia de alto riesgo.

7. LA NECESIDAD DE RETOMAR EL CONCEPTO DE OPERADOR

El concepto de operador recibe distintos contenidos en los textos europeos. Así, en la Resolución con la Propuesta de Reglamento sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA de 20 de octubre de 2020 propone que el

37 Esta posición acerca de invertir la carga de la prueba viene a raíz de la imposibilidad que tienen en muchas ocasiones los demandantes de probar el nexo causal entre el daño y lo que podríamos decir como la acción de los sistemas de IA. Ya en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica de 19 de febrero de 2020, se plantea la posibilidad de invertir la carga de la prueba en los sistemas de IA. Pero esta inversión tiene su razón de ser a raíz de la Directiva 85/374/CEE sobre productos defectuosos, en la responsabilidad por productos defectuosos no puede hablarse de culpa por el carácter objetivo que la caracteriza, ZURITA MARTÍN, I., «La propuesta de reforma legislativa del libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021, pág. 466. Pero el problema que afecta a la Propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2022 no es la inversión de la carga de la prueba, sino la negativa por la parte demandada a presentar pruebas, y a la dificultad de la parte actora de probar el nexo causal, presumiendo la culpa del demandado.

sujeto responsable sea el *operador*, tanto inicial como final³⁸, definiéndolos de la siguiente manera:

Art. 3.f) Operador inicial, «*toda persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología y proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA*»,

Art. 3.e) Operador final, «*toda persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento*».

A la hora de introducir al operador y final como sujetos responsables de los sistemas de IA de alto riesgo, el art. 4.4 de la Propuesta de Reglamento 20 de octubre de 2020, entiende que ambos operadores (final e inicial) deberán garantizar que los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil. Las operaciones de los sistema de IA de alto riesgo, además, deberán ser garantizadas solidariamente por ambos operadores³⁹. Según considera NAVAS NAVARRO la Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020, serán responsables: a) la persona que principalmente decide y se beneficia del uso de la tecnología y b) la persona que define continuamente las características de la tecnología y proporciona soporte esencial y continuo como, por ejemplo, datos, ejerciendo un grado de control asociado al funcionamiento del sistema⁴⁰. El elemento fundamental sigue siendo el “ejercicio del control”, cualquier acción que influya en el funcionamiento del sistema de IA.

Ahora bien, la propia Propuesta de Reglamento establece que en casos especiales no sería de aplicación esta Propuesta. Si el operador inicial, es también productor en el sentido de lo establecido en la Directiva 85/374/CEE sobre productos defectuosos⁴¹, la normativa aplicable en materia de responsabilidad será la establecida en este último texto legal⁴². Es decir, el sujeto que es productor y operador inicial, se someterá bajo el régimen de la Directiva 6/374/CEE. Sin embargo, en el caso del operador final a diferencia del supuesto anterior prevalecerá la Propuesta de Reglamento⁴³. El último inciso de este precepto establece que si hubiera solo un operador y dicho operador fuera también el productor del sistema de IA, prevalecerá

38 Considerando 12 Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020.

39 Art. 11 y 12 de la Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020.

40 NAVAS NAVARRO, S., «Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial, especial atención a su futura regulación», *Comares*, nº 31, Granada, 2022, pág. 56.

41 Artículo 3.1 Directiva 85/374/CEE. «*Se entiende por «productor» la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto*».

42 PLATERO ALCÓN, A., «Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de inteligencia artificial: especial referencia al algoritmo de recomendaciones de Netflix», *Ius et scientia*, Vol. 7, nº1, Sevilla, 2021, pág. 142.

43 Artículo 11 sobre responsabilidad solidaria de la Propuesta de 20 de octubre de 2020.

el presente Reglamento. Vemos por tanto que esta diferenciación entre operador inicial y final parece ir referida a quienes en otros ámbitos se denominan como fabricante o proveedor y utilizador del sistema, respectivamente. Esta idea es la que lleva a la aplicación de la normativa sobre productos defectuosos al operador inicial, pero naturalmente quedan fuera los casos en los que el daño no se deba a defecto del producto, supuesto en el que la responsabilidad se guiará por lo previsto en la Propuesta de Reglamento 2020. Esta idea también incide en los distintos tipos de seguro que uno y otro operador tendrían que contratar, ya fuera un seguro de responsabilidad profesional o uno de producto.

Por otro lado, la Propuesta de Reglamento a la hora de referirse al operador, inicial o final, de sistemas de IA de bajo riesgo, establece en el art. 8.1 un sistema basado en la culpa o cuasi objetivo, al establecer la inversión de la carga de la prueba. Esta Propuesta obliga a los operadores a demostrar que ha actuado con la debida diligencia, *“El operador (tanto inicial, como final) de un sistema de IA que no constituya un sistema de IA de alto riesgo, estará sujeto a responsabilidad subjetiva respecto de todo daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por el sistema de IA”*.

Visto lo anterior, sin embargo la nueva Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos de 2022, en vez de referirse a operador inicial y operador final comienza a hablar de operador económico, que define del siguiente modo:

“operador económico”: el fabricante de un producto o componente, el proveedor de un servicio conexo, el representante autorizado, el importador, el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia o el distribuidor (art. 4.16 Propuesta de Directiva sobre Productos Defectuosos).

Mientras que la Propuesta de la Directiva relativa a la adaptación de normas sobre responsabilidad en materia de IA de 28 de septiembre 2022 olvida directamente el concepto de operador y se dirige contra tres sujetos diferentes: el proveedor, la persona sujeta a las obligaciones del proveedor y el usuario.

Veamos así que esta Propuesta de Directiva para definir los sujetos se remite a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Es esta ley la que diferencia entre:

Art. 3.2 LIA “proveedor”: *toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que desarrolle un sistema de IA o para el que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita.*

Art. 24 LIA “La persona sujeta a las obligaciones del proveedor”: *Cuando un sistema de IA de alto riesgo asociado a productos a los que se apliquen los actos legislativos mencionados en el anexo II, sección A, se introduzca en el mercado o se ponga en servicio junto al*

producto fabricado con arreglo a dichos actos legislativos y con el nombre de su fabricante, este será el responsable de que el sistema de IA de que se trate cumpla lo dispuesto en el presente Reglamento y, por lo que al sistema de IA se refiere, tendrá las mismas obligaciones que este Reglamento impone al proveedor.

Art. 3.4 LIA “usuario”: toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional.

Para evitar esta imprecisión conceptual, desde un punto de vista utilitario, para una mejor gestión de la responsabilidad, debería retomarse la distinción entre “operador inicial” y “operador final”. La Comisión se ha apartado de la incorporación de operador inicial y operador final en las nuevas propuestas. NAVAS NAVARRO explica esta situación señalando que si el producto fuera un sistema de IA que no se encontrase dentro de la esfera de control del fabricante, en este caso que conllevaría que la víctima del daño debería ejercitar su acción por daños de reclamación contra aquel operador que hubiera suministrado los nuevos datos, o hubiera influido sobre el sistema de IA, en virtud de las normas sobre productos defectuosos. Pero sin embargo, para dirigirse contra el usuario del sistema, la acción por daños se tendría que fundamentar en la culpa de aquél⁴⁴.

En conclusión, tal y como he dicho, si la nueva Propuesta europea sobre responsabilidad en materia de IA deja la puerta abierta a una revisión de la responsabilidad objetiva, también tendrá que dejarla abierta para retomar el concepto de operador, para las reclamaciones contra el operador combinadas con un seguro obligatorio para los sistemas de IA, como sugiere la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020.

8. CONCLUSIONES

Como conclusión general se puede utilizar el título del comentario recientemente publicado por NAVAS NAVARRO al que ya me he referido, porque «seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de IA de alto riesgo».

La Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial, de 28 de septiembre de 2022, busca abordar los desafíos legales y de responsabilidad que surgen con la creciente utilización de sistemas de inteligencia artificial. Uno de los problemas que aborda esta Directiva es la dificultad de probar el nexo causal en casos de daños causados por sistemas de IA.

⁴⁴ NAVAS NAVARRO, S., «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *op. cit.*, págs. 1-5.

Para abordar este problema, esta Propuesta establece la aplicación de la presunción de la relación de causalidad, lo que significa que se presume que existe un nexo causal.

La Propuesta de Directiva marca diferentes condiciones y obligaciones para los proveedores, personas sujetas a las obligaciones del proveedor y usuarios de sistemas de IA de alto riesgo. Además, se modula la presunción de la relación de causalidad en casos específicos, como cuando el demandado puede acceder a pruebas y conocimientos especializados para demostrar el nexo causal.

La Propuesta de Directiva prevé una revisión de las normas de responsabilidad por culpa en un plazo de cinco años, con la posibilidad de considerar la adopción de normas de responsabilidad objetiva en el futuro. Si llegásemos a aplicar una responsabilidad objetiva en el ámbito de la Propuesta de la Directiva de adaptación de la responsabilidad en materia de IA, manteniendo la presunción del nexo causal, nos llevaría a encontrarnos ante reglas totalmente panobjetivistas, porque subyacería un elemento culpabilístico en un régimen de responsabilidad objetiva.

Junto con la Propuestas de Directiva de Productos Defectuosos no se han solucionado del todo los problemas de responsabilidad civil en sistemas de Inteligencia Artificial. Podemos ver cómo se ha intentado dar soluciones, pero los métodos utilizados presentan defectos aparentes que pueden plantear dificultades en su aplicación.

Cabe destacar así en primer lugar, cómo la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA de 2022 no ha tomado en consideración utilizar la responsabilidad objetiva para sistemas de alto riesgo, que aparece en la Propuesta de Reglamento de 20 de octubre de 2020. Aplicar un régimen de responsabilidad objetiva a los sistemas de IA sería lo más adecuado puesto que nos encontramos con una actividad que claramente crea un riesgo. Quien origina un riesgo debe tener control sobre dicho riesgo, y por lo tanto quien debe pechar por las consecuencias de la creación de este riesgo. Además, es lo adecuado desde el punto de vista del análisis del derecho, si la actividad de riesgo generar más pérdidas por indemnizaciones que beneficios no vale la pena.

Con la interpretación de la Propuesta de 28 de septiembre de 2022 sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial y su aplicación de una presunción del nexo causal por culpa aplicada a régimen de culpa para los sistemas de IA de alto riesgo, aparece un problema sustancial cuando se intente aplicar la presunción del nexo causal a regímenes de riesgo. Podríamos observar cómo dentro de la responsabilidad objetiva se aplique la culpa, es decir dentro de sistemas diseñados como puramente objetivos no debería considerarse la culpa, y pese a ello aparece subsumida la culpa dentro de la presunción de la relación de causalidad.

La única posibilidad aceptable es eliminar el elemento de culpabilidad del nexo causal como ya he indicado anteriormente. Si estableciéramos el cambio de la presunción de la culpa, por una presunción del nexo causal con la actividad presuntamente dañosa, según el nivel de riesgo que existe de los sistemas de IA, evitaríamos dicho

elemento culpabilístico. Esto sería conforme con la distinción de diferentes niveles de riesgo en los sistemas de IA.

Aparte de establecer un régimen adecuado de responsabilidad civil, es importante reunificar el concepto de los sujetos responsables, para lo cual hay que abandonar los conceptos surgidos de las nuevas Propuestas, tanto La nueva Propuesta de Directiva sobre productos defectuosos de 2022, que habla de operador económico, como la Propuesta de la Directiva relativa a la adaptación de normas sobre responsabilidad en materia de IA.

Como esta Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de normas sobre responsabilidad en materia de IA que se dirige contra tres sujetos diferentes: el proveedor, la persona sujeta a las obligaciones del proveedor y el usuario, pero ante esta diversificación de sujetos responsables, creo que debería retomarse el concepto de “operador inicial” y “operador final” como ya se ha señalado anteriormente, combinados con un seguro obligatorio, para garantizar realmente que las reclamaciones por los daños generados por IA sean resarcidos de la forma correcta.

9. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N., «Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», en *Tratado de responsabilidad civil, II*, (coord. Reglero Campos, L. F., y Busto Lago, J. M.), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2013.

ÁLVAREZ OLALLA, P., «Propuesta de reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº38, 2021.

BUSTO LAGO, J.M. y REGLEROS CAMPOS, F., *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

D'ALFONSO, G., «Intelligenza Artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022. DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.06>

GOMEZ LIGÜERRE, C., «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos» *Indret*, nº3, 2022.

MEDINA ALCOZ, L., «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011». *Revista española de derecho administrativo*, 2012, nº 153.

«El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, nº 213, 2020.

- NAVAS NAVARRO, S., «Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial, especial atención a su futura regulación» *Comares*, nº31, Granada, 2022.
- NAVAS NAVARRO, S., «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de Inteligencia Artificial» *Revista CESCO de derecho de Consumo*, nº 44, 2022.
- NAVAS NAVARRO, S., «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Octubre, 2022.
- PLATERO ALCÓN, A., «Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de inteligencia artificial: especial referencia al algoritmo de recomendaciones de Netflix», *Ius et scientia*, vol. 7, nº 1, Sevilla, 2021
- PUIG BLANES, F., «La responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba. Jurisprudencia del tribunal supremo en materia de imputación objetiva», 3º Ponencia XXVI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, 23-24 de Marzo de 2023.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «The robot as a defective product and civil liability», *Derecho Digital e Innovación*, nº14, La Ley.
- ZUBIRI DE SALINAS, M., «Responsabilidad y consumo: pasado, presente y futuro de un régimen especial de RC» 5º Ponencia XXVI Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, 23-24 de marzo de 2023.
- ZURITA MARTÍN, I., «La propuesta de reforma legislativa del libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021.

El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas


Consent to sexual relations. An analysis of its meaning and the variables involved

JESÚS DE LA TORRE LASO

Profesor Ayudante Doctor de Psicología Social

Universidad de Salamanca (España)

jesustl@usal.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9221-4027>

Resumen: El estudio del consentimiento sexual está muy presente en las investigaciones sobre los delitos sexuales, porque es el aspecto central para reconocer si una relación ha sido aceptada o, por el contrario se considera una agresión sexual. El modelo de consentimiento afirmativo promulgado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual describe la obligación de prestar una voluntad clara para considerar que una relación sexual es consentida. No obstante, el consentimiento no tiene una definición clara, y es un asunto complejo que tienen muchos matices, aristas y variables que la literatura científica ha tratado de analizar. La forma en que las personas perciben las señales de los demás durante este proceso es un aspecto importante del consentimiento. Los hallazgos han mostrado que el consentimiento sexual puede expresarse mediante comunicación verbal o no verbal, de manera directa o indirecta. En algunos contextos, además, se ha considerado que la actitud pasiva también puede expresar un consentimiento. Las investigaciones han evidenciado que existe una discrepancia entre los elementos requeridos en las disposiciones legales, de la forma en la que las personas participan en sus relaciones sexuales. El presente artículo describe la situación actual de la

Recepción: 03/07/2023

Aceptación: 15/11/2023

Cómo citar este trabajo: DE LA TORRE LASO, Jesús, “El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 277-292, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.10>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 277-292

investigación sobre cómo las personas se involucran en el “consentimiento sexual” con el objetivo de servir como referencia para el diseño de estrategias de divulgación e investigaciones futuras.

Abstract: *The study of sexual consent is very present in research on sexual crimes, because it is the central aspect to recognise whether a relationship has been accepted or, on the contrary, is considered a sexual assault. The model of affirmative consent enacted by Organic Law 10/2022 of 6 September on the comprehensive guarantee of sexual freedom describes the obligation to provide a clear will in order to consider a sexual relationship as consensual. However, consent has no clear definition, and is a complex issue with many nuances, edges and variables that the scientific literature has tried to analyse. How people perceive each other's cues during this process is an important aspect of consent. Findings have shown that sexual consent can be expressed through verbal or non-verbal communication, directly or indirectly. In some contexts, moreover, it has been considered that a passive attitude can also express consent. Research has shown that there is a discrepancy between the elements required in legal provisions and the way in which people engage in sexual relationships. This article organises an overview of research on how people engage in “sexual consent” with the aim of serving as a reference for the design of outreach strategies and future research.*

Palabras clave: consentimiento sexual, libertad sexual, comunicación, relaciones sexuales, agresión sexual.

Keywords: *sexual consent, sexual freedom, communication, sexual relations, sexual assault.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS FACTORES DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL. 3. OTROS FACTORES QUE MODIFICAN EL CONSENTIMIENTO SEXUAL 3.1. El género. 3.2. Historia de pareja. 3.3. El consumo de alcohol. 4. LA FALTA DE RESPUESTA COMO CONSENTIMIENTO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la violencia sexual está muy presente en la sociedad actual a pesar de que representa una parte muy pequeña de todos los delitos cometidos en nuestro país¹.

Por otro lado, el creciente aumento de los episodios de violencia sexual pone en evidencia el aumento del interés y la preocupación por parte de la ciudadanía, tanto en el ámbito social, como el político, educativo, etc.. Las noticias sobre hechos diferentes de violencia sexual recogidas por los medios de comunicación y los movimientos sociales surgidos tras algunos episodios han removido la conciencia y el interés de

¹ Los datos estadísticos indican que el 0,94% de todos los condenados en España, corresponden con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (CGPJ, 2022).

los investigadores, que mantienen su empeño en analizar y estudiar las aristas de este fenómeno delictivo y que, como fin último, pretende reducir o limitar este tipo de delitos. Quizá, porque los episodios de violencia sexual suponen un ataque a uno de los aspectos más profundos de la libertad del ser humano (su libertad sexual), lo cierto es que existe una gran sensibilidad hacia las víctimas y hacia este tipo de comportamientos.

El mundo jurídico tampoco es ajeno a estos movimientos y realidades. Los últimos cambios legislativos propuestos han puesto en valor que la preocupación por castigar a los agresores y proteger a las víctimas es una prioridad actual de la sociedad. También, las acusaciones a la resistencia judicial² para aceptar e incorporar en sus resoluciones la ideología de la nueva normativa demuestran que la violencia sexual representa algo más que un delito.

Desde el punto legal, la violencia sexual está indisolublemente ligada al consentimiento sexual ya que se reconoce que todo contacto sexual violento, por definición, se refiere al que ocurre sin consentimiento explícito (JOZKOWSKI & PETERSON, 2013).

El consentimiento sexual ha adquirido una importancia práctica para las interacciones cotidianas y ha sido el centro de multitud de estudios y de numerosos debates intelectuales y dialécticos que se han prodigado en los últimos años (Corroza, 2022). Así mismo, ha motivado el desarrollo de numerosos artículos e investigaciones y ha ganado un impulso político, moral y legal en todo el mundo, sobre todo a través del movimiento #metoo, que ha convertido las prácticas éticas de consentimiento en un componente crucial en la prevención de la violencia sexual (MAGNUSSON & STEVANOVIC, 2023).

A pesar de que no existe una definición clara y universalmente aceptada sobre el consentimiento sexual, la ONU recomienda que dicha definición consiga una “acuerdo inequívoco y voluntario” (ONU, 2010). Las diferentes leyes han ido conformando una conceptualización, y de manera general, se define el consentimiento sexual como *la voluntad discrecional, sobria y consciente de participar en un comportamiento sexual particular con una persona particular dentro de un contexto particular* (WILLIS & JOZKOWSKI, 2019).

El consentimiento sexual es el indicador determinante para calificar si una relación es forzada y, potencialmente, sancionable, las modificaciones legales lo han situado en el foco de los debates. En España, con el cambio realizado en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se opta por un modelo de consentimiento afirmativo y positivo (solo sí es sí) para entender qué se entiende por consentimiento, ya que lo contrario se reconoce como agresión sexual, contemplada en el 178.1 CP.

2 EL PAÍS (2022). <https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html>

Los partidarios del consentimiento afirmativo consideran que reconocer una comunicación de consentimiento válido basada en esta premisa pueden servir como una vía para desestabilizar la cultura generalizada de la violación (JAVIDI et al., 2022), para reducir los riesgos frente a la promoción de la positividad sexual (BERES, 2018), y para facilitar el movimiento hacia una sociedad sexualmente más positiva (MARCANTONIO et al., 2020).

Sin embargo, aunque parece que el consentimiento afirmativo resuelve la disyuntiva de qué procesos se pueden considerar o no como una agresión sexual, la ausencia de una definición uniforme sobre lo que significa el “consentimiento sexual” y las formas para recabar el mismo, no están del todo claras. El consentimiento sexual es un asunto complejo que tienen muchos matices, y promover el asunto del consentimiento como un hecho simplista (“sí es sí” o “no es no”) impide abordar las pluralidades que rodean a las creencias sociales y culturales y parece que no es un enfoque suficientemente eficaz para prevenir la violencia sexual (WILLIS & JOZKOWSKI, 2021). Uno de los matices viene dado por la forma en que se expresa ese consentimiento y la literatura sugiere que las tasas de comunicación de consentimiento afirmativo entre adultos jóvenes son bajas y, cuando se manifiesta, el consentimiento se expresa de forma indirecta y pasiva (HUMPHREYS & BROUSSEAU, 2010; JOZKOWSKI, PETERSON, SANDERS, DENNIS, & REECE, 2014).

Los investigadores han demostrado que muchos adultos jóvenes no tienen actitudes totalmente positivas para manifestar un consentimiento explícito en situaciones sexuales y, por ello, no piden ni dan un consentimiento sexual claro de manera directa en sus relaciones sexuales (HUMPHREYS & BROUSSEAU, 2010; SHAFER, ORTIZ, THOMPSON, & HUEMMER, 2018; SHUMLICH & FISHER, 2019).

Por lo tanto, es importante identificar los factores asociados a las actitudes y los comportamientos de consentimiento sexual. Comprender cómo las personas conceptualizan y se percibe el consentimiento sexual puede servir para diseñar estrategias sobre la educación sobre el consentimiento sexual. A lo largo del presente artículo se describirán las diferentes formas y percepciones que están implícitas en el consentimiento de las relaciones sexuales.

2. LOS FACTORES DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL

El acto de consentir representa la expresión libre y externa de la voluntad del sujeto. Consentir significa permitir, conceder a otro la oportunidad de llevar a cabo acciones contra otra persona o uno mismo, es decir, actuar sin oposición. Existe un consenso en afirmar que una actividad sexual no puede llevarse a cabo sin consentimiento, pero no hay un acuerdo claro sobre cómo debe mostrarse ese consentimiento.

Desde el punto de vista jurídico, la ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual determina que “sólo se entenderá que hay

consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Pero ¿cómo debe ser la expresión de voluntad? La jurisprudencia no tiene muy claro si el consentimiento debe manifestarse física o psíquicamente ya que según la STS 408/2007, de 3 de mayo: “*es necesario que la víctima muestre señales interpretables de consentimiento o, en su caso, la falta de él, pues en caso de que este no se exteriorizara podría originar un supuesto de «agresiones sexuales»*”. Es decir, el comportamiento debe estar exteriorizado a la vez que puede ser interpretable y es aquí donde caben otras señales que las evidenciadas por el consentimiento afirmativo. Por el contrario, los límites jurídicos que determinan que no hay un consentimiento sexual sí que están claros y se sitúan en los siguientes supuestos:

- Cuando media violencia o intimidación sexual. Desde la LO 10/22 ya no será necesario que concurren conductas como la violencia o la intimidación para considerar que se ha cometido un delito de agresión sexual, ya que ahora lo es esencial es la muestra de consentimiento por parte de la víctima.
- Si la persona sobre la que se comete la agresión sexual se encuentra privada de sentido. Ejemplos de estas situaciones son las situaciones de inconsciencia, estar bajo el efecto de las drogas, el alcohol o en las ocasiones en las que está dormida.
- Cuando, la voluntad de la víctima está anulada como consecuencia de la ingesta de alguna sustancia.
- Cuando el agresor obtiene el consentimiento de la víctima abusando de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima.

Para poder ahondar en la clarificación de lo que sí se puede determinar como consentimiento hay que describir no solo su significado sino las formas en las que se reconoce. Según Muehlenhard y colaboradores (2016) el consentimiento es un concepto multidimensional que se puede entender de 3 maneras: de forma implícita, como una percepción o sentimiento interno de voluntad, como la interpretación que una persona efectúa acerca de la voluntad de otra o de manera explícita como un acto externo de comunicación de la voluntad a otras personas.

El consentimiento como algo interno no es directamente observable, sino que es un pensamiento intrínseco de voluntad, que se recoge mediante las inferencias que realiza una persona acerca del comportamiento de otra y representa los sentimientos de aquellos que están dispuestos a tener relaciones sexuales. El consentimiento interno está representado por cinco sentimientos (Tabla 1). No obstante, este tipo de consentimiento “privado” plantea problemas a la hora de reconocer que una relación sexual fue consentida, pues en ausencia de una manifestación externa, el consentimiento interno no es suficiente para entender la aquiescencia de un comportamiento. Además, y debido a que las personas no conocen intuitivamente los sentimientos de los otros, el consentimiento sexual no puede conceptualizarse únicamente como una experiencia interna (HICKMAN & MUEHLENHARD, 1999). Aunque el aspecto

interno no dicta como se expresa el consentimiento, es un elemento clave para etiquetar una experiencia como consentida o, por el cambio, ser percibida como una agresión sexual.

Tabla 1: Aspectos del consentimiento interno.

- *Respuesta física*: latidos cardíacos rápidos, sonrojado, ansioso, acalorado, lujurioso, erecto/lubricado vaginalmente.
- *Comodidad/seguridad*: seguro, protegido, seguro, respetado.
- *Excitación*: excitado, interesado.
- *Acuerdo/querer*: consentido, acordado, querido, consensuado, deseado.
- *Disposición*: listo, seguro, dispuesto, consciente de mi entorno.

Extraído de MARCANTONIO et al. (2020).

Por el contrario, el consentimiento externo o explícito, es la manifestación de la voluntad y la expresión considerada favorable a participar en un acto sexual. Si partimos de la hipótesis de que el consentimiento sexual es un acto de comunicación, como tal, puede ser mostrada de diversas formas: directa o indirecta; verbal o no verbal. Los autores HICKMAN y MUEHLENHARD (1999) crearon una escala que medía cinco patrones o categorías para las señales del consentimiento externo:

- 1) Señales verbales explícitas: se refieren a las declaraciones verbales directas que se expresan para participar en un comportamiento sexual. Por ejemplo, manifestar abiertamente (decir sí) a participar en una relación sexual o preguntar ¿quieres tener sexo?
- 2) Señales verbales implícitas: declaraciones verbales que implican un interés o un acuerdo para participar en un comportamiento sexual (por ejemplo, pedir un preservativo, hablar de los sentimientos para tener relaciones sexuales o preguntar acerca de la postura inicial para el comportamiento sexual).
- 3) Señales no verbales explícitas: comportamientos o acciones que no son sexualmente explícitas como, por ejemplo, comenzar a quitarse la ropa.
- 4) Señales no verbales implícitas: comportamientos o acciones no verbales, sutiles que se pueden son percibidas como con interés para involucrarse en un comportamiento sexual, como por ejemplo, los tocamientos o caricias, gemidos, o posicionarse para prepararse para un comportamiento sexual aumentando el contacto físico (BERES, 2014).

- 5) Señales de ausencia de respuesta: no manifestar nada ante un comportamiento sexual y no parecer incómodo.

Es importante medir las percepciones de consentimiento a medida que se desarrolla un encuentro sexual porque las señales de consentimiento sexual tienden a preceder a los comportamientos sexuales consensuales. MUEHLENHARD et al. (2016) sugirieron que la acumulación de estas señales aumenta la probabilidad de que una persona esté dispuesta a participar en una interacción sexual. En otras palabras, el consentimiento sexual se puede conceptualizar como un proceso continuo y repetido que se construye y continúa a lo largo de un encuentro sexual consensuado (BERES, 2010, 2014).

Un grupo extenso de investigación sugiere que la comunicación activa, directa y verbal es más fácil de interpretar y minimiza el riesgo de una mala comunicación, en comparación con una comunicación no verbal, indirecta o pasiva (MUEHLENHARD et al., 2016). Investigaciones anteriores sugieren que cuando el consentimiento se expresa en términos más explícitos (es decir, con señales verbales), es más probable que las personas experimenten un encuentro sexual de mayor calidad (JOZKOWSKI, 2013). A pesar de ello, la comunicación no verbal, no suele ser la forma de expresión más habitual, ya que, las personas, sobre todo los jóvenes tienden a creer que la comunicación verbal sobre el sexo es poco realista (JOZKOWSKI et al., 2018; PETERSON et al., 2011) y se percibe cierta incomodidad en esa manera de expresar el consentimiento porque puede arruinar el momento (Curtis & Burnett, 2017; Edwards et al., 2022). Por tanto, el proceso de comunicación sexual inhibe un consentimiento explícito y se focaliza principalmente en señales no verbales o señales verbales implícitas (BALDWIN-WHITE, 2021; WILLIS & JOZKOWSKI, 2021).

3. OTROS FACTORES QUE MODIFICAN EL CONSENTIMIENTO SEXUAL

La teoría del guion sexual desarrollada por JOHN GAGNON y WILLIAM SIMON (SIMON, 2017) sugiere que los comportamientos sexuales se construyen y se interpretan a través de las creencias compartidas con otros, en la interacción social. Los guiones sexuales son una forma de representación que las personas crean para organizar los encuentros sexuales con otros y se vinculan con las biografías sexuales y las características socioculturales, sobre todo con aquellas que dejan una huella en la vida sexual y afectiva. Según esta teoría diferentes variables personales, como el género y las creencias sobre el comportamiento sexual estereotipado, o contextuales, como la intimidad en las relaciones o la presencia de elementos externos pueden distorsionar el consentimiento sexual.

Por tanto, pueden aparecer diferentes variables o factores que intervienen en esos guiones sexuales y pueden alterar o modificar la forma en la que se otorga y se percibe ese consentimiento.

3.1. El género

Los estudios sobre el consentimiento sexual han puesto de manifiesto que los hombres y las mujeres comunican las señales de manera diferente (JOZKOWSKI et al., 2017; WILLIS & JOZKOWSKI, 2021) sobre todo en la población joven o universitaria (MARCANTONIO et al., 2018) y en relación con la forma y el tipo de señales que se emiten y se perciben antes y durante el contacto sexual (Newstrom et al., 2021). Así, mientras que los hombres suelen ser más propensos a utilizar señales no verbales implícitas (indirectas) como los besos (JOHNSON & HOOVER, 2015; JOZKOWSKI et al., 2014), las mujeres tienden a utilizar señales de consentimiento verbal explícitas (p. ej. preguntar si se tiene un preservativo). Por otro lado, los hombres perciben que ciertos detalles (implícitos) como que una mujer le presta mucha atención, el contacto físico cercano y otros más situacionales como el traslado de un contexto a otro más íntimo (por ejemplo, salir de un bar a una casa o un dormitorio) corresponden con señales de consentimiento sexual (WILLIS & JOZKOWSKI, 2021). A diferencia de los hombres, para las mujeres este tipo de señales no son muestras necesariamente de consentimiento, sino que pueden ser también un indicador de interés romántico (JOZKOWSKI et al., 2018).

El consentimiento sexual no es algo estático, porque lo que ahora es consentido, más adelante puede no resultar deseoso y por, tanto, puede ser susceptible de ser modificado. HUMPHREYS y HEROLD (2007) encontraron que las mujeres consideran importante que el consentimiento se lleva a cabo mediante un proceso continuo. La acumulación de señales es interpretadas de manera global por las mujeres como una señal de consentimiento, aunque a los hombres les suele bastar una sola señal al comienzo de la actividad para percibir el consentimiento (HUMPHREYS, 2004).

Las investigaciones han sugerido que estas diferencias de percepción entre hombres y mujeres se fundamentan en los guiones tradicionales de género. Tradicionalmente, los guiones sexuales socializan a los hombres para ser quienes busquen activa y permanentemente la actividad sexual (JOZKOWSKI & PETERSON, 2013). Se espera que estén más dispuestos que las mujeres a participar en actividades sexuales ya que se piensa que los hombres siempre están interesados (WILLIS & JOZKOWSKI, 2021), mientras que la socialización de las mujeres las describe con una actitud pasiva o indecisa, además de tener la responsabilidad de dar o negar el consentimiento y, por tanto, de determinar si se produce o no la actividad sexual (JOZKOWSKI et al., 2017) En términos vulgares, se parece mucho a la expresión “el hombre propone y la mujer dispone”.

No obstante, cuando los guiones sexuales no están alineados, pueden ocurrir discrepancias a la hora de contextualizar el consentimiento. La teoría de la falta de comunicación de MUEHLENHARD (MUEHLENHARD & HOLLABAUGH, 1988) postula que la falta de comunicación es una de las principales razones por las que ocurren las agresiones sexuales. También, en los contextos en los que no hay comunicación o es percibida de una manera ambigua, los hombres son más propensos que las mujeres a creer que las mujeres están ofreciendo una “resistencia simbólica” (es

decir, interpretar un “no como un sí”), ya que suelen pensar que rechazan el sexo que realmente quieren para no parecer demasiado ansiosas por tener sexo (EMMERS-SOMMER, 2016). Entre el 37 % y el 68 % de las mujeres heterosexuales y entre el 21 % y el 83 % de los hombres heterosexuales informan que han ofrecido resistencia simbólica en las interacciones sexuales (KRAHÉ, 2020). Siguiendo con el esquema de los guiones sexuales, los hombres pueden respaldar la resistencia simbólica porque encaja con los roles sexuales tradicionales, ya que se espera que sean los encargados de pedir el consentimiento de las mujeres. Después, se espera que las mujeres rechacen el sexo, al menos inicialmente, y que los hombres ignoren tales negativas y continúen persiguiendo un encuentro sexual, ya que a menudo se considera que esto es más importante que el propio consentimiento (BALDWIN-WHITE, 2021; JOZKOWSKI et al., 2017, 2018). En definitiva, la expectativa de género de que los hombres deben buscar el sexo y las mujeres son las que ejercen una posición de guardián coloca ambas posturas en un patrón de desigualdad y con la potencialidad de que brote un intercambio violento.

3.2. Historia de pareja

Uno de los factores que afecta al consentimiento sexual es el contexto de la relación de pareja y es probable que las señales del consentimiento cambien con el tiempo, a medida que aumenta la confianza y se estabiliza la relación de pareja. WILLIS & JOZKOWSKI (2019) descubrieron que la experiencia sexual influye en la manera de expresar el consentimiento. Mientras que las parejas que tienen una menor experiencia sexual confían en las expresiones activas de consentimiento (explícitas, implícitas, verbales o no verbales), a medida que aumenta la experiencia sexual, se confía en las señales que no expresan respuesta. Además, estas diferencias también se han encontrado según el género, y mientras las mujeres consideran importante que el consentimiento se tiene que expresar independientemente de si la relación de la pareja es esporádica o duradera, para los hombres la necesidad del consentimiento disminuye a medida que persiste la relación (HUMPHREYS, 2004).

También, los precedentes y las experiencias sexuales pasadas sin consentimiento pueden afectar a las actitudes, creencias y comportamientos sobre el consentimiento (WILLIS & JOZKOWSKI, 2019). Una historia previa de experiencias no consensuadas influye de tal manera que se enseña a las víctimas a utilizar estrategias más explícitas o directas (ROLLER et al., 2023) y, por tanto, no asumen fácilmente el consentimiento sin comunicación verbal directa (HUMPHREYS & BROUSSEAU, 2010).

3.3. El consumo de alcohol

El consumo de alcohol es otro factor que influye en el consentimiento porque se ha demostrado que altera y ejerce una influencia negativa en la capacidad para discernir las señales del consentimiento (BALDWIN-WHITE, 2021). Además, el consumo de

alcohol se asocia de manera inequívoca a la violencia sexual (CURTIS & BURNETT, 2017) ya que incapacita a la víctima hasta el punto en que el sexo es, por definición, no consentido (MUEHLENHARD et al., 2017).

Está demostrado que el consumo de alcohol reduce la capacidad para dar y reconocer el consentimiento sexual³ aunque participar en el ritual del consumo del alcohol también se ha percibido como un signo de consentimiento. En una investigación cualitativa realizada por JOZKOWSKI y colaboradores (2017) se encontró que, el acto de consumir alcohol en sí mismo es un indicador potencial del proceso de comunicar un interés y consentimiento para participar en comportamientos sexuales. De esa manera, los hombres percibían que comprar una bebida alcohólica y aceptar beber de manera conjunta indicaban consentimiento. Sin embargo, las mujeres también percibían que el consumo de alcohol no equivalía a una implicación explícita en la actividad sexual. Alternativamente, las mujeres reconocieron que ese tipo de interacción con el consumo de alcohol podría indicar interés sexual, pero también un indicador de querer pasar un rato agradable, un interés romántico o un simple coqueteo que no necesariamente debe llevar a una relación sexual (JOZKOWSKI et al., 2018).

Por tanto, el consumo de alcohol puede hacer más probable esa “falta de comunicación” y aumentar la vulnerabilidad de las víctimas, ya que perjudica directamente la capacidad de las personas para expresar con eficacia el consentimiento sexual y su capacidad para respetar estos acuerdos.

4. LA FALTA DE RESPUESTA COMO CONSENTIMIENTO

El modelo afirmativo de consentimiento considera de manera clara que la ausencia de respuesta no es una señal de consentimiento. No obstante, algunos autores (JOZKOWSKI et al., 2017; WILLIS et al., 2019) han encontrado que permitir pasivamente o sin respuesta una actividad sexual es una forma de consentir una relación sexual, sobre todo, entre las experiencias sexuales de los más jóvenes (RIGHI et al., 2021). En otro estudio realizado con 21 adultos jóvenes se identificó el consentimiento como una ausencia de rechazo o resistencia (BERES, 2014), a pesar de que se reconoce que “no decir que no” no es suficiente para obtener el consentimiento.

Esta ausencia de respuesta es trascendentalmente importante en el contexto de la violencia sexual y la respuesta jurídica que se deriva de ella. Que una mujer no se resista a un episodio acto consensual no significa que consienta dicho acto, ya que sitúa la resistencia la víctima en el centro de la consideración fáctica del episodio delictivo. Resistencia y consentimiento suelen ir de la mano, pues la presencia de resistencia parece intrínsecamente relacionada con la prueba de la agresión y, por

³ Para ampliar los argumentos sobre el tema tan controvertido, ver el ensayo elaborado por Samuel Director (2022) sobre si los individuos ebrios pueden expresar su consentimiento para tener relaciones sexuales con una persona que no está intoxicada.

tanto, equivale a la ausencia de consentimiento. Tradicionalmente, las mujeres han tenido que demostrar que se resisten físicamente a una agresión para evidenciar la existencia de una relación no consentida porque en ausencia de un modelo del consentimiento afirmativo, la manifestación o no de resistencia puede ser un indicador o no de consentimiento.

El concepto de resistencia es demasiado rígido y estereotipado. Las estrategias de resistencia se limitan a las formas de lucha física en las que las mujeres se defienden y tratan de evitar las formas de violencia sexual contra ellas. En cierta manera, se espera que las mujeres se resistan cuando no desean el contacto sexual. Cuando esa resistencia no es visiblemente aceptada, y se limita a un contexto verbal, se pone en duda que la negativa del contacto sexual sea un deseo explícito. En cierta manera, la resistencia verbal por sí sola puede no ser suficiente para convencer a algunas personas de que una relación sexual no es deseada. Algunos pueden creer que las mujeres usan una resistencia “simbólica” cuando una mujer ofrece algún tipo de expresión verbal, como decir “basta”, aunque se percibe que realmente se desea continuar (OSMAN, 2004). Sin embargo, puede parecer que esa resistencia verbal es parte de un guion sexual femenino tradicional que dicta que las mujeres no deben mostrarse demasiado abiertas para tener relaciones sexuales y que el hombre tiene el papel de convencerla (CHECK & MALAMUTH, 1983).

5. CONCLUSIONES

El presente artículo pretendía describir los factores que determinan el consentimiento sexual más allá de la perspectiva afirmativa donde “solo sí es sí”.

La ausencia de una definición unitaria del consentimiento sexual obstaculiza la posible respuesta de los operadores jurídicos y sociales. Además, la literatura identifica una marcada desconexión entre la forma en la que las personas realmente participan en las interacciones sexuales y los elementos requeridos para el consentimiento sexual afirmativo (por ejemplo, WILLIS & JOZKOWSKI, 2021). Las estrategias para reducir el consentimiento únicamente a una expresión explícita afirmativa no están en consonancia con la realidad de las prácticas de consentimiento sexual, sobre todo entre los jóvenes.

Aunque muchos estudios han encontrado que los jóvenes reconocen la importancia del consentimiento sexual y se involucran en prácticas de consentimiento en su mayoría saludables, las formas en las que se emite y se percibe el consentimiento son variadas. Se ha detectado que el consentimiento se puede reconocer y expresar desde diferentes señales verbales, no verbales, implícitas y explícitas. En ocasiones el consentimiento es percibido como algo innecesario e interfiere en la espontaneidad de las relaciones, lo que obliga a tener estas y otras consideraciones a la hora de poder intervenir adecuadamente en la prevención de las agresiones sexuales. No

obstante, el consentimiento claro y explícito comunicado a través de señales verbales sigue siendo un estándar recomendado para evitar la confusión y prevenir potencialmente los encuentros sexuales no deseados o no consentidos (BERES, 2007; DONAT & WHITE, 2000).

La literatura sobre el consentimiento sexual muestra diferencias de género, de acuerdo con la teoría de los roles tradicionales (HUMPHREYS & BROUSSEAU, 2010; WIEDERMAN, 2005). Una gran cantidad de estudios e investigaciones han demostrado que, en promedio, los hombres perciben que las mujeres muestran más interés e intención sexual de lo que advierten ellas (entre otros, FARRIS et al., 2008). Por lo tanto, los hombres pueden percibir erróneamente que las mujeres expresan interés o voluntad sexual cuando ellas tenían la intención de expresar amabilidad o cortesía, por ejemplo cuando se invita a una mujer a subir a casa (BERES, 2014) o se acepta una bebida alcohólica de un hombre (JOZKOWSKI et al., 2017).

Como se ha descrito, las personas confían principalmente en el comportamiento no verbal para comunicar su consentimiento, cuando lo esperado es que el consentimiento sea verbal y explícito. La comunicación no verbal es importante pero puede estar abierta a malas interpretaciones. Por ejemplo, algunos comportamientos se consideran señales de consentimiento como los signos de excitación sexual (respiración acelerada, la erección de un hombre), que a veces se interpretan como signos de consentimiento sexual (Beres, 2010), cuando no necesariamente son un reflejo de dicho consentimiento.

Comprender el ajuste, o la falta de ajuste, en la forma en que las personas realmente participan en las interacciones sexuales y los requisitos para el consentimiento sexual es útil de varias maneras. En primer lugar, una mayor sabiduría puede aumentar el conocimiento general de cómo se expresa, se percibe e interpreta el consentimiento sexual, tal y como muestran los investigadores (SHUMLICH & FISHER, 2019). En segundo lugar, este esfuerzo permitiría ayudar a superar la diferencia entre el consentimiento real y el esperado. En este sentido, se recomienda que la educación sobre el consentimiento sexual se deba enmarcar, no solo como un medio para reducir las tasas de agresión sexual, sino también como un medio para mejorar las relaciones sexuales, el placer y el disfrute (GILBERT, 2018; JOZKOWSKI & PETERSON, 2013; MACDOUGALL et al., 2022). Por último, y dadas las justificadas preocupaciones sociales respecto a la agresión y el consentimiento sexual, se debería trabajar de manera eficaz para estudiar profundamente esta forma de comunicación en el contexto sexual (MACDOUGALL, CRAIG, GOLDSMITH, & BYERS, 2022).

Considerando que los esfuerzos de prevención de la violencia son necesarios en las primeras iniciales del curso de la vida, es esencial que los investigadores y los profesionales no solo involucren a los jóvenes en las discusiones sobre la definición de consentimiento, sino que también se aseguren de que las estrategias utilizadas incluyan una discusión sobre cómo se transmite realmente el consentimiento en el contexto de una pareja. Las estrategias que dirigen el consentimiento sexual únicamente

desde el punto de vista afirmativo (“sí es sí”) no bastan para reducir las agresiones sexuales, sino que se deben implementar con políticas específicas e integrarlas como un estándar social y cultural (Jozkowski, 2015). Beres (2014) ha argumentado que el cambio hacia un enfoque más explícito en el consentimiento ocurre en un contexto donde hay poca comprensión teórica del concepto de consentimiento y poca comprensión de cómo se entiende el concepto en las poblaciones objetivo de tales campañas y programas educativos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BALDWIN-WHITE, A. (2021). “When a girl says no, you should be persistent until she says yes”: College students and their beliefs about consent. *Journal of Interpersonal Violence*, 36(19-20).
- BERES, M. A. (2007). ‘Spontaneous’ sexual consent: An analysis of sexual consent literature. *Feminism & Psychology*, 17(1), 93-108.
- BERES, M. A. (2014). Rethinking the concept of consent for anti-sexual violence activism and education. *Feminism & Psychology*, 24(3), 373-389.
- BERES, M. A. (2018). What does faking orgasms have to do with sexual consent? *Sexualities*, 21(4), 702-705.
- CHECK, J. V., & MALAMUTH, N. M. (1983). Sex role stereotyping and reactions to depictions of stranger versus acquaintance rape. *Journal of Personality and Social Psychology*, 45(2), 344.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2022). Recuperado el 20 de octubre de 2022 de: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>
- CURTIS, J. N., & BURNETT, S. (2017). Affirmative consent: What do college student leaders think about “yes means yes” as the standard for sexual behavior? *American Journal of Sexuality Education*, 12(3), 201-214.
- DIRECTOR, S. (2022). Sober Thoughts on Drunken Consent: Intoxication and Consent to Sexual Relations. *Social Theory and Practice* 48(2).
- DONAT, P. L., & WHITE, J. W. (2000). *Re-examining the issue of nonconsent in acquaintance rape*. In C.B. Travis & J.W. White (Eds.), *Sexuality, society, and feminism* (pp. 355-376). Washington, DC: American Psychological Association.
- EDWARDS, J., REHMAN, U. S., & BYERS, E. S. (2022). Perceived barriers and rewards to sexual consent communication: A qualitative analysis. *Journal of Social and Personal Relationships*, 39(8), 2408-2434.
- EL PAÍS (2022). <https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html>

- EMMERS-SOMMER, T. M. (2016). Do men and women differ in their perceptions of women's and men's saying "no" when they mean "yes" to sex?: An examination between and within gender. *Sexuality & Culture*, 20, 373-385.
- FARRIS, C., TREAT, T. A., VIKEN, R. J., & MCFALL, R. M. (2008). Perceptual mechanisms that characterize gender differences in decoding women's sexual intent. *Psychological Science*, 19(4), 348-354.
- GILBERT, J. (2018). Contesting consent in sex education. *Sex Education*, 18(3), 268-279.
- HICKMAN, S. E., & MUEHLENHARD, C. L. (1999). "By the semi-mystical appearance of a condom": How young women and men communicate sexual consent in heterosexual situations. *Journal of Sex Research*, 36(3), 258-272.
- HUMPHREYS, T., & HEROLD, E. (2007). Sexual consent in heterosexual relationships: Development of a new measure. *Sex Roles*, 57, 305-315.
- HUMPHREYS, T. P. (2004). Understanding sexual consent: An empirical investigation of the normative script for young heterosexual adults. *Making Sense of Sexual Consent*, 209-225.
- HUMPHREYS, T. P., & BROUSSEAU, M. M. (2010). The sexual consent scale—revised: Development, reliability, and preliminary validity. *Journal of Sex Research*, 47(5), 420-428.
- JAVIDI, H., WIDMAN, L., EVANS-PAULSON, R., & LIPSEY, N. (2022). Internal consent, affirmative external consent, and sexual satisfaction among young adults. *The Journal of Sex Research*, 1-11.
- JOHNSON, A. M., & HOOVER, S. M. (2015). The potential of sexual consent interventions on college campuses: A literature review on the barriers to establishing affirmative sexual consent. *PURE Insights*, 4(1), 5.
- JOZKOWSKI, K. N. (2015). "Yes means yes"? Sexual consent policy and college students. *Change: The Magazine of Higher Learning*, 47(2), 16-23.
- JOZKOWSKI, K. N., MANNING, J., & HUNT, M. (2018). Sexual consent in and out of the bedroom: Disjunctive views of heterosexual college students. *Women's Studies in Communication*, 41(2), 117-139.
- JOZKOWSKI, K. N., MARCANTONIO, T. L., & HUNT, M. E. (2017). College students' sexual consent communication and perceptions of sexual double standards: A qualitative investigation. *Perspectives on sexual and reproductive health*, 49(4), 237-244.
- JOZKOWSKI, K. N., & PETERSON, Z. D. (2013). College students and sexual consent: Unique insights. *Journal of sex research*, 50(6), 517-523.
- JOZKOWSKI, K. N., PETERSON, Z. D., SANDERS, S. A., DENNIS, B., & REECE, M. (2014). Gender differences in heterosexual college students' conceptualizations

and indicators of sexual consent: Implications for contemporary sexual assault prevention education. *The Journal of Sex Research*, 51(8), 904-916.

- KRAHÉ, B. (2020). *The social psychology of aggression*. Routledge.
- MACDOUGALL, A., CRAIG, S., GOLDSMITH, K., & BYERS, E. S. (2022). Sexual consent attitudes and behaviour: Associations with sexual health education, sexual consent education, and sexual attitudes. *The Canadian Journal of Human Sexuality*, 31(2), 185-197.
- MAGNUSSON, S., & STEVANOVIC, M. (2023). Sexual consent as an interactional achievement: Overcoming ambiguities and social vulnerabilities in the initiations of sexual activities. *Discourse Studies*, 25(1), 68-88.
- MARCANTONIO, T., JOZKOWSKI, K. N., & Wiersma-Mosley, J. (2018). The Influence of Partner Status and Sexual Behavior on College Women's Consent Communication and Feelings. *Journal of Sex & Marital Therapy*, 44(8), 776-786. <https://doi.org/10.1080/0092623X.2018.1474410>
- MARCANTONIO, WILLIS, M., & JOZKOWSKI, K. N. (2020). Women's sexual consent: Potential implications for sexual satisfaction. *Current Sexual Health Reports*, 12, 120-126.
- MUEHLENHARD, C. L., & HOLLABAUGH, L. C. (1988). Do women sometimes say no when they mean yes? The prevalence and correlates of women's token resistance to sex. *Journal of Personality and Social Psychology*, 54(5), 872.
- MUEHLENHARD, C. L., HUMPHREYS, T. P., JOZKOWSKI, K. N., & PETERSON, Z. D. (2016). The complexities of sexual consent among college students: A conceptual and empirical review. *The Journal of Sex Research*, 53(4-5), 457-487.
- MUEHLENHARD, C. L., PETERSON, Z. D., HUMPHREYS, T. P., & JOZKOWSKI, K. N. (2017). Evaluating the one-in-five statistic: Women's risk of sexual assault while in college. *The Journal of Sex Research*, 54(4-5), 549-576.
- NEWSTROM, N. P., HARRIS, S. M., & MINER, M. H. (2021). Sexual consent: How relationships, gender, and sexual self-disclosure affect signaling and interpreting cues for sexual consent in a hypothetical heterosexual sexual situation. *Sex Roles*, 84, 454-464.
- ONU. (2010). *Handbook for Legislation on Violence Against Women*. New York, NY: UN Division for the Advancement of Women.
- PETERSON, Z. D., VOLLER, E. K., POLUSNY, M. A., & MURDOCH, M. (2011). Prevalence and consequences of adult sexual assault of men: Review of empirical findings and state of the literature. *Clinical Psychology Review*, 31(1), 1-24.
- RIGHI, M. K., BOGEN, K. W., KUO, C., & ORCHOWSKI, L. M. (2021). A qualitative analysis of beliefs about sexual consent among high school students. *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), NP8290-NP8316.

- ROLLER, C., MOYANO, N., & ROCCATO, M. (2023). The Role of Sexual Consent and Past Non-consensual Sexual Experiences on Rape Supportive Attitudes in a Heterosexual Community Sample. *Sexuality & Culture*, 1-17.
- SHAFFER, A., ORTIZ, R. R., THOMPSON, B., & HUEMMER, J. (2018). The role of hypermasculinity, token resistance, rape myth, and assertive sexual consent communication among college men. *Journal of Adolescent Health*, 62(3), S44-S50.
- SHUMLICH, E. J., & FISHER, W. A. (2019). An Information-Motivation-Behavioural Skills model analysis of young adults' sexual behaviour patterns and regulatory requirements for sexual consent in Canada. *The Canadian Journal of Human Sexuality*, 28(3), 277-291. <https://doi.org/10.3138/cjhs.2018-0040>
- SIMON, W. (2017). *Sexual conduct: The social sources of human sexuality*. Routledge.
- WIEDERMAN, M. W. (2005). The gendered nature of sexual scripts. *The Family Journal*, 13(4), 496-502.
- WILLIS, M., BLUNT-VINTI, H. D., & JOZKOWSKI, K. N. (2019). Associations between internal and external sexual consent in a diverse national sample of women. *Personality and Individual Differences*, 149, 37-45.
- WILLIS, M., & JOZKOWSKI, K. N. (2019). Sexual precedent's effect on sexual consent communication. *Archives of Sexual Behavior*, 48(6), 1723-1734.
- WILLIS, M., & JOZKOWSKI, K. N. (2021). Sexual consent perceptions of a fictional vignette: A latent growth curve model. *Archives of Sexual Behavior*, 1-13.

CRÓNICAS

¿El tenor del artículo 178 del Código Penal refleja la voluntad del legislador?


Does the wording of article 178 of the Penal Code convey what the lawmaker really wanted to?

PABLO HERRANZ-HERNÁNDEZ

Profesor Asociado

Universidad Autónoma de Madrid (España)


pablo.herranz@uam.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8580-4857>

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ-HERNÁNDEZ

Doctor por la Universidad Complutense de Madrid (España)

joselfoi@ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-8125-6424>

Resumen: La redacción del tipo penal de las agresiones sexuales ha sufrido importantes reformas desde 1989. La interpretación literal de los apartados 1 y 4 del

Recepción: 13/09/2023

Acceptación: 23/10/2023

Cómo citar este trabajo: HERRANZ-HERNÁNDEZ, Pablo y FERNÁNDEZ-HERNÁNDEZ, José Luis, “¿El tenor del artículo 178 del Código Penal refleja la voluntad del legislador?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 295-306, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.11>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 295-306

artículo 178 del Código Penal no es del todo clara y podría no reflejar la voluntad del legislador, además de crear cierta confusión taxonómica. Ello es así por tres motivos: El primero es que, aunque no cabe la agresión sexual si hay consentimiento, el texto deja abierta esa posibilidad al utilizar, en una misma oración, el verbo “atentar” y el sintagma nominal “sin su consentimiento”. El segundo radica en que se utiliza la expresión “libertad sexual” tanto como bien jurídico protegido en el tipo de las agresiones sexuales, como para denominar a todos los tipos que integran el Título VIII. El tercero es que el apartado 4 omite un adverbio de negación necesario para respetar la coherencia con el resto del texto normativo.

***Abstract:** The wording of the criminal offense of sexual assault has undergone important reforms since 1989. The literal interpretation of paragraphs 1 and 4 of article 178 of the Penal Code is not entirely clear and may not reflect the will of the legislator, in addition to creating some taxonomic confusion. This is so for three reasons: The first is that, although sexual assault is not possible if there is consent, the text leaves that possibility open by using, in the same sentence, the verb “assault” and the noun phrase “without consent.”. The second is that the expression “sexual freedom” is used both as a protected legal good in the type of sexual assaults and to refer to all the types that make up Title VIII. The third is that section 4 omits an adverb of negation necessary to respect coherence with the rest of the regulatory text.*

Palabras clave: agresión sexual, consentimiento, libertad sexual, taxonomía.

Keywords: consent, sexual assault, sexual freedom, taxonomy.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AGRESIÓN SEXUAL. 3. LIBERTAD SEXUAL. 4. SIN SU CONSENTIMIENTO. 5. UNA REDACCIÓN ALTERNATIVA AL ART. 178.I. 6. OMISIÓN DEL ADVERBIO DE NEGACIÓN EN EL ARTÍCULO 178.4. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Una vez pasado el revuelo mediático generado por la modificación del Código Penal por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS) y la posterior reforma a través de la de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, (LO 4/2023) se hace necesario analizar su formulación definitiva. Una revisión de esta permite atisbar ciertos aspectos de mejora a tener en cuenta de cara a venideras reformas legales.

No obstante, los problemas interpretativos que se analizan en el presente artículo tienen su origen, en parte, en reformas previas a estas dos leyes orgánicas.

El primer hito que interesa conocer acontece con la reforma del Código Penal de 1989 (LO 3/1989). Con ella, se produce un cambio respecto a la situación anterior en lo que respecta a los delitos contra la libertad sexual. Anteriormente, el bien jurídico

protegido se situaba en la denominada “honestidad de la mujer”. A partir de entonces se pasa a identificar el bien jurídico protegido con la “libertad sexual”.

El preámbulo de la LO 3/1989 expresaba lo siguiente “Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”.

Años más tarde, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LO 10/1995) introduce una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual con la que se pretende “adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente”.

El artículo 178 de dicho texto normativo establecía el tipo básico de la agresión sexual mediante la siguiente fórmula:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

Por un lado, el elemento definidor del tipo penal y lo que lo diferenciaba del abuso sexual era la existencia de violencia o intimidación.

Por otro, la expresión “el que atentare contra la libertad sexual” suscitó críticas por la indeterminación de las conductas a castigar. Señala GOENAGA OLAIZOLA¹ que “algunos autores se han planteado si cabría incriminar por este art. 178 el mero impedimento al ejercicio de la libertad sexual entre terceras personas adultas (efectuado, eso sí, con violencia o intimidación) o la conducta del padre que, al sorprender a su hijo mayor de edad masturbándose en el baño, le obliga intimidatoriamente a abandonar su actividad”.

Con la LOGILS, desaparece la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona. De acuerdo con el preámbulo de la propia ley, el cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria.

Sin embargo, la nueva formulación empleada da lugar a un problema interpretativo añadido al de la indefinición que ya se introdujo con la expresión “libertad sexual” y que parece haber pasado desapercibido. Ese aspecto es el que se intenta poner de manifiesto en las líneas a continuación.

1 GOENAGA OLAIZOLA, R. (1997). “Delitos contra la libertad sexual”. *Eguzkilore. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, número extra 10* (95-120). Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174305/05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf>

2. AGRESIÓN SEXUAL

Para contextualizar, recuérdese que la modificación del Código Penal tuvo origen precisamente en la polémica suscitada por el mediático caso de “la manada”. En efecto, la LOGILS buscaría, entre otros aspectos, poner de manera explícita el consentimiento como elemento clave a la hora de determinar la comisión de una agresión sexual. Es decir, si no hay consentimiento, hay delito de agresión sexual.

El Código Penal recoge el delito de agresión sexual dentro del Capítulo I (De las agresiones sexuales, artículos 178 a 180) del Título VIII (Delitos contra la libertad sexual, artículos 178 a 194). Dicho Título incluye, además de las agresiones sexuales, las realizadas a menores de dieciséis años, el acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores.

Se quiere hacer hincapié en la denominación del Título VIII “Delitos contra la libertad sexual” y en que recoge otros tipos penales además de las agresiones sexuales, ya que ello permite reparar en uno de los aspectos relevantes en este análisis.

En la actualidad, el tipo básico del delito de agresión sexual se regula en el artículo 178.1 del Código Penal. Su redacción es la siguiente:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Según este precepto, quien realice cualquier acto que atente “contra la libertad sexual de otra persona” será castigado como responsable de agresión sexual. Sin embargo, se ha remarcado que son delitos contra la libertad sexual todos los recogidos en el Título VIII (agresión sexual, agresión sexual a menores de dieciséis años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual, y corrupción de menores) y no solo las agresiones sexuales. Entonces, del tenor estrictamente literal del texto se sigue que quien atente contra la libertad sexual en cualquiera de sus tipos (ya que la denominación del Título es Delitos contra la libertad sexual) comete el tipo de la agresión sexual.

Se llega al problema taxonómico de que las agresiones sexuales son solo una parte y, al mismo tiempo, la totalidad de los delitos contra la libertad sexual. Obviamente, no puede ser la pretensión del legislador crear esta nebulosa clasificatoria. Y parece evidente que el bien jurídico protegido en el tipo de las agresiones sexuales es específico y diferente del resto. Sin embargo, parecería conveniente evitar que una misma denominación tenga distintos significados en un mismo cuerpo normativo y que las rúbricas se correspondan con los tipos.

3. LIBERTAD SEXUAL

En realidad, persiste la duda sobre qué se entiende legal y penalmente por “libertad sexual” y no es de extrañar que, desde su incorporación al texto legal, haya suscitado críticas. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO² lo consideran “un precepto penal muy abierto donde a veces resultará difícil interpretar qué conducta comprende el tipo, con el riesgo de inseguridad jurídica que ello supone”.

La LOGILS no ofrece una definición operativa de “libertad sexual” aunque repetidamente la menciona. El diccionario panhispánico jurídico la define como “la facultad de la persona de autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad”. Esta definición evoca un concepto amplio sobre el que cabe imaginar muchas más formas de atentar que las conductas que supuestamente querrían recogerse en el artículo 178. Entre ellas, las recogidas en el resto del Título VIII como se vio anteriormente, pero también otras que ni siquiera revestirían carácter interpersonal. Piénsese en las situaciones expuestas más arriba o, a nivel de políticas educativas, en la inclusión o exclusión de determinados contenidos curriculares de educación sexual.

No hay duda, sin embargo, de que lo que el legislador pretende tipificar son conductas atinentes a un ámbito mucho más acotado. De acuerdo con HERREROS HERNÁNDEZ³, el bien protegido sería “la libertad para la autonomía sexual consistente en la libre capacidad de la persona para decidir si quiere mantener relaciones sexuales o no, la libertad para decidir el cuándo, en qué momento, de qué forma, con qué persona o personas o bajo qué circunstancias”. Según PARDO MIRANDA⁴ “Lo que queda claro es que se trata de proteger la libertad de una persona en cuanto a la libre disposición de su cuerpo en el ámbito de cualquier conducta de naturaleza sexual, por lo menos en los tipos básicos de los “tradicionales” delitos de abusos y agresiones sexuales, hoy ya solo “agresión sexual””. En definitiva, una parcela específica de la libertad sexual.

Siendo así, merecería considerarse la posibilidad de reemplazar la expresión “cualquier acto que atente contra la libertad sexual” del artículo 178 por otra que delimite su alcance a los actos que realmente pretende castigar.

2 SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”; En Serrano Gómez; Serrano Maíllo; Serrano Tárrega, Vázquez González, C. *Curso de Derecho Penal: parte especial*. Madrid. Dykinson. 2021, pág. 164.

3 HERREROS HERNÁNDEZ, I. “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”. *Revista del Ministerio Fiscal* 10, 2021 pág. 69. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/5f51efd2-d9c7-9242-9dof-3928193408a4>

4 PARDO MIRANDA, M. “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, (11), 2023, pág. 4. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/27387/25271>

4. SIN SU CONSENTIMIENTO

Ya se ha comentado que, con la LOGILS, pasaron a considerarse agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Es decir, se incluye el consentimiento expresamente como causa de atipicidad. La fórmula lingüística utilizada para ello consiste en introducir al final de la primera oración del artículo 178.1CP el sintagma “sin su consentimiento”.

Ello sería perfectamente correcto si el verbo utilizado en la primera parte de la oración no fuese “el que atente”. La utilización del verbo “atentar” plantea un problema semántico ya que atentar, de por sí, implica la comisión de un acto ilegal. De acuerdo con la RAE, el verbo atentar es cometer atentado, es decir, cometer agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien.

Como se ha referido, la intención del legislador sería, para el tipo de las agresiones sexuales, poner la clave en el consentimiento. Si no hay consentimiento, hay agresión sexual.

Desde el punto de vista de la lógica formal, que la falta de consentimiento implique la existencia de agresión sexual, no conllevaría necesariamente que toda agresión sexual requiriese ausencia de consentimiento (estaríamos incurriendo en el error recíproco, error converso o afirmación del consecuente).

Sin embargo, del profuso debate público se desprende que la pretensión del legislador no sería la de una implicación lógica sino la de una relación bicondicional de equivalencia entre ambas. Es decir, se trataría de una doble implicación, de manera que la ausencia de consentimiento conlleva la comisión de agresión sexual y, aunque no se infiere del tenor del precepto, que no cabría agresión sexual si ha mediado consentimiento.

Como puede apreciarse, la utilización en una misma oración de las expresiones “el que atente” y “sin su consentimiento” produce el efecto semántico contrario al buscado. Esto es así porque da a entender que cabría una forma de agresión sexual con consentimiento.

Debe reseñarse que en algunos tipos penales sí cabe la posibilidad de atentar, de cometer un ilícito penal, sobre una persona aún con su consentimiento. En el delito de lesiones, por ejemplo, si ha mediado consentimiento se impondrá la pena inferior en uno o dos grados (artículo 155 CP). La cooperación al suicidio está castigada salvo que se cumpla lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia (artículo 143 CP). También está penado producir el aborto de una mujer, aunque sea con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley (artículo 145 CP). El Código Penal los castiga aunque medie consentimiento. Pero no sería esa la intención respecto al tipo de las agresiones sexuales, por más que la formulación del precepto deje abierta tal interpretación.

La comparación del delito de daños con el de agresión sexual permite plantear un sutil análisis diferencial sobre el papel que juega el consentimiento. Piénsese en un intercambio sexual consentido por todos los participantes, en el que se introducen prácticas de tipo masoquista también consentidas. Si por ese motivo se menoscabase la integridad corporal o la salud física o mental de alguna de las personas participantes, podría perseguirse a la causante de los daños por un delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal aunque hubiese mediado consentimiento de la persona lesionada, pero no cabría perseguir por agresión sexual, precisamente porque medió consentimiento.

En vista de lo hasta aquí comentado, cabe plantearse si, en realidad, sí se buscaría dejar abierta la posibilidad de atentado contra la libertad sexual aunque medie consentimiento. Considérese, por ejemplo, el ejercicio de la prostitución ejercida de forma voluntaria. El legislador podría querer regularlo de tal forma que el acceso a relaciones de tipo sexual mediando precio sea considerada una forma de atentar contra la libertad sexual independientemente del consentimiento. Se trataría de tipificar la conducta de los usuarios de prostitución como agresión sexual sin más consideración. No parece ser el caso ya que el consumo de prostitución no aparece recogido en el Código Penal.

Sí existe una forma de delito contra la libertad sexual (no de agresión sexual) que puede producirse incluso con consentimiento. Y precisamente tiene que ver con la prostitución. Si bien el consumo o el ejercicio de la prostitución no están penados, el artículo 187. 1 CP castiga “a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

Tampoco es una redacción excesivamente brillante, ya que, aparte del uso anafórico de “misma”, queda la ambigüedad de si el consentimiento se refiere al intercambio sexual, al lucro obtenido por su explotación o a ambos.

Sea como fuere, este precepto se incluye en el Capítulo V (De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) dentro del mismo Título VIII (Delitos contra la libertad sexual) en que se incluyen las agresiones sexuales. Lo que se subraya aquí es que el Código Penal no considera el proxenetismo una forma de agresión sexual, pero sí un delito contra la libertad sexual en el que es intrascendente el consentimiento.

Por tanto, recapitulando lo hasta ahora mencionado, de acuerdo con el espíritu del actual Código Penal, no cabría la agresión sexual con consentimiento de la persona (aunque el tenor del artículo no lo expresa correctamente), pero sí existen delitos contra la libertad sexual que pueden cometerse incluso con consentimiento de la persona. Y ello pone de nuevo en evidencia la confusión terminológica y taxonómica.

5. UNA REDACCIÓN ALTERNATIVA AL ART. 178.1 CP

En definitiva, si la pretensión del legislador es que figure explícitamente el sintagma nominal “sin su consentimiento” en el artículo 178.1 del Código Penal, una formulación adecuada del mismo pasa por:

- Eliminar el verbo “atentar”, ya que el consentimiento impide la ilicitud del hecho.
- Sustituir la expresión “libertad sexual”, ya que coincide con la denominación del título VIII que agrupa a todos los tipos penales y no solo las agresiones sexuales y, además, existe uno de ellos que puede producirse con consentimiento.

Las redacciones dadas en el apartado segundo del mismo artículo o en el artículo 181 CP sugiere formulaciones alternativas.

El propio apartado 2 del artículo 178 se expresa en los siguientes términos:

2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Parece más específico y objetivable determinar qué sean “actos de contenido sexual” que qué son actos que atenten “contra la libertad sexual”. Apréciase que, en la primera fórmula, el contenido sexual se deposita en los actos, posiblemente considerando que hay cierto consenso social sobre qué sean actos sexuales. Atentar contra la libertad sexual resulta más ambiguo, ya que depende del significado que le otorguen los sujetos intervinientes. Precisamente, por el elemento de libertad aludido y su indefectible referencia a la subjetividad, una persona puede vivir determinadas interacciones personales u otorgar a algunas partes del cuerpo con una connotación sexual inexistente para otros.

También el artículo 181, incluido en el capítulo II (De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años) utiliza una formulación que permitiría vislumbrar una redacción alternativa. Dicho precepto establece que:

“El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años”.

Como puede observarse, en dicho artículo no aparecen ni el verbo “atentar”, ni la expresión “libertad sexual”, lo que soluciona los dos inconvenientes planteados.

Aquí nada se refiere con relación al consentimiento, ya que la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo (salvo que, conforme a la previsión del artículo 183 bis CP, el libre consentimiento del menor de dieciséis años sí excluya la responsabilidad penal

“cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”).

Precisamente por ello, se puede esgrimir que la diferente redacción obedece a que en estos casos no se puede hablar de la “libertad sexual” como bien jurídico específicamente protegido en ellos al carecer los sujetos pasivos de esa libertad.

En todo caso, bastaría añadir el sintagma “sin su consentimiento” para conseguir una fórmula alternativa. La expresión podría ser “el que realice cualquier acto de carácter sexual con otra persona sin su consentimiento.”, quedando el artículo de la siguiente forma:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto de carácter sexual con otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Por otro lado, aunque el lenguaje jurídico no ha de coincidir necesariamente con el de la calle, parece aconsejable que la distancia entre el significado técnico y el lego no sea excesiva. Cabe suponer que en el imaginario colectivo la libertad sexual es algo amplio. Por tanto, aunque la agresión sexual es claramente un atentado con la libertad sexual, quizá no se entienda aquella como cualquier atentado contra la libertad sexual, es decir, que agote los posibles atentados contra la libertad sexual.

De todas formas, la fórmula a que se ha llegado tras este análisis no es más que una mera propuesta, que puede y debe ser criticada. Es perfectamente defendible continuar con la expresión “libertad sexual”. En ese caso, tal vez sí sería deseable contar con una definición operativa que aporte seguridad a los operadores jurídicos.

6. OMISIÓN DEL ADVERBIO DE NEGACIÓN EN EL ARTÍCULO 178.4 CP

El artículo 178.4 parece destinado a que el tribunal pueda atemperar la pena en atención a la entidad del hecho y circunstancias personales del autor. Sin embargo, la redacción del precepto presenta un error nada desdeñable consistente en la omisión de un adverbio de negación “no” a todas luces necesario. Su redacción es la siguiente:

4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Como se ha mencionado, lo que se pretende es abrir la posibilidad a una rebaja de la pena “en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”. Esta posibilidad está sometida a dos condiciones. Por un lado, que el

tribunal sentenciador fundamente su decisión en la sentencia. Por otro, que el hecho no se haya realizado con violencia, intimidación o sobre una víctima que tenga su voluntad anulada por cualquier motivo. Ello es coherente con la similar gravedad que el punto tercero del mismo artículo hace de la violencia, la intimidación y la ausencia de voluntad:

3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.

Si eso es lo que el legislador intenta expresar, como parece razonable, el apartado cuarto del artículo 178 requiere de un segundo adverbio de negación que, sin embargo, es omitido.

Para singularizar el contenido de lo que se está analizando y, así, evidenciar más fácilmente la omisión indicada, se presenta a continuación el apartado 4 despojado de algunos de sus elementos (señalados con tres puntos entre paréntesis):

4. El órgano sentenciador (...) siempre que (...) la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad (...) podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa...

No parece lógico, por coherencia con el punto 3 del mismo artículo, que el órgano sentenciador pueda reducir la pena siempre que la víctima tenga anulada su voluntad, pues la ausencia de voluntad se equipara a la violencia.

Una redacción más apropiada requeriría únicamente la inserción del segundo adverbio de negación entre “víctima” y “tuviera”:

4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima *no* tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

7. CONCLUSIONES

La redacción del tipo de las agresiones sexuales en el artículo 178 del Código Penal vigente parece mejorable. Ello es así por tres motivos fundamentales.

El primero es que, aunque no cabe la agresión sexual si hay consentimiento, el texto deja abierta esa posibilidad al utilizar, en una misma oración, el verbo “atente” y el sintagma nominal “sin su consentimiento”.

El segundo radica en que, al utilizar la expresión “libertad sexual” tanto como bien jurídico protegido en el tipo de las agresiones sexuales, como para denominar a

todos los tipos que integran el Título VIII, se confunde la parte (el tipo de las agresiones sexuales) con el todo (los delitos contra la libertad sexual, que incluyen las agresiones sexuales y otros tipos penales), creando una confusión taxonómica y tipológica innecesaria.

Por último, de acuerdo con la redacción del cuarto apartado del artículo 178 CP, la posibilidad de imponer una pena menor en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, según su redacción actual, parece requerir que la víctima tenga anulada su voluntad, lo cual no es coherente con el resto del texto normativo.

Todo lo anterior invita a plantearse si el tenor del artículo 178 del Código Penal refleja realmente la voluntad del legislador. Si no es así, sería conveniente tenerlo en cuenta de cara a futuras reformas legislativas.

8. BIBLIOGRAFÍA

Diccionario panhispánico del español jurídico. Libertad sexual. <https://dpej.rae.es/lema/libertad-sexual>

GOENAGA OLAIZOLA, R. “Delitos contra la libertad sexual”. *Eguzkilore. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, número extra 10*, 1997, págs. 95-120. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174305/05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf>

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-14247>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-14630>

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/04/27/4/con>

HERREROS HERNÁNDEZ, I. “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”. *Revista del Ministerio Fiscal* 10, 2021 págs. 60-69. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/5f51efd2-d9c7-9242-9dof-3928193408a4>

PARDO MIRANDA, M. “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad

sexual”. *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, (11), 2023 págs. 1-17.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/27387/25271>

Real Academia Española. (v.i.). atentar. En *Diccionario de la lengua española*.
Recuperado el 11 de setiembre de 2023. <https://dle.rae.es/atentar>

Real Academia Española. (m.-b.). atentado. En *Diccionario de la lengua española*.
Recuperado el 11 de setiembre de 2023. <https://dle.rae.es/atentado?m=form>

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”; En Serrano Gómez; Serrano Maíllo; Serrano Tárrega, Vázquez González, C. *Curso de derecho penal: parte especial*. Dykinson. Madrid, 2021, págs. 161-179.

RECENSIONES


VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código penal español (arts. 428, 429 y 430)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2020, 180 páginas

MARÍA 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>

Aunque la regulación penal del tráfico de influencias en España tiene antecedentes más remotos que datan de principios del siglo XX, su reintroducción en nuestro texto punitivo estuvo sin duda motivada por el “caso Juan Guerra”: en la segunda mitad de 1989, el escándalo estallaba a raíz de una publicación en el semanario *Época* y de las declaraciones en un pleno municipal del alcalde de Barbate, de las que se deducían que el hermano del entonces Vicepresidente del Gobierno había acumulado riquezas y poder ocupando irregularmente un despacho de la Delegación de Gobierno de Andalucía, desde el que daba la apariencia de actuar con respaldo del Ejecutivo, y se aprovechaba de la influencia que en el ámbito de los negocios le daba su apellido. La reacción de las fuerzas políticas a estos hechos no se hizo esperar: en enero de 1990, tres grupos parlamentarios presentaron sendas proposiciones de ley para tipificar el delito de tráfico de influencias; la redacción inicial de los nuevos preceptos era aprobada por el pleno del Congreso el 13 de diciembre de 1990; tras la introducción de algunas modificaciones sistemáticas por el Senado, el texto definitivo conformaría

Recepción: 02/04/2023

Aceptación: 03/04/2023

Cómo citar este trabajo: PASTRANA SÁNCHEZ, María. Alejandra, “VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos de ejercicio y ofrecimiento de influencias en el Código penal español (arts. 428, 429 y 430)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2020, 180 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 309-314, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.12>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 309-314

la Ley Orgánica 9/1991, de 21 de marzo, que contó con el refrendo unánime de todos los grupos con representación en las Cámaras.

Desde entonces, los delitos de tráfico de influencias han tenido una existencia que puede calificarse de convulsa: ninguna de sus redacciones (desde la primera de 1991, pasando por la incluida en el texto originario del Código Penal de 1995 y la introducida por la Ley Orgánica hasta la actualmente vigente, derivada de la Ley Orgánica 1/2015) ha quedado exenta de las críticas generalizadas de la doctrina, ni han servido para subsanar los numerosos defectos técnicos de que adolecen estos preceptos. Quizá por ello, desde su reintroducción en el Código Penal hasta el día de hoy apenas se ha dictado una veintena de sentencias condenatorias por estos delitos.

Todos estos aspectos, y muchos otros, son analizados al detalle por el Dr. Vázquez-Portomeñe en la presente obra, que ha sido prologada por el Dr. Francisco Javier Álvarez García y que se estructura en diez capítulos, cuya finalidad esencial es aportar luz a la interpretación de los tipos penales de tráfico de influencias (deslindando su radio de acción del ocupado por otros delitos afines –como el cohecho o la prevaricación–), pero también la de denunciar sus sombras (señalando las deficiencias que dificultan, cuando no imposibilitan, la aplicación práctica de estos preceptos). No obstante, con carácter previo al estudio de las concretas figuras delictivas que se ubican en el Capítulo VI del Título XIX del Código Penal bajo la etiqueta “*Del tráfico de influencias*”, el Prof. Vázquez-Portomeñe aborda asimismo el análisis de cuatro cuestiones que resultan claves en esta materia.

Así, el capítulo I de la obra se dedica a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción ratificados por España (esto es, la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción –CCE– y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –UNCAC–). Tras una exposición detallada de dichos instrumentos, el autor expone sus conclusiones al respecto, destacando el carácter no vinculante de las disposiciones de la UNCAC (lo que en su opinión transmite, “inevitablemente, la idea de que nos enfrentamos a formas de corrupción menos graves y merecedoras de menor atención por parte de las autoridades estatales”), así como la imagen “mercantilista” del tráfico de influencias que promueven (al poner el centro de atención a efectos probatorios en la producción de una entrega económica al sujeto influyente). Frente al anterior, se decanta el Prof. Vázquez-Portomeñe por el enfoque sustentado por la CCE, el cual resulta más respetuoso con los principios limitadores y garantías del Derecho penal contemporáneo, en la medida en que pivota en torno a la necesaria vinculación de la capacidad de influir del autor con la realización de un proceso de toma de decisiones en el ámbito de la Administración Pública.

En el capítulo II de la monografía, más breve que el anterior pero no por ello menos exhaustivo, el autor realiza un recorrido detallado de la evolución legislativa que ha experimentado el tráfico de influencias en nuestro país, desde sus orígenes en el Código Penal de 1928 hasta la regulación vigente en la actualidad tras la reforma

de 2015, la cual se ha convertido en otra oportunidad perdida por el legislador para solventar los problemas aplicativos que plantean estos preceptos.

Por su parte, en el capítulo III se aborda el espinoso tema de la conceptualización del bien jurídico protegido en estos delitos, exponiendo en primer lugar todas las opiniones, doctrinales y jurisprudenciales, que hasta el momento se han mantenido en torno a las dos grandes opciones que se han seguido a la hora de delimitar el objeto de tutela penal en el tráfico de influencias: por un lado, la objetividad o imparcialidad de la Administración Pública y, por otro, el buen nombre o prestigio de las Administraciones Públicas y el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo. En este contexto, el autor se decanta claramente por la primera de las opciones apuntadas, partiendo para ello con carácter previo de una concepción de la Administración Pública “como un bien jurídico (material) protegido, única y exclusivamente, en tanto en cuanto sirve los intereses generales de la ciudadanía con arreglo a unos determinados parámetros”, esto es, los criterios constitucionales que impregnan y condicionan todo su funcionamiento. A partir de dichos “supra principios”, el Prof. Vázquez-Portomeñe deduce que lo que trata de prevenirse en el tráfico de influencias es la interferencia de intereses privados en los criterios de actuación institucionalizados, interferencia que podría conducir a una decisión pública arbitraria, subjetiva o irracional. Dicha interpretación se hace extensiva al objeto de tutela en el artículo 430 CP, en el que resultará imprescindible “poner en conexión el ofrecimiento de influencias con la protección del estatuto constitucional de la Administración Pública”. En consecuencia, todas las conductas típicas que contemplan los tres preceptos penales relativos al tráfico de influencias (no solo las recogidas en los artículos 428 y 429 CP –que tipifican el ejercicio de influencias por parte de funcionario público o particular–, sino también las del artículo 430 CP –que se contenta con el mero ofrecimiento de influencias–) deben ser interpretadas tomando como referencia su idoneidad para “pervertir” la resolución buscada o pretendida.

La exposición de lo que podría denominarse la “parte general” del tráfico de influencias finaliza con el capítulo IV de la obra, en el que se analiza el sujeto activo de estos delitos, para lo cual se trata de forma pormenorizada no solo el concepto penal de funcionario público (diseccionando los dos elementos que lo conforman: la participación en el ejercicio de funciones públicas y los modos de designación), sino también el contenido que debe darse a la expresión “función pública”, lo que, como señala el propio autor, es probablemente “la cuestión más intrincada de todas las que suscita el concepto penal de funcionario”, entre otras razones debido a las peculiaridades que presenta en la actualidad el sector público en España, caracterizado por la privatización de amplias parcelas de la actividad administrativa (por ejemplo, ya no son excepcionales las sociedades mercantiles anónimas, con representantes estatales en sus órganos rectores, que obtienen concesiones para la prestación de servicios públicos). Parecidas consideraciones pueden realizarse respecto de aquellas potestades técnico-administrativas (relacionadas con la autorización, inspección y certificación de determinadas actividades) que han sido trasladadas a sujetos privados o

particulares, que actúan en estos contextos en el ejercicio de prerrogativas públicas. Todas estas consideraciones, a juicio del Prof. Vázquez-Portomeñe, precisan de mayores reflexiones, con el fin de superar un concepto ya añejo del denominado Derecho penal de la función pública, basado tradicionalmente en la cualificación funcional de los sujetos. Asimismo, propugna el autor el abandono de criterios mecanicistas a la hora de calificar estos delitos como especiales o comunes, en función de las cualidades formalmente mencionadas en la correspondiente descripción típica. Es más: en la obra se propugna la consideración de las tres modalidades de tráfico de influencias (previstas respectivamente en los artículos 428, 429 y 430 CP) como delitos especiales, pues a pesar de que solo el primero de dichos preceptos alude expresamente al “funcionario o autoridad”, en todos los supuestos el sujeto activo, incluido el particular, deberá poseer “la capacidad de influir (con prevalimiento)”.

El propio título de la obra anuncia las diferencias estructurales que encuentra el Prof. Vázquez-Portomeñe entre las distintas conductas típicas que conforman la regulación penal del tráfico de influencias: los artículos 428 y 429 CP se ocupan del ejercicio de influencias (por funcionario público o autoridad –en el caso del primer precepto– o por particular –en el caso del segundo–), mientras que el artículo 430 CP tipifica el mero ofrecimiento de dichas influencias. El capítulo V se ocupa de diseccionar todos los elementos de estos comportamientos, tal y como han sido descritos por el legislador, detectando los defectos técnicos ya mencionados y aportando soluciones interpretativas válidas para ayudar a superarlos.

Especial mención merece, por su novedoso contenido, el capítulo VI de la obra, que se dedica al análisis del fenómeno *lobbying* o cabildeo en relación con el tráfico de influencias. Estas estrategias de influencia en la toma de decisiones políticas que son ejercidas desde determinados sectores empresariales e industriales, si bien son en principio legales (o más exactamente, “alegales”, en la medida en que este fenómeno permanece ayuno de regulación), constituyen un importante riesgo para la imparcialidad del poder público. En este sentido, el autor cita el informe publicado en 2015 por el capítulo español de Transparencia Internacional, en el que se alertaba de la vulnerabilidad de nuestro país frente a la “influencia indebida” de determinados *lobbies* o grupos de presión, y en particular de algunos pertenecientes al sector energético, donde por lo demás no es excepcional la existencia de “puertas giratorias” destinadas, quizá, a “premiar” a altos cargos de la Administración atentos a sus demandas. Especialmente peligroso para los principios que inspiran la actuación de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho es el denominado *lobbying* oculto, caracterizado por la opacidad en la toma de decisiones, lo que constituye un riesgo cierto para la consideración igualitaria de los intereses de todas las partes interesadas en los procesos de desarrollo normativo. En relación con este tema, y sin dejar de reconocer las controversias que entraña (tanto a nivel nacional como internacional, donde el fenómeno *lobbying* está ampliamente extendido y reconocido), el Prof. Vázquez-Portomeñe aborda la difícil tarea de determinar la política criminal a seguir respecto del cabildeo opaco. En este sentido, tras exponer

los escollos que encuentra la actual regulación del artículo 430 CP para dar cabida a estas prácticas antidemocráticas (lo que sugiere la existencia de una verdadera laguna de punibilidad), el autor enumera los coeficientes de gravedad que, en su opinión, podrían dotar al *lobbying* del contenido de injusto necesario para hacerlo merecedor de sanción penal: la profesionalidad de la actividad delictiva y de su autor, su orientación a fines particulares incompatibles con el interés general y el empleo de medios de influencia directos, añadiendo a lo anterior el necesario componente de prevalimiento que se relaciona con las figuras de tráfico de influencias, asociado a la transgresión de una normativa específica (y obligatoria para cada sector empresarial o industrial) cuya finalidad sea, precisamente, evitar la opacidad en el proceso de toma de decisiones.

Los otros cuatro capítulos de la monografía se encargan de esclarecer los criterios a tener en cuenta en los delitos de tráfico de influencias a la hora de concretar los siguientes aspectos: el tipo subjetivo de estos delitos (capítulo VII), que requieren no solo la presencia de dolo sino también de otros elementos subjetivos del injusto (la finalidad o propósito); las formas de autoría y participación (capítulo VIII), concluyendo que las dos modalidades típicas admiten todas ellas (y la impunidad de la que en términos generales goza por este delito el funcionario influido, quien no obstante podrá responder por la prevaricación consiguiente a la influencia); el *iter criminis* (capítulo IX), en el que se concluyen que tanto el ejercicio como el ofrecimiento de influencias admiten la tentativa; y las relaciones concursales (capítulo X) que puedan darse entre ambas modalidades delictivas y otros delitos (no solo prevaricación, cohecho o financiación ilegal de partidos, sino también amenazas y coacciones, cuando el prevalimiento alcance el grado de constreñimiento físico o psíquico característico de estas últimas infracciones penales).

En conclusión, nos hallamos ante una monografía llamada a convertirse en un referente ineludible del estudio de los delitos de tráfico de influencias en España, en la que el Prof. Vázquez-Portomeñe no solo analiza de modo exhaustivo todos y cada uno de los aspectos conformadores y problemáticos de su regulación actual, sino que también denuncia las lagunas que dicha regulación causa, ofreciendo parámetros válidos para su reinterpretación judicial y eventual reformulación legal. Como señala el prologuista de la obra, dicha tarea no se ha realizado improvisadamente, sino a partir de un conocimiento pleno y agotador de bibliografía y jurisprudencia sobre el tema. Gracias a ello, el lector contará no solo con un instrumento sumamente valioso para comprender los entresijos de unos delitos especialmente complejos, sino también con un ejemplo especialmente ilustrativo de los resultados que puede producir la investigación dogmática, cuando es llevada a cabo conforme a un método riguroso por un jurista ejemplar.

MORÃO, Helena y TAVARES DA SILVA, Ricardo (Eds.), *Fairness in Criminal Appeal. A Critical and Interdisciplinary Analysis of the ECtHR Case-Law*, Springer, 1ª ed., 2023, 213 páginas, DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-031-13001-4>

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Málaga (España)

ylucchi@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0003-2550-7863>

La magnífica obra que presentamos al lector con la redacción de la presente recensión, publicada en la prestigiosa editorial Springer, es el resultado de un seminario continuado que tuvo lugar en el Centro de Investigaciones en derecho y ciencias penales de la Universidad de Lisboa, institución de gran prestigio nacional e internacional que está específicamente enfocada al estudio del derecho penal y del proceso penal.

Dicho seminario se desarrolló desde junio de 20021 hasta julio de 2022 y estuvo dirigido por la profesora Helena Morão. Posteriormente, el Prof. Ricardo Tavares da Silva se incorporó a la tarea de dirigir la obra que recensionamos. Se trata de un compendio que aborda la justicia e imparcialidad en el recurso de apelación penal desde el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y enfocado, sobre todo, a la garantía de la intermediación y su repercusión en la apelación penal.

Recepción: 03/07/2023

Aceptación: 12/07/2023

Cómo citar este trabajo: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, "MORÃO, Helena y TAVARES DA SILVA, Ricardo (Eds.), *Fairness in Criminal Appeal. A Critical and Interdisciplinary Analysis of the ECtHR Case-Law*, Springer, 1ª ed., 2023, 213 páginas, DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-031-13001-4>", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 315-320, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.13>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 315-320

Su objetivo ha sido llevar a cabo un riguroso análisis crítico y multidisciplinar de la relación entre el principio de inmediación y el recurso de apelación penal a la luz del derecho a un juicio justo consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), dado su carácter relevante para los Estados parte y las futuras reformas legislativas en sus respectivos sistemas de justicia penal. El lector español que se acerque a esta obra podrá comprobar que el tema/problema de la inmediación probatoria en segunda instancia no es exclusivo de España y que en otros ordenamientos sujetos a la jurisprudencia del TEDH, con mayor o menor intensidad, sigue siendo un talón de Aquiles resolver cómo actúa la inmediación probatoria en segunda instancia cuando no se tiene un sistema de apelación plena o *novum iudicium*. Si nos atenemos a la doctrina del TEDH en la archiconocida sentencia del Caso Ekbatani c. Suecia, dicho problema se enfoca, fundamentalmente en la apelación contra la sentencia absolutoria en primera instancia. En efecto, tras el dictado de esta sentencia y sus subsiguientes, algunos Estados han tenido que modular sus sistemas de apelación para respetar la máxima de que al absuelto en primera instancia no se le puede condenar en segunda (o agravar la pena impuesta) como consecuencia de un recurso (fundamentalmente de apelación) contra dicha absolución. Los diferentes Estados han optado, partiendo del modelo que ya tenían, por modular de diferente manera el alcance y objeto de la apelación para intentar respetar esta doctrina del TEDH que, además, ha tenido, aunque parezca un oxímoron, una continuidad cambiante.

De ahí que la obra esté dividida en tres partes; una primera parte donde la profesora Helena Morão nos introduce magistralmente en la jurisprudencia más relevante del TEDH en este ámbito, partiendo de la citada sentencia Ekbatani, seguida de decisiones del Tribunal en el sentido de la referida, u otros como el caso Gómez Olmeda c. España en los que sorprendentemente el tribunal parece apartarse de su anterior doctrina.

La segunda parte –Modelos de apelación penal y principio de inmediación– nos da una visión de las ventajas e inconvenientes de los diferentes modelos de apelación penal en Italia, Portugal y España. Para ello, los directores del libro han confiado en los máximos expertos en apelación penal de los respectivos países que nos ilustran sobre las tendencias legislativas seguidas como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales del TEDH.

Así, la estructura de la apelación penal italiana definida por el Codice di Procedura Penale de 1988 es una de naturaleza amplia (aunque no plena) pues concede ciertas licencias al *ius novorum* ya que permite la repetición de la prueba practicada en primera instancia en cualquier caso. No obstante, tras la jurisprudencia del TEDH vertida en la materia se cimentó la necesidad de implementar un nuevo modelo en lo atinente a la prueba en segunda instancia respecto de apelaciones de sentencias absolutorias, que se había venido haciendo por la jurisprudencia. En este sentido, la reforma *Cartabia* incluye una propuesta de mejora del sistema en ese marco, de manera que, en los casos de recurso de apelación frente a sentencia absolutoria,

la prueba en segunda instancia relativa a testimonios se limite a las declaraciones depuestas en primera instancia.

Por lo que respecta al sistema español, la problemática no es una excepción comparada con otros ordenamientos ya que la segunda instancia penal ha constituido (y sigue constituyendo) un problema de gran calado en su ordenamiento procesal. Aunque en el caso de España, además, esta circunstancia se encontraba lastrada por la ausencia de un recurso de apelación que abriera una verdadera segunda instancia en determinados casos. Tras innumerables críticas, que procedían de tribunales y organismos internacionales, España reconoció la necesidad de la instauración de un recurso que abriera la segunda instancia en el orden penal y que permitiera, desde un punto de vista amplio, la revisión del fallo condenatorio y la pena por parte de los condenados.

Tras determinados intentos infructuosos, la instauración de la doble instancia penal se produjo por medio de la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Pero, en contra de la doctrina clásica de que este recurso debería ser de naturaleza ordinaria, la citada ley introduce un recurso de apelación restringido y de naturaleza extraordinaria. Frente a esta situación, el actual Anteproyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal no mejora la situación ya que, en esencia, mantiene la filosofía de la reforma de 2015.

En el trasfondo de toda la problemática se encuentra, como sucede en otros países, el principio de inmediación y el entendimiento del mismo por parte del TEDH. Así, igualmente, desde la citada Sentencia Ekbatani, que tuvo su reflejo en España en la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, señaló, en esencia, que no se puede condenar en segunda instancia al absuelto en la primera sin previamente haberle oído. Esta doctrina ha lastrado la reforma de 2015 y sigue lastrando el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no preverse en nuestra legislación una vista en segunda instancia para la práctica del interrogatorio del acusado, toda la configuración de la segunda instancia cuando recurren las acusaciones en perjuicio del acusado absuelto, se basan en cuestiones que quedan fuera del ámbito de la inmediación. El autor del capítulo referido a España ha analizado la influencia de la doctrina emanada por el TEDH en relación con el tema expuesto y su recepción por la legislación española y sus tribunales de justicia, fundamentalmente desde el correcto entendimiento de lo que debe constituir una verdadera segunda instancia penal en relación con el principio de inmediación.

Por último, la parte relativa al sistema portugués refleja las insuficiencias del mismo, dado que se permite el acceso a las grabaciones realizadas en primera instancia, sin que exista ninguna limitación en este sentido. En el caso portugués, la inmediación probatoria determina, asimismo, el contenido y alcance de la apelación basada, fundamentalmente en la revaloración probatoria con diferente extensión en virtud del objeto de la apelación atendiendo a lo grabado.

La tercera parte de la obra –La inmediación en la teoría procesal penal y las ciencias cognitivas– entronca directamente con cuestiones puramente científicas

compatibles con el principio de inmediación, tratando de medir el grado de cientificidad que la jurisprudencia del TEDH contiene respecto de la exigencia estricta de la inmediación, desde el análisis de aquel en primera instancia, con relación a la prueba audiovisual grabada hasta la propia reflexión de los avances en la investigación neurológica de la memoria y las implicaciones entre la elección de la celebración de un nuevo juicio o la reproducción de la prueba grabada para la segunda instancia. En este sentido, resulta altamente reveladora la referencia al potencial de la inteligencia artificial en este aspecto, que se aborda de forma exhaustiva en la obra. Como podrá comprobar el lector, esta parte es de sumo interés que ya aborda un estudio riguroso con capacidad de provocar que haya que replantearse los dogmas de la inmediación y su efectivo reflejo en el ánimo de la decisión del juzgador.

El estudio concluye con las certeras y oportunas conclusiones sobre la legitimidad de las decisiones del TEDH sobre la base de los estándares requeridos en materia de inmediación y apelación penal.

Sin duda, se trata de una obra de referencia en el estudio del complicado tema de la inmediación probatoria en la apelación penal ya que aborda el tema desde perspectivas de diferentes Estados y, sobre todo, con un carácter multidisciplinar que provoca en el estudioso de la materia un replanteamiento de determinados dogmas sobre la inmediación probatoria y su reflejo en el juicio de los hechos en la segunda instancia.

