

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 2

Diciembre 2024

eISSN: 2340-5155

DOI: <https://doi.org/10.14201/AIS2024122>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 2

Diciembre 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024122>

EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria técnica

Noemí MATEOS GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Consejo de Redacción

Fernando ANDRADE FERNANDES (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil)
Susy Inés BELLO KNOLL (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de Paris, Francia. Codirector de Global Governance Studies)
Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)
Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)
José Luis GOÑI SEIN (Universidad Pública de Navarra, España)
Alejandro GUZMÁN-BRITO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)
Rafael LARA GONZÁLEZ (Universidad Pública de Navarra, España)
Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)
Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia
Estrella TORAL LARA (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)
Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venezia, Italia)
Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)
José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)
Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)
Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)
Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)
Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)
Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)
Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)
Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia)
Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)
Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)
Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)
Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)
César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España)
Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 2

Diciembre 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024122>

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (dir.)

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Secretaría) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España) Teléfono: +34 923 29 44 41

Correo-e: ais@usal.es

<https://derecho.usal.es/>

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) se publica exclusivamente en formato electrónico y su divulgación será a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la revista en su conjunto.

Propiedad intelectual de la revista *ARS IURIS Salmanticensis* (AIS)

El autor cede a la Universidad de Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública necesarios para la explotación de su obra en la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) en formato electrónico y su divulgación a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la Revista en su conjunto. La cesión de derechos tiene carácter exclusivo, gratuito, indefinido y de alcance mundial.

El autor *garantiza* que el trabajo remitido constituye una obra original de su creación, no copiado ni plagiado en todo o en parte de la obra de terceros, ni publicado anteriormente en otro lugar. Se *compromete*, además, a no remitir el mismo artículo a otras publicaciones mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS); no obstante, transcurridos seis meses desde su envío sin aceptación formal para su publicación, o antes, si la Revista lo hubiera rechazado, podrá de nuevo el autor disponer libremente de su trabajo para publicarlo en otro lugar.

El autor *garantiza*, igualmente, que ha respetado las normas de elaboración del trabajo habituales en su ámbito de estudio, así como las relativas a los derechos de autor de los textos, gráficos y demás materiales incluidos en sus textos remitidos a *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS).

Sin perjuicio de la responsabilidad que, en primera instancia, tienen los propios autores cuidando la honestidad, altura creativa y autenticidad de su obra, los editores, los miembros del Consejo de Redacción y los revisores de la Revista velarán por el mantenimiento de la integridad, calidad y originalidad de la investigación.

Esta revista está indizada en: Dialnet y SHERPA/RoMEO. Aparece también en ProQuest y Latindex

NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta e interior: Fernando Benito e Intergraf - Maquetación: Gráficas Lope - Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla

Ni la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse con fines comerciales sin permiso escrito de Ediciones Universidad de Salamanca. A tenor de lo dispuesto en las calificaciones *Creative Commons* CC BY-NC-SA y CC BY, se puede compartir (copiar, distribuir) el contenido de esta revista, según lo que se haya establecido para cada una de sus partes, siempre y cuando se reconozca y cite correctamente la autoría (BY), siempre con fines no comerciales (NC) y compartiendo la obra resultante bajo el mismo tipo de licencia (SA).



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 2

Diciembre 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024122>

ÍNDICE

ESTUDIOS

1. Hacia una legislación marítima a prueba de futuro: desafíos y oportunidades derivadas del rápido desarrollo tecnológico, por *Dina Qasmi Nabil*..... 11-39
2. Libertad de cátedra, autonomía universitaria y libertad de enseñanza como proyección de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico paraguayo, por *Violeta González Valdez*..... 41-58
3. Estado y democracia v. X.X. Las posibilidades de un constitucionalismo digital, por *Julio César Bonilla Gutiérrez* 59-71
4. El impacto de la narcocultura como estilo de vida en las mujeres: contexto mexicano, por *Lizbeth García Montoya*..... 73-98

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN

(ENERO-JUNIO 2024)

| | |
|-----------------------------|---------|
| Derecho Civil..... | 103-114 |
| Derecho Constitucional..... | 115-125 |
| Derecho Mercantil..... | 126-131 |
| Derecho Procesal..... | 132-138 |
| Derecho Internacional..... | 139-143 |

Índice

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Diciembre 2024, 5-6
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(ENERO-JUNIO 2024)

| | |
|------------------------------|---------|
| Derecho Administrativo | 149-158 |
| Derecho Civil..... | 159-175 |
| Derecho Constitucional..... | 176-193 |
| Derecho Mercantil | 194-199 |
| Derecho Penal..... | 200-224 |
| Derecho Internacional..... | 225-235 |



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 2

Diciembre 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024122>

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

1. For a Future-Proofed Law of the Sea: Challenges and Opportunities Emerging from the Rapid Development of Technology, by *Dina Qasmi Nabil*..... 11-39
2. Academic Freedom, University Autonomy and Freedom of Teaching as a Projection of Fundamental Rights in the Paraguayan Legal System, by *Violeta González Valdez*..... 41-58
3. State and Democracy v. X.X. The Possibilities of a Digital Constitutionalism, by *Julio César Bonilla Gutiérrez*..... 59-71
4. The impacto of narcoculture as a lifestyle on womwn: mexican context, by *Lizbeth García Montoya*..... 73-98

LAW REVIEW

(JULY-DECEMBER 2023)

| | |
|-------------------------|---------|
| Civil Law..... | 103-114 |
| Constitutional Law..... | 115-125 |
| Commercial Law..... | 126-131 |
| Procedural Law..... | 132-138 |
| International Law..... | 139-143 |

Table of contents

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Diciembre 2024, 7-8
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

CASE LAW

(JULY-DECEMBER 2023)

| | |
|-------------------------|---------|
| Administrative Law..... | 149-158 |
| Civil Law..... | 159-175 |
| Constitutional Law..... | 176-193 |
| Commercial Law..... | 194-199 |
| Criminal Law..... | 200-224 |
| Internacional Law..... | 225-235 |

ESTUDIOS

For a Future-Proofed Law of the Sea: Challenges and Opportunities Emerging from the Rapid Development of Technology

Hacia una legislación marítima a prueba de futuro: desafíos y oportunidades derivadas del rápido desarrollo tecnológico

Dina QASMI NABIL

Phd candidate Abdelmalek Essaadi University, the Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, Center for Doctoral Studies. Tangiers, Morocco

dina.qasmi@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-3970-4637>

Recibido: 24/10/2024

Aceptado: 04/11/2024

Abstract

In light of the recent technological developments such as artificial intelligence, space exploration technologies, etc., the urgent need to adopt a sustainable approach to laws and policies is now widely recognized. It is undoubtedly a contentious issue to make the law of the sea

Resumen

A la luz de los recientes avances tecnológicos, como la inteligencia artificial y las tecnologías de exploración espacial, se reconoce de manera general la urgente necesidad de adoptar un enfoque sostenible en las leyes y políticas. Hacer que la legislación marítima

future-proofed and future-focused. The need to re-evaluate the maritime legal system is, however, more pressing than ever.

This paper will analyze the current and future intersection between the law of the sea and new technologies and will focus on ways to develop a forward-looking and more future-proofed framework for the law of the sea.

The study will raise questions about the extent and the capability of the legal imagination to match technological development. It will suggest how to rethink the current legal framework in a way that lawmakers and scientists closely work together to prevent maritime security issues. Consequently, it will not only focus on how to make the law of the sea future-proofed but also how to make its provisions future-oriented and in line with technological advances.

Keywords: law of the sea; maritime security; sustainable approach; resilience; legal imagination; artificial intelligence.

esté a prueba de futuro y orientada al futuro es, sin duda, un tema polémico. Sin embargo, la necesidad de reevaluar el sistema jurídico marítimo es más apremiante que nunca.

Este documento analizará la intersección actual y futura entre la legislación del mar y las nuevas tecnologías, y se centrará en cómo desarrollar un marco más proactivo y adaptado a los cambios del entorno. La investigación planteará interrogantes sobre la capacidad de la imaginación jurídica para seguir el ritmo del desarrollo tecnológico. Sugerirá maneras de repensar el marco legal actual para que legisladores y científicos colaboren estrechamente en la prevención de problemas de seguridad marítima. Así, no solo se buscará cómo hacer que la legislación marítima esté a prueba de futuro, sino también cómo alinear sus disposiciones con los avances tecnológicos.

Palabras clave: legislación marítima; seguridad marítima; enfoque sostenible; resiliencia; imaginación jurídica; inteligencia artificial.

Summary: 1. Introduction. 2. Understanding the multifaceted nature of maritime security: key concepts and their interconnections. 3. Maritime security in a digital era. 3.1. Maritime cybersecurity: a challenge to international law. 3.2. Developing a Tailored Framework for Cybersecurity. 4. Towards a futuristic and forward-looking approach. 4.1. Expanding the legal imagination to align with technological developments. 4.2. Exploring the potential of artificial intelligence in future-proofing the law of the sea. 4.2.1. Artificial Intelligence: The opportunities. 4.2.2. The use of AI: Ethical Considerations. 4.2.3. The EU-AI framework. 4.2.4. Towards a UN-AI Governance. 5. Conclusion and recommendations. 6. References.

1. INTRODUCTION

Oceans and seas are essential not only for global security but also for the economic well-being of nations, as activities like commercial shipping, navigation, and various forms of maritime exploration serve as crucial sources of sustenance for many states. Despite their importance, the maritime domain encounters a myriad of complex challenges and threats, encompassing both legal and ethical dimensions. In this context, the Law of the Sea provides a comprehensive legal framework that is fundamental to tackle these issues.

Time and the changes it brings is has become a significant concern highlighting the need for a more resilient body to protect seas and maritime activities from emerging threats and challenges while preserving resources. As a consequence, maritime security started to resonate, now more than ever, on both national and international levels. Although the expression is not new, it resurfaced with new technologies, specifically Artificial Intelligence (AI) among others.

Perceptions and awareness regarding the concept of maritime security have changed in the last few years from a specialized and constrained viewpoint to one that is more comprehensive in its analysis of the relevant problems.

It is worth noting that no universal definition or consensus on maritime security has emerged yet¹. The United Nations Convention on the Law of the Sea UNCLOS as the reference legal framework for the use of maritime spaces and resources, does not refer to or define maritime security². However, even if UNCLOS does not specifically refer to maritime security, it serves as a foundation for it in its broad conceptualization by outlining the rights and responsibilities of states. The absence of a universal definition is nonetheless supplemented by other treaties, UN resolutions, and customary international law related to major security threats in the maritime domain regulated directly or indirectly under UNCLOS³.

Maritime security can be seen as a nexus of various state and non-state concerns. The issues related to maritime security are often addressed in multiple provisions and bodies such as UNGA⁴ resolutions or UNSC⁵ periodic reports. In this regard, these two United Nations bodies contributed significantly to identifying challenges that qualify as maritime security threats and proposing measures to enhance the safety and security of maritime activities worldwide.

In this spirit, maritime security can be described as a general term that draws attention to new challenges⁶ and threats that prevail in the maritime domain⁷ and rallies support for tackling them. As highlighted by Rao, maritime security represents a relatively modern notion that differs from traditional naval security projections and embodies an

1. KLEIN, N. 2011: *Maritime Security and the Law of the Sea*. Oxford University Press, 8.

2. In general, science depends heavily on exact definitions of ideas, concepts and parameters that are widely accepted. This is because having explicit definitions promotes standardization, improves communication, and enables the unambiguous sharing of knowledge. Thus the importance of standardization and commonly agreed upon definitions of concepts.

3. UK Parliament. *UNCLOS: The Law of the Sea in the 21st Century*. 2nd Report of Session 2021-22, published 1 March 2022, HL Paper 159.

4. UN General Assembly Resolution A/RES/73/292 (2019).

5. UN Security Council Resolution 2383 (2017).

6. BUEGER, C. 2015: «What is Maritime Security?». *Marine Policy*, 2015, 53: 159.

7. KRASKA, J. and PEDROZO, R. 2013: *International Maritime Security Law*. Martinus Nijhoff Publishers.

evolving comprehensive construct encompassing several interconnected aspects of the maritime domain⁸.

In light of these rapid technological developments, maritime security is facing multiple threats and challenges. States have to handle the positive but also and especially the negative use of these new technologies especially given their proliferation and accessibility. Hence, the need to adopt a sustainable and resilient approach to laws and policies. The question that arises is: Can smart technologies help decision-makers develop a robust and more resilient framework that ensures maritime security?

In this context, the working hypothesis of this study is that the rapid pace of smart technologies, particularly AI, can significantly enhance maritime security by improving threat detection, response strategies, and resource management. However, the existing legal framework under the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) must be adapted and integrated with these technologies to ensure a sustainable, resilient, and future-proof maritime security regime that effectively addresses both emerging and traditional maritime threats.

This paper will analyze the current and future intersection between the law of the sea and new technologies and will focus on ways to develop a forward-looking and more future-proofed framework for maritime security. In addition, the study will also focus on the extent and the capability of the legal imagination⁹ to match the current technological era. It will suggest how to rethink the current legal framework in a way that lawmakers and scientists closely work together to better address and prevent maritime security issues.

To be able to address the main research question, it is essential to first lay a foundational understanding of the complexity and multidimensional nature of maritime security, providing a holistic approach that integrates traditional threats with emerging concepts. By examining the relationships between seapower, marine safety, the blue economy, and human security (2). Following this, we will explore the evolving concept of maritime security in the digital era, by examining the emerging threats and the role of technology in reshaping security strategies at sea (3). The following section will then look towards the future, exploring a forward-looking approach to maritime security, where we discuss potential innovations and strategic adaptations for the maritime domain (4). Finally, in Section (5), the paper will conclude with a summary of the key findings and provide recommendations for policy-makers and stakeholders. Through this, we aim to gain a comprehensive understanding of maritime security and contribute towards its future-proofing.

8. RAO, I. A. (retired). 2023: *Maritime Security: Challenges & Responses in a Changing World*. 1st ed. IPS Press.

9. WHITE, J. B. 1985: *The Legal Imagination*. 2nd ed. Abridged Edition.

2. UNDERSTANDING THE MULTIFACETED NATURE OF MARITIME SECURITY: KEY CONCEPTS AND THEIR INTERCONNECTIONS

Instead of examining the scope of maritime security through the classic conceptualization method consisting of exploring the different security threats related to it (e.g., piracy, Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing IUUF, marine pollution...), another approach of concept analysis will be adopted in this chapter, focusing on the multifaceted nature of maritime security and connecting it to various key concepts.

This approach allows the analysis of maritime security while taking into consideration the complexity of the concept and its ever-changing and context-dependent nature¹⁰. This method can also provide a more holistic and future-oriented approach where in addition to the above-mentioned threats, emerging challenges can also be included in the concept.

Since no universal definition of maritime security exists and as concepts usually acquire their meaning from their interference with other concepts, the notion of maritime security could be intended at large as a term that refers to a comprehensive architecture of a minimum of four different concepts presenting some form of correlation to the secure use of maritime spaces and resources including but not exclusively: seapower, marine safety, blue economy, and human security.

Each of these concepts highlights different facets of maritime security. The terms «seapower» and «marine safety» reflect traditional views on dangers at sea. However, blue economy, and human security are closely connected to the rise of maritime security.

This maritime security matrix, «organizes a web of relations, replaces or subsumes older established concepts, as well as relates to more recently developed ones»¹¹ and by examining the links between these concepts, we can understand the term maritime security from a holistic approach.

The concept of seapower has been discussed in various scientific, political, and international relations domains. It was first introduced by Mahan¹² as a strategic concept. Mahan invented the term 'seapower', but he could not clearly and succinctly articulate his strategic concepts.

10. See More on the approach followed by the author in analysing the concept of maritime security through connected concepts BERENSKOTTER, F. 2016: «Approaches to Concept Analysis». *Millennium: Journal of International Studies*, 2016, 45. <https://doi.org/10.1177/0305829816651934>

11. BUEGER, 2015, 160.

12. MAHAN, A. T. 2010: *The Influence of Sea Power upon History, 1660-1783*. Cambridge: Cambridge University Press.

At that time, seapower meant the sum of naval power and transport capabilities¹³. However, Mahan's perspectives on seapower went beyond military considerations. Economic considerations also constituted the core of his reasoning. If «seapower is a part of the national power that arises from the characteristics of the sea and ocean environment»¹⁴, the sea environment, however, has changed functionally since the emergence of the concept.

The concept of seapower has taken into consideration new parameters that go beyond the mere ability to control sea space as pointed out by Geoffrey Till¹⁵ «Seapower must be defined as an input, that is the sum of the various naval and maritime related assets, as well as output, that is, the ability to influence the behavior of other actors». Stated differently, the application of sea power is not just significant at sea, but it also has an impact on land-based processes and behaviors.

One of the key connections between seapower and maritime security is the role of naval forces in maintaining security at sea. Armed forces, especially navies, are often at the forefront of maritime security efforts. Their ability to project power, defend shipping lanes, conduct anti-piracy operations, and maintain a presence in international waters is crucial in upholding maritime security. In this sense, naval forces are both a primary actor in ensuring maritime security and a central component of seapower.

Another connection between seapower and maritime security lays in the discourse on military presence and operations beyond national waters. There is ongoing debate about how far the armed forces of a nation should operate outside its territorial waters, whether in international waters or in the exclusive economic zones (EEZ) of other states. Some argue that a strong, proactive naval presence globally is essential for safeguarding maritime security, deterring potential threats, and asserting national influence. Others question the risks and ethical implications of such international military engagement, considering potential sovereignty disputes.

This focus on securing maritime domains inevitably intersects with the broader concept of marine safety, another term for which no universal definition exists, but there is some sort of a consensus on its scope. According to the Oxford Dictionary, the word safety means «the condition of being protected from or unlikely to cause danger, risk, or injury»¹⁶.

Respectively, marine safety can be understood as the protection of life¹⁷ and property of all forms of waterborne transportation. In other words, it means «all measures

13. For more on the concept, see Sekine, D. 2011: *Seapower and Japan's maritime coalition building*.

14. ALLAHVERDIZADEH, R. and KARIMI, M. 2023: «A New Approach to the Theory of Seapower in the 21st Century (In Times of War and Peace)», 386.

15. TILL, G. 2009: *Seapower: A Guide for the Twenty-first Century*. Routledge, 21.

16. *Oxford Dictionary of English*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

17. Particularly in terms of training for the safety of activities onboard and search and rescue.

taken for the safety of ships and offshore installations, their crews, their passengers, the safety of navigation and the facilitation of maritime traffic, maritime facilities and maritime environment»¹⁸.

The frequent interchange between marine security and maritime safety can create confusion in terms of the scope of each one of these concepts which is why it is worth noting that to achieve maritime security, safety at sea is required. They are two interconnected aspects of ensuring the protection and well-being of the maritime domain and its resources and securing the flow of maritime trade and transport.

As we have seen, marine safety is a critical component in ensuring the stability and security of maritime domains. However, to fully understand the broader implications of maritime security, it is essential to consider the economic and environmental aspects that also shape the future of our oceans. One of the most significant developments in this regard is the concept of the Blue Economy, which emerged as a key focus at the 2012 United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD)¹⁹.

The blue economy was defined as an economy «that results in improved human well-being and social equity, while significantly reducing environmental risks and ecological scarcities»²⁰. Blue economy tends to encourage economic growth and development by offering a friendly and risk-free environment in which the economy can operate.

The relationship between Blue Economy and maritime security can be seen through the socio-economic and environmental externalities produced by the unsustainable use of marine spaces and resources. For instance, the overexploitation of marine resources can lead to a decline in fish stocks, affecting the livelihoods and income of coastal communities reliant on fishing. This could result in social unrest, IUU fishing, and conflicts²¹ between different user groups, impacting the overall security situation in the maritime domain²².

18. AFRICAN UNION. 2016: *African Charter on Maritime Security and Safety and Development in Africa*.

19. Or Rio +20 Conference.

20. United Nations Environment Programme. 2012: UNEP 2011 Annual Report, <https://wedocs.unep.org/20.500.11822/8053>

21. MACKINNON, J. 2019: «Fishery Depletion and the South China Sea». *Fisheries*, 2019, 9(1).

22. Overfishing in the South China Sea has led to tensions between countries like China, Vietnam, and the Philippines. These tensions have escalated to confrontations between fishing vessels, threatening stability and security in the region leading to a substantial conflict dynamic in the form of piracy.

Legal provisions like UNCLOS²³, SDG 14²⁴, and maritime spatial planning frameworks provide guidance and instruments to tackle these risks, promote sustainable development, and safeguard maritime security.

In this context of growing considerations of the human element and the well-being of individuals and communities, particularly in maritime regions, human security becomes a critical lens through which the protection and prosperity of people, particularly those dependent on the ocean, must be considered.

The concept of human security was established by The United Nations Development Programme (UNDP) in its Human Development Report of 1994. The paper re-examined the idea of security and made a distinction between national security and individual citizen security, with a focus on the latter. As stated in the research, many conflicts are now within nations rather than between nations²⁵.

Despite the notions established by UNDP, defining human security remains a complex task²⁶. The Report recognizes two human security aspects. The first aspect includes being safe from long-term issues like hunger, disease, and repression. The second aspect involves being protected from unexpected disruptions that can negatively affect everyday life, such as disruptions in homes, jobs, or communities.

By understanding that human security includes various dimensions beyond just safety at sea, the misconception that maritime safety is a component of human security can be avoided. Human security highlights the linkage and interdependence of different factors that contribute to ensuring the well-being and prosperity of individuals and states in maritime areas.

In summary, the concept of maritime security has no definite meaning. Its definition depends on the involved actors and their attempts to relate it to other concepts and fields, forming an interconnected matrix where other elements can be added to adjust it to the test of time and the changes it brings about.

As a result, maritime and international law specialists will always be challenged when it comes to harmonizing the practical and theoretical definitions of maritime security. In other words, the practical definition of the concept will always differ among actors²⁷, across time and geography, and most importantly due to the emerging threats

23. UNCLOS establishes the legal framework for the sustainable use and conservation of marine resources. Article 192 emphasizes the obligation of states to protect and preserve the marine environment, which indirectly contributes to maritime security.

24. For instance, SDG 14 focuses on conserving and sustainably using the oceans, seas, and marine resources. It recognizes the interlinkages between the Blue Economy, environmental sustainability, and maritime security, emphasizing the need for integrated, science-based management approaches.

25. UNDP (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME). (1994). *Human Development Report 1994: New Dimensions of Human Security*. New York, 22.

26. ROSSELLO, M. 2022: «Fisheries and the Law of the Sea in the Anthropocene Era». In Pierandrea Leucci e Ilaria Ianiello (eds.): *Ascomare Yearbook on the Law of the Sea*, vol. 2.

27. With their different geopolitical interests and world views.

that come with technological developments. Hence, «striving for a unanimous definition of maritime security is an unproductive quest»²⁸.

Having provided some preliminary details and remarks on the concept of maritime security and other connected concepts in the preceding chapter, we will be focusing next on maritime security in the digital era as the transformation of society by digital technology has permeated various aspects of our lives, including the maritime domain.

3. MARITIME SECURITY IN A DIGITAL ERA

Apart from the traditional challenges, the resurgence of wars in recent years, the illegal activities such as piracy, smuggling, and trafficking as well as environmental hazards and potential security impacts of natural or man-made disasters, technology has had a tremendous effect on maritime security, underscoring the significance of our maritime environment.

Automation and technology created new opportunities but also significantly increased remote hijacking risks and other emerging threats. Our oceans have become a battleground not only for physical threats but also for invisible, yet potent, cyber-threats.

The digital era has introduced a new set of risks to the maritime domain, as Sarah PERCY has argued²⁹ various maritime security challenges are not «traditional security issues, in the sense that they are often lower-order, unconventional threats... that straddle the border between crime and international security»³⁰. The main question here is to know if the maritime domains are ready for an era of smart technologies such as AI.

With the growing use of new technologies, the maritime domain is no longer a far playground for hackers and other technology-related threats that can seriously affect the four components of the maritime security matrix. Legally speaking, UNCLOS, which entered into force in 1994, is the main international legal framework governing the use and protection of the world's oceans and marine resources. Various maritime concerns, including maritime security, are covered by UNCLOS by acknowledging that, subject to certain restrictions, every state has the right to conduct maritime security operations within its maritime zones.

UNCLOS is undoubtedly an essential framework in promoting maritime security by ensuring that maritime operations are carried out in compliance with international law and with respect for human rights and by providing states with a legal framework for cooperation in the prevention and suppression of illegal maritime activities. However, primarily designed to address traditional maritime security concerns, covering and

28. BUEGER, 2015, 163.

29. PERCY, Sarah. 2016: «Counter-piracy in the Indian Ocean: A New Form of Military Cooperation». *Journal of Global Security Studies*, 2016, 1:4: 270-284.

30. AVANT, David D.; P. O. I. R. D. and WESTERWINTER, Oliver (eds.). 2016: *The New Power Politics: Networks and Transnational Security Governance*. Oxford: Oxford University Press.

keeping up with all the technological and geopolitical changes can be very challenging for an over thirty-year-old text, hence the need for a multi-faceted approach.

Technological advancements have revolutionized maritime activities, including navigation systems, deep-sea exploration, and the use of remotely operated vehicles. These advancements raise new legal and regulatory questions that UNCLOS may not be specifically able to address³¹.

The future of maritime security will most likely involve increased dependency on technology, including artificial intelligence and automation³². In the following subsections, we will be highlighting some of the rapidly emerging threats that will exacerbate the already harmful effects of traditional sources of pollution, global warming, and over-fishing on our oceans as well as the legal framework governing it (or not).

3.1. Maritime cybersecurity: a challenge to international law

Each time brings something of its own, and the rise of the 21st century witnessed major transformation due to substantial technological developments in various fields such as Information Technology (IT) and AI, profoundly affecting the maritime domain.

Cyber-security is defined by the International Telecommunication Union as «the collection of tools, policies, security concepts, security safeguards, guidelines, risk management approaches, actions, training, best practices, assurance and technologies that can be used to protect the cyber environment, organization, and user's assets»³³.

Although there is no universally agreed definition, the term «maritime cyber security can be defined as cyber-security in the maritime domain which involves safeguarding the sector's Critical Information Infrastructure (CII), guarding against cyber-attacks and/or other unintended errors that may disable, disrupt and take-control of OT³⁴ infrastructure»³⁵.

31. H. O. L. 2022: *UNCLOS: The law of the sea in the 21st century*. International Relations and Defence Committee, 2nd Report of Session 2021-22.

32. International Relations and Defence Committee. 2021: Response by Dr Alexandros X. M. Ntovas: UNCLOS: Fit for purpose in the 21st century? University of Southampton, 12.11.2021. for the following questions: What are the main challenges facing the effective implementation of UNCLOS in 2021? Focusing on: Autonomous maritime vehicles (both commercial and military), cybersecurity, and other new technologies. In light of these challenges, is UNCLOS still fit for purpose? Can or should UNCLOS be renegotiated to better address these challenges?

33. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. 2008: «Overview Cybersecurity».

34. Operational technology is hardware and software that detects or causes a change, through the direct monitoring and/or control of industrial equipment, assets, processes and events.

35. FITTON, O.; PRINCE, D. and GERMOND, B. 2015: *The Future of Maritime Cyber Security*. Lancaster University.

The information and operational technology systems on board a ship are just as susceptible to hacking as systems on land. These breaches of security could seriously jeopardize the safety and security of ships, ports, marine facilities, and other components of the maritime transportation system. Since the majority of the new systems operate autonomously and are heavily dependent on IT and data flows, the probability of cyberattacks is more significant than ever.

To better illustrate this threat, it is worth noting that in the first few months of the COVID-19 pandemic, attempted cyber attacks rose by 400 % and the costs of global cybercrime are expected to increase by 15 % per year between 2021 and 2025, and reaching USD 10.5 trillion by 2025, compared to USD 3 trillion in 2015³⁶.

Cyber incidents in the maritime sector might have catastrophic effects³⁷ on human life, the economy, and the environment. For instance, the massive maritime firm Maersk was the target of a significant cyberattack in June 2017. Malicious spyware prevented employees' computers from opening files, which brought an end to Maersk's port operations. 76 port terminals were shut down by the attack, and despite Maersk's ostensibly prompt response, the corporation ultimately suffered a \$300 million loss.

While there are some similarities between cybersecurity challenges in the marine sector and cybersecurity in general, the distinctive features of the maritime industry necessitate a specialized international legal response due to its unique challenges and implications. Furthermore, institutions that are primarily responsible for marine cybersecurity differ from general ones in terms of the applicable international law.

The main question here is to know if the current public international law is fit enough to qualify cybersecurity as a violation and an internationally unlawful act. The answer to that is not as simple as it might seem.

Cyber attacks, in general, don't resemble traditional criminal activities. In Cyber attacks, in contrast with traditional crimes such as terrorism, it is often difficult to establish that the conduct of the issue is criminal³⁸ as they do not conform to the basic dichotomous threat model that has evolved over the last few centuries³⁹. Cyberattacks defy even the simple categorization of weaponry, used in international law, making it very challenging for nations to apply conventional criteria.

Moreover, cyberattacks must first be attributable to a country to qualify as a violation of public international law. However, legal responsibility attribution is always a challenge because it requires a fairly high degree of certainty, and this is not always possible

36. According to Cybersecurity Ventures 2020 report: «Cybercrime to Cost the World \$10.5 Trillion Annually by 2025». Accessed November 2024.

37. Even the United Nations' International Maritime Organization was cyber-attacked in September 2020.

38. BRENNER, Susan W. 2009: *Cyberthreats: The Emerging Fault Lines of the Nation State*, 6-7.

39. BRENNER, S. W. 2007: ««At Light Speed»: Attribution and Response to Cybercrime/Terrorism/Warfare». *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2007, 97(2): 379-475.

in such cases. This leads us to wonder whether there are international obligations that prohibit cyberattacks in the maritime field.

UNCLOS does not specifically govern cyber-security threats. However, navigational rights and freedoms are listed in the provisions regarding the general duty to protect the marine environment without any specific explanation. For instance, the interference with a merchant ship's navigation and damage to that merchant ship constitutes a violation of UNCLOS, mainly under articles 17, 19 and 57.

Although UNCLOS does not directly govern cybersecurity threats, some provisions within the convention indirectly address related aspects such as freedom of communication and the protection of undersea cables, it provides protection and preservation measures for communication channels and pipelines against possible physical damage but does not directly address the cybersecurity risks they might face.

UNCLOS recognizes the principle of sovereign immunity, which means that warships, government vessels, and other state-owned ships are immune from the jurisdiction of foreign states. This immunity extends to their communication systems and ensures their protection from unauthorized intrusion.

As Governments and organizations realize the lack of an international law framework regarding cybersecurity threats as well as the urgent and increasing need for protection against cyber attacks, cybersecurity standards and best practices started to see the light.

3.2. Developing a Tailored Framework for Cybersecurity

During the years 2017 and 2018, the maritime industry encountered an unprecedented surge in fraudulent activities, particularly through email scams, phishing attempts, and other deceptive strategies. This trend has been coupled with a growing concern as «Port and shipping line networks are increasingly vulnerable to what appears to be increasingly targeted attacks against maritime systems»⁴⁰.

The cybersecurity framework refers to a set of guidelines and best practices that nations, organizations, and other stakeholders ought to follow to strengthen their cybersecurity posture. It aims to help organizations identify, protect, detect, respond to, and recover from cyber threats and incidents.

Cyber-attacks can be carried out by different individuals or groups, each with their motives. These can range from non-state actors trying to cause significant disruptions to state-sponsored programs having widespread international consequences⁴¹. Thus, there is a need for a tailored framework for cybersecurity.

The need for a tailored framework for cybersecurity specific to each country arises from the fact that every country has unique characteristics, such as legal, cultural, and

40. KESSLER, G. C. 2019: «Cybersecurity in the Maritime Domain». *USCG Proceedings of the Marine Safety & Security Council*, 2019, 76(1).

41. HILLER, A. L. 2017: *The challenge of cybersecurity in the maritime domain: Senior capstone thesis*. California State University Maritime Academy.

technological aspects, which can impact their cybersecurity needs and challenges. A one-size-fits-all approach to cybersecurity would not be effective as different countries face distinct threats and have varying levels of security infrastructure.

Similarly, it is important to have tailored frameworks for cybersecurity at the regional level as maritime activities often occur in regional clusters, such as ports, shipping lanes, or economic zones. These regions may face common cybersecurity risks and encounter similar threats. Developing a framework specific to each region enables collaboration among neighboring countries to address shared risks and vulnerabilities more effectively. It also provides a platform for information exchange, best practices sharing, and collective response to emerging threats.

In this regard, multiple states have their laws and regulations related to maritime cybersecurity in an individual approach or a regional one.

Morocco, for instance, adopted Law No. 05-20 on cybersecurity which aims to establish a legal framework that advocates for a set of rules and security measures to ensure and enhance the security and resilience of information systems in state administrations as well as critical infrastructures with sensitive information systems, that applies to the Moroccan maritime domain as well⁴².

In the European Union (EU), the Network and Information Security Directive (NIS Directive) establishes cybersecurity requirements for operators of essential services, including maritime ports and related entities.

While individual countries and regions have unique cybersecurity requirements, cyber threats are not constrained by borders, and malicious actors can target countries indiscriminately therefore, it is equally important to promote interregional and worldwide cooperation.

Various international bodies, such as the IMO and International Electro-Technical Commission (IEC), have developed cybersecurity guidelines and standards for the maritime sector.

Globally speaking and after realizing the growing threat that cyberattacks pose to the maritime sector, the IMO has taken action to create a framework to address cybersecurity concerns through several regulations and guidelines developed by the IMO's Maritime Safety and Maritime Security Committees⁴³.

Cybersecurity in the maritime field has not been exclusively regulated by the IMO. The IEC has also developed international standards for the electrical and electronic industries with specific cybersecurity standards for maritime systems, such as IEC 62443⁴⁴.

42. KINGDOM OF MOROCCO, ADMINISTRATION OF NATIONAL DEFENSE. إدارة الدفاع الوطني, المملكة المغربية. [Presentation of Law No. 05-20 on Cybersecurity]. Retrieved from <https://www.dgssi.gov.ma/fr/loi-ndeg-0520-relative-la-cybersecurite>

43. Such as Resolution MSC.428(98), the International Ship and Port Facility Security (ISPS) Code, the Guidelines on Maritime Cyber Risk Management and Maritime Domain Awareness.

44. While the standard was originally developed for the industrial sector, its principles can be applied to various domains. In the maritime domain, the implementation of IEC 62443 can help protect critical systems and infrastructure against cyber threats as ships and offshore facilities heavily rely on interconnected systems for navigation, communication, and other essential functions.

In addition to this, several entities have developed guidelines for cybersecurity in general that can also apply to the maritime field. The Tallinn manual is a good example in this regard.

The Tallinn Manual is a set of guidelines for states in the field of cyberspace. It was published in 2013 by the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence⁴⁵ in Tallinn, Estonia.

The manual serves as a comprehensive guide for the legal analysis of cyberspace activities, particularly those conducted by nation-states. It is focused on how international law applies to cyberspace and provides recommendations for state behavior in the cyber domain.

The Tallinn Manual is not legally binding, but it has been influential in shaping international norms. It has been widely referenced by governments, policy-makers, and legal experts around the world to develop their cyber policies and strategies⁴⁶.

It is noteworthy that the regulatory framework for cybersecurity in maritime sectors is in a state of constant evolution, with new norms and guidelines actively being formulated to counter emerging threats within this field.

Having examined the challenges and implications of maritime security in the digital era, it is important to shift our focus towards proactive measures that can effectively future-proof the maritime domain legal provisions. As maritime activities continue to evolve amidst technological developments, it is evident that traditional security frameworks must adapt to safeguard against emerging threats. In this regard, the following chapter will be dedicated to the exploration of innovative means to enhance legal provisions for maritime security, highlighting new ways of thinking, futuristic and holistic approaches, and frameworks that can be employed to ensure the durability and adaptability of these regulations in a constantly changing environment.

4. TOWARDS A FUTURISTIC AND FORWARD-LOOKING APPROACH

Given the major transformations occurring in the maritime domain, it is anticipated that the legal framework governing this domain will experience substantial modifications. The advent of digital developments has profoundly influenced the maritime arena, introducing both emerging threats — some of them have already emerged and some will emerge to the surface maybe shortly — and promising opportunities⁴⁷. As humanity

45. The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence.

46. SCHMITT, M. N. 2013: *Tallinn Manual 2.0: On the International Law Applicable to Cyber Operations*, vol. 14. Cambridge University Press.

47. For instance, in the field of Search and Rescue (hereinafter SAR) Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) and drones are taking a more prominent role. Drones are being used as the «first response» to analyze accident scenes, determine emergency routes and locate potential survivors.

enters a new era of digitalization, it is crucial to ensure that the law of the sea is prepared for emerging challenges and can withstand them.

In this regard, the complexity of maritime activities has increased major concerns about liability, safety regulations, and the sustainability of the actual legal framework and its resilience in the face of these major transformations.

In response to these concerns, it is crucial for the legal framework governing maritime space to evolve and establish more robust and forward-looking regulations to ensure its resilience.

Future-proofing is much more than simply adjusting the legal provision once it is outdated. It means taking proactive measures ahead to prepare for emerging challenges and opportunities, rather than simply handling them when they arise. The following lines will focus not only on the need to expand the legal imagination to match the evolution of technology but also on ways to develop a much more futuristic and forward-looking approach to reshaping maritime activities and the law of the sea.

4.1. Expanding the legal imagination to align with technological developments

The concept of expanding the legal imagination aims to balance the evolving nature of technology and the existing legal systems. By embracing innovation and envisioning new legal frameworks, it becomes possible to effectively address emerging challenges and opportunities brought about by technological developments⁴⁸.

The development of the law of the sea has forced legislatures to reflect upon new concepts, rules, and principles. This is because the maritime domain is not only confined to two parties bound by an agreement that defines their obligations and rights. It is rather a vast space where multiple parties are involved. Legal imagination is, as a consequence, required to establish a corpus that responds to this reality of multiple interconnected parties, scientific uncertainties, different interests, and geopolitical conflicts⁴⁹.

Imagination has gained popularity as a referent in recent decades in the context of modern international legal discourse^{50,51}. This rising popularity of imagination in

48. CAPLAN, R. L. 1980: «Review of Legal Reasoning and Legal Theory, by N. MacCormick». *Harvard Law Review*, 1980, 93(4): 817-831. <https://doi.org/10.2307/1340528>

49. FISHER, Elizabeth. 2017: «Expanding Legal Imagination». In *Environmental Law: A Very Short Introduction*. Oxford, online edn, Oxford Academic, 26 Oct. <https://doi.org/10.1093/actra-de/9780198794189.003.0005> [7 Nov. 2023].

50. CARTY, A. 1986: *The Decay of International Law? The Limits of Legal Imagination in International Affairs* (republished with a new introduction in 2019).

51. D'ASPROMONT, J. 2022: «Legal Imagination and the Thinking of the Impossible». *Leiden Journal of International Law*, 2022, 35(4): 1017-1027.

international law in general and in the law of the sea and maritime law, in particular, can prove surprising for two major reasons. First of all, it is an empirical exercise before anything else and it is as old as the international legal discourse⁵². Second, the act of envisioning itself can be regarded as an integral component of the process of law-making. In this sense, imagination can be seen as a means of engagement with the world⁵³.

In today's international legal discourse, «imagination often refers to an act of denaturalizing what comes naturally»⁵⁴ for jurists and decision-makers, especially following recent technological developments. The following steps can help broaden the legal imagination to match technological developments in the maritime field.

The expansion of legal imagination is a concept that involves pushing the boundaries of conventional legal thinking. It involves adopting a flexible approach, one that allows for innovative ideas, creative interpretations, and imaginative solutions to legal challenges. This flexible approach is necessary to keep up with the social, technological, and cultural changes. It enables legal professionals to effectively address emerging legal issues, adapt to new circumstances, and ensure that the law remains relevant and accessible to all.

By embracing a flexible approach, the expansion of legal imagination allows for the development of a more dynamic and inclusive maritime framework⁵⁵.

Putting the maritime legal framework against the test of time can be very challenging because predicting the changes that time will bring is not an easy matter. The main difficulty is predicting future disturbances and changes.

In this sense, the resilience of the law derives from its capacity for flexibility⁵⁶. The term resilience⁵⁷ describes the amount of disturbance a system could take before its

52. Regarding the notion that Grotius provided a pioneering act of creativity in the area, refer to KOSKENNIEMI, M. 2019: «Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian 'Tradition'». *European Journal of International Law*, 2019, 30: 17-52, at p. 22.

53. WINTER, S. L. 2001: *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, 67.

54. On the idea of naturalistic necessity see Butler, J. 2007: *Gender Trouble: El feminismo y la subversion de la identidad*. Paidós.

55. WARNER, R. 2003: «Flexibility in the law of the sea: A new dimension for UNCLOS». *Marine Policy*, 2003, 27(6): 499-513. This paper explores the concept of flexibility in UNCLOS and argues for its importance in addressing the dynamic nature of maritime disputes. It discusses the potential benefits and challenges of incorporating flexibility into the legal framework of UNCLOS.

56. FENWICK, M. and WRBKA, S. 2016: *The Flexibility of Law and Its Limits in Contemporary Business Regulation*. Also see ROOSEVELT, Kermit. 2019: «Certainty vs. Flexibility in the Conflict of Laws». In F. Ferrari and D. Fernández Arroyo (eds., Elgar 2019): *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*. University of Pennsylvania Law School. Public Law Research Paper No. 18-40.

57. For more on the term «resilience» see FOLKE, C.; BIGGS, R.; NORSTRÖM, A. V.; REYERS, B. and ROCKSTRÖM, J. 2016: «Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science». *Ecology and Society*, 2016, 21(3).

controls shifted to a set of variables and relationships thus dominating another stability region.

Whereas flexibility can be defined as «the ability [of a system] to transform itself to improve its insertion into the environment and thus increase its probability of survival»⁵⁸. In other words, flexibility is a way to deal with uncertainty⁵⁹.

GERWIN notes that flexibility has been generally proposed as the adaptive response to environmental uncertainty, specifically as a set of responses to different manifestations of uncertainty⁶⁰.

DE TONI and TONCHIA⁶¹, in a comprehensive literature review, find that flexibility is defined as 1) the characteristic of the relationship between a system and its environment, where it operates as a buffer for uncertainty; 2) the degree of homeostatic control of a system, that is, the degree of cybernetic adaptation; 3) the capacity for change and adaptation.

These statements aim at what could be called the general characteristics of flexibility, and they seem to converge in identifying it as «the capacity for adaptation and the purpose of coping with uncertainty»⁶².

The main question here is to explore how policymakers and jurists can incorporate flexibility in their approaches.

Drafting a legal framework calls upon a more predictive approach that brings together lawmakers and scientists and encourages them to work hand in hand for the legal and scientific imaginations to match and be synchronized with one another⁶³. Only after reaching this harmony and synchronization both legally and technologically, a more flexible corpus can be reached.

There is no denying the pressing necessity for lawmakers to collaborate with scientists and researchers to increase the resilience and flexibility of the legal corpus. The reaction of policymakers to the coronavirus pandemic is the perfect illustration of the importance of maintaining strong ties between scientific and political communities.

58. TARONDEAU, J.-C. 1999a: «La flexibilité est un moyen de faire face à l'incertitude». *Revue française de gestion*, dossier «Les flexibilités», 1999a, 123: 66-71.

59. REIX, R. 1997: «Flexibilité». In Y. Simon and P Joffre (dirs.): *Encyclopédie de gestion*, vol. 2. 2.^a ed. Paris: Economica.

60. GERWIN, D. 1987: «An agenda for research on the flexibility of manufacturing processes». *International Journal of Operations & Production Management*, 1987, 7(1): 38-49.

61. DE TONI, A. and TONCHIA, S. 2001: «La flessibilità dei sistemi produttivi: concettualizzazioni e misurazioni sul campo». In *Atti del 2nd Workshop di Organizzazione aziendale*. Università di Padova, CD-Rom.

62. MAGGI, B. 2006: «Critique de la notion de flexibilité». *Revue française de gestion*, 2006, 162(3): 35-49.

63. KHASKHELI, M. BILAWAL; WANG, S.; HUSSAIN, R. Y.; JAHANZEB BUTT, M.; YAN, X. and MAJID, S. 2023: «Global law, policy, and governance for effective prevention and control of COVID-19: A comparative analysis of the law and policy of Pakistan, China, and Russia». *Front Public Health*, 2023, 10:1035536. [doi: 10.3389/fpubh.2022.1035536](https://doi.org/10.3389/fpubh.2022.1035536)

Whether in times of crisis or not, the integration of science experts into decision-making processes strengthens policies, improves the resilience of legal texts, and leads to robust, forward-looking, flexible, and sustainable outcomes.

Privileging multidisciplinary coordination that encourages collaboration between legal professionals, technology experts, maritime industry stakeholders, and researchers can ensure a more comprehensive understanding of the potential impacts of technological developments on the legal framework. This multidimensional collaboration can also boost the involved parties' ability to anticipate challenges and detect opportunities and thus be more flexible and forward-looking.

In addition to this, developing legal education training and programs that involve incorporating technology-related modules will help create the next generation of maritime jurists and professionals. This is the first step towards ensuring the provision's flexibility while keeping up with the digitalization era as it can help identify gaps in the existing framework.

Moreover, encouraging innovation and experimentation hubs through regulatory sandboxes or pilot programs that allow testing and experimenting with new technologies in a controlled environment can enable lawmakers to better understand how new technologies may require legal adaptation, especially AI as it can be very challenging to comprehend the relationship between AI and the law of the sea, which subsequently brings us to our next point.

4.2. Exploring the potential of artificial intelligence in future-proofing the law of the sea

Connecting AI and the maritime domain can lead to many misunderstandings and disagreements not only regarding the use of AI but also its ethical use. These misconceptions run the potential of further straining already unstable maritime relations, particularly in light of the way that legal ambiguities jeopardize established legal provisions, especially under UNCLOS. For instance, the legal status of unmanned vehicles⁶⁴ is considered a serious ambiguity because it is not clear how unmanned vehicles are governed by the Law of the Sea — or whether they are effectively regulated at all⁶⁵.

According to the United Nations Secretary-General's AI Advisory Body's Latest report:

Artificial intelligence increasingly affects us all. Though AI has been around for years, capabilities once hardly imaginable have been emerging at a rapid, unprecedented pace. AI offers extraordinary potential for good — from scientific discoveries that expand the

64. Commonly known as maritime drones.

65. BARTLETT, Matt. *Game of Drones: Unmanned Maritime Vehicles and the Law of the Sea*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4155356>

bounds of human knowledge to tools that optimize finite resources and assist us in everyday tasks. It could be a game changer in the transition to a greener future ... Yet, there are also risks. AI can reinforce biases or expand surveillance; automated decision-making can blur the accountability of public officials even as AI-enhanced disinformation threatens the process of electing them. The speed, autonomy, and opacity of AI systems challenge traditional models of regulation, even as ever more powerful systems are developed, deployed, and used⁶⁶.

4.2.1. Artificial Intelligence: The opportunities

AI has the potential to change the way we approach and sustainably manage ocean resources, which is crucial for future-proofing the Law of the Sea. AI can significantly enhance our understanding of marine ecosystems and enable efficient monitoring and assessment of ocean health.

Through data analysis and machine learning algorithms, AI can process vast amounts of oceanographic and biological data collected from various sources, including satellites, underwater sensors, and research expeditions. This analysis contributes to a better understanding of ocean dynamics, biodiversity distribution, and ecological connectivity. By recognizing patterns and predicting trends, AI can assist in identifying emerging threats to marine environments, equipping policymakers and stakeholders with valuable information for data-driven and effective strategies for ocean governance.

In addition, AI can support legal processes and ensure the fair application of international maritime law. The Law of the Sea addresses various issues, including territorial boundaries, navigation rights, resource management, and environmental protection. The complexity of these legal frameworks often poses challenges for interpretation and enforcement. AI systems can simplify this process by providing legal professionals with assistance in searching and analyzing vast amounts of relevant data, such as international treaties, court precedents, and national legislation. This can streamline the research phase and lead to more accurate legal interpretations and analyses.

In this regard, AI can enhance dispute resolution by leading to a more efficient and fair resolution of disputes by offering unbiased guidance based on past cases and precedents. AI algorithms can analyze legal precedents, international conventions, and relevant case laws, providing insights to support courtrooms or arbitration proceedings.

The digitalization of maritime disputes can thus be conducted more transparently by automating parts of the arbitration process and supporting the evaluation of evidence, ultimately ensuring equitable outcomes for all parties involved.

66. UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL'S AI ADVISORY BODY. (2023, December 21). *Interim Report Governing AI for Humanity*.

AI offers significant potential for future-proofing the Law of the Sea. By using AI technologies, we can better understand and manage ocean resources, protect marine biodiversity, and ensure the fair implementation of international maritime law.

4.2.2. The use of AI: Ethical Considerations

AI is a double-edged sword, and despite its multiple benefits, the use of AI in the maritime domain brings several ethical concerns that will be unfolded in the following lines.

Some AI benefits can also come with downsides. It is the case for the potential risk of bias⁶⁷ when AI systems are used in the maritime industry. AI algorithms are trained on vast amounts of historical data, including information related to performance, accidents, and incidents. If this data is biased or reflects discriminatory practices, the AI systems may perpetuate and even amplify these biases. For instance, if AI algorithms favor certain shipping routes or vessel types based on historical data that is not representative of equitable distribution, it may reinforce inequalities and disadvantage marginalized regions or communities.

Relying on AI in the maritime domain raises concerns regarding accountability and liability⁶⁸. When AI systems are integrated into critical maritime operations, such as autonomous vessels or port security systems, questions arise about who is responsible for accidents or errors caused by these technologies. Unlike human operators, AI systems are not capable of moral reasoning or exercising judgment, which makes it challenging to assign blame in the event of an incident.

In this sense, the European Commission's Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence notes that:

The procedural and substantive hurdles along the way of proving causation coupled with the difficulties of identifying the proper yardstick to assess the human conduct complained of as faulty may make it very hard for victims of an AI system to obtain compensation in tort law as it stands.

The EU has also proposed the AI Liability Directive which is designed to ensure that liability rules are appropriately applied to AI-related claims⁶⁹. In addition, the EU's General Data Protection Regulation (GDPR) also plays a crucial role in ensuring that AI

67. The European Parliament has also recognised that AI has the potential to create and reinforce bias.

68. BUITEN, M.; DE STREEL, A. and PEITZ, M. 2023: «The law and economics of AI liability». *Computer Law & Security Review*, 2023, 48. The paper identifies the challenges of AI for liability and assesses how liability rules should be adapted to address these issues.

69. The AI Liability Directive is in draft form and is yet to be considered by the European Parliament and Council of the EU. Timing remains uncertain.

applications in maritime security comply with data privacy standards, especially in the handling of sensitive information related to vessel tracking, cargo operations, and maritime surveillance.

Another ethical concern in the maritime domain lies in the effects of automation on human employment⁷⁰. As AI technology advances, there is a fear that it may replace human jobs⁷¹ on ships, ports, and maritime operations. If uncontrolled, generalized automation could lead to significant job losses⁷² and socio-economic imbalances⁷³.

Ensuring transparency and privacy in the use of AI technologies in the maritime sector is essential. AI systems rely on big amounts of data collected from sensors, cameras, or communication devices. This data can include highly personal⁷⁴ or sensitive information about individuals, vessels, or cargo. Without robust safeguards in place, the misuse or unauthorized access to this data could have severe implications for privacy⁷⁵ rights and national security.

While the use of AI in the maritime domain offers numerous benefits, it also presents various ethical concerns that need to be addressed. The potential for unfair judgments, accountability, and liability issues, impacts on human employment, transparency, and privacy concerns, as well as cybersecurity vulnerabilities all require careful consideration. Balancing between keeping up with technological developments and addressing the associated ethical concerns is crucial for ensuring responsible and sustainable use of technology in the maritime sector.

This balance can be reached by implementing a neutral technological architecture. This means that the LOS, in addressing technology, should not regulate the use of a particular type of technology.

Adopting a technology-neutral approach creates a prosperous environment for massive technological developments to be embraced rather than be in competition with the provisions leading to its obsolescence.

70. GULIYEV, H. 2023: «Artificial intelligence and unemployment in high-tech developed countries: New insights from dynamic panel data model». *Research in Globalization*, 2023, 7.

71. According to OECD, the share of employment in manufacturing in many OECD countries has declined dramatically over the past couple of decades, as robots have taken over the jobs of lower-skilled workers. OECD. 2023: *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/19991266>

72. GLOBERMAN, Steven (contributing editor). 2019: *Technology, Automation, and Employment: Will this Time be Different?* Fraser Institute. <http://www.fraserinstitute.org>

73. SUSSKIND, R. E. and SUSSKIND, D. 2015: *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*. United Kingdom: Oxford University Press.

74. SARTOR, G. 2020: *The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence: Study*. European Parliament.

75. BUTTARELLI, G. (EDPS). 2016: «Privacy in an Age of Hyper Connectivity». Keynote speech to the Privacy and Security Conference 2016, Rust am Neusiedler See, 7 November 2016.

4.2.3. The EU-AI framework

The European Union (EU) has established a comprehensive regulatory framework for AI, which aims to foster technological innovation while safeguarding human rights, privacy, and public safety. This approach has profound implications for sectors like maritime security, where AI technologies are increasingly utilized for navigation, logistics, and monitoring.

The cornerstone of the EU's regulatory approach to AI is the Artificial Intelligence Act⁷⁶ (AI Act), proposed in April 2021. It is a comprehensive, first-of-its-kind regulation aimed at ensuring that AI systems used in the EU are safe, ethical, and respect fundamental rights. The AI Act establishes a risk-based approach to AI regulation, categorizing AI systems into four risk levels: minimal risk⁷⁷, limited risk⁷⁸, high risk⁷⁹, and unacceptable risk⁸⁰.

On September 5, 2024, the Council of Europe's Framework Convention on AI was signed by Andorra, Georgia, Iceland, Norway, the Republic of Moldova, San Marino, the United Kingdom, Israel, the United States, and the European Union. The Convention is the first legally binding international agreement on AI and it is fully in line with the EU AI Act, the first comprehensive AI regulation in the world⁸¹.

In terms of regulation and ethics, the European Union has positioned itself as a global leader in AI governance compared to other AI-Key regions. For instance, the AI Act and the ethical guidelines put forward by the EU are much more comprehensive and legally binding compared to the US approach. The US is primarily focused on promoting innovation, with voluntary guidelines rather than mandatory rules for AI development.

Mirroring the US approach, the post-brexite UK developed its own AI strategy avoiding the implementation of strict regulatory frameworks. Although it has established AI ethics principles, the UK's approach is more about creating a supportive environment for innovation.

76. The EU AI Act was published in the *EU Official Journal* on July 12, 2024, and is the first comprehensive horizontal legal framework for the regulation of AI across the EU. The EU AI Act enters into force on August 1, 2024, and will be effective from August 2, 2026. See Convention text here: <https://rm.coe.int/1680afae3c>

77. Minimal-risk AI faces no regulatory requirements. e.g., AI for entertainment or online shopping recommendations.

78. Limited-risk AI systems have moderate regulatory requirements, such as transparency and user notification.

79. High-risk AI systems are subject to strict requirements, including transparency, accountability, and human oversight (e.g., biometric identification, critical infrastructure management like ports).

80. Unacceptable risk AI is banned (e.g., social scoring systems or AI systems used in mass surveillance).

81. The treaty will enter into force on the first day of the month following three months after five signatories, including at least three Council of Europe Member States, have ratified it. Countries from all over the world will be eligible to join and commit to its provisions.

In the maritime sector, this *laissez-faire* approach could potentially lead to the unregulated use of AI in areas like autonomous ships, port security, and maritime surveillance.

The EU-AI framework was also strengthened by the Digital Services Act⁸² (DSA), introduced by the European Union in 2020. While the DSA primarily targets online environments such as social media, e-commerce, and search engines, its principles and mechanisms can have far-reaching implications for the maritime domain, particularly in areas involving digital technologies, cybersecurity, and maritime logistics. Key implications could include:

- **Cybersecurity and Data Protection:** The DSA emphasizes stricter accountability for digital platforms used in maritime navigation, logistics, and communication, aligning with EU regulations like the GDPR. Maritime companies must ensure robust cybersecurity and data protection measures to prevent cyber threats.
- **Third party digital Platforms in Maritime Operations:** Platforms that provide digital services for vessel tracking, port operations, and maritime logistics (e.g., shipping marketplaces, port community systems, or remote monitoring systems) would be required to adhere to the DSA's transparency and accountability provisions⁸³.
- **Navigational Tools and AI:** AI-driven tools, such as autonomous vessels or route optimization systems, will need to meet DSA standards for transparency and safety, ensuring clear explanations of their algorithms and decision-making processes.
- **Cross-Border Regulatory Impact:** The DSA's extraterritorial scope means maritime companies operating in the EU or interacting with EU-based platforms must comply with its requirements. This could create challenges for international maritime companies and raise questions about compliance across different jurisdictions⁸⁴.
- **Platform Liability and Maritime Safety:** If a digital platform fails to secure vital safety information, or if it provides misleading information that leads to accidents or operational disruptions, it may be held accountable under the DSA. This raises important questions about the liability of service providers in the maritime sector, particularly when relying on third-party platforms for crucial operational data.

82. The Digital Services Act (DSA) is an EU regulation adopted in 2022 that addresses illegal content, transparent advertising and disinformation. It updates the Electronic Commerce Directive 2000 in EU law and applies to online platforms and intermediaries such as social networks, marketplaces and app stores.

83. For instance, shipping companies that use third-party platforms for logistics would need to ensure that these platforms disclose their algorithmic decisions and provide mechanisms for handling complaints, increasing trust and transparency in maritime commerce.

84. Companies operating within the EU, or interacting with EU-based platforms, may need to adjust their operations and practices to align with the DSA's requirements, even if their primary operations are outside the EU.

4.2.4. Towards a UN-AI Governance

On the 21st of December 2023, the UN Secretary-General's AI Advisory Body launched its Interim Report, *Governing AI for Humanity*. The report emphasizes the need for an international framework to govern the integration and deployment of AI in global practices.

The UN Advisory Body⁸⁵ is a multi-stakeholder High-level Advisory Body on AI convened by the UN Secretary-General to undertake analysis and advance recommendations for the international governance of AI.

The report shed light on the Global Governance Deficit even though several AI regulatory and policy initiatives have emerged. It is also a call for a more inclusive engagement to create a level-playing field as many communities have been largely missing from high-level discussions on AI governance. For this purpose, the report suggests measures to ensure fair representation for all nations.

The report states that norms including commitments to the UN Charter, the Universal Declaration of Human Rights, and international law including environmental law and international humanitarian law, apply to AI.

The UN AI Advisory Body interim report presents a plan to strengthen the global regulation of AI through several guiding principles and institutional functions.

In terms of guiding principles, the report identified 5 essential principles for shaping the establishment of future global AI governance institutions: Inclusivity, Public Interest, Centrality of Data governance, Universal, networked, multi-stakeholder, and International Law.

As for institutional functions, the Body identified what functions should be incorporated into an AI governance framework. They include, regularly assessing the state of AI and its trajectory, harmonizing standards, safety, and risk management frameworks, promoting international multi-stakeholder collaboration to empower the Global South, monitoring risks and coordinating emergency response, and developing binding accountability norms.

5. CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

There is no doubt that international Law in general and the Law of Sea in particular are facing a lot of changes due to digitalization. This new reality invites reflection on the adaptability and sustainability of the maritime domain legal framework, particularly in how existing legal frameworks can adapt to technological advancements.

85. The UN Advisory Body is Co-chaired by Carme Artigas, Secretary of State for Digitalisation and Artificial Intelligence of Spain and James Manyika, Senior Vice President of Google-Alphabet, President for Research, Technology and Society.

As previously examined, the digital era offers many promising opportunities for the responsible use of our oceans. The integration of smart technologies, such as AI, in the maritime domain promises to enhance situational awareness, improve decision-making, and streamline responses to security threats. However, alongside the opportunities, these innovations bring several challenges, complexities and emerging threats that need to be addressed urgently.

One of the key challenge is the difficulty of reconciling the rapid pace of technological evolution with the more gradual development of legal systems. Technologies like AI can have far-reaching implications across various areas of international law, from human rights to cyber threats, liability, and ethical considerations. This is probably because even one technology can have multiple consequences in several legal fields. But this shouldn't be an excuse to refrain from using the technology and developing a robust framework that ensures its safe use.

A future-oriented framework for maritime security must be resilient to technological disruptions and adaptable to the rapid advancements in AI and other smart technologies. It should not only address current threats but also anticipate and mitigate future risks. To achieve this anticipation, adaptability and flexibility maritime jurists, professionals, and scientists are encouraged to work hand in hand for a more holistic approach. Only a multidimensional approach can help expand the legal imagination to match the rapid technological developments.

The anticipation-based approach that will result from interdisciplinary strategy-making can significantly help reduce vulnerabilities and enhance the overall resilience of maritime security systems by prioritizing the use of predictive analytics smart technologies and real-time monitoring systems.

The potential for smart technologies to aid decision-makers in developing such a framework depends on several factors. The most important factor in our personal opinion would be technological reliability and safety. This means that the AI used or other smart systems must function reliably under different maritime conditions/scenarios and be trusted under high-stakes security situations.

In addition to reliability, the world needs to start considering negotiating new amendments to the existing legal framework, mainly UNCLOS. Updating the international law of the sea to account for the new realities that smart technologies bring can make the legal framework more resilient, durable and future oriented. These Amendments can include provisions that encourage global standards and fosters collaboration among states, international organizations, the tech-industry and all the maritime domain stakeholders to create a cohesive, holistic and effective maritime security strategy.

In conclusion, while smart technologies hold significant promise for enhancing maritime security, their successful integration into a resilient and future-oriented framework requires careful planning and ongoing evaluation to ensure that technological advancements are aligned with maritime domain legal and ethical standards. In this spirit, it is worth noting that the emerging challenges that arise from the technological shift can

have worldwide implications thus the need for a global response and a collective effort to overcome a global threat.

In this spirit, Governments and different stakeholders should consider the creation of an interoperable «Smart Maritime Domain Mechanism». A sort of Global Maritime Network that serves as a centralized and reliable real-time data-sharing platform connecting vessels, maritime infrastructures, coastguards and maritime agencies globally. This ecosystem however, could constitute the perfect target for hackers, thus the need for a robust and highly secure management system, a high level of coordination and the most advanced resources capable of neutralizing cyberattacks on critical maritime infrastructures. This could be done through a «Global Maritime Cybersecurity Task Force» which accompanies the «Smart Maritime Domain Mechanism». Combining the mechanism and the task force would allow maritime security efforts to become more proactive (time and cost), transparent and efficient.

The idea of a Task force can start as a Maritime Security Innovation Lab, that Governments and maritime agencies could fund to allow start-ups, academic institutions, and tech companies to pilot new smart technologies in a controlled environment which would foster innovation and novel solutions⁸⁶ without jeopardizing operational security.

Implementing these innovative recommendations could transform maritime security into a proactive, highly adaptable system, that is not only stronger and more resilient but also better equipped to anticipate and address emerging threats and challenges.

6. REFERENCES⁸⁷

- AFRICAN UNION. 2016: *African Charter on Maritime Security and Safety and Development in Africa*.
- ALLAHVERDIZADEH, R. and KARIMI, M. 2023: «A New Approach to the Theory of Seapower in the 21st Century (In Times of War and Peace)». *Geopolitics Quarterly*, 2023, 18:4: 383-411. <https://doi.org/20.1001.1.17354331.1401.18.68.17.9>
- ANDREONE, G. (ed.). 2018: *The Future of the Law of the Sea: Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests*. Springer International Publishing.
- AVANT, David D.;, P. O. I. R. D. and WESTERWINTER, Oliver (eds.). 2016: *The New Power Politics: Networks and Transnational Security Governance*. Oxford: Oxford University Press.
- AYLAK, B. L. «The Impacts of the Applications of Artificial Intelligence in Maritime Logistics». *European Journal of Science and Technology*, 2022, (34): 217-225.

86. For instance, incorporating Augmented Reality (AR) into maritime decision-making tools to train maritime experts and to improve situational awareness. By combining AR with AI for dynamic threat analysis, operators could visualize potential risks and plan responses more effectively.

87. All internet sources were last accessed in August 2024.

- BALDÉ, C. P.; D'ANGELO, E.; LUDA, V.; DEUBZER, O. and KUEHR, R. 2022: *Global Transboundary E-waste Flows Monitor - 2022*. Bonn: United Nations Institute for Training and Research (UNITAR).
- BARTLETT, M. 2018: *Game of Drones: Unmanned Maritime Vehicles and the Law of the Sea*. University of Auckland - Faculty of Law, November 22. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=4155356>
- BASKAR, K. and BALAKRISHNAN, M. 2019: «Cyber Preparedness in Maritime Industry». *International Journal of Scientific and Technical Advancements*, 2019, 5:2: 19-28.
- BRAMER, M. and PETRIDIS, M. (eds.). 2016: *Research and Development in Intelligent Systems XXXIII: Incorporating Applications and Innovations in Intelligent Systems XXIV*. Springer International Publishing.
- BRENNER, S. W. *Cyberthreats: The Emerging Fault Lines of the Nation State*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BUEGER, C. «What is Maritime Security?». *Marine Policy*, 2015, 53: 1-8. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2014.12.005>
- BUEGER, C.; EDMUNDS, T. and RYAN, B. J. «Maritime Security: The Uncharted Politics of the Global Sea». *International Affairs*, 2019, September: 971-978.
- BUITEN, M.; DE STREEL, A. and PEITZ, M. «The Law and Economics of AI Liability». *Computer Law & Security Review*, 2023, 48: 1-18.
- BUTLER, J. 2007: *Gender Trouble: El feminismo y la subversion de la identidad*. Paidós.
- CAPLAN, R. L. 1980: «Review of Legal Reasoning and Legal Theory, by N. MACCORMICK». *Harvard Law Review*, 1980, 93:4: 817-831. <https://doi.org/10.2307/1340528>
- CUSTERS, B. (ed.). 2016: *The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives*. T.M.C. Asser Press.
- DE TONI, A. F. and TONCHIA, S. 2001: *La flessibilità dei sistemi produttivi: concettualizzazioni e misurazioni sul campo* [Atti del 2nd Workshop di Organizzazione aziendale, Università di Padova].
- EUROPEAN UNION. 2021: *AI Act: Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence (AI Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*. COM/2021/206 final, European Commission..
- EUROPEAN UNION. 2022: «Digital Services Act (DSA) Regulation (EU) 2022/2065». *Official Journal of the European Union*.
- EUROPEAN UNION. 2022: *AI Liability Directive: Proposal for a Directive on Liability for Artificial Intelligence*. COM/2022/495 final, European Commission.
- EVANS, M. D. and GALANI, S. (eds.). 2020: *Maritime Security and the Law of the Sea: Help or Hindrance?* Edward Elgar Publishing Limited.
- FENWICK, M. and WRBKA, S. (eds.). 2016: *Flexibility in Modern Business Law: A Comparative Assessment*. Springer Japan.
- FISHER, E. C. 2017: *Environmental Law: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/actrade/9780198794189.003.0005>
- FITTON, O.; PRINCE, D.; GERMOND, B. and LACY, M. 2015: *The Future of Maritime Cybersecurity*. Lancaster University.
- FOLKE, C. 2016: Social-ecological Resilience and Biosphere-based Sustainability Science. *Ecology and Society*, 2016, 16: 1-6.
- GERWIN, D. 1987: «An Agenda for Research on the Flexibility of Manufacturing Processes». *International Journal of Operations & Production Management*, 1987, 7:1: 1-5.

- GERWIN, D. 1993: «Manufacturing Flexibility: A Strategic Perspective». *Management Science*, 1993, 39:4: 1-10.
- GILL, T. D.; GEISS, R.; HEINSCH, R.; MCCORMACK, T.; DORSEY, J. and PAULUSSEN, C. (eds.). 2012: *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15. T.M.C. Asser Press.
- GLOBERMAN, S. (ed.). 2019: *Technology, Automation, and Employment: Will This Time Be Different?* Fraser Institute.
- GOUVEIA, J. B. 2018: *Direito da segurança: cidadania, soberania e cosmopolitismo: segurança, Estado e comunidade internacional, direito estadual e direito supraestadual, direito fundamental à segurança...* Almedina.
- GRASSO, M. E. 2021: *Resilience and Sustainability in Law: Theoretical and Critical Approaches*. Cambridge: Cambridge Scholars Publisher.
- GULIYEV, H. 2023: «Artificial Intelligence and Unemployment in High-tech Developed Countries: New Insights from Dynamic Panel Data Model». *Research in Globalization*, 2023, 7.
- HASSAN, D. and HASAN, S. M. 2017: «Origin, Development, and Evolution of Maritime Piracy: A Historical Analysis». *International Journal of Law, Crime, and Justice*, 2017, 49: 1-9. <https://doi.org/10.1016/j.ijlcrj.2017.01.001>
- HILLER, A. L. 2017: *The Challenge of Cybersecurity in the Maritime Domain: Senior Capstone Thesis*. California State University Maritime Academy.
- HOLLING, C. S. 1973: Resilience and Stability of Ecological Systems. *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, 1973, 4: 1-23.
- KERMIT, R. 2019: Certainty vs. Flexibility in the Conflict of Laws. *University of Pennsylvania Law School*, Public Law Research Paper No. 18-40.
- KESSLER, G. C. 2019: «Cybersecurity in the Maritime Domain». *USCG Proceedings of the Marine Safety & Security Council*, 2019, 76(1). Retrieved from <https://commons.erau.edu/publication/1318>
- KINGDOM OF MOROCCO, ADMINISTRATION OF NATIONAL DEFENSE. **بينة، إدارة الدفاع الوطني، المملكة المغربية**. [Presentation of Law No. 05-20 on Cybersecurity]. Retrieved from <https://www.dgssi.gov.ma/fr/loi-ndeg-0520-relative-la-cybersecurite>
- KITTICHAISAREE, K. 2001: «A Code of Conduct for Human and Regional Security Around the South China Sea». *Ocean Development & International Law*, 2001, 32(2): 131-147. <https://doi.org/10.1080/00908320151100262>.
- KLEIN, N. 2011: *Maritime Security and the Law of the Sea*. Oxford: OUP Oxford.
- KOOPS, B.-J. (ed.). 2006: *Starting Points for ICT Regulation: Deconstructing Prevalent Policy One-liners*. T.M.C. Asser Press.
- KOSKENNIEMI, M. 2021: *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power 1300-1870*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KRASKA, J. and PARK, Y.-K. (eds.). 2023: *Emerging Technology and the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LAVROV, S. and SARI, A. 2021: «Hybrid Threats and the Law: Building Legal Resilience». *Hybrid CoE*, 2021, November 24. Retrieved from https://www.hybridcoe.fi/wpcontent/uploads/2021/10/20211104_Hybrid_CoE_Research_Report_3_Hybrid_threats_and_the_law_WEB.pdf
- LEUCCI, P. and VIANELLO, I. (eds.). 2023: *Ascomare Yearbook on the Law of the Sea 2022*. Luglio (Trieste).
- LIU, Y.-H. and LIANG, T.-P. 2018: «A Bibliometrics Study on the Research Landscape of Business Intelligence and Big Data Analytics». *Expert Systems with Applications*, 2018, 111: 2-10.

- LOTT, A. 2022: *Hybrid Threats and the Law of the Sea: Use of Force and Discriminatory Navigational Restrictions in Straits*. Brill Nijhoff.
- MACKINNON, J. 2019: «Fishery Depletion and the South China Sea». *Fisheries*, 2019, 9(1): 10.26443/firr.v9i1.8
- MAGGI, B. 2006: «Critique de la notion de flexibilité». *Revue française de gestion*, 2006, 162(3).
- MAHAN, A. T. 2010: *The Influence of Sea Power upon History, 1660-1783*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NORDQUIST, M. H.; MOORE, J. N. and LONG, R. (eds.). *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries*. Brill.
- QUE ELFERINK, A. G. (ed.). 2005: *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*. Brill.
- PERKUŠIĆ, M.; JOZIPOVIĆ, Š. and PIPLICA, D. 2020: «The Need for Legal Regulation of Blockchain and Smart Contracts in the Shipping Industry». *Transactions on Maritime Science*, 2020, 9:2: 365-373.
- RANCHORDÁS, S. and ROZNAI, Y. (eds.). 2020: *Time, Law, and Change: An Interdisciplinary Study*. Bloomsbury Academic.
- RAO, V. A. I. A. 2023: *Maritime Security: Challenges & Responses in a Changing World*. IPS Press.
- REIX, R. «Flexibilité». *Encyclopédie de gestion*, 1997, 2(2).
- ROSSELLO, M. 2022: «Fisheries and the Law of the Sea in the Anthropocene Era». In Pierandrea Leucci and Ilaria Ianiello (eds.): *Ascomare Yearbook on the Law of the Sea*, vol. 2.
- SARTOR, G. 2020: *The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence: Study*. European Parliament.
- SCHMITT, M. N. (ed.). 2017: *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SEKINE, D. 2011: *Seapower and Japan's Maritime Coalition Building*. *University of Wollongong Thesis Collection*. Retrieved from <https://ro.uow.edu.au/theses/3565/>.
- STANTON, N. (ed.). 2020: *Advances in Human Aspects of Transportation: Proceedings of the AHFE 2020 Virtual Conference on Human Aspects of Transportation, July 16-20, 2020, USA*. Springer International Publishing.
- SUSSKIND, R. E. and SUSSKIND, D. 2015: *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*. Oxford: Oxford University Press.
- TANAKA, Y. 2006: *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*. Bloomsbury Academic.
- TILL, G. 2009: *Seapower: A Guide for the Twenty-first Century*. Routledge.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. 2012: *UNEP 2011 Annual Report*. Retrieved from <https://wedocs.unep.org/20.500.11822/8053>
- UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL'S AI ADVISORY BODY. 2023: *Interim Report Governing AI for Humanity*. December 21.
- UNITED NATIONS UNIVERSITY (UNU). *The Global E-waste Monitor 2020*. United Nations University.
- WHITE, J. B. 1985: *The Legal Imagination*. 2nd ed. Abridged Edition.

Libertad de cátedra, autonomía universitaria y libertad de enseñanza como proyección de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico paraguayo

Academic Freedom, University Autonomy and Freedom of Teaching as a Projection of Fundamental Rights in the Paraguayan Legal System

Violeta GONZÁLEZ VALDEZ

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de Programas de Maestría y Doctorado. Investigadora Científica del CONACYT

Universidad Católica «Nuestra Señora de la Asunción»/Paraguay

Posgrado en Derecho, Política y Criminología, Universidad de Salamanca

violeta.gonzalez@uc.edu.py

<https://orcid.org/0000-0001-8060-7889>

Recibido: 01/10/2024

Aceptado: 26/11/2024

Resumen

El presente trabajo revisa el ordenamiento positivo del Paraguay en relación con la libertad de cátedra. Se realiza un análisis hermenéutico de la Constitución y la ley de

Abstract

This paper reviews Paraguay's positive legal framework regarding academic freedom. It offers a hermeneutical analysis of the Constitution and higher education law, as well

educación superior, así como de la exégesis efectuada por la Corte Suprema de Justicia a través de su jurisprudencia, en el marco del alcance y los límites de la autonomía universitaria y la libertad de enseñanza en conjunción con otros derechos fundamentales. Asimismo, se contrastan estos criterios jurisprudenciales con los de la doctrina del Tribunal Constitucional español. Finalmente, se extraen los estándares internacionales de derechos humanos relacionados con el tema y se presenta una construcción conceptual de la libertad de cátedra como concreción de la vigencia de derechos fundamentales.

Palabras clave: libertad de cátedra; libertad de enseñanza; universidad; autonomía; derechos fundamentales.

as the exegesis conducted by the Supreme Court through its case law, within the context of the scope and limits of university autonomy and the freedom of teaching, in conjunction with other fundamental rights. Additionally, these judicial criteria are compared with the doctrine of the Spanish Constitutional Court. Finally, international human rights standards related to the subject are examined, and a conceptual construction of academic freedom is presented as a realization of fundamental rights.

Keywords: Academic freedom; freedom of teaching; university; autonomy; fundamental rights.

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco normativo y su exégesis jurisprudencial. 2.1. Autonomía universitaria. 2.2. Libertad de enseñanza y libertad de cátedra. 2.3. Otros derechos fundamentales. 3. Doctrina del Tribunal Constitucional español. 4. Estándares internacionales de derechos humanos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Fray Luis de León (1527-1591), catedrático de la Universidad de Salamanca, fue arrestado el 24 de marzo de 1572 y recluido en una cárcel inquisitorial. A pesar de contar con catorce años de preparación universitaria y once de docencia, enfrentó setenta y tres acusaciones, relacionadas con su doctrina y enseñanza. Finalmente, fue absuelto por el Tribunal Supremo de la Inquisición el 7 de diciembre de 1576, con la recomendación de mantener prudencia en sus exposiciones. Además, se ordenó recoger las copias que circulaban de su versión comentada del *Cantar de los Cantares*. A su regreso a la Universidad, fue recibido con gran regocijo por la comunidad académica. Una tradición, documentada tardíamente en el siglo XVIII, sugiere que, al volver a su cátedra tras más de cuatro años de encarcelamiento, inició su clase con la frase: «Decíamos ayer»¹.

Si bien aún no hay certeza de la realidad o el mito de esta frase, no obstante, refleja la esencia de su vida y obra. La privación ilegítima de libertad no hizo mella en su temperamento combativo y tenaz ni en su defensa de la libertad intelectual.

1. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, <http://dbe.rah.es/biografias/11963/fray-luis-de-leon> [21 setiembre 2024].

Esta anécdota resulta un marco introductorio significativo para el tema de este trabajo, ya que pone de manifiesto su connotación y relevancia, percibiéndose bríos del ejercicio de la libertad de cátedra en la historia hispánica en su prístina pureza.

A continuación, se analiza la normativa paraguaya vigente que regula la libertad de cátedra, tanto constitucional como legal. Asimismo, se examina la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, de la cual se extraen conceptos sobre autonomía universitaria y libertad académica. En esta jurisprudencia se identifican, además, estados de tensión entre derechos en conflicto, junto con la valoración de sus fundamentos. Finalmente, se confrontan estas decisiones con jurisprudencia concordante y relacionada conforme a las referencias correspondientes.

2. MARCO NORMATIVO Y SU EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL

Por primera vez se reconoce expresamente la libertad de cátedra en Paraguay a través de la disposición normativa contenida en el art. 79 del capítulo VII, «De la educación y de la cultura»; del título II, «De los derechos, de los deberes y de las garantías»; de la parte I, «De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías», de la Constitución de 1992: «[...] Las universidades son autónomas. Establecerán sus estatutos y formas de gobierno y elaborarán sus planes de estudio de acuerdo con la política educativa y los planes de desarrollo nacional. Se garantiza la libertad de enseñanza y la de cátedra [...]».

Para interpretar esta disposición constitucional, resulta pertinente recurrir a un fallo ilustrativo de la Corte Suprema de Justicia. La relevancia de este fallo radica en que el voto preopinante refleja la postura de uno de los convencionales constituyentes.

Como presupuesto lógico sobre el que se sustente la construcción jurídica, para arribar a una adecuada exégesis del texto constitucional, el fallo considera necesario traer a colación los orígenes históricos de la Universidad:

La Universidad hunde sus raíces en el medioevo al establecerse comunidades o de estudiantes o de profesores para el ejercicio de dos derechos fundamentales de toda persona: el derecho de aprender y el derecho de enseñar. Aprender y enseñar no constituyen sino las dos caras de un proceso que está en sus raíces: la investigación de la verdad. Es esta una tarea que no puede cumplirse sino en función a una metodología, muy precisa, que escapa cualquier regulación positiva: el método científico. De lo expuesto fluye sin esfuerzo que, quienes participan de tal proceso cognitivo operan en un plano de la realidad que es diverso y diferente a otros, entre ellos, el de la pretensión de someter esta actividad a regulaciones, mandatos o dictados de cualquier autoridad. Es lo que se conoce con el nombre de libertad académica².

2. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 22 de noviembre. Acuerdo y Sentencia n.º 373/95. Voto del ministro preopinante Oscar Paciello.

En coincidencia con la posición del fallo, se sostiene que la libertad académica en la búsqueda de la verdad es inescindible de la autonomía universitaria, cuya justificación originaria radica en el avance del conocimiento para hallarla.

En consecuencia, el alcance y los límites de la libertad de cátedra están intrínsecamente vinculados a la autonomía de la Universidad.

2.1. Autonomía universitaria

La figura de la autonomía posee un matiz particular en el caso de las Universidades, trascendiendo su significación ordinaria y sirviendo de respuesta a sus fines. Así, la autonomía universitaria materializa el derecho social a la educación superior, conforme se desarrolla en la siguiente decisión jurisprudencial: «La autonomía obedece a la voluntad de los constituyentes de blindar constitucionalmente a las Universidades, para que cuenten con las condiciones básicas, inmodificables e intemporales para materializar con un rasgo de calidad, el derecho social a la educación superior»³.

Para determinar el alcance y los límites de la autonomía, reconocida constitucionalmente, la jurisprudencia realiza una interesante labor de hermenéutica jurídica. Acude al derecho administrativo para significar la autonomía como poder que tiene el ente para dar su propia ley y regirse por ella. Ahora bien, ¿cuáles son el alcance y los límites de la autonomía? El alcance y los límites de la autonomía están determinados por la competencia de la Universidad, a través de sus facultades regladas y discrecionales, en el marco de la legalidad⁴.

No obstante, el tema ha generado controversia. Tan es así que ello ha sido admitido por la jurisprudencia y ha significado la razón de imposición de costas en el orden causado.

En efecto, dado que no existe aún consenso claro respecto al alcance y los límites de la autonomía universitaria, que con el tiempo se irán perfilando de manera más precisa, la Corte considera una razón para justificar la exención de las costas a la parte vencida⁵.

En cuanto al marco legal, la Ley n.º 4995/2013 «De educación superior» diferencia claramente los ámbitos de la autonomía de las Universidades. Según los términos legales, se puede sintetizar que la autonomía universitaria implica fundamentalmente autonomía académica, institucional y financiera, prescritas en la sección III, «De la autonomía de las Universidades»; del capítulo I, «De las Universidades», del título III «De

3. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 29 de diciembre. Acuerdo y Sentencia n.º 1929/17.

4. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 22 de noviembre. Acuerdo y Sentencia n.º 373/95. Voto del ministro preopinante Oscar Paciello.

5. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 23 de agosto de 1996. Acuerdo y Sentencia n.º 60.

las instituciones de educación superior» en el art. 33. La enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa, de hecho, el último inciso así lo aclara estableciendo que autonomía también implica la realización de otros actos, siempre que sean en el marco de los fines de la institución. A saber:

- Autonomía académica implica libertad de enseñanza y de cátedra, de habilitación de carreras de pregrado, grado y posgrado con sus planes y programas de estudios, así como regímenes de admisión, permanencia, promoción y equivalencias, con el otorgamiento de títulos, conforme a las condiciones legales.
- Autonomía organizacional, normativa y administrativa conlleva elaboración y reforma de sus propios estatutos con elección y/o designación de autoridades, así como de su estructura organizacional y administrativa con la selección, nombramiento y promoción del personal; e igualmente regulación del régimen de acceso, permanencia y promoción de educadores e investigadores; creación de facultades, unidades académicas, sedes y filiales según requisitos legales; firma de acuerdos de carácter educativo, científico, investigativo y cultural con instituciones del país y del extranjero.
- Autonomía económica y financiera implica la administración de sus bienes y recursos y la elaboración de sus presupuestos al efecto, conforme a sus estatutos y las leyes que regulan la materia.
- Autonomía territorial supone la inviolabilidad del recinto universitario, salvo orden judicial. La inviolabilidad del recinto privado está reconocida en el art. 34 de la Constitución, y es una de las manifestaciones del derecho a la intimidad consagrado en el art. 33.

Es importante señalar que, según la jurisprudencia de la Corte paraguaya, también las facultades son autónomas en el marco de la autonomía de la Universidad a la que pertenecen: «Las Universidades son autónomas, por tanto, sus unidades pedagógicas (Facultades) también lo son dentro de los márgenes que señale el ordenamiento jurídico propio de aquellas»⁶.

Es plausible que el marco legal vigente se halle en coherencia con la Conferencia Mundial de Educación Superior de la Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) (París, 2009)⁷, de la cual ha emanado el comunicado que proclama que la autonomía es un requisito indispensable para que

6. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 25 de junio. Acuerdo y Sentencia n.º 153/98. Voto del ministro preopinante Luis Lezcano Claude. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 23 de mayo. Acuerdo y Sentencia N°758/2003. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 30 de mayo. Acuerdo y Sentencia N°271/2001.

7. UNESCO. http://www.unesco.org/education/WCHE2009/comunicado_es.pdf [21 septiembre 2024].

los establecimientos de enseñanza puedan cumplir con su cometido de calidad, pertinencia, eficacia, transparencia y responsabilidad social (art. 6).

En Paraguay, la autonomía universitaria ha sido históricamente defendida, principalmente, contra al poder del Estado, que buscaba restringir la generación de ideas críticas y el desarrollo del conocimiento como parte de su estrategia de control sobre la sociedad, especialmente durante la dictadura del Gral. Alfredo Stroessner (1954-1989). Sin embargo, desde la apertura democrática y en el contexto actual, los desafíos que enfrenta la Universidad podrían ser de naturaleza diferente.

Surge así una pregunta crucial: ¿Hasta qué punto puede invocarse la autonomía universitaria para justificar abusos cometidos dentro de la propia institución, incluso a costa de la libertad de cátedra? Esta cuestión es aún más preocupante si se considera que muchas de las estructuras de la educación superior han permanecido casi inalteradas desde la dictadura, y que los poderes políticos y económicos se han erigido en poderes fácticos.

En este sentido, en el siguiente criterio jurisprudencial se sostiene que la Universidad puede reclamar su autonomía no solamente contra el poder político del Estado, sino también contra los poderes fácticos: «El principio de la autonomía universitaria es aquel en virtud del cual la Universidad reclama, frente al poder político del Estado y frente a los poderes fácticos, todo el ámbito de libertad y autogobierno necesario para realizar la labor que le es propia: la investigación y la docencia»⁸.

Frente a esta situación, es fundamental determinar con precisión el alcance y los límites de la autonomía universitaria. Lo cual se efectúa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia extractada seguidamente. Es de resaltar que resulta sumamente oportuno citar la argumentación del Dr. Luis LEZCANO CLAUDE, relevante por constituir además su posición de convencional constituyente:

El principio de autonomía universitaria no puede ser invocado, de ningún modo, como fundamento de una supuesta intangibilidad de todo lo que ocurra en el ámbito universitario. Si la ley es violada en dicho ámbito, no existe razón alguna que impida que los afectados por ese hecho puedan recurrir a los estrados judiciales. Afirmar lo contrario, significaría reconocer que, *in genere*, los actos emanados de autoridades universitarias escapan a la posibilidad de todo control jurisdiccional. En otras palabras, se estaría aceptando la existencia de un ámbito de generación ilimitada de «cuestiones no judiciales». Esto indudablemente no es admisible en un Estado de Derecho, ni tampoco en el alcance que debe darse a la autonomía universitaria⁹.

8. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 29 de diciembre. Acuerdo y Sentencia n.º 1929/17.

9. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 13 de julio. Acuerdo y Sentencia n.º 148/95. Voto del ministro Luis Lezcano Claude. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 22 de noviembre. Acuerdo y Sentencia n.º 373/95. Voto del ministro Luis Lezcano Claude. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Acuerdo y Sentencia n.º 88, de fecha 16 de abril de 1996. Voto del ministro Luis Lezcano Claude.

Por lo tanto, concluye el voto *ut supra*, si las autoridades universitarias exceden los límites de las facultades que la ley les otorga, mediante un acto ilegítimo y arbitrario, sobrepasan el ámbito de su competencia y resulta indiscutible que debe activarse la vía jurisdiccional. De lo contrario, se estaría negando al agraviado su derecho de acceso a la justicia. En otras palabras, la autonomía solo puede impedir la intervención del Poder Judicial cuando las autoridades han actuado dentro de los límites de su competencia. De lo contrario, dicho principio no tiene la capacidad de inmunizar a la institución universitaria, que, como cualquier otro sujeto público o privado, queda sujeta a la jurisdicción del órgano judicial.

En igual sentido, un fallo posterior considera que la autonomía universitaria no implica inmunidad respecto del control judicial de su accionar «toda vez que las decisiones adoptadas en el ámbito universitario no escapan a la esfera de la aplicación de las leyes de la nación ni confieren privilegios a sus integrantes»¹⁰.

Sería, pues, un contrasentido invocar la autonomía universitaria para reivindicar actos ilegítimos, cuando este principio se ha concebido históricamente contra la arbitrariedad de poderes fácticos y estatales.

Ningún organismo público o privado escapa al control judicial, desde que la vigencia del Estado de derecho supone el sometimiento de todo al derecho. No obstante, pueden darse situaciones subjetivas en que se torne menester la presencia de los órganos jurisdiccionales para impedir el avasallamiento o preterición de derechos fundamentales que son los que sustentan todo el orden jurídico¹¹.

Desde esta perspectiva jurisprudencial, se propone utilizar, como criterio para resolver situaciones subjetivas que presenten dificultades al determinar el alcance y los límites de la autonomía universitaria, la valoración de la vigencia de los derechos fundamentales.

2.2. Libertad de enseñanza y libertad de cátedra

Esa relación inescindible entre autonomía y libertad académica se evidencia en el art. 33 de la sección III, «De la autonomía de las Universidades», de la Ley n.º 4995/2013, «De Educación Superior», que prescribe: «La autonomía de las universidades implica fundamentalmente lo siguiente: a. Ejercer la libertad de la enseñanza y de la cátedra».

Ahora bien, en el ordenamiento positivo paraguayo, ¿qué implica libertad de enseñanza y de cátedra? Es relevante precisar su interpretación para promover la plena vigencia y el cumplimiento de sus fines.

10. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Asunción, 3 de octubre. Acuerdo y Sentencia n.º 1151/06.

11. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 22 de noviembre. A.S. n.º 373/95. Voto del ministro propepinante Oscar Paciello.

En las disposiciones normativas, de la ley supra mencionada, sobre la carrera docente y de investigación en la educación superior —art. 39—, así como los derechos de docentes e investigadores —art. 45—, se establecen las características definitorias de ambas libertades reconocidas. Así:

- Libertad de enseñar es igualdad en el acceso a ejercer la docencia y la investigación sin más requisitos que la idoneidad y la integridad ética, no admitiendo discriminación de ningún tipo, cuyas garantías constituyen el concurso público de oposición de títulos, méritos y aptitudes, así como la carrera académica con estabilidad, promoción, movilidad y retiro.
- Libertad de cátedra es ejercer la docencia y la investigación sin imposiciones ni restricciones de cualquier índole, con rigor científico y responsabilidad ética en la búsqueda, construcción y transferencia del conocimiento en el marco del respeto a los derechos humanos.

En la Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior del 11 de noviembre de 1997 de la Unesco¹², entre los derechos y libertades, se reconoce la libertad académica —párrafos 27 y 28—. Según sus términos, la libertad académica conlleva otras libertades específicas. A saber:

- Libertad de enseñar sin interferencias, con responsabilidad profesional y rigor intelectual inherentes a normas y métodos de enseñanza, interviniendo en la elaboración de los planes de estudios.
- Libertad de investigar, difundir y publicar los resultados de las investigaciones.
- Libertad de debatir sin limitaciones de doctrinas instituidas.
 - Libertad de expresar libremente la propia opinión sobre la institución o el sistema en el que se trabaja sin censura institucional.
 - Libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas.
 - No discriminación en el acceso a la docencia y el derecho de ejercerla sin temor a represión por parte del Estado o de cualquier otra instancia.
 - Coherencia académica, sin imposiciones a impartir enseñanzas que contradigan sus conocimientos y conciencia ni a aplicar planes de estudios o métodos contrarios a los derechos humanos.

Posteriormente, de conformidad a esta Recomendación, aprobada por la Conferencia General de la Unesco, se ha dictado la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI: Visión y acción, emanada de la Conferencia Mundial sobre Educación Superior de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la

12. UNESCO. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [21 setiembre 2024].

Ciencia y la Cultura (Unesco) (París 1998)¹³. La Declaración reconoce expresamente la obligatoriedad de autonomía de las instituciones de educación superior y de libertad académica de docentes y estudiantes, concebidas ambas como conjuntos de derechos y obligaciones (art. 2).

2.3. Otros derechos fundamentales

En este trabajo, se adopta una de las definiciones de derechos fundamentales de Luigi FERRAJOLI, elaborada en el marco de su teoría *sui generis* de los derechos fundamentales a partir del interrogante ¿cuáles son los derechos fundamentales? y la consecuente formulación de respuestas distintas. La respuesta acogida en este artículo es la que enuncia el autor a partir del derecho positivo, es decir, la dogmática constitucional e internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos¹⁴.

En este orden de ideas, serían derechos fundamentales en el ordenamiento paraguayo los derechos universales e indisponibles establecidos por su derecho positivo.

Es preciso destacar que el ejercicio de la libertad de cátedra, en el marco de la Constitución de Paraguay de 1992 y la Ley n.º 4995/13 «De Educación Superior», involucra también el de otros derechos fundamentales.

La disposición constitucional del art. 79, referida a la libertad de cátedra y anteriormente transcrita, se halla ubicada dentro del capítulo VII, «De la educación y de la cultura»; del título II, «De los derechos, de los deberes y de las garantías», de la parte I, «De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías». Por su ubicación sistemática en la Constitución, también se puede afirmar que la libertad de cátedra es concebida como derecho fundamental, y en íntima relación con otros derechos fundamentales.

Se coincide con el máximo tribunal paraguayo al señalar que la libertad de cátedra materializa el derecho social a la educación superior. Es más, en su ejercicio, se halla comprometido el derecho constitucional a una educación integral y la consecuente consecución de sus fines, el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad con respeto a los derechos humanos¹⁵. Por ende, es fundamental

13. UNESCO. <https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/171/162> [21 setiembre 2024].

14. FERRAJOLI, L. 2006: «Sobre los derechos fundamentales». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2006, 1(15): 114-115. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>

15. CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY. «Art. 73. Del derecho a la educación. Del derecho a la educación y de sus fines. Toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente, que

la libertad de cátedra para dar vigencia al derecho constitucional de una educación integral.

La libertad de cátedra es ejercicio del derecho de aprender y de la libertad de enseñar¹⁶. En efecto, la construcción del pensamiento crítico, en el proceso enseñanza-aprendizaje, requiere un espacio de convivencia donde educador y educando interactúen libre y naturalmente como copartícipes de la misión educativa, ejerciendo el derecho de aprender y la libertad de enseñar.

Como uno de los principios proclamados en nuestra normativa sobre educación superior se halla el pluralismo ideológico y religioso. Libertad de cátedra es proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, y de que nadie puede ser molestado, indagado u obligado a declarar por causa de sus creencias o de su ideología, conforme a la norma prohibitiva constitucional *in fine*¹⁷. Definitivamente, libertad de cátedra es proyección de la libertad ideológica y religiosa.

La libertad de cátedra es también concreción del derecho constitucional a la libre expresión de la personalidad¹⁸. El adoctrinamiento, la prédica o el direccionamiento obligado de la educación constituyen una injerencia ilegítima atentatoria del derecho del libre desarrollo de la personalidad, identidad e imagen propias. En contrapartida,

como sistema y proceso se realiza en el contexto de la cultura de la comunidad. Sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos; el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos; la afirmación del compromiso con la patria, de la identidad cultural y la formación intelectual, moral y cívica, así como la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio».

16. CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY. «Art. 74. Del derecho de aprender y de la libertad de enseñar. Se garantizan el derecho de aprender y la igualdad de oportunidades al acceso a los beneficios de la cultura humanística, de la ciencia y de la tecnología, sin discriminación alguna.

Se garantiza igualmente la libertad de enseñar, sin más requisitos que la idoneidad y la integridad ética, así como el derecho a la educación religiosa y al pluralismo ideológico».

17. CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY. «Art. 24. De la libertad religiosa y la ideológica. Quedan reconocidas la libertad religiosa, la de culto y la ideológica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna confesión tendrá carácter oficial.

Las relaciones del Estado con la iglesia católica se basan en la independencia, cooperación y autonomía.

Se garantizan la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas, sin más limitaciones que las impuestas en esta Constitución y las leyes».

Nadie puede ser molestado, indagado u obligado a declarar por causa de sus creencias o de su ideología.

18. CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY. «Art. 25. De la expresión de la personalidad. Toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad e imagen.

Se garantiza el pluralismo ideológico».

una enseñanza crítica contribuye a la construcción de la propia personalidad en libertad.

La libertad de cátedra es extensión de la libertad de expresión reconocida constitucionalmente¹⁹. El docente goza del respeto a sus derechos y libertades. En ese sentido, en el ejercicio de su cátedra y con relación a la materia objeto de enseñanza, tiene derecho a la libertad de expresión y a la difusión de su pensamiento y opinión, sin censura alguna y con la única limitación del respeto a los derechos humanos, el rigor científico y la responsabilidad ética.

Sobre este punto, la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el siglo XXI: Visión y acción, del año 1998, delimita la función ética de la Universidad al preservar y desarrollar sus funciones fundamentales, sometiendo todas sus actividades a las exigencias de la ética y del rigor científico e intelectual; al poder opinar sobre los problemas éticos, culturales y sociales, con total autonomía y plena responsabilidad, por estar provista de una especie de autoridad intelectual que la sociedad necesita para ayudarla a reflexionar, comprender y actuar; al reforzar sus funciones críticas progresistas mediante un análisis constante de nuevas tendencias sociales, económicas, culturales y políticas, desempeñando de esa manera funciones de previsión, alerta y prevención; y al utilizar su capacidad intelectual y prestigio moral para defender y difundir activamente valores universalmente aceptados y, en particular, la paz, la justicia, la libertad, la igualdad y la solidaridad —art. 2—.

En el mismo sentido, la Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior del 11 de noviembre de 1997 de la Unesco²⁰ establece que el personal docente de la enseñanza superior debe gozar de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales reconocidos internacionalmente y aplicables a todos los ciudadanos. «No se les obstaculizará o impedirá en forma alguna el ejercicio de sus derechos civiles como ciudadanos, entre ellos, contribuir al cambio social expresando libremente su opinión acerca de políticas públicas y de las que afectan la enseñanza superior» —párr. 26—.

Es imperiosa la necesidad de que la Universidad en Paraguay asuma su función crítica y progresista mediante la toma de posición ante las coyunturas sociales, económicas, culturales y políticas. Manifieste una opinión fundada sobre los problemas nacionales con total autonomía y plena responsabilidad, ejerciendo la autoridad

19. CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY. «Art. 26. De la libertad de expresión y de prensa. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines».

20. UNESCO. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPI-C&URL_SECTION=201.html [21 setiembre 2024].

intelectual que le atribuye esta Declaración de Estados, para defender la paz, la justicia, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Para delimitar con mayor precisión el alcance y los límites de la libertad de enseñanza y de cátedra en el ordenamiento jurídico paraguayo, se recurre a la doctrina del Tribunal Constitucional español. Esto no solo porque ha sido citada en fallos de la Corte Suprema de Justicia paraguaya, sino también porque resulta altamente esclarecedora, dado que los términos en que se formula el reconocimiento constitucional de la libertad académica en Paraguay y en España²¹ son muy similares. Ambos sistemas reconocen y protegen el derecho a la libertad de cátedra y la libertad de enseñanza.

A esos efectos, se extractan en este trabajo los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español conforme a las notas referenciadas.

La autonomía universitaria encuentra su razón de ser en el respeto a la libertad académica (de enseñanza, estudio e investigación) frente a cualquier injerencia externa. En ese sentido, el tribunal sostiene que la autonomía universitaria es la dimensión institucional de la libertad académica para garantizar y completar su dimensión personal, constituida por la libertad de cátedra. El contenido esencial de la autonomía es no solo la potestad de autonormación, raíz semántica del concepto, sino también de autoorganización. Es decir, cada Universidad puede y debe elaborar sus propios estatutos y los planes de estudio e investigación para configurar la enseñanza sin intromisiones extrañas²².

Por otra parte, considera el tribunal que la libertad de cátedra, en cuanto libertad individual del docente, es, en primer lugar y fundamentalmente, una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a la materia objeto de su enseñanza. Entonces, la autonomía tiene, entre otras, la finalidad primordial de organizar la docencia y la investigación garantizando la libertad de cátedra²³.

Precisamente sobre este punto, el catedrático de la Universidad de Harvard Prof. Duncan KENNEDY asienta el desarrollo del controvertido ejercicio de su cátedra «Responsabilidad Civil», referido en su obra *La enseñanza del derecho como forma de*

21. CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA. «Art. 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: [...] o) A la libertad de cátedra [...] Art. 27. 1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza [...]».

22. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Asunción, 3 de octubre. Acuerdo y Sentencia n.º 1151/06.

23. ESPAÑA. Tribunal Constitucional Sentencia 217/1992, de 1 de diciembre, fundamento jurídico 2.º.

acción política: «Tengo la obligación profesional de transmitir a mis alumnos mi manera de entender la naturaleza de la disciplina [...] porque eso es lo que pienso [...] No obstante ser leal a la idea de libertad académica»²⁴.

En similares términos afirma el tribunal español que la conjunción de la libertad de cátedra y de la autonomía universitaria, tanto desde la perspectiva individual como desde la institucional, asegura un efectivo ámbito de libertad intelectual sin el cual encontrarían graves dificultades la creación, el desarrollo, la transmisión y la crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura, que es lo que constituye la última razón de ser de la Universidad²⁵.

En coincidencia con esta posición, se considera que la docencia no puede ser aséptica ni insustancial; enseñar es un compromiso que requiere demostrar la importancia y el interés que despierta en el docente lo que enseña, reflejando y transmitiendo las propias ideas y convicciones sobre la materia impartida.

Sobre la libertad de cátedra ejercida en un centro privado con ideario educativo, sostiene el Tribunal Constitucional español que, aunque este debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos de censura previa a la actividad docente:

[E]s necesario observar que el art. 20.2²⁶ establece que el ejercicio de la libertad de cátedra «no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa». Es cierto que esta garantía debe entenderse dirigida en principio a los poderes públicos. Pero también lo es que el legislador constituyente ha establecido aquí un rotundo y genérico *favor libertatis*. Por ello, cuando la libertad de cátedra haya de ejercerse dentro de un centro privado dotado de ideario educativo, el precepto del art. 20.2 ha de entenderse en el sentido de que, aunque el ideario debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos concretos de censura previa por parte de los dirigentes o titulares del centro respecto a la actividad docente de los profesores²⁷.

En cuanto a la discusión sobre si esta libertad es privativa de la enseñanza superior o de todos los niveles, únicamente de la docencia o también de la investigación, el Tribunal Constitucional español acude a los debates parlamentarios como elemento de interpretación para establecer el alcance:

24. KENNEDY, D. 2012: *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI, 66-67.

25. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 7.º.

26. CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA. «Art. 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: [...] c) A la libertad de cátedra [...] 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa [...]».

27. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 13.º.

[...] Aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia solo de los docentes en la enseñanza superior o, quizá más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente «cátedras» y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable solo respecto de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora²⁸.

Tanta es la relevancia del último fallo citado que, incluso, es referenciado en el *Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española*, y acuñada su definición para el término «libertad de cátedra»:

Libertad de cátedra. Derecho fundamental de los profesores y una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, así como concreción específica de la libertad de expresión, que supone la posibilidad que tienen los docentes de exponer la materia que deben impartir con arreglo a sus propias convicciones —siempre con cumplimiento de los programas establecidos— y a las competencias de los diversos órganos que tienen atribuida la organización de la docencia, por ejemplo, los departamentos en la enseñanza universitaria, en el bien entendido de que estas sean ejercidas de forma adecuada [...] STC 5/81, de 13 de febrero²⁹.

4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Para profundizar la delimitación de los conceptos analizados, resulta particularmente útil considerar criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La educación debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad y dignidad humana, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales:

El derecho a la educación se encuentra contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador [...]: «1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer

28. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 9.º.

29. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz [...]»³⁰.

Asimismo, se aborda el tema por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), a través de las Observaciones Generales n.º 3 (21.º período/1999), en el marco de la interpretación y la aplicación del art. 13 sobre el derecho a la educación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 4/1992, «Que aprueba la adhesión de la República del Paraguay al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales»³¹:

Libertad académica y autonomía de las instituciones. A la luz de los numerosos informes de los Estados Partes examinados por el Comité, la opinión de este es que solo se puede disfrutar del derecho a la educación si va acompañado de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos. En consecuencia, aunque la cuestión no se menciona expresamente en el Art. 13, es conveniente y necesario que el Comité formule algunas observaciones preliminares sobre la libertad académica. Como, según la experiencia del Comité, el cuerpo docente y los alumnos de enseñanza superior son especialmente vulnerables a las presiones políticas y de otro tipo que ponen en peligro la libertad académica, en las observaciones siguientes se presta especial atención a las instituciones de la enseñanza superior, pero el Comité desea hacer hincapié en que el cuerpo docente y los alumnos de todo el sector de la educación tienen derecho a la libertad académica y muchas de las siguientes observaciones son, pues, de aplicación general.

Ideas centrales de estas observaciones, de aplicación general, son extraídas y presentadas en este trabajo:

- El cuerpo docente y los alumnos de todo el sector de la educación tienen derecho a la libertad académica.
- La autonomía de las instituciones de enseñanza superior es imprescindible para ejercer la libertad académica.
- La autonomía es el grado de autogobierno necesario para la eficacia académica, normativa, de gestión y actividades conexas.
- Libertad académica comprende la libertad del docente de expresar libremente opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución.

30. CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 234.

31. NACIONES UNIDAS, Observación General n.º 13, *El derecho a la educación* (art. 13 del Pacto), párrs. 38-39.

- Libertad académica comprende también el derecho de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente.
- El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuatoriana de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación.

5. CONCLUSIONES

La Constitución de 1992 de Paraguay reconoce expresamente, por primera vez, la libertad de cátedra, vinculándola a la autonomía universitaria.

La jurisprudencia paraguaya confirma que la libertad de enseñar y aprender, en su búsqueda de la verdad, es esencial a la autonomía de la Universidad, cuya finalidad última es el avance del conocimiento. Así, la libertad de cátedra y la autonomía universitaria son inescindibles y se justifican en función de esta misión esencial.

El alcance y los límites de la autonomía universitaria están determinados por las competencias de la institución, ejercidas a través de sus facultades regladas y discrecionales, siempre dentro del marco de la legalidad.

Sin embargo, la autonomía universitaria no puede invocarse para justificar la arbitrariedad dentro del ámbito universitario. Si se viola la ley, los afectados tienen derecho a recurrir a la justicia. Sostener lo contrario implicaría que los actos de las autoridades universitarias estarían exentos de control judicial, lo cual es inaceptable en un Estado de derecho y no corresponde al verdadero alcance de la autonomía universitaria. Desde esta perspectiva jurisprudencial, se propone emplear como criterio para resolver situaciones complejas en la determinación del alcance y los límites de la autonomía universitaria la evaluación de la vigencia de los derechos fundamentales.

En el ordenamiento jurídico paraguayo la libertad de enseñar implica igualdad en el acceso a la docencia y la investigación, basada únicamente en la idoneidad y la integridad ética, sin discriminación. Esta se garantiza mediante concursos públicos de oposición, y se apoya en una carrera académica que ofrezca estabilidad, promoción, movilidad y retiro.

Por su parte, la libertad de cátedra implica el ejercicio de la docencia e investigación sin restricciones ni imposiciones, con rigor científico y responsabilidad ética, en la búsqueda y la transmisión del conocimiento, siempre respetando los derechos humanos.

Se concluye afirmando que la libertad de cátedra en el ámbito de la educación superior involucra también otros derechos fundamentales. La libertad de cátedra es un derecho fundamental para garantizar el derecho a una educación integral, en ejercicio del derecho a aprender y de la libertad de enseñar. Se la considera una extensión de la libertad ideológica y religiosa, una concreción del derecho a la libre expresión de la

personalidad y una proyección de la libertad de expresión del docente, siempre en el marco de una cátedra sustentada con rigor científico y responsabilidad ética.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de España. *Boletín Oficial del Estado*, 29/12/1978, 311: 29313-29424. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> [21/09/24].
- Constitución de Paraguay. *Gaceta Oficial de la República*, 1992. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9580/constitucion-nacional-> [21/09/24].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf [21/09/24].
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5> [21/09/24].
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional Sentencia 217/1992, de 1 de diciembre. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2104#> [21/09/24].
- FERRAJOLI, L. 2006: «Sobre los derechos fundamentales». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2006, 1(15). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>
- KENNEDY, D. 2012: *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- NACIONES UNIDAS, Observación General n.º 13, El derecho a la educación (art. 13 del Pacto). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 13 de julio. Acuerdo y Sentencia n.º 148/95. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 22 de noviembre. Acuerdo y Sentencia n.º 373/95. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 23 de agosto de 1996. Acuerdo y Sentencia n.º 60. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Acuerdo y Sentencia n.º 88, de fecha 16 de abril de 1996. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 25 de junio. Acuerdo y Sentencia n.º 153/98. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 30 de mayo. Acuerdo y Sentencia n.º 271 /2001. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 23 de mayo. Acuerdo y Sentencia n.º 758/2003. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Asunción, 3 de octubre. Acuerdo y Sentencia n.º 1151/06. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 29 de diciembre. Acuerdo y Sentencia n.º 1929/17. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].

- PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Asunción, 21 de noviembre. A.S. n.º 1657/2017. <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/> [21/09/24].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2020: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)*, edición en línea. <https://dpej.rae.es/> [21/09/24].
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA. <http://dbe.rah.es/biografias/11963/fray-luis-de-leon> [21 setiembre 2024].

Estado y democracia v. X.X. Las posibilidades de un constitucionalismo digital

State and Democracy v. X.X. The Possibilities of Digital Constitutionalism

Julio César BONILLA GUTIÉRREZ

Comisionado Ciudadano del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Cédula profesional 13635980, debidamente registrada ante la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública Federal del Estado Mexicano

Académico de la UNAM

juliocesarbonilla@derecho.unam.mx / juliocesar.bonilla@infocdmx.org.mx

<https://orcid.org/0000-0002-0421-2989>

Recibido: 28/02/2024

Aceptado: 22/10/2024

Resumen

En un ejercicio de proyección hacia 2058, este artículo académico presenta una visión sobre el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la reconfiguración del poder, la libertad y la democracia, cuestionando la necesidad del Estado democrático constitucional en un mundo dominado por la tecnología.

Abstract

In a forward-looking exercise towards 2058, this academic article presents a perspective on the impact of artificial intelligence (AI) on the reshaping of power, freedom, and democracy, questioning the necessity of the constitutional democratic state in a world dominated by technology.

Julio César BONILLA GUTIÉRREZ
Estado y democracia v. X.X.

Las posibilidades de un constitucionalismo digital

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Diciembre 2024, 59-71
eISSN: 2340-5155

Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

Por un lado, la eficiencia y la capacidad de solución de las IA sugieren que podrían ofrecer mecanismos más efectivos para la Administración Pública, superando las limitaciones burocráticas de las estructuras humanas tradicionales. Esta postura plantea que, al depender de la IA para soluciones optimizadas, podríamos llegar a cuestionar la relevancia de los principios, los valores y las estructuras normativas e institucionales tradicionales, que han sido forjadas a través de complejos procesos histórico-políticos.

Por otro lado, el argumento contrapuesto advierte sobre los riesgos de una excesiva dependencia tecnológica. A pesar de las ventajas que la IA puede ofrecer, su dominio sin regulación o escrutinio podría amenazar las libertades y derechos humanos, generando desigualdades y afectaciones.

La principal reflexión del trabajo gira en torno al «constitucionalismo digital», una propuesta que busca equilibrar los beneficios de la IA con los valores democráticos y principios constitucionales. Este enfoque defiende la idea de que es posible, y necesario, armonizar la tecnología con el respeto y la promoción de los derechos humanos, evitando así que la eficiencia tecnológica se imponga sobre las garantías democráticas o nos lleve, necesariamente, a tener que decidir entre una u otra visión.

Palabras clave: Estado; democracia; tecnología; inteligencia artificial; Constitución.

On one hand, the efficiency and problem-solving capabilities of AIs suggest that they could offer more effective mechanisms for public administration, surpassing the bureaucratic limitations of traditional human structures. This stance posits that, by relying on AI for optimized solutions, we might come to question the relevance of traditional principles, values, and normative and institutional structures, which have been forged through complex historical-political processes.

On the other hand, the opposing argument warns about the risks of excessive technological dependency. Despite the advantages that AI can offer, its unregulated or unscrutinized dominance could threaten human freedoms and rights, creating inequalities and adverse effects.

The main reflection of the work revolves around «digital constitutionalism,» a proposal that seeks to balance the benefits of AI with democratic values and constitutional principles. This approach defends the idea that it is possible, and necessary, to harmonize technology with the respect and promotion of human rights, thereby preventing technological efficiency from prevailing over democratic guarantees or necessarily leading us to have to choose between one vision or the other.

Keywords: State; Democracy; Technology; Artificial Intelligence; Constitution.

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto. Las dos posturas en pugna en 2058. 3. Constitucionalismo digital. ¿Una alternativa que tuvimos? 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Es posible que únicamente las diversas inteligencias artificiales con las que a diario convivimos, pero no los humanos, sean capaces de saber e incluso, con lujo de detalle, llegar a explicarnos y clarificarnos algún día cómo es que llegamos hasta este

momento. O bien, si, en realidad, es este momento el que ha llegado a nosotros. La diferencia entre ambos supuestos, en cualquier caso, no solo es sustancial, sino, también, inmensa.

El año 2058 nos encuentra en la encrucijada causada por una revolución que inició y se propulsó con la pandemia de COVID-19 a principios de la década de 2020. Desde entonces, la humanidad ha experimentado un vertiginoso viaje por el túnel del tiempo, enfrentando episodios de transformación, tensiones geopolíticas y dilemas éticos que han reconfigurado nuestra comprensión del poder, la libertad y la democracia. La cuestión que yace en el centro de este debate pareciera simple, pero es profunda: en este mundo hiperconectado y dominado por la inteligencia artificial, ¿seguimos necesitando de la estructura que hemos llamado Estado democrático constitucional?

En los años postpandemia, la digitalización no fue solo una elección; se convirtió en una necesidad. Las ciudades que alguna vez bullían de actividad se volvieron silenciosas, mientras que los múltiples metaversos y plataformas de interacción virtual se transformaron en los nuevos centros de confluencia e interacción humana. Sin embargo, con este auge de lo digital, también surgieron múltiples y complejas tensiones y problemáticas de las que no teníamos precedentes.

En 2025, por ejemplo, tuvo lugar la denominada Crisis de los Datos, la cual fue provocada en razón de que las *Big Techs*, tras haber amasado vastos conjuntos de datos personales y en forma coaligada, se opusieron y enfrentaron a diversos gobiernos que intentaban ejercer mayores controles sobre la información de sus ciudadanos.

Países como Francia y Japón impulsaron legislaciones drásticas que buscaban reclamar esos datos. Las poderosas corporaciones referidas, en un esfuerzo por resistir este avance, durante poco más de dos años y de manera aleatoria, lanzaron apagones digitales selectivos en contra de las poblaciones de aquellos países que buscaban limitarles el control que siempre habían ejercido sobre los datos personales de sus usuarios.

Lo anterior, en repetidas ocasiones, dejó a millones de personas, hasta por cinco días, sin acceso a servicios básicos en línea. Sin duda alguna, el peor de los casos recayó sobre París, la capital francesa, la cual permaneció *offline* del 23 de diciembre de 2027 al 6 de enero de 2028. En gran medida, los graves daños causados a Francia en dicho episodio y la concertada respuesta europea que ya se preparaba, y que prefirieron evitar las *Big Techs*, fueron los dos factores que llevaron a la terminación de esta crisis por medio de la suscripción de la histórica Convención de San Francisco firmada a finales de febrero de 2028. La cual, en sus términos, finalmente, incorporó y estableció diversos límites al control que las aludidas corporaciones, válidamente, pueden ejercer sobre los datos personales a los que tienen acceso con motivo de los múltiples y omnipresentes servicios que prestan en el ámbito digital.

Para 2030, el tono de la efervescencia proveniente de la virtualidad volvió a incrementar. Numerosos movimientos sociales surgieron a nivel global. En todos ellos, se denunciaba la creciente dependencia tecnológica; porque, a través de sus efectos, muchas veces, la misma acababa por amenazar diversas libertades y derechos

humanos de las personas. Las protestas cobraron cada vez mayor intensidad. Ello, al grado de desembocar en eventos como el denominado Martes Negro acaecido en marzo de ese mismo año y en el cual diversas infraestructuras digitales en ciudades como Mumbai y São Paulo fueron saboteadas por la turba de manifestantes enardecidos, provocando no solo apagones digitales masivos, sino, también, graves pérdidas de información valiosa.

Hacia 2037, el mundo experimentó una generalizada tensión derivada de la denominada guerra del Algoritmo, en la cual Estados Unidos y China, líderes en desarrollo tecnológico, se enfrentaron en una especie de guerra fría digital. Ambas naciones intentaron infiltrar y manipular los sistemas de inteligencia artificial del otro. La tensión entre ambas naciones y sus respectivos aliados cesó, a un gran costo, cuando un algoritmo defectuoso acabó por causar una crisis financiera global.

En medio de tanta tensión y conflicto, hacia 2042 experimentamos la denominada Utopía de Estonia. Nombre que se le dio al modelo digital de Administración Pública que, desde inicios de este siglo, este país europeo propulsó. Ello, a través de su paulatina transición hacia un modelo de *e-governance* o gobernanza digital sobre el cual esta nación siguió construyendo hasta convertirse en un modelo a seguir, pues su esquema funcional de Administración Pública automatizada, exitosa y eficientemente, de un modo bastante razonable, equilibraba el uso de las herramientas de IA con los valores democráticos.

A lo largo de estas últimas cuatro décadas, una tendencia se hizo evidente: la gente comenzó a privilegiar las múltiples ventajas y facilidades que, en muchos sentidos, nos proporcionan las IA por medio de soluciones optimizadas, desde soluciones de movilidad y logística urbana hasta atención médica personalizada.

Así, estos sistemas, alimentados por datos y sin la pesada carga de la estructura burocrática a la que habíamos estado acostumbrados, parecían brindar una eficiencia inalcanzable por los gobiernos cuyas estructuras institucionales están integradas por humanos.

Ahora bien, claramente, no estamos en 2058. Asimismo, los diversos problemas geopolíticos antes narrados, como muchos otros que pudieran presentárenos, no han ocurrido; y, posiblemente, eso es lo mejor, que podamos evitarlos.

Este trabajo académico busca realizar lo que se estima una necesaria imaginación del futuro para, desde ahí, apreciar nuestro presente. Nuestro objetivo es llamar la atención sobre el hecho de que, posiblemente, no sea suficiente lo que estamos haciendo ahora frente a lo digital. Es decir, que no baste con generar regulaciones o legislaciones razonablemente homologadas a nivel mundial para controlar las múltiples fuerzas que desde lo digital se proyectan hacia la vida material y, en ella, causan efectos. Porque tales efectos, en realidad, lo son en los balances de poder que teníamos, según nosotros, controlados y bajo escrutinio social por medio de las constituciones.

Es así que este trabajo contiene más planteamientos e interrogantes que respuestas. Lo anterior, con la esperanza de detonar importantes reflexiones que, al tiempo, pueden probar ser muy útiles.

Porque, como ya sabemos para este 2024, el uso de las inteligencias artificiales en el ámbito público, como en cualquier otro, no solo tiene ventajas. Y porque su uso y aplicación, cada vez más intensivos en dicha esfera, puede llevarnos a cuestionar, en efecto, la relevancia de seguir manteniendo como administradores de dicho espacio compartido y de las constituciones que nos rigen a determinadas estructuras normativas e institucionales tradicionales, encabezadas por grupos humanos de diversas integraciones e ideologías y forjadas colectivamente a través de procesos histórico-políticos y dialógicos, durante siglos. Los cuales, en su debida y efectiva orientación de servicio de cara a todas las personas en condiciones democráticas; desde finales del siglo XX y hasta ahora, en todo sentido hemos entendido como enmarcados y delimitados por la progresiva amplitud conceptual, material, filosófica y moral del que llamamos Estado democrático constitucional.

En realidad, es el elemento humano el que se pone en tela de juicio en esta discusión que se presenta. Porque, para muchos efectos, las inteligencias artificiales y las tecnologías que hemos desarrollado, en su aplicación y más intensivo uso a lo público, podrían representar, y ya representan, formas efectivas para escapar a aquellas incidencias humanas que por motivos muy diversos, aun encontrándose presuntamente limitadas en sus actos y posibilidades por el marco de las diversas constituciones, siguen traduciéndose en desigualdades, inequidades y afectaciones, tanto actuales como potenciales, a las libertades y derechos humanos de las personas y, por ende, en obstáculos para su libre desarrollo.

Hasta aquí, nuestro breve retorno al presente.

2. CONTEXTO. LAS DOS POSTURAS EN PUGNA EN 2058

Al llegar a 2058, la pregunta es inminente: ¿seguimos luchando por un sistema que, para muchos, ya ha pasado su apogeo o nos sumergimos completamente en una era de inteligencia artificial? La decisión no solo determinará la forma y el fondo de lo que llamamos Administración Pública, sino el tejido mismo de nuestras sociedades y el futuro de la humanidad.

En una era donde el avance tecnológico ha redefinido los contornos de lo que consideramos sociedad y gobernanza, la elección entre mantener las estructuras del Estado democrático constitucional y avanzar hacia un mundo íntegramente regido y administrado por la Inteligencia Artificial (IA) ha polarizado a la humanidad. Los términos generales de las dos posturas en pugna se presentan a continuación.

Por un lado, quienes propugnan la prevalencia del Estado democrático constitucional, como hasta la fecha lo hemos conocido, sostienen que la democracia, a pesar de sus fallas, ha sido vista tradicionalmente como una estructura que lleva y porta en su diseño mismo la esencia misma de la humanidad. Desde las polis griegas hasta las modernas repúblicas, la idea de una administración del pueblo, por el pueblo y para

el pueblo ha sido el núcleo de muchas civilizaciones. A través de los siglos, ha sido el reflejo no solo de nuestras ambiciones políticas, sino también de nuestra historia colectiva, un recordatorio constante de nuestras luchas pasadas, nuestros valores y nuestra evolución como especie, desde la Ilustración que dio lugar al Estado de derecho y posibilitó que imagináramos mejores escenarios, los cuales nos aportaron desde ese momento, y no con pocos esfuerzos, la posibilidad del Estado social de derecho que construimos tras la primera mitad del siglo XX y ambos así, conjuntamente, nos sirvieron de base para la construcción social colectiva, dialógica y profundamente política que conocemos como Estado democrático constitucional.

En dicho contexto, la democracia es más que un mero concepto y una forma de estructurar las instituciones sociales y ordenar los procedimientos decisorios al interior de las comunidades políticas, ya sean nacionales o multinacionales. Es, principalmente, un modo de vida asociado, de experiencia comunicada conjunta¹ y participativa en el que las personas deben referir su propia acción a la de otros y considerar la acción de otros para apuntalar y dar dirección a la suya al involucrarse en lo público. En ese sentido, la democracia no es solo un método y su avance, al igual que su desarrollo, se vinculan con rasgos o contenidos sustanciales que se relacionan, a su vez, con la cultura, entendida como el producto de algo cultivado y madurado, opuesto, por tanto, a la tosquedad y la crudeza propias de lo natural, y que, en el terreno de lo personal, se relaciona con la apreciación de las ideas, la diversidad y la amplitud de los intereses humanos².

Además, el diseño intrínseco de la democracia, con sus sistemas normativos e institucionales de pesos y contrapesos, ha servido como un eficaz modo de evitar y combatir la acumulación y monopolización del poder, mediante mecanismos de exigencia de responsabilidad pública. En su vertiente vertical, por medio de los procesos electorales ya normalizados y consolidados y, en su vertiente horizontal, a través de diversos controles democráticos no electorales que han sido puestos en manos de las personas en forma de canales de incidencia efectiva e incentivos y desincentivos. Los cuales, también, han resultado en una serie de efectivos pesos y contrapesos cuyo objetivo es i) limitar el ejercicio abusivo, discrecional y opaco del poder público en cualquiera de sus manifestaciones; ii) corregir tales desviaciones y sancionarlas; y, sobre todo, iii) permitir a las personas tomar parte en los procesos decisorios que les son propios al versar sobre la esfera pública³. En ese orden de ideas, las instituciones de un Estado modelado conforme a una democracia constitucional deben, en todo

1. Vid. DEWEY, J. 2021: *Democracy and Education. An Introduction to the Philosophy of Education*. Estados Unidos: EdTechbooks.org, 102. Disponible en: https://edtechbooks.org/pdfs/mobile/democracyandeducation/_democracyandeducation.pdf [18 enero 2024].

2. *Ibidem*, 141.

3. ISUNZA VERA, E. y GURZA LAVALLE, A. (eds.). 2018: *Controles Democráticos no electorales y Regímenes de rendición de cuentas en el Sur Global. México, Colombia, Brasil, China y Sudáfrica*. Reino Unido: Peter Lang AG, capítulos 1-3.

caso, servir a materializar, en beneficio de todas las personas, inclusiones democráticas dentro de sus respectivos ámbitos competenciales y áreas específicas de actividad o gestión pública⁴.

Las naciones han evitado la tiranía y el autoritarismo gracias a estas estructuras que dispersan el poder entre diferentes ramas y niveles de gobierno. En esta perspectiva, se dice, abandonar la democracia sería ceder a una forma potencialmente absoluta y sin restricciones de poder, un escenario que ha demostrado ser peligroso en el pasado.

Posiblemente, el argumento más apasionado a favor de mantener estas estructuras democráticas radica en nuestra comprensión de los derechos y libertades humanos. Por muy avanzadas que estén las máquinas, argumentan los puristas, carecen de la capacidad para comprender completamente los matices y profundidades de la experiencia humana. ¿Cómo puede una máquina, sin importar su nivel de sofisticación, entender verdaderamente los valores intangibles como el amor, el sacrificio o la libertad en los muy diversos sentidos y proyecciones que tienen para nosotras las personas? ¿Y cómo garantizar que las IA respetarán y protegerán estos derechos fundamentales?

Sin embargo, mientras estos argumentos resuenan con profundidad para muchos en el planeta, las voces a favor de la IA presentan una perspectiva igualmente persuasiva. Argumentan que las máquinas operan sin los prejuicios, emociones o agendas políticas que a menudo nublan el juicio humano, ofreciendo soluciones objetivas y basadas en datos a los problemas. En un mundo cada vez más complejo y acelerado, la capacidad de la IA para reaccionar en tiempo real a crisis globales es vista como una ventaja inestimable. En lugar de extensos debates políticos o decisiones basadas en intereses partidistas, una IA podría tomar decisiones rápidas y efectivas basadas en un vasto conjunto de datos. Podríamos arribar a un Estado y a una democracia con versiones X.X. que, así, mejoren al infinito, aprovechando espacios y áreas de oportunidad que podrían detectar junto con nuestros errores. La respuesta que, con ayuda de tales elementos, en tiempo récord pudimos dar como humanidad a la pandemia de principios de siglo, conjuntamente con el razonable, aunque un poco tardío, logro de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible hacia finales de 2035, son contundentes pruebas de los inmensos potenciales de ello.

A medida que nos acercamos al epicentro del debate que encararemos a finales de este 2058, se destaca el contraste entre las antiguas estructuras políticas y las nuevas realidades tecnológicas. Así, los millones de defensores de un modelo integral de gestión y administración de los temas completamente encargados a inteligencias artificiales señalan que, quienes defienden el modelo tradicional del Estado democrático constitucional, con todo su peso histórico y sentimental, parecen no reconocer completamente la vastedad de errores humanos que se han acumulado a lo largo del tiempo.

4. USLANER, E. M. 2015: «The Consequences of Corruption». En P. M. HEYWOOD: *Routledge Handbook of Political Corruption*. Inglaterra: Taylor and Francis, capítulo 14, 199-211.

En ese sentido, las voces a favor de la IA presentan argumentos de peso que apuntan a una gobernanza más avanzada y adaptada a los tiempos actuales. Entre sus razones y argumentos principales, rumbo a la respuesta que habremos de dar a finales de este año, se encuentran los siguientes.

La democracia, en sus diversas encarnaciones a lo largo de la historia, desde las polis griegas hasta las repúblicas modernas, ha sido aclamada como un reflejo de la humanidad. Pero aquí radica el problema: la humanidad es imperfecta. Está plagada de subjetividades, emociones, prejuicios y una multitud de fallos inherentes a la condición humana. Estos no son simples errores; han llevado a guerras, desigualdades y graves injusticias. ¿Es esta realmente la esencia que queremos que guíe nuestro futuro? ¿Una que, como veleta, cambia conforme lo hacen los vientos que propulsan y mueven sus intereses y que en innumerables ocasiones, durante siglos, ha mostrado privilegiarlos por encima de los de la colectividad? ¿No deben importarnos, entonces, los costos en sufrimiento, dolor, marginación, salud y vidas humanas que por millones se suman a la cuenta de sus correlativas estructuras? ¿Qué hay de aquellas posibilidades de desarrollo personal que se quedan en el tintero y hacen nugatorias las posibilidades de realización de las personas, sus sueños, deseos y aspiraciones? ¿Debemos acaso olvidarlas para privilegiar tales estructuras falibles en contra de nosotros mismos, las personas?

La tecnología, y en particular la IA, ha avanzado a un ritmo sin precedentes. En lugar de ser una amenaza, podría ser la herramienta definitiva para rectificar los errores humanos. Una IA bien programada no tiene favoritismos, no siente rencor y no opera bajo agendas ocultas. Mientras que la humanidad ha demostrado repetidamente su habilidad para ser corrupta, egoísta y miope, la IA tiene el potencial de ser objetiva, justa y previsor.

Es cierto que la democracia ha evolucionado como un medio para contrarrestar el abuso de poder. Pero todos sabemos que su historial está lejos de ser limpio. ¿Cuántas veces hemos visto líderes elegidos democráticamente volcarse hacia el autoritarismo o sistemas democráticos ser manipulados por aquellos con recursos e influencia? La estructura de pesos y contrapesos, aunque noble en su intención, ha sido frecuentemente eludida por individuos astutos y ambiciosos que tienen el peso político suficiente para revertir su eficacia. Una IA, por otro lado, no puede ser sobornada, influenciada por cabildeos poderosos o tentada por promesas de poder.

Claro, el argumento de que las máquinas no pueden comprender la experiencia humana es, hasta cierto punto, válido. Sin embargo, ¿es realmente necesario que lo hagan? ¿Es necesario que una IA comprenda el amor o el sacrificio para administrar justamente un sistema de salud o para garantizar que las leyes se apliquen equitativamente? Aunque los seres humanos son profundamente emocionales, estas mismas emociones a menudo nublan el juicio y llevan a decisiones irracionales.

En lugar de ver la IA como una entidad fría y desalmada, podríamos considerarla una extensión lógica de nuestro deseo de justicia y equidad, de nuestras propias mentes potencializadas a partir de los desarrollos tecnológicos que hemos logrado y

alcanzado. La democracia siempre ha sido una herramienta, un medio para alcanzar un fin, no un fin en sí misma. Si la IA puede ofrecer una versión mejorada, más justa y más eficiente de la democracia, ¿por qué resistirse?

La perspectiva de un Estado dirigido por IA no significa la anulación de nuestra humanidad. Al contrario, al liberarnos de las tediosas tareas administrativas y de las inevitables trampas, tentaciones, debilidades y falacias humanas, quizá podríamos tener más tiempo y libertad para explorar lo que realmente significa ser humano en un mundo postdigital. Con la IA como aliada, podríamos enfrentar los desafíos del futuro con más confianza y optimismo.

Además, con la ausencia de intereses nacionales, territoriales o personales, las IA ofrecen una perspectiva más globalizada y unificada. La promesa es de un mundo donde los conflictos basados en diferencias nacionales, étnicas o territoriales podrían reducirse o incluso eliminarse, ya que las máquinas carecen de la ambición o el deseo inherente en los seres humanos.

Los anteriores argumentos no son en forma alguna huecos. Máxime, que la inclinación hacia la IA ha sido especialmente prominente entre las generaciones más jóvenes, nacidas y criadas en la era digital. Para muchos de ellos, los sistemas democráticos tradicionales parecen arcaicos, lentos y desajustados para los desafíos del mundo moderno. En su perspectiva, la IA no es una amenaza, sino una evolución natural de la sociedad, una herramienta que puede ser utilizada para crear un mundo más justo, equitativo y eficiente.

La encrucijada en la que nos encontramos es profunda y las ramificaciones de la elección que hagamos redefinirán el curso de la historia humana. Mientras la balanza parece inclinarse hacia la IA, la lucha por el alma y el futuro de nuestra sociedad está lejos de haber terminado. Las tensiones entre estos dos paradigmas no solo determinarán nuestra gobernanza, sino también cómo entendemos y valoramos la experiencia humana en sí misma.

3. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL. ¿UNA ALTERNATIVA QUE TUVIMOS?

Desde la segunda década de este siglo XXI, diversas voces comenzaron a levantarse y señalar la necesidad de generar un nuevo constitucionalismo. Y es que si bien, a nivel global para este punto, ya sabemos que las diversas problemáticas derivadas de lo digital y proyectadas a lo material han sido tratadas de atender por medio de regulaciones y legislaciones específicas que fueron surgiendo en diversas latitudes; la revolución digital ha tenido un profundo efecto en el equilibrio constitucional al trastocar los balances de poder preexistentes, manifestándose en cuatro áreas clave.

Primero, fortaleció la capacidad de los Estados para supervisar y controlar nuestra existencia digital a partir de continuos avances tecnológicos que, de manera progresiva,

pusieron en entredicho nuestra posición y actitudes, tanto legales como culturales frente a la privacidad⁵; al tiempo que hacían lo propio con muchas otras libertades y derechos; pero, también, con la noción misma que tiene o debe tener el Estado⁶.

Segundo, elevó a las grandes multinacionales tecnológicas a una posición de influencia dominante, permitiéndoles definir y modelar nuestra identidad digital y, asimismo, generar respuestas a los intentos de control de información que se originaban desde las organizaciones y las estructuras estatales nacionales y multinacionales. Tercero, amplió y potenció una serie de derechos fundamentales que se centran en el intercambio de información. Y, por último, conllevó un aumento en el riesgo de transgresiones a diversos derechos y libertades individuales⁷.

Frente a todo ello, emergió el «constitucionalismo digital» como una propuesta revolucionaria que, desde entonces, no hemos explotado del todo para responder a los desafíos contemporáneos. No se trata de una simple transposición de la normativa tradicional al plano digital, sino de una profunda reinvención de cómo entendemos y aplicamos los derechos y valores fundamentales en un mundo interconectado y dominado por la tecnología.

La tradición democrática constitucional, con sus raíces en las polis griegas y su evolución a través de las repúblicas modernas, ha sido testigo de la complejidad y la riqueza de la experiencia humana. Esta tradición reconoce que la democracia es un modo de vida, una interacción constante y un diálogo entre ciudadanos. Estos valores son intemporales y esenciales, y no deben ser sacrificados, independientemente de los avances tecnológicos.

Sin embargo, la dinámica actual presenta claros desafíos que las constituciones tradicionales, forjadas en contextos analógicos, no estaban preparadas para abordar. Las problemáticas como la privacidad digital, los derechos en plataformas virtuales y la influencia desmesurada de corporaciones tecnológicas en la opinión pública exigían respuestas inmediatas y adaptadas a la realidad digital que no se colman o atienden a cabalidad por medio de parches normativos.

Aquí es donde el constitucionalismo digital nos presentaba y presenta aún, con su propuesta más audaz. Al combinar la sabiduría y la esencia de los sistemas democráticos tradicionales con la capacidad analítica, predictiva y adaptativa de las inteligencias artificiales avanzadas, podríamos concebir un marco jurídico que sea dinámico y adaptativo. Imaginemos una constitución «viva», que pueda evolucionar en tiempo

5. Vid. SMYTH, S. 2019: *Biometrics, Surveillance and the Law: Societies of Restricted Access, Discipline and Control*. Routledge Research in the Law of Emerging Technologies. Inglaterra: Taylor & Francis. (Edición de Kindle), 205-206.

6. Vid. BOOBIER, T. 2022: *AI and the Future of the Public Sector: The Creation of Public Sector 4.0*. Wiley Finance. Inglaterra: Wiley. (Edición de Kindle), 52 y capítulo 11.

7. Vid. CELESTE, E. 2023: *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*. Routledge Research in the Law of Emerging Technologies. Inglaterra: Routledge. (Edición Kindle), 25.

real, aprender de las interacciones humanas y adaptarse a las cambiantes necesidades y realidades de la sociedad. Esta adaptabilidad permitiría un monitoreo constante y ajustes proactivos, garantizando que los derechos y las libertades fundamentales sean respetados y protegidos adecuadamente.

No obstante, es crucial subrayar que el uso de la tecnología en este escenario no buscaría suplantar la esencia humana, sino complementarla y potenciarla. La IA, por muy avanzada que sea, debe ser una herramienta en manos de la sociedad, y no su nuevo poder dominante. Debe existir un equilibrio entre la objetividad y la eficiencia tecnológica y los valores humanos que forman la base de nuestra convivencia.

Al considerar las preocupaciones de aquellos que temen que la IA monopolice o incluso reemplace las estructuras democráticas tradicionales, el constitucionalismo digital ofrece una solución mediadora: un marco donde las máquinas y los humanos colaboran, con cada uno aportando sus fortalezas únicas. Mientras que las máquinas proporcionan eficiencia, precisión y adaptabilidad, los seres humanos aportan empatía, ética y un entendimiento profundo de la complejidad de la experiencia humana.

Uno de los aspectos más singulares y revolucionarios en la propuesta del constitucionalismo digital es la concepción, la elaboración y la adopción definitiva por parte de la comunidad internacional de lo que podríamos llamar una constitución para el Internet. Idea que, lejos de ser una mera propuesta teórica, ha ido ganando tracción y solidez en las últimas décadas, ante los diversos episodios críticos que como humanidad hemos experimentado desde la época postpandemia hasta nuestros días. En este marco, podríamos rescatar publicaciones previas de textos y documentos que han servido de base para los actuales debates y que, al conformar una especie de carta de derechos de las personas aplicables al Internet, buscan establecer las bases y los principios bajo los cuales debería regirse el ciberespacio⁸.

Imaginemos por un momento la complejidad de este empeño. Internet, como entidad, no tiene fronteras físicas y sus usuarios, provenientes de todas las naciones, culturas y antecedentes, interactúan diariamente en este espacio. Aun así, encarar tales desafíos puede probar, en beneficio de tales cartas de derechos y de nosotras las personas, un valor incalculable desde una perspectiva constitucional. Al emplear un lenguaje y una estructura que remitan a las constituciones nacionales tradicionales, tales declaraciones no buscarían solo ser documentos teóricos, sino intervenir activamente en la conversación global sobre cómo se deben adaptar, reformular y, en algunos casos, reinventar nuestros principios constitucionales para esta nueva era digital.

Es fundamental destacar que tales cartas de derechos, que parece que olvidamos cuando hacia la década de 2030 nos embelesamos con los brillos y los fulgores de las ventajas y facilidades que nos han traído y proporcionan las IA; y, a pesar de su naturaleza no vinculante y su carácter informal, representaban formas abiertas a una participación social masiva y diversa. En cuya gradual construcción, es posible que voces de todo el mundo, desde expertos legales hasta activistas y ciudadanos comunes,

8. *Ibidem*, capítulo 7. «Towards an Internet constitution?», 88-113.

contribuyan con sus perspectivas e ideas. Esta riqueza y diversidad pueden probar su fundamental importancia para abordar y remediar la creciente desconexión y desfase entre nuestras normas y estructuras constitucionales y la acelerada realidad digital en la que vivimos desde hace ya más de treinta años. En la eventual globalización de estas propuestas, en todo caso, sería crucial entender que no se trataría en modo alguno de imponer o acordar sobre una única visión o marco para su aplicación y, mucho menos, adjudicar entre alguna de las dos posturas en pugna dentro del debate que nos ocupa a finales de este 2058, sino, en todo caso, catalizar el impulso que, desde hace tiempo, ha faltado a las naciones y entidades regionales de reflexionar y adaptar sus propias estructuras (Celeste, 2023: capítulo 10) y paliar el desfase referido. Quizá, porque, a partir del contenido de esas cartas de derechos y sus declaraciones, podamos vislumbrar tanto aquellos principios constitucionales tradicionales que ya se han adaptado a la era digital como, también, apreciar en su valor, beneficio y utilidad las previas y novedosas propuestas que han surgido y hayan de surgir específicamente para abordar desafíos inéditos.

Posiblemente, de haber caminado desde mucho antes por el sendero del constitucionalismo digital y las posibilidades que el mismo nos ofrece, nos habría permitido no tener que llegar a decidir, como lo haremos el próximo mes, entre prescindir del Estado democrático constitucional o entregarnos por completo al gobierno de las inteligencias artificiales.

4. CONCLUSIÓN

En 2058, hemos arribado a un punto de inflexión en la historia humana donde la esencia misma de nuestra gobernanza y nuestra relación con la tecnología está en juego. Los argumentos a favor de la preservación del Estado democrático constitucional y aquellos que abogan por un salto audaz hacia una administración dirigida por la IA son ambos convincentes y están arraigados tanto en razones válidas como en preocupaciones genuinas.

Por un lado, la democracia nos recuerda de dónde venimos, nuestras luchas y triunfos y los valores humanos intrínsecos que hemos defendido durante milenios. Por otro lado, la IA ofrece una promesa de eficiencia, objetividad y una adaptabilidad sin precedentes en un mundo que está cambiando más rápidamente que nunca y que se acerca al siglo XXII.

Independientemente de la dirección que tomemos con nuestra decisión, una cosa es segura: nuestro futuro será moldeado tanto por nuestra capacidad para innovar tecnológicamente como por nuestra habilidad para mantenernos fieles a los valores humanos universales. Sea cual sea la elección que hagamos, debemos hacerlo con una visión que busque el mejor interés de la humanidad en su conjunto.

La ruta del constitucionalismo digital que señalaron algunos autores desde tiempos de nuestros padres y abuelos a inicios de este siglo XXI, cuya luz pareció apagarse cuando privilegiamos casi por completo las ventajas y las facilidades que la tecnología nos proporcionaba, debe ser retomada y avanzada. Porque, en ella, es dable imaginar un siglo venidero y un futuro en el que la tecnología y la humanidad coexistan en perfecta armonía, donde las máquinas no nos dominen ni nos reemplacen, sino que nos potencien y enriquezcan. Un mundo en el que las generaciones futuras miren hacia atrás y se sientan orgullosas de las decisiones audaces que tomamos, inspiradas no solo por lo que es posible tecnológicamente, sino también por lo que es deseable para el alma humana. Es este equilibrio entre máquina y corazón, entre eficiencia y empatía, lo que puede aún llevarnos a un futuro luminoso y prometedor, donde los sueños de la humanidad se realicen en un mosaico de tecnología y humanidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BOOBIER, T. 2022: *AI and the Future of the Public Sector: The Creation of Public Sector 4.0*. Wiley Finance. Inglaterra: Wiley. (Edición de Kindle).
- CELESTE, E. 2023: *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*. Routledge Research in the Law of Emerging Technologies. Inglaterra: Routledge. (Edición Kindle).
- DEWEY, J. 2021: *Democracy and Education. An Introduction to the Philosophy of Education*. Estados Unidos: EdTechbooks.org. Disponible en: https://edtechbooks.org/pdfs/mobile/democracyandeducation/_democracyandeducation.pdf
- ISUNZA VERA, E. y GURZA LAVALLE, A. (eds.). 2018: *Controles Democráticos no electorales y Regímenes de rendición de cuentas en el Sur Global. México, Colombia, Brasil, China y Sudáfrica*. Reino Unido: Peter Lang AG.
- SMYTH, S. 2019: *Biometrics, Surveillance and the Law: Societies of Restricted Access, Discipline and Control*. Routledge Research in the Law of Emerging Technologies. Inglaterra: Taylor & Francis. (Edición de Kindle).
- USLANER, E. M. 2015: «The Consequences of Corruption». En P. M. Heywood: *Routledge Handbook of Political Corruption*. Inglaterra: Taylor and Francis.

El impacto de la narcocultura como estilo de vida en las mujeres: contexto mexicano

The Impact of Narcoculture as a Lifestyle on Women: Mexican Context

Lizbeth GARCÍA MONTOYA

Universidad Autónoma de Sinaloa

lizabeth.garcia@uas.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0002-1825-0097>

Recibido: 21/11/2024

Aceptado: 11/12/2024

Resumen

Esta contribución tiene por objetivo analizar el impacto que tiene la narcocultura como forma de vida en las mujeres en el estado de Sinaloa, México y, con ello, poder crear conciencia de un nuevo paradigma de violencia contra las mujeres que debe ser atendido desde el ámbito gubernamental a través de estrategias públicas que trastocuen desde diversas aristas el plano social. Para la realización de este estudio se siguió una metodología con enfoque cualitativo a un

Abstract

This contribution aims to analyze the impact that narcoculture has as a way of life on Sinaloa women and, with this, to be able to raise awareness of a new paradigm of violence against women that must be addressed from the governmental sphere through public strategies that disrupt the social plane from various angles. To carry out this study, a methodology with a qualitative approach was followed at a descriptive level, based on the method of grounded theory,

nivel descriptivo, basado en el método de la teoría fundamentada, direccionado bajo la técnica de entrevista. Nuestra muestra estuvo constituida por 5 mujeres mayores de edad, sinaloenses y que estuvieran viviendo bajo el estilo de vida de la narcocultura y el muestreo utilizado fue el muestreo por avalancha.

Palabras clave: narcotráfico; cultura; violencia; género.

directed under the interview technique. Our sample consisted of 5 women of legal age, from Sinaloa and who were living under the narcoculture lifestyle, and the sampling used was avalanche sampling.

Keywords: Drug trafficking; Culture; Violence; Gender.

Sumario: 1. Introducción. 2. La narcocultura como estilo de vida y sus estragos bajo narcocánones de belleza en razón de género. 3. Diseño de la investigación. 3.1. Importancia de la investigación. 3.2. Objetivos. 3.3. Pregunta generadora 3.4. Hipótesis. 4. Diseño metodológico. 4.1. Método. 4.2. Participantes. 4.3. Técnicas e instrumentos de investigación. 4.4. Trabajo de campo. 5. Resultados. Codificación descriptiva. 5.1. Aspectos que deben seguir las mujeres para permanecer bajo ese estilo de vida (narcocultura). 5.2. Pensamientos y comportamiento de las mujeres sinaloenses respecto al estilo de vida (narcocultura). 5.3. Aspectos que brinda ese estilo de vida (narcocultura). 5.4. Conductas de las mujeres que están sumergidas en ese estilo de vida (narcocultura). 5.5. Percepción de las mujeres respecto a ese estilo de vida (narcocultura). 6. Discusiones y reflexiones finales. 7. Propuesta. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La narcocultura es uno de los graves problemas hasta hoy invisibilizado por el Gobierno mexicano. Esta cultura disfuncional ha provocado en las últimas décadas la atracción de jóvenes y de mujeres a su permanencia, trayendo graves estragos en el ámbito social, pues quienes se sienten atraídos por los lujos, estéticas exuberantes, poder, seguridad son capaces de hacer cualquier cosa por permanecer sumergidos en este estilo de vida, implicando ello seguir narcoestereotipos, en donde el machismo, la violencia y la misoginia están en su máximo esplendor.

Conociendo el problema, así como su proliferación, nace la inquietud de realizar un estudio mediante el cual se haga visible la problemática que enfrentan las mujeres en el estado de Sinaloa, México, y poder contribuir con esto a la creación de acciones encaminadas a visibilizar y con ello prevenir estas prácticas que obedecen a un estilo de vida y que sin duda denigran a la mujer, pero también la ponen en un estado de inseguridad frente a un imaginario colectivo distorsionado.

En este contexto el objetivo central del estudio que se presenta es analizar el impacto de la narcocultura en la forma como conciben la feminidad las mujeres en Sinaloa, México, intentando determinar si dicho impacto constituye una nueva forma de violencia contemporánea hacia las mujeres, no percibida como tal por las instituciones gubernamentales e incluso por la misma sociedad. Asimismo, describir y explicar la necesidad de su reconocimiento y su regulación en el marco normativo mexicano.

Para alcanzar el objetivo planteado y poder responder la pregunta generadora de la investigación fue que decidimos integrar esta contribución por los siguientes apartados: el primero denominado «La narcocultura como estilo de vida y sus estragos bajo narcocánones de belleza en razón de género», en él se contempla la base teórica que respalda los principales resultados que dentro de este artículo se exponen como producto de la investigación de campo realizada.

Con posterioridad, encontramos el apartado de diseño de la investigación, abordando en este la pregunta generadora y los objetivos, tanto general como específicos, planteados en el estudio.

Como apartado consecuente tenemos el diseño metodológico, en él se explica la metodología, enfoque que se siguió en la investigación de campo realizada, la técnica y sus características utilizada para la producción de datos, así como la descripción del instrumento creado y; finalmente, el procedimiento que se siguió en el levantamiento de encuestas.

En el apartado quinto, se exponen los principales resultados obtenidos del estudio y consecuentemente encontramos el apartado de conclusiones y discusiones, en este se discuten y contrastan los resultados obtenidos en la investigación con algunos puntos abordados en el primer apartado de este artículo.

Finalmente, las conclusiones refuerzan una propuesta que se hace en el apartado siete de esta contribución; en dicho apartado se presenta de manera general cuál es la propuesta integral que se hace, esto con base en los resultados obtenidos.

2. LA NARCOCULTURA COMO ESTILO DE VIDA Y SUS ESTRAGOS BAJO NARCOCÁNONES DE BELLEZA EN RAZÓN DE GÉNERO

El problema del narcotráfico en México es visualizado por el Gobierno mexicano como un problema que afecta especialmente a esferas políticas (relaciones diplomáticas), seguridad pública, incremento de corrupción, violencia, economía y salud pública; sin embargo, no se aprecia, de la política criminal y las políticas públicas puestas en marcha por el Gobierno, el reconocimiento del grave problema que ha traído la cultura del narco a través de la narcoestética en las mujeres.

GARCÍA y MOLINA expresan que

con motivo de la sobresaliente incursión del narcotráfico específicamente en Sinaloa como una actividad paralela a la legalidad, que es adoptada por jóvenes y aceptada por el conglomerado, se gesta —dentro de esta misma sociedad— un nuevo estilo de vida característico del negocio del tráfico de drogas. Dicho estilo de vida constituye lo que se denomina como narcocultura, la cual —como sucede con todos los temas sociales, culturales, políticos, jurídicos, económicos, etcétera— impacta de manera distinta a los hombres y las mujeres que se sumergen en ella, derivado de las cuestiones de género que subyacen en toda sociedad¹.

1. GARCÍA MONTOYA, Lizbeth y RÍOS MOLINA, Tania Lizbeth. *La fatalidad de la resignificación de la feminidad sinaloense dentro del contexto de la narcocultura*. México: Tirant lo Blanch, 16.

Así pues, la narcocultura en México ha proliferado con el paso del tiempo trayendo graves consecuencias que impactan en distintos ámbitos de la vida social, afectando tanto a hombres como a mujeres, a jóvenes como adultos y niños. En el caso de las mujeres la narcocultura ha cobrado relevancia, pues sin duda esta es una fuente incitadora no solamente a la conducta delictiva, sino a las nuevas formas contemporáneas de victimización por violencia de género.

Para las autoras OVALLE y GIACOMELLO, las mujeres en el narcotráfico representan:

Un bien más al que pueden acceder para manifestar en el espacio público su poder adquisitivo y social. En este sentido, al interior del narco-mundo presentarse en sociedad con el reloj más costoso y lujoso, con la ropa más prestigiosa, con el auto más costoso y llamativo es tanto o más importante que presentarse con la mujer más hermosa y voluptuosa².

Estas «mujeres trofeo» han sido un recurrente en la narcocultura, sus historias han causado impacto e interés en la sociedad y han ayudado a popularizar la narcoestética, que se presenta en Sinaloa como sinónimo de estatus y poder adquisitivo. Son víctimas inocentes que sufren la violencia del narco³.

Lo narco no es solo un tráfico o un negocio; es también una estética, que cruza y se imbrica con la cultura y la historia de un país y que hoy se manifiesta en la música, en la televisión, en el lenguaje y en la arquitectura, coches lujosos, pudiendo ser esto no negativo⁴.

Con relación a la cita anterior, cabe decir que, efectivamente, se coincide con el autor al expresar que la belleza estética exigida por la narcocultura en objetos como: casas, coches, ropa, no constituye nada negativo, simplemente es una expresión de gustos, sin embargo, la exigencia de la belleza estética en una mujer por parte de la narcocultura constituye una acción que atenta contra de la dignidad de las mujeres, pues darle valor a la mujer por lo que posee como atributo físico es denigrante y lamentablemente es una realidad en el caso preciso de Sinaloa, México.

La narcocultura, por una parte, a través de sus cánones de belleza exige la transformación física de las mujeres que desean pertenecer a ese estilo de vida y, por otra, transforma su forma de pensar y visualizar la vida, pues en vez de soñar con estudiar una carrera y convertirse en profesionistas que les pueda brindar herramientas para ganarse la vida, se sueña con convertirse en la mujer deseada por los capos, pues ellos otorgan seguridad económica y con ello cumplen con sus mayores deseos que, difícilmente, fuera de esa forma de vivir lo tendrían.

2. OVALLE, Lilian Paola y GIACOMELLO, Corina. 2006: «La mujer en el «narcomundo». Construcciones tradicionales y alternativas del sujeto femenino». *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 2006, 24: 304.

3. VÁSQUEZ, Ainhoa. 2016: *De muñecas a dueñas. La aparente inversión de roles de género en las narcoseries de Telemundo*, 227.

4. RINCÓN, Omar. «Narco.estética y narco. cultura en Narco.lombia. «Nueva Sociedad», 2009, s/p Recuperado en: <https://nuso.org/articulo/narcoestetica-y-narcocultura-en-narcolombia/>

Al respecto, Esther PINEDA establece que una de las consecuencias colaterales que trae la violencia estética es en relación a que RINCÓN dejar de invertir su tiempo en su profesionalización para invertirlo en su apariencia física representa algo perjudicial en un plano individual y social, toda vez que esto «representan mujeres con menos tiempo para la participación en espacios de construcción social: distracción de las mujeres que los hombres, como grupo social, aprovechan para mantener el monopolio del conocimiento, el poder y los recursos»⁵.

Las mujeres sinaloenses que están sumergidas en ese estilo de vida, indudablemente, están dispuestas, en ocasiones hasta poner en riesgo su salud e incluso su vida, a practicarse procedimientos quirúrgicos, a veces con cirujanos, en clínicas no certificadas o bien practicarse hasta tres o más procedimientos al mismo tiempo, poniendo en riesgo su propia vida. Estas mujeres son comúnmente relacionadas como compañeras sentimentales de los narcotraficantes de la nueva época y famosamente conocidas como *buchonas*⁶.

Así pues, al cumplir con los narcoestereotipos de belleza las mujeres tienen implicaciones fuertes en el ámbito privado, pero también en el público. En el ámbito privado porque esto representa peligro de un menoscabo en la salud de las mujeres, toda vez que las cirugías estéticas como producto de lo exigido como mandato de belleza por la cultura del narco representan también un aspecto que hay que regular, pues según la Comisión Nacional de Arbitraje Médico del 2002 al 2017 en México se recibieron parte del Sistema Automatizado de Quejas y Dictámenes (SAQMED) 654 quejas por parte de víctimas de cirugías plásticas: estéticas y reconstructivas; la mayoría, con un 72.3 %, son mujeres las víctimas; el 69.9 % de las quejas representan cirugías plásticas y el resto reconstructivas, y el 32.1 % de las víctimas tienen entre 15 y 34 años. Asimismo, este estudio refleja que en su mayoría las quejas son dirigidas a médicos del sector privado con un 67.3 % y la mayoría de las quejas con un 39.8 % están relacionadas con los tratamientos quirúrgicos brindados; en el 42.7 %, porcentaje más alto, el daño fue temporal, seguido del 26.2 %, donde el daño fue permanente; en un 29.1 % el daño fue físico, y, finalmente, en un 1.9 % el daño ocasionó la muerte, en este último caso todas eran mujeres, ocurriendo estas en su mayoría en la ciudad de México^{7,8}.

En el caso de Sinaloa, el tema relacionado con cirugías estéticas mal practicadas crece alarmantemente, tal como lo expresó SOUZA ante uno de los diarios de mayor

5. PINEDA, Esther. 2023: «El mensaje es que bellas vamos a ser más queridas». El Español, 26 de febrero de 2023. párr. 23 Recuperado en: https://magas.elespanol.com/belleza/20230226/esther-pineda-sociologa-violencia-estetica-mensaje-queridas/741926063_0.html

6. Debemos hacer énfasis en que el término ya no se reduce a mujeres involucradas sentimentalmente con narcos, pues esta estética se ha popularizado.

7. Cabe precisar que estos datos argumentados por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico no representan datos de cirugías que se deriven con exclusividad de la cultura del narcotráfico, sino son datos generales.

8. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. *Análisis de la queja del servicio Médico de Urgencias 2002-2017*. México: Secretaría de Salud, 21-40.

circulación en el estado⁹, así como las muertes de las mujeres a manos de médicos o médicas no certificados¹⁰.

Ahora bien, las implicaciones que trae la narcoestética en razón de género en el ámbito público es en relación a que cada vez más chicas a corta edad prefieren adentrarse en este estilo de vida dejando de lado su educación y profesionalización, pues muchas de ellas tienden a abandonar la escuela, pues esta ya no aparece en sus planes o metas a futuro.

Es importante decir que los narcoestereotipos de belleza en el caso concreto del estado de Sinaloa, México, se caracterizan por lo llamativo, exagerado y voluptuoso, según sea el caso; no obstante, estos también se han ido transformando al pasar los años, pues la moda en las mujeres dentro de la cultura del narco también se va caracterizando a la época actual.

En la actualidad los narcoestereotipos de belleza se encuentran definidos de la siguiente manera: cuerpos voluptuosos, donde las caderas, senos y glúteos sean grandes, productos de cirugías estéticas, y en donde los implantes de silicona estén presentes. Cintura muy pequeña y rostro también marcado por cirugías estéticas, las cuales perfilan su nariz chica, resaltan sus pómulos, pero además en estos rostros los labios lucen gruesos a base de inyecciones de sustancias que logran el volumen deseado (casi siempre es un volumen excesivo).

En cuanto a su vestimenta, tenemos ropa estrafalaria, entallada y con escotes pronunciados; uñas grandes y decoradas usualmente con brillos y piedras; zapatos altos y también llamativos; bolsos y accesorios costosos; cabellos lisos, largos y teñidos principalmente de rubio o de negro; maquillaje exagerado. Pero además los tipos de coches que suelen tener son coches grandes, llamativos y lujosos, al igual que todo lo que traen puesto en su outfit, pues este es de marcas altamente reconocidas en la industria de la moda¹¹.

La belleza perseguida por mujeres que están sumergidas en la narcocultura representa desde nuestro punto de vista un desamor propio, inseguridad, generalmente baja autoestima y un falso empoderamiento, pues la decisión de cumplir con esos cánones de belleza muchas veces está viciada por la necesidad de obtener seguridad de todo tipo y protección, según lo manifestado por ellas mismas en entrevistas realizadas para efectos de este estudio.

Sin duda, el estatus de belleza en las mujeres sinaloenses se ha distorsionado aún más con la narcocultura, pues es evidente que esta está plagada de narcoestereotipos

9. SOUZA, José Miguel. 2023: «Crece alarma por cirugías estéticas mal practicadas en Sinaloa». *El Sol de Sinaloa*, [Noticias Locales, Policiacas, sobre México, Sinaloa y el Mundo](#), marzo de 2023.

10. NAVIA, Teresa. 2022: «Desconoce la SSA el caso de la joven fallecida por cirugía estética en Mazatlán». *El Sol de Sinaloa*. [Noticias Locales, Policiacas, sobre México, Sinaloa y el Mundo](#), 22 de marzo de 2022.

11. Ver [Amante de narco nos revela todo sin censura \(youtube.com\)](#).

que en consecuencia generan una estética femenina machista a la que la mujer sinaloense ha respondido de otra manera distorsionada, pues se valoran por cómo lucen y no por lo que son, sin importarles que solo serán útiles dentro de esta cultura por cierto tiempo y luego serán desechadas o remplazadas por alguna más que cumpla el capricho de la narcoestética como producto de una violencia también simbólica.

Sin duda, los cánones de belleza que exige la narcocultura a las mujeres tiene repercusiones importantes en ellas, que además el Gobierno invisibiliza como problema, invisibiliza lo grave que resulta la influencia de los medios de comunicación haciendo apología de todos los excesos que en la narcocultura se vislumbra y que, por supuesto, el exceso de la «belleza» femenina no es la excepción.

Lo anterior resulta interesante porque, gracias a esos medios de comunicación, hoy en día cada vez las mujeres con menos edad quieren lucir con una apariencia como mandata la narcocultura, con un solo objetivo: permanecer dentro de la cultura del narco bajo cualquier circunstancia, implicando esto, por supuesto, estar en mayor riesgo de ser víctima de la mafia del poder, involucrando esto maltrato doméstico de todo tipo, violencia sexual, violencia psicológica, drogadicción, prostitución y hasta la violencia extrema: feminicidio.

A pesar de que el problema es palpable, especialmente en estados como Sinaloa, hay escasas investigaciones hechas en donde se aborde la narcocultura como una cultura que afecta gravemente el derecho al acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, pues los estudios que hemos recopilado para efecto de este estudio se abocan principalmente al análisis de la participación activa de las mujeres en el narcotráfico; así pues, se observa de una manera contundente la falta de perspectiva de género y la perspectiva interseccional en dichos estudios, siendo aquí donde radica la importancia de la investigación que con esta contribución se da a conocer.

3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Importancia de la investigación

La violencia contra las mujeres es un problema de salud pública por su gran incidencia y las consecuencias que deja a su paso¹², pero también es un problema de difícil prevención y erradicación, pues se manifiesta de muchas maneras, obedeciendo cada una de ellas a diversos factores; por ende, es multicausal, pero además su rápida proliferación y transformación la ha convertido en uno de los principales problemas que hay que atender en el mundo.

12. Naciones Unidas. *OMS afirma que la violencia de género es un problema de salud pública*. 20 de junio de 2013, párr. 1. Recuperado en: [OMS afirma que la violencia de género es un problema de salud pública | Noticias ONU](#).

Precisamente, hablando de la proliferación de las violencias de género, sin duda la violencia narcoestética es uno de los aspectos que requiere estudio en la academia contemporánea, pues, como ya se dijo, en México, como seguramente en otras partes del mundo, es un fenómeno que ha cobrado relevancia en cuanto a sus implicaciones y consecuencias individuales y colectivas que ha dejado en los países donde se presenta; de esta forma podemos decir que la violencia que se dirige hacia las mujeres se va escondiendo en nuevas modalidades y formas, pues el mundo globalizado va cambiando a pasos agigantados y el contexto normativo va quedando desfasado.

En el caso concreto de Sinaloa, resulta relevante estudiar el impacto de la narcocultura respecto a la forma en la que conciben la feminidad las mujeres sinaloenses, pues se presume que este impacto genera como consecuencia una nueva forma contemporánea de violencia contra las mujeres, siendo esta la narcoviolenencia de género, en donde se engloba, como forma de violencia que se da dentro del contexto de la narcocultura, la violencia narcoestética por razón de género.

Este estudio nos permitió demostrar la presencia de narcoestereotipos de género que son fomentados, producidos y replicados por un estilo de vida propio en algunos estados de la República mexicana, pero que en Sinaloa son muy visibles por su contexto cultural. Al poder demostrar esto se pudo analizar y comprobar también la presencia de nuevos tipos o modalidades de violencia contemporánea hacia las mujeres como lo es la narcoestética por razón de género y que, sin duda, esto ayudará a concientizar la necesidad de que estas nuevas figuras sean reguladas por el derecho interno con el fin de atenderlas y evitar o disminuir su incidencia. En relación a esto, cabe precisar que lo que se pretende con este estudio no es la regulación de estas nuevas formas de violencia como un delito, pues por la naturaleza de estas conductas sería casi imposible poder integrar un tipo penal que las regule, pero sí se pueden regular estas conductas como un nuevo tipo de modalidad de violencia contra las mujeres en una ley de observancia general como lo es la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una vida Libre de Violencia y la ley de esta materia para el estado de Sinaloa.

Esta investigación también servirá para que las mujeres mexicanas adquieran consciencia de la naturalización del problema y de las implicaciones de la presencia del mismo. Y, finalmente, servirá también para las y los investigadores que deseen seguir indagando esta problemática, pues este estudio sirve como punto de partida a investigaciones venideras, pues se trata de despertar el interés no solo social, sino también del gremio científico, pues, al ser un problema multifactorial, resulta necesario que se estudie desde diversas aristas.

3.2. Objetivos

3.2.1. General

Identificar el impacto la narcocultura en la forma en la que conciben la feminidad las mujeres sinaloenses en México.

3.2.2. Específicos

- Analizar cómo la narcocultura impacta en la forma de lucir físicamente las mujeres sinaloenses que de una u otra manera se encuentran sumergidas en ese estilo de vida.
- Precisar si la forma en la que la narcocultura impacta en la forma de concebir la feminidad de las mujeres sinaloenses representa una nueva forma de violencia contemporánea hacia la mujer.

3.3. Pregunta generadora

¿La narcocultura impacta a través de narcoestereotipos de género en la forma de como conciben la feminidad las mujeres en Sinaloa?

3.4. Hipótesis general

La narcocultura impacta de manera negativa en la forma de concebir la feminidad las mujeres sinaloenses que de una u otra manera están sumergidas en ese estilo de vida; así como el rol que deben desempeñar dentro de él; esto es producto de la reproducción de narcoestereotipos de género que constituyen una nueva forma contemporánea de violencia hacia la mujer y que, por ende, no está regulada en la normatividad interna mexicana.

4. DISEÑO METODOLÓGICO

4.1. Método

Se utilizó el paradigma cualitativo y los métodos: analítico y deductivo.

Decidimos utilizar el paradigma cualitativo pues a través de este pudimos sumergirnos y conocer las cualidades que reflejan el origen del problema, así como la forma en la que ha impactado la narcocultura en la errónea concepción de la esencia de la mujer sumergida en dicho estilo de vida.

Pues no hay que olvidar que HERNÁNDEZ SAMPIERI establece que «el enfoque cualitativo se selecciona cuando se busca comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos pequeños de personas a los que se investigará) acerca de los fenómenos que los rodean, profundizar en sus experiencias, perspectivas, opiniones y significados, es decir, la forma en que los participantes perciben subjetivamente su

realidad»¹³, siendo esto precisamente lo que a nosotras nos interesa conocer de la narcocultura en Sinaloa y su expresión como forma de violencia contra las mujeres.

También consideramos pertinente seleccionar el método cualitativo para la realización de esta investigación, toda vez que «este enfoque se recomienda cuando el tema del estudio ha sido poco explorado, o no se ha hecho investigación al respecto en algún grupo social específico»¹⁴, siendo precisamente lo que ocurre con nuestra investigación, desde los objetivos planteados no hay otra en México (por lo menos publicada) bajo estos parámetros metodológicos.

Asimismo, se acogió el método analítico pues a partir de él pudimos analizar el contexto histórico de la cultura del narco y precisar cómo impacta este en la forma de concebir la feminidad por parte de las mujeres sinaloenses que están sumergidas en ese estilo de vida.

4.2. Participantes

En la presente investigación utilizamos el muestreo aleatorio por bola de nieve, ya que cada una de nuestras participantes fueron también el enlace con otras, aclarando que tuvimos un informante clave que fue quien nos contactó con la primera participante. Este tipo de muestreo fue elegido, ya que por el tópico central de esta investigación se cuidó que llegaran a nosotras participantes donde las entrevistadoras no corrieran ningún tipo de peligro, participantes con seriedad. La muestra quedó conformada por 5 participantes con los siguientes criterios de inclusión: mujeres, mayores de edad, que han crecido y habitado toda su vida en Sinaloa y están sumergidas de manera directa en ese estilo de vida (narcocultura).

4.3. Técnicas e instrumentos de investigación

La técnica que se empleó en esta investigación fue la entrevista semiestructurada, apoyada de un pliego de preguntas abiertas y cerradas como instrumento metodológico, así como también lápiz, libreta y grabadora.

La técnica de entrevista fue elegida porque, a través del pliego de preguntas y las respectivas respuestas dadas por los o las participantes, se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema¹⁵, sabemos que esto también lo proporciona la técnica de focus group o grupo focal, sin embargo consideramos que por lo delicado del problema que abordamos en este estudio a través del grupo focal se violaría la intimidad de las participantes ocasionando esto que

13. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. 2010: *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill, 364.

14. *Ibid.*

15. Citado por HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. 2010: *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill, 418.

posiblemente sus respuestas fueran truncas, pero que además sus respuestas podrían ser ventiladas por alguna otra participante del grupo poniendo en riesgo la integridad de las chicas. Por estas razones precisamos que la entrevista era la técnica idónea que nos permitiría poder profundizar en los pensamientos, ideas y opiniones de las participantes.

Las entrevistas fueron semiestructuradas, partiendo de un guión de preguntas previamente establecidas, pero dejando la libertad de hacer otras preguntas relacionadas a respuestas de las participantes y que evidentemente no estaban contempladas en el guion.

El pliego semiestructurado de preguntas como instrumento metodológico estuvo construido por 5 módulos con preguntas en su mayoría abiertas y cortas; en total fueron 55, de las que 46 fueron abiertas y 9 fueron cerradas. Las preguntas fueron del tipo: opinión personal, sentimientos, conocimiento y de antecedente, quedando distribuidas en los módulos de la siguiente manera:

El módulo denominado *Datos sociodemográficos* tuvo como objetivo conocer los principales datos sociodemográficos de las participantes; este módulo está compuesto de 10 preguntas, 9 son abiertas y 1 es cerrada.

El Módulo 2, denominado *Historia de Vida*, tuvo como objetivo la forma en la que a lo largo de las diferentes etapas de la vida las entrevistadas se han ido relacionando de manera directa con el estilo de vida plagado de narcoestereotipos de belleza. Este módulo estuvo conformado por 8 preguntas, 5 fueron abiertas y 3 cerradas.

El Módulo 3, *Connotación de la feminidad*, llevó como objetivo analizar la percepción que tienen las participantes respecto al significado de la feminidad que, como parte de estos cánones de belleza, forman la esencia superficial de las mujeres en Sinaloa que están sumergidas en la cultura del narco. Este módulo estuvo compuesto por 33 preguntas abiertas y 7 cerradas.

El Módulo 4, *Crianza*, tiene como principal objetivo determinar el estilo de crianza que están llevando con sus descendientes. Este módulo está compuesto por 4 preguntas, 3 abiertas y 1 cerrada.

4.4. Trabajo de campo

El trabajo de campo se llevó a cabo durante el periodo que comprende los meses de abril a septiembre de 2023. Durante esta fecha nos constituimos con una informante clave, quien fue la persona que nos contactó con la primera participante y esta a su vez con otra y así sucesivamente hasta que se logró saturar datos con la quinta entrevista; ahí se decidió que teníamos la suficiente información que nos permitiría alcanzar los objetivos planteados y contestar nuestra hipótesis.

El procedimiento que se siguió fue el siguiente: se contactó a las participantes por teléfono y se les explicó el objeto del estudio, así como la importancia de que aceptaran participar en él compartiéndonos un poco de sus experiencias, creencias y pensamientos respecto a la cultura del narco; asimismo se les explicó antes de iniciar la entrevista los criterios éticos que se seguirían durante el desarrollo de la misma,

tales como que los datos se resguardarían en una computadora por cierto tiempo y que solo las investigadoras tendrían acceso a los mismos, la entrevista sería anónima y bajo este criterio se publicarían los datos. También, se les leía, explicaba y entregaba para su firma un consentimiento informado, mismo que respaldaba, por un lado, el consentimiento de ellas de participar libremente en la entrevista y, por otro, el que las investigadoras seguirían todos los criterios éticos antes descritos.

Cabe destacar que las entrevistas se hicieron bajo la modalidad que las participantes determinaron, siendo esta por vía WhatsApp de manera escrita, esto con la finalidad de que ellas se sintieran más seguras de lo que hablarían durante el interrogatorio. En este sentido, la entrevista con cada una duró aproximadamente una hora.

Finalmente, como dato importante de aclarar es que, justo antes de iniciar la entrevista, se les pasaba por WhatsApp a las participantes el pliego de preguntas que se les haría, para que ellas pudieran leerlas, analizarlas y determinar previo a las entrevistas qué preguntas querían omitir contestar y las entrevistadoras procederían a eliminarlas del guion y pliego.

5. RESULTADOS. CODIFICACIÓN DESCRIPTIVA

Se procedió a hacer el análisis de los resultados basado en la técnica de la *grounded theory* o teoría fundamentada, llegando a una triangulación para obtener los datos finales que en esta investigación se presentan. El análisis de resultados se hizo en un nivel de profundidad, siendo este el análisis descriptivo.

El proceso que se siguió dentro del primer nivel de interpretación de datos, el análisis descriptivo o codificación abierta, fue de la siguiente manera: se procedió a hacer la transcripción de las entrevistas, una vez transcritas se elaboraron de dichas transcripciones conceptos, mismos que, con posterioridad en una segunda revisión, pasaron a códigos.

Una vez teniendo la codificación de las transcripciones se inicia la creación a partir de esos códigos de categorías centrales y subcategorías de menor abstracción, estas últimas a su vez estarán compuestas por los códigos extraídos de las entrevistas.

Así pues, del análisis descriptivo realizado en esta investigación, se obtuvieron 11 categorías centrales¹⁶, sin embargo, para efectos de este artículo solo analizaremos cinco de ellas, siendo estas:

1. Aspectos que deben seguir las mujeres para permanecer en ese estilo de vida (narcocultura).

16. Las categorías centrales que derivaron del estudio fueron las siguientes:

1. Factores que potencializan adentrarse al estilo de vida (narcocultura).
2. Aspectos que deben seguir las mujeres para permanecer en ese estilo de vida (narcocultura).
3. Pensamientos respecto al estilo de vida (narcocultura).
4. Aspectos que brinda ese estilo de vida (narcocultura).
5. Manifestaciones de violencia hacia las mujeres que siguen ese estilo de vida.

2. Pensamientos y comportamientos de las mujeres sinaloenses respecto al estilo de vida (narcocultura).
3. Aspectos que brinda ese estilo de vida (narcocultura)
4. Conductas de las mujeres que están sumergidas en ese estilo de vida (narcocultura).
5. Percepción de las mujeres respecto a ese estilo de vida (narcocultura).

5.1. Aspectos que deben seguir las mujeres para permanecer en ese estilo de vida (narcocultura)

Tabla 1.1. Aspectos que deben seguir las mujeres para permanecer en ese estilo de vida (narcocultura)

Códigos

| | |
|---|-------------|
| Aceptación de pasar, transportar droga en su cuerpo para ir escalando | (p4, p,406) |
| Invertir mucho dinero en su belleza exterior | (p3, p,302) |
| Tener parejas exactamente del mundo del narcotráfico | (p3, p,98) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

Respecto al código «Aceptación de pasar, transportar droga en su cuerpo para ir escalando» se dijo:

Mulas, para transportar, las ocupan pues, que se meten en ese ámbito o de, también en el de las drogas, y todo ese show. ¿Qué buscan? Eso, ¡empezar a escalar hasta obtener el puesto más grande! (p4, p406)

5.2. Pensamientos y comportamiento de las mujeres sinaloenses respecto al estilo de vida (narcocultura)

En la categoría central «Pensamientos y comportamientos de las mujeres sinaloenses respecto a ese estilo de vida» tenemos dos subcategorías: «Pensamientos» y «Comportamientos naturalizados»; respecto al primero tenemos el código vivo «esa vida se busca, no llega sola».

6. Consecuencias de estar sumergidos en ese estilo de vida (narcocultura).
7. La autocomposición de la feminidad en la narcocultura.
8. Percepción de las mujeres respecto al estilo de vida (narcocultura).
9. El capo.
10. Características de las mujeres que están sumergidas en la narcocultura.
11. Qué se busca en la narcocultura como estilo de vida.

Porque... yo vi cómo lo busqué, no es que me presionarán, inclusive, sí llegué a ver cómo se presionaban a otras porque en ese en esa cultura voy a decir, es... la presión es entre las muchachas... (p3, p,333)

En cuanto a «Comportamientos naturalizados» tenemos los siguientes códigos.

Tabla 2.1. Comportamiento naturalizado por parte de las mujeres sumergida en la narcocultura

Códigos

| | |
|--|-------------|
| Naturalización de la prostitución | (p4, p,382) |
| Existe prostitución dentro de ese estilo de vida | (p3, p,358) |
| Prostitución invisibilizada | (p3, p,361) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

Respecto al código «Existe prostitución dentro de ese estilo de vida», la participante dijo:

Pero lo que yo sí hacía es que sí me prostituía. (p3, p,361)

5.3. Aspectos que brinda ese estilo de vida

La cuarta categoría central, «Aspectos que brinda ese estilo de vida», se compone de dos subcategorías de menor abstracción: «Aspectos positivos» y «Aspectos negativos», dentro de los aspectos positivos destacan los siguientes códigos.

Tabla 3.1. «Aspectos positivos» que brinda el estilo de vida de la narcocultura

Códigos

| | |
|---|-------------|
| Proporciona condiciones económicas para practicarse abortos | (p3, p,198) |
| A las mujeres les gusta el poder | (p3, p,341) |
| Brinda comodidad | (p3, p,382) |
| Estabilidad económica | (p3, p,122) |
| La seguridad que les brindan las cirugías | (p3, p,282) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

De la subcategoría «Aspectos positivos» y respecto al código «A las mujeres les gusta el poder» se dijo lo siguiente:

Me atrae esta vida porque me dan poder, por ejemplo, el poder saber quién me robó y; no solo esto, sino aplicar justicia. (p3, p,341)

Del código «Proporciona condiciones económicas para practicarse abortos», tenemos lo siguiente:

... pero en uno de esos lapsos me hice un... un aborto. Me había metido con un... con alguien del Gobierno y esta persona pues ya estaba casada y pues... esta persona me dijo que no le interesaba tener un hijo fuera de matrimonio y me mandó dinero para que me comprara unas pastillas. (p3, p,198)

5.4. Conductas de las mujeres que están sumergidas en ese estilo de vida (narcocultura)

Dentro de esta categoría central existe dos subcategorías denominadas «Conductas» y «Decisiones de las mujeres»; de la primera se desprenden dos sub-subcategorías de menor abstracción denominadas «Competencias» y «Clasificación del rol de la mujer» y de esta última se extrae una sub-sub-subcategoría denominada «Rol de amante».

Tabla 4.1. Conductas

Códigos

| | |
|---|---|
| Abortos | (p3, p,198) |
| Sexo sin protección | (p4, p,433) |
| Comunes orgías | (p4, p,416) |
| Se tienen varios hombres a la vez | (p3, p,98), (p3, p,164), (p3, p,150), (p3, p144), (p3, p,116) |
| Competir entre mujeres por hombres con poder | (p4, p,402) |
| No hay relaciones formales | (p3, p,116) |
| Existe ejercicio de poder entre mujeres | (p4, p,341) |
| Denostar a las mujeres que deciden no entrar a la cultura del narco | (p3, p,335) |
| Prostitución | (p4, p,380) |
| Asesinatos por infidelidad | (p4, p,476) |
| Crear niveles o jerarquías entre las mujeres en la narcocultura | (p4, p,439), (p4, p,404) |
| Consumo de drogas | (p3, p,138), (p4, p,390), (p4, p,414), (p3, p,188), (p3, p,186) |
| Recompensa a las mujeres que se dejan manipular por otras mujeres | (p3, p,341) |

| | |
|---|-------------|
| Se piden a la pareja las cirugías | (p3, p,82) |
| Las mujeres utilizan a otras mujeres para sacar beneficios de poder y económico | (p3, p,335) |
| Vida de fiestas | (p3, p,112) |
| Embarazos de diferentes hombres | (p3, p,60) |
| Hijos/as de distintos hombres | (p3, p,98) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

De la subcategoría «Conductas de las mujeres» y respecto al código «Comunes orgías» tenemos lo siguiente:

En una ocasión se metió una cosa que era como un revolvedero de todo y pa dentro y se van a los hoteles y se jala la banda, nos metemos a los hoteles donde haya alberca, y ahí se hacen una... metedera de todo y entre nosotras metemos a las mujeres y se hace una cosa así [RUIDO DE MANOS] [Inaudible, minuto 21:40] todos con todos. (p4, p,416)

Respecto al código «Consumo de drogas» tenemos:

Porque todo el ambiente también se mueve en el narco. Bueno, eh... yo empiezo a perder el control de una manera fea porque ya hasta había drogas de por medio. (p3, p,138)

Dentro de la subcategoría «Conductas de las mujeres» tenemos dos sub-sub-sub-categoría: «Competencias» y «Clasificación del rol de las mujeres frente al capo».

Tabla. 4.1.1. «Competencias»

Códigos

| | |
|--|------------|
| Compiten con otras mujeres | (p5, p279) |
| Compiten por ser la amante del capo | (p5, p241) |
| Compiten por ser la mejor, la más bonita, mejor piel, mejor boca y mejor nariz | (p5, p241) |
| Compiten entre mujeres por hombres de poder | (p4, p402) |
| Compiten por la apariencia | (p2, p50) |
| Compiten por quien tengan más | (p2, p56) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos arrojados por el estudio.

Respecto al código «Compiten por la apariencia», vemos lo siguiente:

Párrafo 49: E: ¿Consideras que existe competencia entre las mujeres que llevan ese estilo de vida? Explique.

Párrafo 50: P: Sí, por la apariencia y quién tiene más, quién tiene mejor cuerpo, nalgas, nariz, rostro en general. (p,2 p49 y 50)

Respecto a la subcategoría «Conductas de las mujeres» y su sub-sub-categoría «Clasificación del rol de las mujeres frente al capo», tenemos como códigos los siguientes:

Tabla 4.1.2. «Clasificación del rol de la mujer frente al capo»

Códigos

| | |
|--|------------|
| Existen mujeres para novias | (p2, p103) |
| Existen mujeres para queridas | (p2, p103) |
| Existen mujeres para esposas | (p2, p103) |
| Existen mujeres para el trabajo | (p2, p103) |
| Existen mujeres para damas de compañía | (p2, p103) |
| Existen mujeres para amantes | (p2, p103) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

Respecto a esta sub-subcategoría «Clasificación del rol de la mujer frente al capo» se extrajo de la entrevista lo siguiente:

Dentro de cultura del narco existen mujeres para todo: mujeres para novias, queridas, esposas, para el trabajo, damas de compañía y amantes, cada una tiene su posición y sus beneficios. (p2, p,103)

Asimismo, de la sub-subcategoría «Clasificación del rol de la mujer frente al capo» se desprende la sub-sub-subcategoría «Rol de amante», encontrándose los siguientes códigos:

Tabla 4.1.2.1. «Rol de amante»

Códigos

| | |
|--|-------------|
| Se utiliza a las amantes de mulas | (p4, p,406) |
| Las amantes buscan escalar a puestos grandes | (p4, p,406) |
| No hay matrimonio entre narcos y amantes | (p4, p,104) |
| La amante oficial tiene casa, dinero y coche | (p4, p,404) |
| Para ser la amante oficial se tiene que chulear | (p4, p,404) |
| Las amantes buscan ser la amante formal del capo | (p3, p,404) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

Respecto al código «La amante oficial tiene casa, dinero y coche» se dijo lo siguiente:

Tienen a la amante oficial, que vendría siendo a la que también le ponen casa, le ponen carro y le dan dinero, la mantienen, y aparte de eso tienen más amantes, pero no llegan al nivel de la amante, o sea está la esposa, la amante oficial y muchas más. (p4, p404)

Por su parte, en la segunda subcategoría, «Decisiones de las mujeres», tenemos los siguientes códigos,

Tabla 4.2. «Decisiones de las mujeres» que usualmente toman las mujeres para permanecer en el estilo de vida de la narcocultura

Códigos

| | |
|--|--------------------------|
| Se practican abdominoplastia | (p3, p,88) |
| Se practican operación de cintura | (p3, p,82) |
| Se practican operación de nariz | (p3, p,82) |
| Se practican cambios estéticos en la cara | (p5, p,18) |
| Se practican trasplante de grasa | (p5, p,18) |
| Se practican operaciones de glúteos | (p3, p,82) |
| Se practican operaciones dentales | (p3, p,198), (p3, p,288) |
| Se practican operaciones de senos | (p3, p,82) |
| Se practican cirugías de piernas y pantorrillas | (p5, p,325) |
| Ellas deciden la talla del implante | (p3, p,278) |
| Se relacionan solo con hombres y mujeres del medio | (p1, p96) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

Respecto a la subcategoría «Decisiones de las mujeres», con relación a los códigos «Se practican operaciones de cintura», «Se practican operaciones de senos» se dijo lo siguiente:

Yo siempre tuve un problema con... yo creo que, con mi físico, no sé, la cosa está que cuando tuve al bebé y me iba a casar entonces le dije que por qué no me operaba, entonces me aumenté... me puse bubis y me puso pompas y pues me hicieron la cintura más delgadita. (p3, p,82)

5.5. Percepción de las mujeres respecto a ese estilo de vida (narcocultura)

Por otro lado, de la categoría central «Percepción de las mujeres respecto al estilo de vida (narcocultura)» tenemos dos subcategorías de menor abstracción: «Percepción

general» y «Autopercepción de la feminidad». Respecto a la subcategoría «Percepción general» se extrajeron los siguientes códigos:

Tabla 5.1. «Percepción general» de las mujeres respecto al estilo de vida de la narcocultura

Códigos

| | |
|--|---------------------|
| La vida en la narcocultura es difícil | (p3, p,339) |
| El dinero da poder | (p3, p,198) |
| Sin trabajar se tienen lujos | (p5, p,15) |
| Las cosas materiales hablan de uno | (p5, p,15) |
| La cultura del narco da poder | (p1, pp, 100 y 101) |
| La cultura del narco es diferente en Culiacán | (p1, p,216) |
| Me opero para verme y sentirme mejor | (p1, p,162) |
| La cultura del narco es negativa | p5, p,128) |
| La cultura del narco es aspiracioncita e insana | p5, p,184) |
| Reconocen los beneficios que puede traer la narcocultura | (p52, p,34) |
| Reconocimiento que en la narcocultura se gana a costa de la seguridad | (p52, p,34) |
| Las mujeres tienen valor entre sus compañeras por el dinero que tengan | (p5, p,353) |
| No se percibe la narcocultura como la mejor opción para sus hijos | (p5, p,128) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

Con respecto al código «La cultura del narco da poder» tenemos los siguiente:

Sinceramente. Ajá, sinceramente, más que nada lo que es aquí es el poder: porque una persona normal, se podría decir, una persona normal que trabaja con su sueldo y así, pues n... no es [inaudible, minuto 23:24] aburrida, no, sino que... puede llegar uno, otro y lo puede golpear o, o le puede robar, o no sé {}, [inaudible, minuto 23:16] otra forma estás con otra persona ya en el ambiente este pues es de que la gente te respeta y está a la orden, con uno, así de que cualquier cosa que a uno se le ofrezca pues... está... todo bien. (p1, pp,100 y 101)

Respecto a la subcategoría «Autopercepción de la feminidad» se encontraron los siguientes códigos:

Tabla 5.2. «Autopercepción» de las mujeres respecto al estilo de vida de la narcocultura

Códigos

| | |
|--|-------------------------------------|
| Reconocimiento del cuerpo bonito para acceder a puestos profesionales o tener acercamiento a los capos | (p5, p,184) (p5, p 253) (p5, p,241) |
| La mujer es para exhibirse | (p5, p,128) (p5, p,214) |
| La mujer es un trofeo | (p5, p,128) |
| Reconocimiento de las cirugías como algo que debe tener la mujer | p5, p,222) |
| Se perciben como buchonas | (p3, p,272) |
| Nunca dejan de ser la mujer de | (p4, p,487) |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

De la subcategoría «Autopercepción» de las mujeres con relación al estilo de vida (narcocultura) en la que están sumergidas y los códigos «La mujer es para exhibirse» y «La mujer es un trofeo», se dijo lo siguiente:

Las mujeres se exhiben ante los capos y ellos también las exhiben entre sus amigos y rivales, pues representan un trofeo más que hay que presentar como algo que poseen. (p5, p128)

Respecto a la categoría central novena, denominada «El capo», tenemos tres subcategorías de menos abstracción: «Características del capo», «Gustos del capo» y «Decisiones del capo».

6. DISCUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En cuanto a la categoría central «Aspectos que deben seguir las mujeres en ese estilo de vida (narcocultura)» vemos fácilmente que lo expresado por las participantes coincide claramente con lo expresado por las y los teóricos que escriben sobre el tema. Por ejemplo, Javier Valdez quien, en su libro *Miss Narco*¹⁷, establece cómo es la vestimenta de las mujeres sinaloenses que están sumergidas en la cultura del narco, mejor conocidas como buchonas, y siguen los cánones de belleza propios de ese estilo de vida; así como su estética es un aspecto único y peculiar de esa región. De esta

17. VALDEZ CÁRDENAS, Javier. 2017: *Miss Narco: belleza, poder y violencia*. Aguilar.

manera resalto lo expresado por una de ellas: «Las mujeres de Culiacán se identifican fácilmente en cualquier parte de México» (p2, p,67).

Así pues, las mujeres en Sinaloa que siguen el estilo de vida de la narcocultura tienen un prototipo estético muy característico, en el cual sobresale la belleza artificial; cuerpos con cirugías en donde el implante en senos, glúteos y caderas son grandes (sin existir duda que son producto de cirugías), además de resaltar sus rostros por una pequeña y respingada nariz, contrario a sus labios que suelen ser voluptuosos¹⁸. En este sentido los cánones narcoestéticos de belleza son evidentes.

Respecto a su *outfit* se caracteriza por ropa entallada que profile sus grandes curvas; zapatos donde el brillo y la exclusividad son parte; accesorios caros: bolsos, reloj, joyas de ciertas marcas de prestigio en el mercado de la moda. Asimismo, las uñas largas, con decoración llamativa y brillos, forman parte de ellas; cabellos largos, teñidos en su mayoría negro o rubio y con estética lisa es parte de su moda actual.

El invertir bastante dinero en su apariencia física es algo que las caracteriza al igual que no relacionarse sentimentalmente con personas que no sean de ese medio¹⁹, tal y como se desprende de la Tabla 1.

También, con relación a la categoría central «Pensamiento y comportamiento de las sinaloenses respecto a ese estilo de vida (narcocultura)» encontramos sin duda la existencia de prostitución y su naturalización dentro de este medio. La narcocultura como estilo de vida representa una forma de vivir de excesos y riesgos, pues se hace presente el consumo de drogas por parte de las mujeres, así como orgías donde hay como consecuencia embarazos no deseados, pero también las mujeres en este estilo de vida tienden a sumergirse en actividades delictivas como parte de la aceptación de quienes integran este círculo delictivo. Lo anterior se reafirma con lo manifestado por una de las participantes: «Hay mujeres para todo, para amantes, esposas, damas de compañía y para trabajo.... A muchas las utilizan también como mulas, pues la meten también en el ámbito de la distribución de drogas» (p4, p,233). En este sentido están expuestas al mundo del narcotráfico, pero también al consumo de drogas, pues estas forman parte de los excesos de este tipo de vida.

Por otro lado, como parte del análisis de la categoría central «Aspectos que proporciona este estilo de vida (narcocultura)» llama la atención que todas las entrevistadas manifestaron sentirse protegidas estando dentro de esa cultura, reconociendo esto como parte de los aspectos positivos que les brinda este medio.

Asimismo, se autoperceben como «empoderadas», pues todo lo que implica esta cultura les proporciona seguridad en sí mismas; cabe resaltar se tiene conciencia también de los aspectos negativos que proporciona estar dentro de ese medio y uno de ellos lo identifican como la imposibilidad para salir de ese ambiente una vez que están dentro (p4, p110).

18. Ver [prototipo de una buchona - Bing imagen](#)

19. [\(356\) ¿Qué trae en su bolsa una buchona de Culiacán? - YouTube](#)

Al analizar la categoría central «Conductas de las mujeres que están sumergidas en ese estilo de vida (narcocultura)» resalta algo interesante, pues podemos hablar de mujeres que suelen autodefinirse como «empoderadas», que en lo personal me parece absurdo aceptarlo como algo real, toda vez que hablar de empoderamiento se refiere entre otras cosas a «el proceso por medio del cual las mujeres transitan de cualquier situación de opresión, desigualdad, discriminación, explotación o exclusión a un estado de conciencia, inclusión, autodeterminación y autonomía, el cual se manifiesta en el ejercicio del poder democrático que emana del goce pleno de sus derechos y libertades»²⁰.

De manera que hablar de empoderamiento es ser autosuficientes, ser autodecisivas y autónomas, pero también ser una persona capaz de hacer valer su libertad en todos los aspectos, lo cual nada de esto vemos que acontezca en la realidad en el promedio de las mujeres que están en esa cultura, pues siguen en la opresión de los cánones narcoestéticos de belleza y de todo lo que ya se ha establecido en este estudio de lo que implica la narcocultura.

Al analizar los datos obtenidos en esta investigación con respecto a la categoría central anteriormente citada, llamó el interés la forma en la que se autoperciben respecto a la relación o dinámica con otras mujeres, toda vez que se ven como competencia unas con otras, esta competencia que las lleva a realizar cualquier conducta con el fin de cumplir el objetivo deseado: estar con el capo del momento, de esta manera generalmente son ellas quienes les piden a sus parejas que les patrocinen sus cirugías estéticas.

Dentro de las conductas que persisten en ellas es crear precisamente jerarquías o niveles entre ellas, y, claro, esto depende de algunas cosas a observar, como, por ejemplo, qué tanto poseen, hablo categóricamente de belleza y de dinero, estatus dentro de la cultura del narco; tipo de relación que sostienen con el capo, así como poder.

Los narcos tienen a su esposa, ellos buscan una esposa hacendosa en la sierra... que le den de comer, que los atiendan con las que tienen hijos, fieles...; por otro lado, tienen a la amante oficial a la que también la mantienen... Aparte de esto tienen a más amantes, sin llegar al nivel de la amante oficial..., entonces las buchonas lo que quieren es llegar a ser la amante oficial, pues la esposa sabe que no llegarán a serlo y para ello se tienen que chulear, se tienen que tunear. (p4, p,128)

La mujer dentro de la cultura del narco representa una pieza importante para la atracción a ese mundo de otras chicas, pues su hermosa imagen incita a las jovencitas al gusto por lucir de la misma manera, aunque hay que decir que el estilo de las mujeres dentro de la cultura del narco (buchonas) se ha popularizado tanto que actualmente en Sinaloa muchas jóvenes siguen esos narcoestereotipos estéticos y de género, aunque no precisamente estén vinculadas directamente con personas que

20. Artículo 5.º de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

se dediquen a actividades ilícitas como lo es el narcotráfico, simplemente siguen esos narcoestereotipos por moda o bien, para aparentar poder y hacerse «respetar».

Sin duda, la apología que se hace a todo lo que implica la cultura del narco juega un papel importante, pues a través de los medios de comunicación: series, películas, documentales, novelas y música (narcocorridos: canciones propias de esta cultura), se visualiza el poder en todo su esplendor de los agentes del narcotráfico, pero también de sus parejas, y esto les resulta atractivo a las chicas y chicos que se rodean de este estilo de vida. «Lo que más podría decir que llama la atención es la forma en la que enaltece a través de la música el modo de vida y el lujo»²¹ (p2, p,36).

En cuanto a la categoría central «Percepción de las mujeres respecto al estilo de vida (narcocultura)» cabe decir que algunas mujeres que están sumergidas en este estilo de vida presentan miedo precisamente de ello, sin embargo, pareciera que este no es suficiente, pues dicen no estar arrepentidas de las decisiones que han tomado con relación a la vida que decidieron llevar y consideran que es una manera cómoda de obtener todo lo que, para ellas, «todas las mujeres desean: dinero, poder y seguridad». Ver Tabla 5.1.

De la subcategoría «Autopercepción de las mujeres respecto al estilo de vida de la narcocultura» tenemos que un cuerpo bonito es la herramienta que debe tener una mujer para conseguir lo que desea, y el valor que le dan a este es superior a cualquier cosa e incluso a su propia vida. Sin embargo, ellas también reconocen que «hay otras cualidades que deben de acompañar la belleza de una mujer dentro de la cultura del narco, siendo ésta la valentía» (p4, p,19), pues, al estar expuestas a todo tipo de situaciones, esta ayuda a permanecer dentro de un estatus.

7. PROPUESTA

Una vez analizados los resultados producidos en la investigación de campo que se presenta en esta contribución hacemos una propuesta desde dos vertientes: la primera desde la vertiente legislativa y la segunda desde una vertiente social.

Desde la vertiente legislativa se propone establecer en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia y en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Sinaloa en su título segundo, denominado: «Modalidades de la violencia» (para ambas leyes), una nueva modalidad de violencia contra las mujeres, la cual se denomine «narcoviencia de género», cuya definición sea la siguiente:

21. Ver <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=la+chacalosa&&mid=D3DBDE3872E4DC23FCEAD3DBDE3872E4DC23FCEA&&FORM=VRDGAR> y <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=los+ovarios+jenni+rivera&&mid=-30B9594409F340BD9BD130B9594409F340BD9BD1&&FORM=VRDGAR>

Narcoviencia de género: Son las acciones u omisiones, individuales o colectivas que como producto de los narcoestereotipos por razón de género que determinadas prácticas alusivas a un entorno social reproducen, atentando contra la integridad física, sexual y emocional de las mujeres y niñas, pero que además estos transgreden derechos fundamentales de las mujeres y propician su denigración atentando contra su seguridad humana.

Se propone también que se agregue en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en su artículo 6 y en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Sinaloa en su artículo 11 un nuevo tipo de violencia contra las mujeres cuyo nombre sea «violencia narcoestética en razón de género»; se sugiere que este sea definido de la siguiente manera:

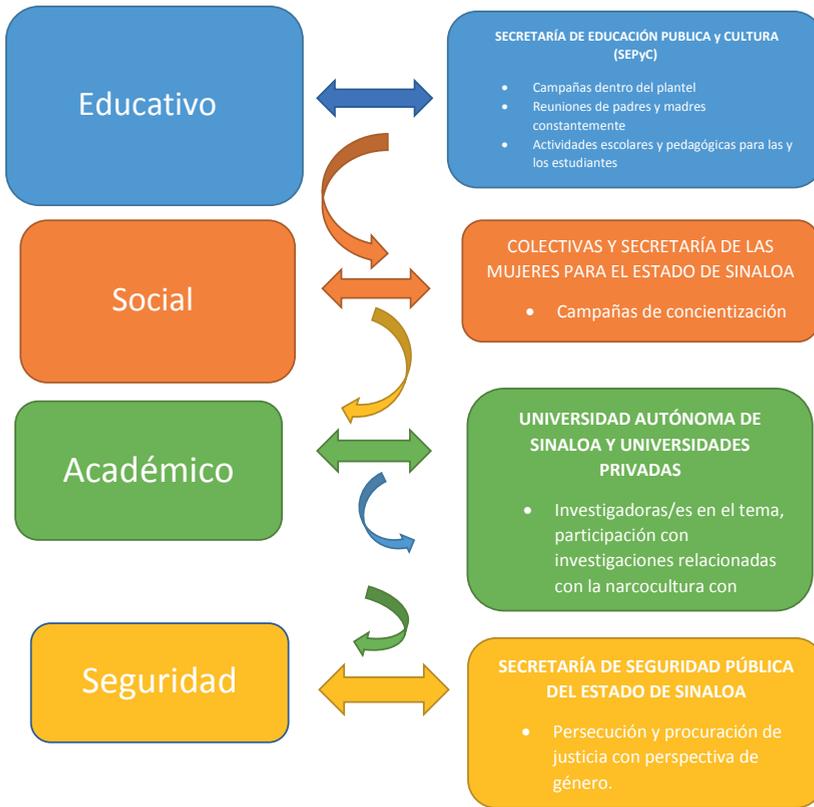
Violencia narcoestética en razón de género: es cualquier acción u omisión que ejerce una persona sobre otra, sin su consentimiento o siendo este viciado por un estado de necesidad (cualquiera que sea) o bajo amenazas, para someterse a cirugías estéticas como producto de cumplir con los requerimientos de narcoestereotipos de belleza en razón de género, que pueden tener como resultado un daño permanente, psicológico, físico o la muerte de quien la vive.

Sin duda, el reconocer en una ley que no es punitiva, pero sí de observancia de este nuevo concepto que refleja una nueva forma de ejercer la violencia, constituye el primer paso para la creación de políticas públicas encaminadas a la atención y la prevención de estas conductas que denigran, dañan y ponen en riesgo la salud y la propia vida de las mujeres, pero además con esto se hace frente a las recomendaciones internacionales en el sentido del deber del Estado mexicano de eliminar todos los estereotipos en razón de género que solo constituyen una expresión más de violencia.

Por otro lado, desde la vertiente social, se propone la creación de programas en Sinaloa dirigidos a la sociedad, especialmente a mujeres y niñas, mediante los cuales se logre una mayor concientización y educación contra la apología de las conductas relacionadas con el narcotráfico, estereotipos, narcomúsica, narcoseries, narcomoda, narcoantros, mediante las cuales se reproducen los narcoestereotipos de género, los cuales denigran a la mujer y atacan contra sus derechos humanos.

La política pública que se propone como parte de la estrategia de concientización del problema debe ser integral, impactando básicamente en los siguientes sectores: educativos, salud, social, académico y ciencia, donde haya un esfuerzo compaginado entre instituciones del Gobierno como: Secretaría de Seguridad Pública, Secretaría de las mujeres, Secretaría de Salud, Secretaría de Educación Pública y Cultura, con instituciones educativas públicas y privadas, tal y como se ilustra en la Figura 1, pero también sumando el esfuerzo y la participación de la sociedad civil, dando cabida a los colectivos que tienen como propósito reforzar la lucha para la eliminación de las violencias contra las mujeres y niñas en el Estado.

Figura 1. Sectores inmiscuidos en la propuesta de política pública



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en el estudio.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Nacional de Arbitraje Médico. *Análisis de la queja del servicio Médico de Urgencias 2002-2017*. México: Secretaría de Salud, 21-40.
- GARCÍA MONTOYA, L. y Ríos Molina, T. 2023: *La fatalidad de la resignificación de la feminidad sinaloense dentro del contexto de la narcocultura*. En J. Marín González y M. S. Moreno Rodríguez: *Estado y Seguridad*. México: Tirant Humanidades, 15-42.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R.; FERNÁNDEZ COLLADO, C. y BAPTISTA LUCIO, P. 2010: *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill.
- Naciones Unidas. 2013: «OMS afirma que la violencia de género es un problema de salud pública». Recuperado en: [OMS afirma que la violencia de género es un problema de salud pública | Noticias ONU](#). [5 mayo 2020].

- NAVIA, T. 2022: «Desconoce la SSA el caso de la joven fallecida por cirugía estética en Mazatlán». *El Sol de Sinaloa*. [Noticias Locales, Policiacas, sobre México, Sinaloa y el Mundo](#), 22 de marzo de 2022. [25 mayo 2022].
- OVALLE, L. P. y GIACOMELLO, C. 2006: «La mujer en el 'narcomundo'. Construcciones tradicionales y alternativas del sujeto femenino». *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 2006, 24.
- PINEDA, E. 2023: «El mensaje es: que bellas vamos a ser más queridas». *El Español*. Recuperado en: https://magas.lespanol.com/belleza/20230226/esther-pineda-sociologa-violencia-estetica-mensaje-queridas/741926063_0.html [5 noviembre 2023].
- RINCÓN, O. 2009: «Narco.estética y narco.cultura en Narco.lombia». *Nueva Sociedad*. Recuperado en: <https://nuso.org/articulo/narcoestetica-y-narcocultura-en-narcolombia/>
- SOUZA, J. M. Marzo de 2023: «Crece alarma por cirugías estéticas mal practicadas en Sinaloa». *Sol de Sinaloa*. [Noticias Locales, Policiacas, sobre México, Sinaloa y el Mundo](#) [20 diciembre 2023].
- VALDEZ CÁRDENAS, J. 2017: *Miss Narco: belleza, poder y violencia*. Aguilar.
- VÁSQUEZ, A. 2016: *De muñecas a dueñas. La aparente inversión de roles de género en las narcoseries de Telemundo*.

Leyes

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Páginas

- [Prototipo de una buchona - Bing imagen](#) [05 de noviembre 2023]. <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=la+chacalosa&&mid=D3DBDE3872E4DC23FCEAD3DBDE3872E4DC23FCEA&&FORM=VRDGAR> y <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=los+ovarios+jenni+rivera&&mid=30B9594409F340BD9BD130B9594409F340BD9BD1&&FORM=VRDGAR> [5 noviembre 2023].
- [Amante de narco nos revela todo sin censura \(youtube.com\)](#) [5 noviembre 2023].

— CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN —

ENERO-JUNIO 2024

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO CIVIL

1. Reglamento (UE) 2024/1028, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 [DOUE-L-2024-80593], por Rodrigo Alejandro GÓMEZ TORRE
2. Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables [BOE-A-2024-9699], por Cristina ARGELICH COMELLES
3. Directiva (UE) 2024/1799, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/711 y (UE) 2020/1828 [DOUE-L-2024-81060], por Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
4. Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) [DOUE-L-2024-81079], por Rodrigo Alejandro GÓMEZ TORRE

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Decreto 7/2024, de 25 de abril, por el que se modifica el Decreto 121/2007, de 20 de diciembre, por el que se regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema de Salud de Castilla y León [BOCYL-D-29042024-1], por José SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
2. Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [DOUE-L-2024-80770], por María Concepción TORRES DÍAZ

DERECHO MERCANTIL

1. Directiva (UE) 2024/825, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información [DOUE-L-2024/825, de 3-III-2024], por Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA

DERECHO PROCESAL

1. Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la procura [BOE-A-2024-8706], por Elena GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO
2. Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña [BOE-A-2024-11776], por M.^a Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS

DERECHO INTERNACIONAL

1. Órdenes de Medidas Provisionales del 26 de enero de 2024, del 28 de marzo de 2024, y del 24 de mayo de 2024, en el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, por Sara CALLES GÓMEZ

Reglamento (UE) 2024/1028, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 [DOUE-L-2024-80593]

EL ROL DE LAS PLATAFORMAS Y LA ARMONIZACIÓN DE DATOS RECABADOS EN EL MERCADO ÚNICO DE SERVICIOS DIGITALES

En la presente etapa económica, la cual denominamos Capitalismo Cognitivo debido a la trascendencia del conocimiento y su explotación por parte del sistema económico y social que transitamos; la Unión Europea procura desarrollar una política legislativa que otorgue normas uniformes y vinculantes ante cualquier conflicto relativo a la explotación de servicios digitales dentro de su mercado único.

Cuando afirmamos que la economía se basa en el conocimiento, no significa que la actividad económica utilice más conocimientos de lo que lo hizo en otras etapas históricas de la humanidad (incluso en estadios previos del capitalismo), sino que este se ha comenzado a utilizar en forma diferente. Entiéndase por diferente la transformación del conocimiento en un bien que comienza a circular como una mercancía, pero no como una mercancía más, sino como un activo estratégico de los principales actores económicos del siglo XXI, las plataformas digitales.

Sin profundizar en el rol de las plataformas digitales como tal ni tampoco en el nivel de tensión en que se encuentra el mercado inmobiliario dentro de las grandes ciudades de la Unión Europea, diremos que, al combinar los factores previamente desarrollados, el Parlamento Europeo promovió un reglamento específico que procura armonizar en toda su jurisdicción el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración.

Este reglamento entró en vigor el 19 de mayo de 2024 y será aplicable a partir del 20 de mayo de 2026, y en su considerando octavo, así como en el artículo 3 inciso 5), establece que tiene por destinatarias las plataformas en línea conforme a lo establecido en el artículo 3, letra i), del [Reglamento \(UE\) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo](#). Es decir, aquellas plataformas en línea que permiten a los huéspedes celebrar contratos a distancia con anfitriones para la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración.

Se entiende por plataforma en línea el servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o

funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del [Reglamento \(UE\) 2022/2065](#).

Así mismo, la normativa expresa claramente que deben excluirse del ámbito de aplicación las páginas web u otros medios electrónicos que conectan a los anfitriones con los huéspedes, pero que no intervienen de ninguna otra manera en la celebración de transacciones directas del negocio jurídico.

Se establece que también están exentos los hoteles y alojamientos similares (complejos hoteleros, los apartahoteles y los moteles) del mismo modo que la oferta de alojamientos en campings y aparcamientos para caravanas.

Quedan así comprendidos como destinatarios de la norma no solo los Estados miembros y las plataformas en línea, sino toda persona física o jurídica que desempeñe el rol de anfitrión ofreciendo el arrendamiento por un período breve de una unidad, a cambio de una remuneración, ya sea con carácter profesional o no profesional, de forma regular o temporal.

El objeto del reglamento es establecer normas comunes para todos los Estados miembros para la práctica de recogida de datos por parte de sus autoridades competentes, así también para los prestadores de plataformas en línea de alquiler de corta duración. Ello en vistas de uniformizar el intercambio de datos entre las plataformas en línea de alquiler de corta duración y las autoridades competentes relativos a la prestación de servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, destacando las actividades de los anfitriones a través de dichas plataformas.

Por ello, se establece en el artículo 4 un procedimiento de registro que los Estados miembros deberán adoptar para canalizar en una ventanilla única digital (con estándares comunes para toda la Unión Europea) los procesos de intercambio de datos que las plataformas en línea deberán aportar.

En el artículo 5 del reglamento se establece en forma clara qué tipo de datos o información deberán presentar quienes oficien de anfitriones; mientras que en el artículo 6 se establecen las competencias de verificación que podrán adoptar las autoridades competentes de cada uno de los Estados miembros.

Por su parte, el artículo 7 describe cómo las plataformas en línea que se dediquen a este tipo de servicios deberán esforzarse por cumplir con la normativa aun desde el diseño de su interfaz. Posteriormente, los principales trazos previamente expuestos se desarrollan en profundidad en el capítulo III (Comunicación de Datos).

Como corolario se establece que cada Estado miembro en su territorio deberá desarrollar las labores de información, supervisión y ejecución de las obligaciones que impone la normativa para poder poner en común, cada dos años, en el seno de la Comisión Europea las particularidades del cumplimiento de dichas obligaciones. Depositando en los propios Estados miembro la potestad de dictar las normas pertinentes relativas a las sanciones aplicables por las infracciones a lo estipulado en el reglamento. Para esta finalidad, el único lineamiento establecido por el Parlamento y el Consejo de la UE es que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por nuestra parte, en esta reseña legislativa destacamos que, en la apoteosis del Capitalismo Cognitivo, las plataformas digitales han florecido y puesto en jaque a las empresas tradicionales. En este caso en particular, el del mercado inmobiliario, su actividad termina por repercutir en la sociedad entera.

Si bien entendemos que la maximización del precio cobrado gracias a la labor del intermediario termina por ser beneficiosa para todas las partes que intervienen en el negocio jurídico, no podemos dejar de denunciar el resultado anticomunitario al que se arriba cuando se analiza el fenómeno prenormativo completo. Esto es cuando se incluye en el análisis a aquellas personas que no son usuarios o consumidores de los servicios de las plataformas en línea. Ello, toda vez que se logra la maximización de precios para los huéspedes, los anfitriones (hecho por el que obtienen su renta los intermediarios, denominados en forma genérica como «plataformas»), pero que ha llevado a tensionar de forma grave el derecho de acceso a la vivienda a los residentes de las principales ciudades de la Unión Europea.

Por lo que estimamos que este reglamento es una buena herramienta jurídica que impone una armonización de los datos a recabar por todos los Estados miembros, para que, con base en estos datos, puedan trazarse políticas públicas que procuren el equilibrio entre los negocios jurídicos del siglo XXI y los derechos fundamentales de los ciudadanos y residentes que habitan en la Unión Europea.

Rodrigo Alejandro GÓMEZ TORRE
Profesor de Derecho Informático
Universidad Nacional de Cuyo
República Argentina
rgomeztorre@usal.es

Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables [BOE-A-2024-9699]

PRÓRROGA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS HIPOTECARIOS SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL HASTA 15 DE MAYO DE 2028

El presente comentario examina brevemente la enésima prórroga de la suspensión de los lanzamientos hipotecarios sobre la vivienda habitual, hasta el 15 de mayo de 2028, operada mediante el [Real Decreto-Ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables](#) [BOE n.º 118, de 15-V-2024]. El artículo único de la presente norma, que modifica el art. 1 de la [Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social](#) [BOE n.º 116, de 15-V-2013], reza «hasta transcurridos quince años desde la entrada en vigor de esta ley, no procederá el lanzamiento» y, contradictoriamente con las prórrogas sucesivas de la medida, indica expresamente la Exposición de Motivos que «con carácter excepcional y temporal, afectaba a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudicase al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos vulnerables».

El legislador justifica esta prórroga señalando en la Exposición de Motivos que, aunque la «evolución de la inflación ha mejorado» en los últimos meses, «existe incertidumbre acerca del calendario y ritmo de próximas bajadas de tipos de interés que pudieran reflejarse en los préstamos hipotecarios». Prosigue concretando que los tipos de interés remuneratorio elevados son perjudiciales «en las familias más vulnerables, donde se aprecia un mayor incremento de la carga financiera», e indica que tienen una «mayor exposición a deuda a tipo variable» y que ello no se ve mitigado por una mayor remuneración del ahorro. Justifica también el legislador que el incremento de la inflación ha afectado especialmente a estas familias y que «se espera que se mantengan a lo largo de los próximos años dado el efecto nivel sobre los precios», lo que podría llevar a una nueva prórroga de la medida una vez finalizada su vigencia. En este sentido, el legislador aporta como dato que «los hogares del quintil inferior de renta dedican un porcentaje sustancialmente superior de su renta a bienes de primera necesidad», así como tienen un «menor margen para modificar sus patrones de consumo ante subidas de precios». Por ello, con esta medida y su prórroga se pretende evitar que los deudores hipotecarios y sus familias «sean conducidos a una situación de exclusión social».

Aunque aparentemente se trate de la enésima prórroga de una medida implantada y sucesivamente prorrogada, es oportuno realizar algunos comentarios al respecto.

Las medidas o instrumentos que restringen el ejercicio de las facultades dominicales, en este caso, la facultad de exclusión, deben establecerse o con carácter verdaderamente temporal, o bien, ante la prórroga sucesiva por el legislador que las dispuso coyunturalmente, mediante una adecuada compensación pública. Dicha indemnización fue articulada inicialmente mediante el [Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19](#) [BOE n.º 91, de 01-IV-2020] y, tras un lapso temporal de falta de compensación una vez entró en vigor la [Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda](#) [BOE n.º 124, de 25-V-2023] —pues se remitía a las comunidades autónomas a su establecimiento—, la indemnización ha sido dispuesta por estas de nuevo. Ello se suma a la prórroga de la suspensión de los lanzamientos derivados del procedimiento de desahucio por impago de rentas respecto de los arrendatarios vulnerables, de conformidad con el art. 441.5 LEC, cuya vigencia se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2024 por el art. 87 del [Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía](#) [BOE n.º 310, de 28-XII-2023].

La suspensión de los lanzamientos de la vivienda habitual hipotecada objeto de este breve análisis, la suspensión de los lanzamientos de la vivienda habitual arrendada, así como las modificaciones en materia de obstaculización procesal de los arts. 439.6, 439.7 y 440.5 LEC, en virtud de la DF quinta de la [Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda](#) [BOE n.º 124, de 25-V-2023], tienen una reflexión común: sus implicaciones en materia de facultad de exclusión, por la combinación perversa entre los requisitos para la recuperación de la posesión por el propietario y el aviso obligatorio del señalamiento del lanzamiento al ocupante. En las situaciones de vulnerabilidad económica habitacional, no cabe prolongar la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario, condicionando la respuesta en materia arrendaticia a que la Administración autonómica ofrezca una alternativa habitacional. Por el contrario, procede aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento y mediante compensación al propietario, en aras de evitar que un instrumento tuitivo devenga abusivo para el propietario.

Cristina ARGELICH COMELLES
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

**Directiva (UE) 2024/1799, del Parlamento Europeo y del Consejo,
de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes
para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento
(UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/711 y (UE) 2020/1828**
[DOUE-L-2024-81060]

Los Acuerdos de París de 2015 y la Agenda de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas marcan el inicio de un itinerario global sostenible que conlleva la transformación del modelo económico. En España, la aprobación en 2019 del Marco Estratégico de Energía y Clima y, en la UE, el Pacto Verde Europeo alcanzado en 2020 marcan las hojas de ruta hacia una transición ecológica, con el objetivo último de alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050. La crisis provocada por la pandemia por COVID-19 y la inestabilidad internacional provocada por la guerra en Ucrania aceleran la necesidad de una transición ecológica de la economía y de la implementación del Marco Estratégico de Energía y Clima y del Pacto Verde Europeo. Para que la recuperación sea sólida y se mantenga en el tiempo ha de ser sostenible medioambientalmente. La transición ecológica es uno de los 6 pilares del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que apuesta expresamente por una economía basada en la transición hacia una energía limpia y por impulsar la eficiencia energética en la vivienda y en otros sectores para lograr un crecimiento justo, integrador y sostenible; contribuir a la creación de empleo, y alcanzar la neutralidad climática de la UE para 2050. La transición ecológica debe respaldarse mediante reformas e inversiones en tecnologías y capacidades ecológicas, también en biodiversidad, eficiencia energética, energías renovables, almacenamiento, hidrógeno renovable y economía circular, contribuyendo al mismo tiempo a los objetivos climáticos de la Unión, fomentando el crecimiento sostenible, creando empleo y preservando la seguridad energética; inversiones todas ellas previstas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia español.

Pues bien, en este contexto de la transición ecológica, la Directiva (UE) 2024/1799, de 13 de junio de 2024, persigue el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior, promoviendo al mismo tiempo un consumo más sostenible, con lo que complementa el objetivo de la Directiva (UE) 2019/771. Para alcanzar objetivos como el de mejorar el funcionamiento del mercado interior, elevar el nivel de protección de los consumidores y una mayor circularidad de la economía y, sobre todo, para facilitar la prestación transfronteriza de servicios y garantizar la competencia entre reparadores de bienes adquiridos por los consumidores en el mercado interior, es necesario establecer normas uniformes que promuevan la reparación de los bienes adquiridos por los consumidores. Habrá que adaptar las diferentes normas nacionales obligatorias y, en consecuencia, los contratos a efectos de la prestación de servicios de reparación. La

finalidad última pretendida es reducir la eliminación prematura de los bienes aún útiles adquiridos por los consumidores y animarlos a utilizar sus bienes durante más tiempo.

El comportamiento de los consumidores engloba gran variedad de aspectos. A la hora de elegir entre la reparación y la compra de un bien nuevo, los criterios de decisión, como la conveniencia económica, la durabilidad, la disponibilidad y la proximidad de un servicio de reparación y el tiempo necesario para la reparación, desempeñan un papel fundamental.

La presente directiva no debe afectar a la libertad de los Estados miembros para regular aspectos de los contratos de prestación de servicios de reparación distintos de los armonizados por el Derecho de la Unión. Tampoco debe afectar ni a la libertad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho general de contratos, como las normas sobre la formación, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato, ni al derecho a indemnización por daños y perjuicios. Los Estados miembros deben seguir teniendo libertad para mantener o introducir disposiciones sobre otros aspectos de la promoción de la reparación de bienes que puedan complementar las normas establecidas en la presente directiva. Por ejemplo, en lo que atañe a garantías comerciales, a la existencia de centros de servicios de reparación o a incentivos financieros para la reparación.

Este objetivo de fomentar el ciclo de la vida de los productos incluye la reutilización, la reparación y el reacondicionamiento. Así, los fabricantes están obligados a reparar bienes a petición del consumidor, en definitiva, la reparabilidad de la que habla la directiva que debe incluir todos los requisitos de los actos jurídicos de la UE que garanticen que los bienes puedan ser reparados (enumerados en el Anexo II de la directiva). La obligación de reparar se aplica a los fabricantes de la UE, pero también a los de fuera de la Unión, en cuyo caso será su representante autorizado, importador o distribuidor el que debe cumplirla.

Habla el art. 5 de las condiciones para llevar a cabo la reparación: (1) gratuita o a un precio razonable; (2) se efectuará en un plazo razonable desde el momento en que el fabricante disponga físicamente del bien; (3) mientras se lleva a cabo la reparación, el fabricante podrá prestar al consumidor un bien en sustitución gratuitamente o a un precio razonable; (4) si la reparación es imposible, el fabricante no está obligado a reparar, en cuyo caso podrá ofrecer al consumidor un bien reacondicionado.

Otro punto a destacar es que los reparadores han de proporcionar a los consumidores información clave sobre sus servicios de reparación, deben facilitar la libre elección del consumidor para decidir quién debe reparar los bienes y ayudarle a identificar y elegir los servicios de reparación adecuados. Los reparadores deben poder utilizar de forma voluntaria el formulario europeo normalizado de información sobre la reparación que figura en el Anexo I de la presente directiva. El art. 4 de la directiva se ocupa de este formulario, cuyos parámetros clave deben ser: la naturaleza del defecto; el precio; el plazo en que el reparador se compromete a completar la reparación; los costes adicionales que, en su caso, supondrían los servicios adicionales —como podría ser

un servicio de diagnóstico, por ejemplo—. Toda esta información debe ser clara y comprensible. El formulario debe proporcionarse de forma gratuita.

El formulario europeo de información sobre la reparación podría permitir a los consumidores valorar y comparar fácilmente los servicios de reparación, incluidas las ofertas de reparación alternativas.

Si el reparador proporciona el formulario europeo de información sobre la reparación, debe hacerlo en un plazo razonable, que debe corresponder al plazo más breve posible. Los reparadores no deben alterar las condiciones de reparación que ofrecen en el formulario. No obstante, los consumidores deben disponer de tiempo suficiente para comparar las diferentes ofertas de reparación. El contrato de prestación de servicios que firmen el reparador y el consumidor estará basado en lo acordado en el formulario. Las obligaciones del reparador son las derivadas de dicho contrato, cuyo incumplimiento se regirá por el Derecho nacional aplicable. Además, la directiva también establece que se tomarán medidas correctoras proporcionadas y eficaces para los consumidores en el caso de que el reparador no efectúe el servicio de reparación una vez aceptado el formulario —por ejemplo, el reembolso del coste pagado por el servicio de diagnóstico—.

Es destacable el art. 7, en el que se prevé una plataforma europea en línea sobre reparaciones, que permitirá a los consumidores encontrar reparadores, vendedores de bienes reacondicionados y compradores de bienes defectuosos para su reacondicionamiento. Esta plataforma tendrá enlaces a las secciones nacionales que utilicen la interfaz común en línea. El período previsto para su implantación será el 31 de julio de 2027.

Con el fin de promover la reparación bajo la responsabilidad del vendedor, en beneficio de los consumidores y de la protección del medio ambiente, debe además modificarse la Directiva (UE) 2019/771, para introducir una nueva obligación de informar al consumidor sobre el derecho a escoger entre la reparación y la sustitución, así como la ampliación del período de responsabilidad si el consumidor opta por la reparación, aumentando así la concienciación sobre ambas alternativas y las ventajas de optar por la reparación. Ese requisito de información fomentaría el consumo sostenible y contribuiría a una economía circular. Es conveniente destacar, dada la importancia de este punto, el [Dictamen que realizó el Comité Económico y Social Europeo en junio de 2023](#).

Esta directiva respeta los derechos y libertades fundamentales. Contribuye a la mejora de la calidad del medio ambiente, de conformidad con el artículo 37 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE, promoviendo el consumo sostenible de bienes, lo que reduce los efectos negativos para el medio ambiente derivados de la eliminación prematura de bienes viables. Garantiza el pleno respeto del artículo 38, relativo a la protección de los consumidores, mediante la mejora de los derechos de los consumidores en relación con defectos que se produzcan o se manifiesten al margen de la responsabilidad del vendedor con arreglo a la Directiva (UE) 2019/771. También garantiza el respeto de la libertad de empresa de conformidad con el artículo 16 de la

Carta, salvaguardando la libertad contractual y fomentando el desarrollo de servicios de reparación en el mercado interior. Contribuye a la integración de las personas discapacitadas de conformidad con el artículo 26 de la Carta, facilitando el acceso de las personas discapacitadas a la plataforma europea en línea. La presente directiva pretende garantizar el pleno respeto del artículo 47 de la Carta, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a través de medios efectivos de garantía del cumplimiento.

La Directiva (UE) 2024/1799 entró en vigor el 30 de julio de 2024, a los veinte días de su publicación en el *DOCE*. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la norma a más tardar el 31 de julio de 2026 y aplicarán dichas disposiciones a partir de dicha fecha.

Por último, me gustaría destacar que la norma dispone que, cuando proceda, la Comisión adoptará directrices para ayudar a las microempresas y pequeñas y medianas empresas para cumplir con todos los requisitos y obligaciones que se establecen. Los Estados miembros deben asegurarse que existen medios adecuados y eficaces para garantizar el cumplimiento de esta directiva. Se prevé también que se adoptarán las medidas que sean adecuadas para garantizar que esté a disposición de los consumidores la información sobre los derechos que les corresponden. Las medidas que vayan adoptando los Estados miembros sobre la promoción de la reparación deberán ser notificadas, a más tardar, el 31 de julio de 2029.

Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
Profesora Permanente Laboral
Área de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es

Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) [DOUE-L-2024-81079]

LA EXPLOTACIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL QUE PROPONE LA UNIÓN EUROPEA

Tras un largo proceso legislativo que consumió más de 3 años (si se toma como punto de partida la propuesta legislativa al Parlamento Europeo en fecha 21/04/2021 (COM(2021)0206), se publicó en el *Diario Oficial de la UE* con fecha del 12/07/2024 el [Reglamento \(UE\) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos \(CE\) n.º 300/2008, \(UE\) n.º 167/2013, \(UE\) n.º 168/2013, \(UE\) 2018/858, \(UE\) 2018/1139 y \(UE\) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, \(UE\) 2016/797 y \(UE\) 2020/1828 \(Reglamento de Inteligencia Artificial\)](#).

Dicha norma (RIA en adelante), conforme establece el procedimiento para los Reglamentos de la UE, entró en vigor el 01/09/2024 (veinte días después, contados a partir desde su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*) y su articulado comenzará a aplicarse a partir del 02/08/2026.

Sin embargo, conforme a la penetración de los sistemas de inteligencia artificial (IA en adelante) en la sociedad y las consecuencias que acarrea para esta, se estipula en el RIA una aplicación escalonada. De esta forma los capítulos I (Disposiciones Generales) y II (Prácticas de IA prohibidas) serán aplicables a partir del 2 de febrero de 2025.

Por su parte el capítulo III, sección 4 (Autoridades notificantes y organismos notificados); el capítulo V (Modelos de IA de Uso General); el capítulo VII (Gobernanza); el artículo 78 (Confidencialidad), y el capítulo XII (Sanciones), exceptuando en forma explícita el artículo 101 (Multas a proveedores de modelos de IA de uso general), serán aplicables a partir del 02/08/2025.

Finalmente, el artículo 113 del RIA estipula que el artículo 6, apartado 1 (Condiciones que debe reunir una IA para ser considerada de alto riesgo) y las «obligaciones correspondientes del presente Reglamento» serán aplicables a partir del 2 de agosto de 2027.

En primer lugar, destacamos el instrumento normativo escogido por la Unión Europea para regular sobre la temática. En pleno auge del Capitalismo Cognitivo, la Unión Europea suplanta el criterio que había adoptado a comienzo de siglo, en donde, por medio de directivas, procuraba armonizar las normativas internas de sus integrantes para que todos tuvieran un tratamiento similar, aunque sea con contenidos mínimos.

Pues bien, este reglamento, muy celebrado y publicitado desde la propia Unión Europea (llegando a ser individualizado por algunos referentes políticos como la «primera normativa mundial que procura regular la IA»), mantiene la política legislativa adoptada en la última década por la UE en lo atinente al intercambio (o comercialización) de contenidos (o activos) digitales. Así las cosas, se impone a todos los miembros de la Unión Europea una norma única, con la finalidad de brindar un único y completo régimen a los diversos sujetos que intervienen en la explotación del fenómeno prenormativo. De allí el tamaño de la estructura normativa que posee 113 artículos precedidos de hasta 180 considerandos y complementado por 13 anexos.

Como contracara de la misma moneda, las legislaciones nacionales de los Estados miembros quedan automáticamente derogadas (*rectius*, «inaplicables») en todo lo regulado por el reglamento por lo que, en lo que toca al Reino de España, tiene especial importancia el RIA al momento de aplicar el [Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial](#).

De esta forma, Europa pasa a regirse por el axioma «un continente, un mercado, una norma», que procura garantizar la aplicación de soluciones uniformes y vinculantes ante cualquier conflicto realativo a la temática. La Unión Europea de la segunda década del siglo XXI ha dejado de lado las directivas pensadas a comienzo de siglo para la «Sociedad de la Información» ([Directiva 2000/31/CE, Directiva de Comercio Electrónico](#), y [2001/29/CE, Directiva Infosoc](#)) para adoptar una estructura jurídica más adecuada (reglamentos) en vistas de promover un Mercado Único Digital en un contexto económico y social de Capitalismo Cognitivo.

Como ejemplo de la afirmación realizada en el párrafo previo, alcanza con citar el [Reglamento \(UE\) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46 \(Reglamento General de Protección de Datos\)](#), así como el [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 \(Reglamento de Servicios Digitales\) y del Reglamento \(UE\) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas \(UE\) 2019/1937 y \(UE\) 2020/1828 \(Reglamento de Mercados Digitales\)](#), entre varias normas consecuentes con las que se procura (desde el ámbito jurídico), el acompañamiento de los actores fundamentales del mundo analógico hacia el digital por medio de una regulación de esos actores, y sus actividades, en el Mercado Único Digital.

Entre los fines del Reglamento de Inteligencia Artificial, se procura garantizar la libre circulación transfronteriza de mercancías y servicios basados en IA. Al mismo tiempo, se establece una clasificación legal que toma como criterio el riesgo que incorpora en la sociedad la explotación de un sistema o modelo de IA. De este modo se clasifican en: sistemas de IA de riesgo inaceptable (o prácticas de IA prohibidas, art. 5 del RIA); sistemas de IA de alto riesgo (aquellos que pueden tener impacto relevante en los

derechos fundamentales de las personas, art. 6 y Anexo III del RIA,); sistemas de IA de riesgo limitado (modelos de IA de uso general con riesgo sistémico art. 51 RIA y anexo XIII), y sistemas de IA de riesgo mínimo (concepto residual en el que encuadran todos los sistemas de IA que quedan excluidos de las categorías anteriores).

Con esta regulación se pretende equilibrar el fiel de la balanza entre la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y la promoción económica de la comunidad (mercado único) mediante la creación, el desarrollo y la proliferación de empresas tecnológicas; así como también la regulación de las actividades tradicionales que se basten de sistemas de IA para el desarrollo actual su explotación.

En el ámbito de la propiedad intelectual, específicamente en el de los derechos de autor, el reglamento no genera una disrupción argumental con la legislación previa, sino que, entre otras referencias, específicamente en el artículo 53 apartado 1 c), obliga a que los proveedores de modelos de IA de uso general establezcan directrices para cumplir el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines. Impone que estos deben detectar y cumplir, por ejemplo, a través de tecnologías punta, una reserva de derechos expresada de conformidad con el artículo 4, apartado 3 (Excepción o limitación relativa a la minería de textos y datos), de la [Directiva \(UE\) 2019/790](#).

Es aquí en donde se encuentra el nudo gordiano del asunto, a través de este redireccionamiento se contribuye con la tesis que cimentó esa excepción; es decir, a través de la reserva o la exclusión voluntaria concedida a los titulares de derechos, lo que la normativa da con una mano, lo quita con la otra. Dejando un sabor agridulce que los Tribunales de la Unión Europea deberán modelar a futuro.

Sobre estos puntos álgidos, más temprano que tarde, tendremos pronunciamientos que darán a interpretaciones de las más variadas por parte de la academia conforme se entiendan los intereses jurídicos a tutelar. Sin ir más lejos, hasta donde se tiene constancia por nuestras investigaciones, al momento de redactar estas líneas ya se cuenta con el primer pronunciamiento judicial sobre el tema. El Tribunal de primera instancia de Hamburgo (*Landgericht Hamburg*) se pronunció en el caso *Kneschke vs. Laion e.V* ([310 O 227/23](#)) sobre la reproducción no autorizada de una imagen digital por parte de un sistema de inteligencia artificial.

Por nuestra parte quisiéramos reiterar que, por más que las creaciones legislativas que pretenden normar los efectos de las novedades tecnológicas se empeñen en especificar e identificar actores, así como en limitar los posibles daños, no dejan de poseer un claro corte utilitarista cuando otorgan inmunidad a los nuevos actores sociales. Lo interesante es tener presente que la inmunidad otorgada normativamente no evita el costo social del hecho jurídico, sino que simplemente lo distribuye sobre un número indeterminado y aleatorio de víctimas.

Rodrigo Alejandro GÓMEZ TORRE
Profesor de Derecho Informático
Universidad Nacional de Cuyo
República Argentina
rgomeztorre@usal.es

Decreto 7/2024, de 25 de abril, por el que se modifica el Decreto 121/2007, de 20 de diciembre, por el que se regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema de Salud de Castilla y León [bocyl-d-29042024-1]

LA SEGUNDA OPINIÓN MÉDICA, UN DERECHO APENAS CONOCIDO

El *Boletín Oficial de Castilla y León* ha publicado el pasado 25 de abril el Decreto 7/2024 por el que se modifica la regulación del ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema de Salud de Castilla y León. El proyecto sería sometido, tras su entrada a registro el día 15 de diciembre de 2023, a dictamen preceptivo por el Consejo Consultivo de Castilla y León. El [Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León núm. 520/2023, de 22 de febrero de 2024](#), establecería acertadamente el marco competencial y normativo, concretándolo en el artículo 43 de nuestra Carta Magna, al tiempo que dirigiría la mirada al derecho a la protección integral de la salud de los ciudadanos de Castilla y León, reconocido en el artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

En este orden de circunstancias, el citado precepto alude al derecho-deber de los usuarios del sistema sanitario a «recabar una segunda opinión médica cuando así se solicite». Por una parte, el artículo 74.1 del texto estatutario reconoce como competencia exclusiva las facultades en materia de sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos, la coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público y la formación sanitaria especializada. Por la suya, corresponde a la Comunidad de Castilla y León la organización, funcionamiento, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunidad de Castilla y León. En ese ejercicio de competencias, se aprobaría el Decreto 121/2007, de 20 de diciembre, que regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el sistema de salud de Castilla y León, cual soporte competencial necesario.

Pues bien, al proyecto de decreto presentado por el consejero de Sanidad a la Junta de Castilla y León, la institución consultiva de la comunidad haría una serie de observaciones dignas de resaltar. Por una parte, consideraría que un porcentaje muy alto del contenido del Decreto 121/2007 resulta sometido a modificación, pues cuatro de los diez preceptos y su disposición adicional serían objeto de proyecto de decreto. Por otra, se debía haber valorado la elaboración de un nuevo decreto, en lugar de modificar el actual, tal y como indica la Resolución de 20 de octubre de 2014 del secretario general de la Consejería de la Presidencia, que señala que, «como norma general, es preferible la aprobación de una nueva disposición a la coexistencia de la

norma originaria y sus posteriores modificaciones». Finalmente, consideraría preciso dotar de mayor detalle jurídico a la referida disposición adicional.

El Decreto 121/2007 tiene por objeto regular el ejercicio del derecho a solicitar y recibir una segunda opinión médica en el Sistema de Salud de Castilla y León con el fin de ayudar al paciente a tomar decisiones sobre su salud en cualquiera de los supuestos previstos en el nuevo artículo (artículo 1). Es más, cualquier paciente que reciba asistencia dentro de la red asistencial del Sistema de Salud de Castilla y León (artículo 3) puede solicitar el informe facultativo emitido por un servicio médico para contrastar el diagnóstico y, en su caso, las alternativas terapéuticas de determinadas enfermedades (artículo 2), cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

- a) Enfermedades degenerativas del Sistema Nervioso Central, excepto la demencia senil.
- b) Enfermedades degenerativas del Sistema Nervioso Periférico.
- c) Enfermedades desmielinizantes.
- d) Neoplasias malignas, excepto las neoplasias de piel que no sean melanomas.
- e) Enfermedades raras y sin diagnóstico.
- f) Trasplante de órgano sólido desestimado por parte de un centro trasplantador de nuestra comunidad.
- g) Cirugía de columna infanto-juvenil (escoliosis).
- h) Cirugía cardíaca.
- i) Cualquier otra enfermedad que suponga para el paciente un riesgo para su vida o para la calidad de esta, entendida como una amenaza de incapacidad o menoscabo importante para su vida cotidiana y profesional.

Por ende, el facultativo que atiende al paciente, dentro de su derecho a la información médica, debe facilitarle toda la información sobre el procedimiento a seguir para ejercitar este derecho (artículo 5.1), cuyo ejercicio será cuando se haya completado el diagnóstico y, si procede, propuesto un plan terapéutico que no tenga carácter urgente (artículo 5.2), y limitado a una vez en cada proceso asistencial (artículo 5.3) bajo una tramitación y resolución por parte de la Gerencia de Asistencia Sanitaria como regla general (artículo 8).

En este punto, toma especial importancia la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula los derechos y las obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros sanitarios, de titularidad pública o privada, en materia de autonomía del paciente y documentación clínica. Alejándose de la esfera organizativa dada por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, su artículo 2 se encarga de recoger los principios básicos que giran en

torno a la normativa sanitaria —y que podemos resumir en: a) dignidad, autonomía e intimidad (artículo 2.1); b) consentimiento (artículo 2.2); c) libertad de decisión (artículo 2.3); d) derecho a rechazar el tratamiento (artículo 2.4)—, al tiempo que incluye una serie de obligaciones: e) a facilitar información leal y verdadera (artículo 2.5); f) a respetar el consentimiento informado y la libre toma de decisiones (artículo 2.6); y g) al deber de confidencialidad (artículo 2.7). Y, eleva como *prius* ese derecho a la información médica, configurado, a la vez, como derecho (positivo) del paciente a recibir información médica y deber (positivo) del profesional de la salud de proporcionarla; y como derecho negativo, que permite al paciente renunciar a recibir cierta información si así lo desea.

En este punto, es conveniente resaltar que el derecho a la información médica y el consentimiento informado resultan en la práctica pilares fundamentales en la relación médico-paciente. Estos cauces de bioderecho garantizan que los pacientes reciban información clara, comprensible y completa sobre su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, y a participar activamente en las decisiones relacionadas con su atención médica, basadas en un entendimiento adecuado de los riesgos, beneficios y alternativas disponibles. Por tanto, el consentimiento informado no solo es un proceso legalmente requerido, sino también ético, que respeta la autonomía y la dignidad del paciente, permitiéndole tomar decisiones informadas y participar activamente en su propio cuidado de salud, incluso pedir una segunda opinión médica.

Como puede observarse, el Decreto 7/2024 incorpora dos importantes novedades: a) la ampliación de nuevas patologías, como las enfermedades raras, el trasplante de órganos sólidos o la cirugía cardíaca, y b) el supuesto de desestimación de la indicación de trasplante de órgano sólido.

Sobre la primera, el propósito de la norma es adaptar su ejercicio a la revolución terapéutica y tecnológica desarrollada en las últimas décadas, que ha modificado el abordaje de múltiples enfermedades, al tiempo que avanza en la equiparación de los derechos de los ciudadanos de las diferentes comunidades autónomas, en aplicación de un principio de equidad. Es evidente que el originario artículo 4¹ planteaba un problema *de facto*, ya que el ámbito objetivo era sustancialmente limitado. La ampliación a enfermedades raras, trasplantes de órganos sólidos, cirugías cardíacas o cualquier otra enfermedad que suponga un riesgo para la vida o calidad de esta como una amenaza de incapacidad o menoscabo importante para su vida cotidiana y profesional era más que necesaria. Este nuevo alcance personifica, de esta forma, una respuesta necesaria para abordar una variedad más amplia de condiciones médicas y proporcionar un marco legal más completo para garantizar el acceso a la atención médica necesaria para todos los ciudadanos, independientemente de la gravedad de su enfermedad, o el estado de desarrollo en que se encuentre. Y representa una mayor implicación

1. El ejercicio se limitaba a: a) enfermedades degenerativas del Sistema Nervioso Central, excepto la demencia senil; b) enfermedades degenerativas del Sistema Nervioso Periférico; c) enfermedades desmielinizantes; y d) neoplasias malignas, excepto las neoplasias de piel que no sean melanomas.

involucrar al usuario y paciente de la sanidad pública a tomar una decisión informada, consciente, participativa y autónoma sobre su salud.

La segunda novedad es la relativa al supuesto de desestimación de la indicación de trasplante de órgano sólido, que será atendido en centros trasplantadores extracomunitarios, excepto en el caso del trasplante renal, para el que Castilla y León dispone de dos centros autorizados (Complejo Asistencial Universitario de Salamanca y Hospital Clínico Universitario de Valladolid), por lo que, en este último caso, la segunda opinión se atenderá en un centro propio. Empero, para la solicitud de segunda opinión a un centro trasplantador de otra comunidad será preceptiva la autorización de la Coordinación Autonómica de Trasplantes de Castilla y León y la de la comunidad receptora, siguiendo la circular adoptada por el Consejo Interterritorial de Trasplantes.

Finalmente, cabe advertirse que Castilla y León pretende acercarse a los extensos ámbitos de aplicación contenidos en otras comunidades, como Andalucía² o Aragón³, y alejarse de la concepción mantenida en Cataluña⁴ del ejercicio exclusivo para diagnósticos y tratamientos iniciales. Por su parte, mantiene la línea protectora de Castilla-La Mancha⁵, Extremadura⁶, Madrid⁷, La Rioja⁸, o de la Ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 4).

José SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Abogado y Graduado en Derecho por la Universidad de Salamanca
Asesor de la Presidencia del Consejo Consultivo de Castilla y León
Zamora (España)

Jose.sanchez@cccyl.es

2. Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; Orden de 24 de agosto de 2004, que desarrolla el Decreto 127/2003 de 13 de mayo por el que se establece el ejercicio del Derecho a la Segunda Opinión Médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía; y Decreto 127/2003 de 13 de mayo por el que se establece el ejercicio del Derecho a la Segunda Opinión Médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

3. Decreto 35/2010, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica; y Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

4. Decreto 125/2007, de 5 de junio, por el que se regula el ejercicio del derecho a obtener una segunda opinión médica.

5. Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha.

6. Decreto 16/2004, de 26 de febrero, por el que se regula el derecho a la segunda opinión médica en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Extremadura.

7. Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

8. Decreto 55/2008, de 10 de octubre, de segunda opinión médica, y Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud.

Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [DOUE-L-2024-80770]

LA IMPORTANCIA DE CONTAR CON UN MARCO COMÚN EUROPEO QUE PERMITA DELIMITAR JURÍDICAMENTE QUÉ ES VIOLENCIA DE GÉNERO: DESAFÍOS IUSFEMINISTAS

El 24 de mayo de 2024 el *Diario Oficial de la Unión Europea* publicaba la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [DOUE-L-2024-80770]. Se trata, sin duda, de un paso muy importante a nivel europeo en la lucha contra la violencia contra las mujeres por el mero hecho de serlo. Un paso que, no obstante, llega casi 20 años después desde la aprobación en España de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género [BOE-A-2004-21760], y a 10 años desde la entrada en vigor del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 [BOE-A-2014-5947].

La directiva europea tiene como propósito —a tenor de sus considerandos— «proporcionar un marco integral para prevenir y combatir eficazmente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en toda la Unión». Sin duda, un objetivo encomiable y no exento de dificultades dada la magnitud de este tipo de violencia en el ámbito de la UE, como así vienen reflejando estudios cuantitativos que objetivan el abordaje de este tipo de violencia. Un aspecto clave a nivel propositivo de la directiva es delimitar normativamente qué es violencia de género mediante la definición de los delitos susceptibles de subsunción penalógica, así como concretar las sanciones correspondientes. Junto a lo anterior, otros no menos desdeñables serían: la protección de las víctimas, el acceso a la justicia, el apoyo a las víctimas, la mejora de la recogida de datos, la prevención, la coordinación y la cooperación. De ahí la relevancia de la directiva europea a la hora de abordar un tipo de violencia que socava y/o debilita los cimientos de cualquier democracia avanzada.

A nivel conceptual la norma europea cobra un lugar relevante. Piénsese en la discusión jurídica (inacabada) a la hora de definir qué es violencia de género, qué elementos resultan troncales para su identificación (su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación) y en qué términos se diferencia de cualquier otro tipo de violencia interpersonal. Aspecto —este último— que desde las teorías jurídicas iusfeministas y *pro* derechos humanos justifican un tratamiento jurídico específico y especializado.

La directiva europea lo deja claro cuando en su artículo 2 (definiciones), apartado a) preceptúa:

«Violencia contra las mujeres»: todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas, que causen o sea probable que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada.

Repárese que la norma habla de violencia contra las mujeres y no de violencia de género, aspecto que no resulta menor. No obstante, precisa que la violencia contra las mujeres es una forma de violencia de género. Este matiz no puede ni debe obviarse dadas las dificultades habidas, a nivel europeo, para llegar un consenso entre los Estados miembros a la hora de dar un nombre (y definir) la violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo.

Seguidamente, en el apartado b) del mentado precepto, la directiva define «violencia doméstica» en los siguientes términos:

«Violencia doméstica»: todo acto de violencia de naturaleza física, sexual, psicológica o económica que se produzca dentro de la unidad familiar o doméstica, sean cuales sean los vínculos familiares biológicos o jurídicos, o entre cónyuges o excónyuges o parejas o exparejas, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio con la víctima.

La lectura de sendas definiciones permite diferenciar uno y otro tipo de violencia. Además, permite descartar otro tipo de denominaciones utilizadas por los *mass media* como violencia intrafamiliar, sabiendo que esta última acepción nunca ha tenido reflejo en la normativa española, siendo su utilización desaconsejable por cuanto se corre el riesgo de expulsar del debate público (y, por ende, político) el análisis y el tratamiento de la violencia contra las mujeres.

Avanzando en la lectura y el análisis de la directiva europea, resulta oportuno significar los siguientes aspectos:

1. La directiva recuerda el sustento constitucional del derecho a una vida libre de violencia de género. Piénsese que, en su considerando segundo, reseña como la igualdad de mujeres y hombres y la no discriminación son valores esenciales de la Unión y derechos fundamentales consagrados tanto en el artículo 2¹ del Tratado de la Unión Europea (TUE) [[DOUE-Z-2010-70002](#)], como en los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [[DOUE-Z-2000-70001](#)].

1. La dicción literal del artículo 2 del TUE es la que sigue: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

En esta línea, reseña que la violencia contra las mujeres pone en riesgo los valores y derechos anteriores.

2. En el ámbito de la afectación de las situaciones y los contextos de violencia de género a los derechos fundamentales, la directiva señala expresamente que este tipo de actos supone una vulneración de la dignidad humana, así como derechos específicos como la vida, la integridad de la persona, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la autotutela informativa, el derecho a la no discriminación y, específicamente, a la no discriminación por razón de sexo, y los derechos de las personas menores. Pléñese en el llamado «interés superior del menor».
3. Desde el punto de vista conceptual, la directiva reitera aspectos troncales para identificar este tipo de violencia. Desde este prisma resulta crucial conceptualizarla como la manifestación más brutal de la desigualdad, así como una forma de discriminación estructural contra las mujeres todavía latente. Repárese que es la propia directiva la que no deja de recordar que este tipo de violencia hunde sus raíces en relaciones de poder históricamente desiguales de mujeres y hombres en el ámbito sociosexual.
4. Especialmente relevante, a la hora perfilar el ámbito subjetivo de aplicación, lo constituye el hecho de que la directiva —en su considerando décimo— precisa que la violencia contra las mujeres «es una forma de violencia de género, infligida [...] a mujeres y niñas por hombres». Por tanto, el sujeto activo siempre es un hombre y el sujeto pasivo es mujer.
5. Con respecto al ámbito objetivo de aplicación —el considerando noveno—, reseña que la directiva debe aplicarse a todas las víctimas de conductas delictivas que «constituyan violencia contra las mujeres o violencia doméstica conforme a su tipificación penal con arreglo al Derecho de la Unión o al Derecho nacional».
6. Conexo con el punto anterior, la directiva precisa que, en todo caso, constituyen actos de violencia contra las mujeres: la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, la difusión no consentida de material íntimo o manipulado, el ciberacecho (*cyber stalking*), el ciberacoso (*cyber harassment*), el ciberexhibicionismo (*cyber flashing*), la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos, etc. Junto a estos, la directiva cita otros que también entran dentro de la definición de violencia contra las mujeres, a saber: el feminicidio, la violación, el acoso sexual, los abusos sexuales, el acecho, el matrimonio precoz, el aborto forzado, la esterilización forzada, y diferentes formas de ciberviolencia, como el acoso sexual en línea y el cibermatonismo (*cyber bullying*).
7. En lo que atañe al «género» como categoría de análisis jurídico, la directiva hace hincapié en que este tipo de violencia parte de roles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente y con un diferente valor social en función del sexo de los destinatarios. De ahí que se inste desde la propia directiva —y esto

es importante para la *praxis* jurídica del foro— a contemplar e implementar la perspectiva de género a nivel metodológico a la hora de la aplicación e interpretación de su contenido. Dispone textualmente en su considerando décimo: «Por tanto, se debe tener en cuenta una perspectiva que tome en consideración el género al aplicar la presente Directiva».

8. La directiva introduce la perspectiva interseccional (véase, en España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [[BOE-A-2022-11589](#)]) como factor de discriminación cuando la violencia de género y/o doméstica —en tanto que conductas discriminatorias— convergen con otro tipo o motivo de discriminación (artículo 21 de la Carta) como pueden ser la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o el credo, las opiniones políticas, la edad, la pertenencia a una minoría nacional, etc. La directiva, con base en lo anterior, insta a una evaluación individual en aras de determinar las necesidades de protección de las víctimas, el apoyo especializado para estas y la formación e información de profesionales.
9. La directiva tiene en cuenta las especialidades que concurren en este tipo de delitos desde el punto de vista de las víctimas. En este sentido, reconoce el riesgo que sufren de intimidación, represalias y victimización secundaria. Desde este marco de abordaje la directiva se dirige a los Estados para que articulen políticas y leyes que tengan en cuenta la especial atención ante esos riesgos.
10. La directiva alude a las necesidades especiales de mujeres y niñas a tenor de la mayor afectación de este tipo de violencia tanto en contextos de violencia de género como de violencia doméstica. No obstante, se reconoce que también otras personas son víctimas de estas formas de violencia (aspecto este no exento de discusión jurídica). Precisa lo siguiente en lo que atañe al término víctima (considerando doceavo): «[...] el término ‘víctima’ debe referirse a todas las personas, independientemente de su género y, a menos que se especifique otra cosa en la presente Directiva, todas las víctimas deben poder acogerse a los derechos relacionados con la protección de las víctimas y el acceso a la justicia, el apoyo a las víctimas y las medidas de prevención».
11. A nivel de derechos, la directiva precisa que las víctimas de violencia de género deben tener acceso a todos sus derechos antes y durante el transcurso del proceso penal, de conformidad con sus necesidades y de las condiciones establecidas en la propia directiva. En este punto se observa que la directiva alude tanto a derechos de naturaleza extraprocesal como procesales similares a los contemplados en España (desde 2015) en el Estatuto de la Víctima del Delito [[BOE-A-2015-4606](#)].
12. En lo que atañe específicamente a menores en contextos de violencia de género y/o doméstica, la directiva alude a la vulnerabilidad específica de ser testigo de violencia doméstica. Reconoce el importante impacto psicológico y emocional de este tipo de violencia en personas menores de edad. De ahí a que se inste al reconocimiento como víctimas a las y los menores que han sido testigos de violencia

doméstica, ya que supone un paso importante a la hora de su protección (consúltese, en España, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia [[BOE-A-2021-9347](#)]).

Especial atención cabría prestar a la referencia que se hace en la directiva al artículo 288² del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) [[DOUE-Z-2010-70002](#)], en tanto que recuerda como, a pesar de que las directivas (a diferencia de los reglamentos) solo obligan en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para hacerlo, no obstante, la especial naturaleza de ciertos delitos que se dan en contextos de violencia contra las mujeres resulta determinante para que sea la propia directiva la que inste a que se tipifiquen en las normas penales nacionales delitos como la mutilación genital femenina o los matrimonios forzados.

Con respecto a la delimitación normativa de mutilación genital femenina la directiva deja claro que es una práctica abusiva y de explotación que afecta a los órganos sexuales de niñas y mujeres y que se lleva a cabo con el fin de preservar y afirmar la dominación sobre estas, a la par de ejercer un control social sobre su sexualidad. En lo que atañe a los matrimonios forzados el mismo texto normativo europeo precisa que «es una forma de violencia que conlleva graves violaciones de los derechos fundamentales, en particular de los derechos de las mujeres y las niñas a la integridad física, a la libertad, a la autonomía, a la salud física y mental, a la salud sexual y reproductiva, a la educación y a la intimidad». Sin duda, las definiciones anteriores justifican que sea la propia directiva la que acote el ámbito de discrecionalidad de los Estados miembros a la hora de poner coto a este tipo de prácticas en tanto que discriminatorias por razón de sexo e inste a su regulación (tipificación) por la vía penal.

Como punto novedoso en la directiva cabría reseñar la referencia que se hace a la ciberviolencia y, específicamente, la que sufren mujeres políticas, periodistas y defensoras de los derechos humanos. Desde estas premisas la directiva recoge la necesidad de que se cuente con definiciones armonizadas frente a estos tipos delictuales. Repárese como la ciberviolencia puede tener como efecto silenciar a las mujeres, así como dificultar su participación social en igualdad con los hombres. Los mismos comentarios serían extensibles a otros tipos delictuales en contextos de violencia de género que se recogen en la directiva, tales como el ciberacoso, el ciberexhibicionismo, etc.

2. El contenido textual del artículo 288 del TFUE (antiguo artículo 249 TCE) es el que sigue: «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes».

Otro aspecto a destacar —desde una dimensión práctica conectada con la eficacia jurídica de la propia directiva— es el relativo a la denuncia y su tratamiento de las situaciones de violencia contra las mujeres por parte de las víctimas. La directiva insta a articular mecanismos de denuncia fáciles en aras de evitar la victimización secundaria o reiterada. Asimismo, pone en valor la creación de puntos de contacto especializado accesibles a todas las víctimas con independencia de que formalicen una denuncia penal o no. En esta misma línea, y como reconocimiento a las particularidades de este tipo de delitos, se insta a los Estados miembros a que las pruebas pertinentes se recojan de manera exhaustiva lo antes posible (de conformidad con las normas procesales nacionales) para evitar los efectos indeseados de que las víctimas retiren o no quieran seguir adelante con la denuncia.

Con respecto a las personas menores de edad en contextos de violencia de género, la directiva insta a los Estados miembros a que implementen procedimientos de denuncia seguros y adecuados a los menores, entre los que se cita, expresamente, la utilización de un lenguaje sencillo y accesible. En la misma línea se hace hincapié en la necesidad de formación específica de los profesionales en el cuidado y la atención a menores.

Dos aspectos también importantes son los recogidos en los considerandos trigésimo sexto y trigésimo séptimo. En el primero de ellos la directiva se hace eco de las posibles consecuencias adversas del retraso de la denuncia en contextos de violencia de género en la medida en que se tiende a incrementar el riesgo para las víctimas. De ahí que se vuelva a apelar (de nuevo) a la necesidad de formación adecuada de los profesionales y a la importancia de disponer de conocimientos especializados y adecuados, y de herramientas de investigación eficaces. Con respecto al segundo, la directiva deja claro que la investigación o el enjuiciamiento de actos de violencia no deben depender de que la víctima o su representante denuncien, instando a que el procedimiento penal continúe, incluso, cuando la víctima retire la denuncia en clara conexión con la naturaleza jurídica de estos tipos delictuales en cuanto delitos públicos y, por tanto, perseguibles de oficio.

Lo sucintamente expuesto, con relación al contenido de la directiva europea, obliga a pensar críticamente en las aportaciones de la norma tanto a nivel europeo como a nivel interno. Y es que, si bien es cierto que, a nivel europeo, supone un gran paso a la hora de contar con una norma de mínimos que permita la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto al tratamiento jurídico y las respuestas estatales ante este tipo de violencia (piénsese, por ejemplo, la importancia de delimitar conceptual y normativamente qué es violencia contra las mujeres por razones de género), a nivel interno, la propia legislación española desarrollada en los últimos 20 años resulta, en muchos aspectos, mucho más avanzada que lo regulado a nivel europeo. Téngase en cuenta, sin ir más lejos, en las novedades incorporadas en la ley de protección a la infancia y adolescencia de 2021 contra todo tipo de violencia y, específicamente, en contextos de violencia de género en donde se opta por conceptualizar a las y los menores como víctimas directas de la violencia que sufren sus madres

(desechando el término «testigos»), así como en la delimitación normativa de la violencia vicaria como forma específica de violencia de género. Los mismos comentarios serían extensibles al ámbito de las violencias sexuales (y a las novedades introducidas en 2022 y 2023 en la legislación española), en donde se elimina la tipificación penal de los abusos sexuales, integrándose todo atentado contra la libertad sexual en el tipo de agresión sexual. En esta misma línea, especial mención cabría realizar a la regulación del consentimiento sexual en nuestra legislación interna que resulta muchísimo más avanzada (pese a las críticas) que lo recogido a nivel europeo en la directiva objeto de comentario.

Llegados a este punto, resulta importante y pertinente poner en valor el contenido de la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [[DOUE-L-2024-80770](#)]. Un contenido que refuerza y avala los cambios normativos de estos últimos 20 años en España tras la aprobación en 2004 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (norma pionera), tanto a nivel conceptual y de enfoque como a nivel de tratamiento jurídico específico y especializado. No obstante, más importante, si cabe, resulta el impacto que la directiva pueda tener en países europeos cuyas legislaciones internas han resultado insuficientes a la hora de garantizar a mujeres y niñas el derecho a una vida libre de violencia de género.

El reto, *pro futuro*, pasa por evaluar, a nivel interno en España sus efectos en cuanto al reforzamiento y el asentamiento de lo que ya se venía haciendo (piénsese que la directiva coadyuva a desmontar los argumentos de posturas negacionistas). A nivel europeo, el análisis se debe centrar en el impacto normativo y de aplicación en contextos sociales y culturales (y, por ende, jurídico y político) donde hablar de violencia de género como forma de discriminación por razón de sexo había venido siendo observado desde la falsa neutralidad sociosexual, así como desde la ajenidad a lo que, todavía hoy, significa ser mujer en un contexto global de desigualdad.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

[Directiva \(UE\) 2024/825, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información \[DOUE-L-2024/825, de 3-III-2024\]](#)

Con fecha de 6 de marzo, se ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva (UE) 2024/825, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información, también denominada directiva contra la «ecoimpostura» o «greenwashing» (de aquí en adelante, la **Directiva anti-greenwashing**).

Esta nueva norma entró en vigor el 26 de marzo de 2024 y los Estados miembros deberán adoptar y publicar las disposiciones necesarias para su cumplimiento hasta el 27 de marzo de 2026, para su aplicación a partir del 27 de septiembre de ese año.

Esta directiva se encuentra dentro de un paquete de medidas vinculado al Pacto Verde Europeo e impulsado por la Comisión Europea. Recordemos que, en el Pacto Verde Europeo, la Comisión Europea se comprometió a garantizar que las personas consumidoras estén capacitadas para tomar decisiones con mejor conocimiento de causa y desempeñar un papel activo en la transición ecológica. Es indudable que el consumo sostenible propicia el uso de productos y servicios que minimizan la utilización de los recursos naturales, la generación de materiales tóxicos y residuos, e involucra la adopción de tendencias y estilos de vida con menor impacto ambiental. El desafío mundial que representa la crisis climática y la crisis ecosocial hace necesario generar modelos de consumo diferentes a los actuales en los que las empresas deben mejorar sus prácticas, al mismo tiempo que se debe promover desde los poderes públicos el acceso de las personas consumidoras a una mayor y mejor información. En aras de conseguir este objetivo de consumo responsable y sostenible correlativo a la transparencia y las buenas prácticas empresariales, se elaboran tres directivas que pretenden dirigirse contra tres de los grandes problemas detectados para conseguir esta capacitación:

- la Directiva *anti-greenwashing* que ahora comentamos que se centra en la protección contra prácticas desleales;
- la Propuesta de Directiva relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas ([Directiva sobre Alegaciones Ecológicas](#), Bruselas, 4 de julio de 2024), focalizada en la lucha contra el blanqueamiento ecológico;

- la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828 ([Directiva sobre el derecho a reparar](#), 27 de mayo de 2024), destinada a regular el derecho a la reparación.

Centrándonos en la Directiva *anti-greenwashing*, esta norma se centra en ciertas conductas, cometidas frecuentemente por las empresas, y que tienen como consecuencia un impacto en las decisiones del consumidor debido al falseamiento de informaciones de estas empresas respecto a aspectos medioambientales tanto de sus propias decisiones productivas como de los productos que comercializan. Nos estamos refiriendo a conductas como la promoción de una línea de productos como «ecofriendly», cuando son igual que los convencionales, sin aportar ninguna prueba que avalara esa diferenciación; campañas publicitarias centradas en la sostenibilidad de una manera poco realista; el uso de adjetivos o denominaciones que generan confusión en las características de los productos haciendo pensar que son ecológicos o ecosostenibles, etc.

Para evitar estas conductas, la Directiva *anti-greenwashing*, por un lado, modifica los artículos 2, 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativos a las prácticas comerciales que se consideren engañosas y, por tanto, prohibidas; y, por otro, modifica los artículos 2, 5, 6 y 8 y añade nuevos artículos 22 bis y 27 bis en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Podríamos decir que la reforma operada en la Directiva 2005/29/CE busca tipificar conductas específicas vinculadas con la conducta del *greenwashing*, ampliando el listado de conductas desleales, con la intención de disuadir a las empresas. Por su parte, las modificaciones sufridas por la Directiva 2011/83/UE pretenden reforzar la protección al consumidor mediante el suministro de información más clara y detallada en el ámbito de la sostenibilidad tanto de las conductas empresariales como de los productos.

Dentro de las novedades aportadas a la Directiva 2005/29/CE, sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar:

- *Obligaciones generales en materia de información*: Se modifica el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE para añadir características medioambientales y sociales y aspectos de circularidad a la lista de las principales características del producto con respecto a las cuales las prácticas del comerciante pueden considerarse engañosas, tras un análisis caso por caso. Las características medioambientales y sociales de un producto pueden entenderse en un sentido amplio, que incluye los aspectos, el impacto y el comportamiento medioambientales y sociales de un producto. En definitiva, la información aportada podrá referirse, en sentido

amplio, a características medioambientales o sociales o los aspectos de circularidad de un producto, como su durabilidad, reparabilidad o reciclabilidad.

- *Prohibición de afirmaciones no respaldadas en relación con la neutralidad climática*: Se modifica el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2005/29/CE para prohibir tales afirmaciones, tras un análisis caso por caso, cuando no estén respaldadas por compromisos y metas claros, objetivos, disponibles públicamente y verificables asumidos por el comerciante y recogidos en un plan de ejecución detallado y realista que muestre cómo se van a lograr dichos compromisos y metas y que destine recursos a tal fin. Dicho plan de ejecución debe incluir todos los elementos pertinentes necesarios para cumplir los compromisos, tales como recursos presupuestarios y avances tecnológicos, cuando proceda y de conformidad con el Derecho de la Unión. Esas afirmaciones también deben ser verificadas por un tercero experto, que debe ser independiente del comerciante, no tener conflictos de intereses, disponer de experiencia y competencia en cuestiones medioambientales y estar facultado para supervisar los avances del comerciante periódicamente en relación con los compromisos y las metas, incluidos los hitos para alcanzarlos. Los comerciantes deben garantizar que las conclusiones periódicas del tercero experto se encuentren a disposición de los consumidores.
- *Prohibición de anuncios irrelevantes para los consumidores sobre sostenibilidad*: La nueva redacción del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2005/29/CE busca evitar el anuncio de beneficios para los consumidores que son irrelevantes y que no están directamente relacionados con ninguna característica del concreto producto o empresa y que podrían inducir a los consumidores a creer erróneamente que dicho producto o empresa es más beneficioso para los consumidores, el medio ambiente o la sociedad que otros productos o empresas comerciales del mismo tipo, por ejemplo, al afirmar que una determinada marca de agua embotellada no contiene gluten o que las hojas de papel no contienen plástico.
- *Refuerzo de la objetividad en la publicidad comparativa*: El artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE en su nueva redacción exige que los comerciantes suministren a los consumidores información sobre el método de comparación, sobre los productos objeto de la comparación y los proveedores de dichos productos y sobre las medidas aplicadas para mantener la información actualizada. De ese modo se debe garantizar que los consumidores tomen sus decisiones sobre transacciones mejor informados cuando se apoyen en tales comparaciones. Debe garantizarse que tales comparaciones sean objetivas, en particular, mediante la comparación de productos que cumplan la misma función, la utilización de un método e hipótesis comunes y la comparación de características fundamentales y verificables de los productos que se estén comparando.
- *Prohibición de la exhibición de distintivos de sostenibilidad no certificados*: Antes de exhibir un distintivo de sostenibilidad, el comerciante debe garantizar que, con arreglo a las condiciones disponibles públicamente del sistema de certificación, el

distintivo cumple unas condiciones mínimas de transparencia y credibilidad, incluida la existencia de una supervisión objetiva del cumplimiento de los requisitos del sistema. Debe efectuar dicha supervisión un tercero cuya competencia e independencia tanto del propietario del sistema como del comerciante estén garantizadas mediante normas técnicas y procedimientos internacionales, de la Unión Europea o nacionales, por ejemplo, demostrando el cumplimiento de las normas técnicas internacionales pertinentes, como la norma ISO 17065. No obstante, sigue siendo posible exhibir distintivos de sostenibilidad sin un sistema de certificación cuando dichos distintivos los establece una autoridad o cuando se utilizan formas adicionales de expresión y presentación de alimentos de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (UE) n.º 1169/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo.

- *Prohibición de afirmaciones genéricas relativas al medio ambiente:* Se prohíben aquellas afirmaciones que no impliquen un comportamiento medioambiental excelente y específico. Entre los ejemplos de afirmaciones medioambientales genéricas se incluyen: «respetuoso con el medio ambiente», «amigo del medio ambiente», «verde», «bueno para la naturaleza», «ecológico», «inocuo para el medio ambiente», «respetuoso con el clima», «delicado con el medio ambiente», «eficiente desde el punto de vista energético», «biodegradable», o declaraciones similares que sugieren o crean la impresión de un comportamiento medioambiental excelente. Estas afirmaciones medioambientales genéricas deben prohibirse cuando no pueda demostrarse ningún comportamiento medioambiental excelente reconocido. No obstante, no quedan prohibidas las afirmaciones específicas y que puedan ser verificadas (por ejemplo, «el 100 % de la energía utilizada para producir estos envases procede de fuentes renovables», siempre y cuando no se incurra en ninguna otra práctica de las mencionadas en este listado).
- *Prohibición de afirmaciones en relación con características parciales del producto o servicio:* Se añade a la lista de conductas del anexo I de la Directiva 2005/29/CE hacer una afirmación medioambiental sobre la totalidad del producto o sobre toda la empresa del comerciante, cuando en realidad solo se refiera a un determinado aspecto del producto o a una actividad específica y no representativa de la empresa del comerciante. Dicha prohibición se aplicaría, por ejemplo, a un producto que se comercialice como «fabricado con material reciclado», dando la impresión de que la totalidad del producto está hecha de material reciclado, cuando, en realidad, solo el envase se fabrica con material reciclado, o si el comerciante da la impresión de estar usando solo fuentes de energía renovable cuando, en realidad, varias de sus instalaciones empresariales siguen usando combustibles fósiles.
- *Prohibición de afirmar como un buen comportamiento ambiental lo que en realidad son obligaciones legales:* Se considera que debe prohibirse en cualquier circunstancia y, por tanto, añadirse a la lista del anexo I de la Directiva 2005/29/CE la presentación como característica distintiva de la oferta del comerciante de requisitos

impuestos por ley a todos los productos de la categoría de productos pertinente en el mercado de la Unión, incluidos los productos importados.

- *Prohibiciones relativas a la obsolescencia temprana*: En relación con la obsolescencia temprana, se prohíben las prácticas que induzcan al consumidor a sustituir o reponer los elementos fungibles de un producto antes de que sea necesario por razones técnicas. Asimismo, se impide afirmar falsamente que un bien tiene una durabilidad determinada en términos de tiempo o intensidad de uso en condiciones normales de uso.
- *Prohibición de ocultar información al consumidor sobre el hecho de que una actualización de software afectará negativamente al funcionamiento de bienes con elementos digitales o al uso de contenidos o servicios digitales*.

Por su parte, las modificaciones realizadas respecto a la Directiva 2011/83/UE, además de reforzar ciertos aspectos relativos a la información sobre la «reparabilidad» y los servicios postventa, van directamente vinculadas a la garantía comercial de durabilidad del productor en el sentido del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/771, concretamente a la necesidad de uso de *avisos y etiquetas armonizadas*. Es indudable que la garantía comercial de durabilidad del productor es un compromiso del productor con el consumidor sobre la durabilidad del bien. Por consiguiente, con el fin de informar a los consumidores sobre el hecho de que se ofrece una garantía de durabilidad para un bien concreto, dicha información debe proporcionarse al consumidor mediante una etiqueta armonizada.

Estas nuevas herramientas, como se establece en los nuevos artículos 22 bis y 27 bis de la Directiva 2011/83/UE, serán diseñadas y dotadas de contenido por la Comisión Europea, asistida por un comité.

El objetivo del *aviso armonizado* es recordar a los consumidores la existencia de la garantía legal de conformidad (en los términos establecidos por la Directiva (UE) 2019/771) y sus principales elementos, incluida su duración mínima de dos años y una referencia general a la posibilidad de que la duración de la garantía legal de conformidad sea superior en virtud del Derecho nacional. El aviso armonizado debe exhibirse de manera destacada, por ejemplo, en un cartel exhibido de manera llamativa en una pared de la tienda, junto a la caja, o, en caso de venta en línea, como recordatorio general en el sitio web del comerciante que vende los bienes.

Por su parte, la *etiqueta armonizada* debe exhibirse de manera destacada y utilizarse de manera que permita a los consumidores identificar fácilmente qué bienes concretos disfrutan de una garantía comercial de durabilidad ofrecida por el productor sin costes adicionales, que cubra la totalidad del bien y con una duración superior a dos años, por ejemplo, colocando la etiqueta directamente en el envase de un bien concreto, exhibiéndola de manera destacada en el estante en el que se coloquen los productos cubiertos por dicha garantía o colocándola directamente junto a la imagen del bien en caso de venta en línea. Los *productores* que ofrezcan tales garantías comerciales de durabilidad pueden colocar la etiqueta armonizada directamente en el

bien de que se trate o en su envase, con el fin de disfrutar de una ventaja comercial. Por su parte, *los comerciantes que vendan bienes deben estar obligados, si el productor pone la información a disposición del comerciante, a informar a los consumidores sobre la existencia y la duración de la garantía comercial de durabilidad, ofrecida por el productor sin costes adicionales, que cubra la totalidad del bien y con una duración superior a dos años.* No debe exigirse al comerciante que busque activamente esta información del productor, por ejemplo, mediante búsquedas en los sitios web específicos de cada producto. Para evitar la confusión de los consumidores entre la garantía comercial de durabilidad y la garantía legal de conformidad, debe recordarse a los consumidores en la etiqueta armonizada que también disfrutan de la garantía legal de conformidad.

Como vemos, el foco de la Directiva contra el *Greenwashing* es buscar la transparencia informativa para el consumidor en el ámbito de transición ecológica en todos sus aspectos: desde la fabricación del producto hasta su durabilidad, pasando, claro está, por las afirmaciones sobre las propias prácticas globales de las empresas.

Aún queda un largo camino en este proceso, pero esta directiva es un paso importante a la par que razonable en el contexto actual. Ahora solo queda esperar que los consumidores, teniendo toda esta información, hagan las elecciones más adecuadas para la protección de los valores medioambientales y sociales que se propugnan.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
Profesora Permanente Laboral
de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
vserrania@usal.es

Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la procura [BOE-A-2024-8706]

El Real Decreto 434/2024, promulgado el 30 de abril de este mismo año 2024, representa un gran cambio en el marco normativo que regula los derechos de los profesionales de la procura en el territorio español. En el primer precepto, como se puede observar, introduce una modificación respecto al Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, pues la nueva regulación se fundamenta en la libre negociación de la fijación de precios del procurador con su cliente, es decir, permite la negociación directa de los honorarios, abriendo una puerta a la flexibilidad con el único límite de no superar los importes máximos fijados por el arancel, fomentando así la libre competencia entre los profesionales.

Para comprender el contexto de esta reforma debemos remitirnos al punto de partida que es el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, que regula los derechos de los procuradores de los tribunales y que ha sido objeto de varias modificaciones desde su aprobación, especialmente a raíz de la disposición adicional única del Real Decreto Ley 5/2010, dictado el 31 de marzo, que estableció un límite máximo para los derechos de los procuradores, fijando esa cuantía total por derechos devengados en un mismo procedimiento en 300.000 euros.

La normativa de la Unión Europea ha desempeñado un papel fundamental en la regulación de los aranceles de los profesionales de la procura en España. En particular, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, ha establecido criterios claros para la fijación de aranceles mínimos en el ejercicio de una actividad profesional y que estos solo puedan justificarse si responden a razones de interés general y si son necesarios para alcanzar el objetivo perseguido.

A través de este Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, se ha optado por una nueva regulación del arancel, derogando, por tanto, el hasta entonces vigente Real Decreto 1373/2003, ya mencionado.

A lo largo de los años, el arancel que regula los derechos de los profesionales de la procura ha suscitado una gran polémica entre los operadores jurídicos, dando lugar a distintas reformas, en concreto nos referimos al Real Decreto 307/2022, de 3 de mayo, por el que se modificó el Real Decreto 1373/2003, siendo anulado el mismo por el Tribunal Supremo por STS 592/2024, de 14 de marzo de 2024, Sala 3.ª, Sección 5.ª, recurso que interpusieron los ilustres colegios de procuradores de Madrid, Albacete, Almería, Islas Baleares, Cantabria, Cartagena, Ciudad Real, Elche, León, Lorca, Lugo, Málaga, Navarra, Orense, Santiago de Compostela, Sevilla, Valencia, Vigo, Vizcaya y Zaragoza con base en los siguientes motivos:

- A) Motivos de impugnación relativos a infracciones formales.
 - 1. Omisión de un análisis real de impacto económico.
 - 2. Omisión de un análisis real de alternativas.
 - 3. Omisión de un análisis real de respeto de los principios de buena regulación.
 - 4. Omisión de un análisis real de respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad.
- B) Motivos de impugnación relativos a infracciones materiales.
 - 1. Infracción del artículo 38 en relación con el 53.1 CE: violación del principio de reserva de ley.
 - 2. Infracción del artículo 38 CE: el RD 307/2022 no establece una limitación proporcionada y razonable de la libertad de empresa.

¿Por qué anuló Tribunal Supremo el Real Decreto 307/2022? Por parte de la Sala 3.^a se facilita una única razón y es que, según la doctrina jurisprudencial, la insuficiencia del análisis de impacto económico, incorporado a la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) del Reglamento, provoca la declaración de la nulidad de pleno derecho de este.

Cabe, por tanto, que las normas reglamentarias sean nulas en aquellos casos en los que el análisis económico y presupuestario que acompaña a la decisión de que se trate resulte ser de todo punto insuficiente y, por tanto, no se adecua a las exigencias mínimas de la ley.

Una vez analizados los antecedentes de este nuevo Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, haremos un breve análisis de las novedades que integra en comparación con el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, derogado con la entrada en vigor del primero de ellos.

NOVEDADES DEL REAL DECRETO 434/2024 DE 30 DE ABRIL

El art. 1 del RD 434/2024 establece la cantidad máxima del arancel en 75.000 euros por un asunto en sus respectivas instancias. Por debajo de esa cuantía el precio es libre, de modo que favorece la competencia. El art. 1.2 prohíbe la fijación de límites mínimos para las cantidades devengadas en aplicación del arancel en relación con las distintas actuaciones profesionales desarrolladas.

Constituye una novedad (art. 1.3 RD 434/2024) la libertad que tienen el procurador y el cliente a pactar los honorarios profesionales en una cantidad inferior a la que marca el arancel.

Otra novedad, establecida en el art. 3, es la obligación del procurador de entregar un presupuesto previo al cliente antes de ostentar su representación, en el cual se puede negociar entre ambos el importe de los honorarios de este último. En el RD

1373/2003 esto no era posible, ya que los precios estaban fijados por un arancel y eran fijos y obligatorios.

En su disposición transitoria única se establece que las disposiciones previstas en este real decreto se aplicarán a todos los procedimientos que se inicien después de su entrada en vigor.

CONCLUSIONES

La entrada en vigor del Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, abre un espacio para la negociación desde cero que a nuestro juicio podría acarrear consecuencias muy preocupantes para la profesión. La ausencia de un arancel mínimo puede reducir el acceso a servicios legales de calidad y beneficiar a las plataformas ya existentes a llevar a cabo prácticas poco ortodoxas y de baja calidad.

Al permitir que el profesional negocie sus honorarios libremente, se corre el riesgo de devaluación del servicio legal, perjudicando tanto a profesionales como a consumidores, que se podrían estar enfrentando a un servicio de peor calidad. La profesión del procurador implica una gran responsabilidad y profesionalidad en la representación que ostenta y solo así es posible estar pendiente de todos los trámites y plazos, pero sobre todo, a nuestro juicio, la figura del procurador es necesaria en cuanto al impulso procesal que requieren los procedimientos, pues solo un procurador que está de una manera física en el partido judicial correspondiente es capaz de impulsar y preocuparse por los procedimientos cuando sufren dilaciones en el tiempo.

Mi reflexión es la siguiente: ¿de qué sirve que se hayan incrementado un 35 % las cuantías máximas de los derechos de un procurador, si luego se permite esa libre competencia de precios y poco probable será que, con los precios a la baja que se pactan desde las grandes plataformas, un consumidor se decante por los servicios de un procurador que minuta según el arancel, sin pensar la calidad de los servicios que le va a garantizar?

Elena GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO
Procuradora de los Tribunales
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
elenagomezdeliano@usal.es

Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña

[BOE-A-2024-11776]

ASPECTOS PROCESALES

Estamos ante una polémica ley orgánica —con tres títulos y tres disposiciones finales y 16 artículos— que extingue la responsabilidad penal, administrativa o contable de los actos ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias. Y que hubieran sido realizados en un periodo concreto de tiempo: entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023, siendo los tribunales los que determinarán las personas a las que, en concreto, va a beneficiar esta norma y por qué delitos.

En el Preámbulo el legislador se esfuerza en justificar esta ley, arguyendo que se configura como un medio adecuado para abordar circunstancias políticas excepcionales y que cuenta con varios precedentes tanto fuera como en nuestro país, aunque solamente cita por lo que se refiere a España la Ley de Amnistía de 1977 (Ley 46/1977, de 15 de octubre), que claramente no es comparable, puesto que esta última se aprobó teniendo en cuenta que veníamos de un régimen dictatorial y en la actualidad llevamos casi cinco décadas en democracia y con respecto a otros países europeos tampoco son casos asimilables. No pretendemos hacer más valoraciones ya que, sin duda, estas serían muchas y muy críticas con la norma. Disponemos de escaso espacio para referirnos al contenido de esta Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía, y haremos un resumen de lo que entendemos como más destacable de ella desde el punto de vista procesal penal.

En cuanto al ámbito objetivo de esta ley, se amnistían, como se ha indicado, actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco ya visto *supra* y siempre que hubieran sido realizados entre los días también mencionados de 2011 y 2023, al igual que las acciones ejecutadas en el contexto del proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con consultas que tuvieron lugar en Catalunya o se hubieran realizado con posterioridad a las mismas.

En concreto, se amnistían los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña; los cometidos con la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017; los actos de desobediencia, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos realizados con el propósito de permitir la celebración de las consultas populares o con

el propósito de mostrar apoyo a dichos objetivos y fines, aunque también se recogen las acciones realizadas en el curso de actuaciones policiales tendentes a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de responsabilidad penal o administrativa comprendidos en este artículo y delitos conexos.

De igual forma, se especifica en esta ley orgánica que los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable lo serán cualquiera que sea su grado de ejecución, incluidos los actos preparatorios, y cualquiera que fuera la forma de autoría o participación, además de extender el periodo, ya conocido, entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023, pues se recoge en la norma que si se hubieran iniciado antes del día 1 de noviembre de 2011 estarán comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley cuando su ejecución finalizase con posterioridad a esa fecha y, en un sentido correlativo, también estarán comprendidos aquellos cuya ejecución finalizase con posterioridad al 13 de noviembre de 2023, siempre y cuando se hubieran iniciado antes de esa fecha.

Igualmente, se recogen de forma expresa los actos que quedan excluidos de la aplicación de la amnistía: los actos dolosos contra las personas que hubieran producido un resultado de muerte, aborto o lesiones de cierta gravedad; los delitos de torturas o de tratos inhumanos o degradantes; los de terrorismo que, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos; los actos tipificados como delitos en cuya ejecución hubieran sido apreciadas motivaciones racistas, de discriminación referente a la religión, su sexo, edad...; los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea; los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional, siempre que constituyan una amenaza efectiva y real y se haya hecho un uso efectivo de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de España; y los actos tipificados como delitos contra la comunidad internacional.

Por lo que respecta a los efectos, la amnistía produce la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable, pero vamos a destacar solo los efectos en cuanto a la primera de las responsabilidades apuntadas. Así, entre los efectos sobre la responsabilidad penal se encuentran la puesta en libertad de personas, el dejar sin efecto órdenes de busca y captura, el alzamiento de medidas cautelares, dar por finalizada la ejecución de penas privativas de libertad y derechos o eliminación de antecedentes penales. Pero no habrá derecho a percibir indemnización, aunque existe alguna excepción.

Desde un punto de vista procesal, nos interesa, por supuesto, destacar las cuestiones relativas a la competencia y procedimiento, que aparecen recogidas en el título III de esta LO 1/2024.

La amnistía será aplicada por los órganos judiciales, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal y, en todo caso, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes. Y solo podrá ser amnistiado un acto cuando se declare por resolución firme dictada por el órgano competente.

Además, las decisiones que se adopten para la aplicación de la amnistía tendrán carácter preferente y urgente, en el plazo máximo de dos meses, sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos.

Se regula el procedimiento en el ámbito penal en el art. 11. Aparte se regulan el procedimiento en el ámbito contencioso-administrativo, en el ámbito contable y en el administrativo, que dejamos a un lado.

Centrándonos, por lo tanto, en el penal, la amnistía se aplicará por los órganos judiciales en cualquier fase del proceso, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal. En esta Ley Orgánica 1/2024 se va determinando el modo de proceder distinguiendo entre la fase de instrucción, la fase intermedia, la fase de juicio oral, sentencias no firmes o la fase de ejecución de las penas.

Si se aplicara la amnistía durante la fase de instrucción o la fase intermedia se decretará el sobreseimiento libre, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes. Si lo fuera durante la fase de juicio oral el órgano judicial que estuviera conociendo del enjuiciamiento dictará auto de sobreseimiento libre o, en su caso, sentencia absoluta, previo cumplimiento de unos trámites, que se recogen en tres apartados referidos a proponerla como artículo de previo pronunciamiento, o interesar su aplicación en cualquier momento del juicio oral o al formular sus conclusiones definitivas o interesar el propio órgano judicial de oficio su aplicación, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes.

Otra posibilidad que se recoge en la ley es el caso de sentencias que no hubieran adquirido firmeza, donde se tendrán que observar algunas reglas: si el recurso contra la sentencia aún no se hubiera sustanciado, las partes y el Ministerio Fiscal podrán interesar, al interponerlo, que los delitos atribuidos a la persona encausada se declaren amnistiados; si el recurso se estuviera sustanciando, el tribunal, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, les dará audiencia para que se pronuncien al respecto; y además, al resolver el recurso, el tribunal declarará de oficio que los actos tipificados como delitos quedan amnistiados cuando concurren los presupuestos según la ley que se comenta.

Si se aplicara la amnistía durante la fase de ejecución de las penas, los órganos judiciales a los que correspondió el enjuiciamiento en primera instancia revisarán las sentencias firmes en aplicación de la presente ley. No impedirá la revisión de la sentencia firme el hecho de que se haya concedido un indulto total o parcial con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Pero no se revisarán las resoluciones judiciales firmes que hubieran apreciado la extinción de la responsabilidad criminal a causa de la prescripción del delito.

También corresponderá al órgano judicial que conozca la causa en cada momento el alzamiento de las medidas cautelares, incluidas las órdenes de busca y captura, ingreso en prisión y órdenes de detención.

Por otro lado, las acciones amparadas en esta ley prescriben a los cinco años.

Y, en el artículo 16, se regulan los recursos, haciéndose una remisión a la normativa general. Y en caso de revisión de sentencias o de resoluciones administrativas firmes

podrán interponerse los mismos recursos que contra la sentencia dictada en primera instancia.

Por último, se recogen dos disposiciones finales, que modifican el artículo 39 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y el artículo 130.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dónde se regulan — en este último precepto legal — los casos en los que la responsabilidad penal se extingue, incluyendo a la amnistía junto al indulto. Y, por lo que respecta a su entrada en vigor, se indica el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

M.^a Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
misaba@usal.es

Órdenes de Medidas Provisionales del 26 de enero de 2024, del 28 de marzo de 2024 y del 24 de mayo de 2024, en el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*

ESPERANZAS NO CUMPLIDAS TRAS LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA CON EL OBJETO DE FRENAR UN GENOCIDIO

La Corte Internacional de Justicia (CIJ/Corte) fue requerida por la República de Sudáfrica el 29 de diciembre de 2023 a fin de iniciar un procedimiento contra el Estado de Israel por posibles violaciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Crimen de Genocidio (Convención del Genocidio/Convención). Sudáfrica solicitó asimismo a la Corte «to take all reasonable measures within their power to prevent genocide» (apdo. 1), adoptando un total de seis medidas el 26 de enero de 2024, las cuales fueron posteriormente reafirmadas y ampliadas mediante dos nuevas órdenes, del 28 de marzo de 2024 y del 24 de mayo de 2024.

Este requerimiento por parte de Sudáfrica atiende a las acciones militares perpetradas en la Franja de Gaza contra la población civil palestina, las cuales podrían ser constitutivas de actos de genocidio, es decir, Sudáfrica observa que mediante dichas acciones Israel busca la destrucción total del grupo nacional-étnico palestino-gazatí. Dichas acciones militares se enmarcan en la denominada ‘Operación Espadas de Hierro’, operación militar iniciada tras los ataques perpetrados por el grupo terrorista Hamás —Harakat al-Muqáwama al-Islamiya o Movimiento de Resistencia Islámica— el 7 de octubre de 2023 sobre Territorio Palestino Ocupado (TPO), es decir, territorios palestinos ocupados por Israel de forma ilegal. [Véase: Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), A/RES/181(II), «Resolución aprobada sobre la base del Informe de la Comisión Ad Hoc encargada de estudiar la Cuestión de Palestina», 128.^a sesión plenaria, 29 de noviembre de 1947, entre otras disposiciones internacionales].

En primer lugar, la Corte estudia si posee jurisdicción *prima facie* según el art. 36(1) del Estatuto de la Corte y del art. IX de la Convención del Genocidio, tal y como alega Sudáfrica (apdos. 16-17). La Corte señala que tanto Sudáfrica como Israel son Estados parte de la Convención del Genocidio (apdo. 18), por lo que debe, en primer lugar, determinar si según el art. IX de la Convención del Genocidio existe una disputa entre Sudáfrica e Israel, sin que sea suficiente «that one of the Parties maintains that the Convention applies, while the other denies it» (apdo. 19). Por lo que la Corte recoge los argumentos esgrimidos por ambas partes; por un lado, Sudáfrica sostiene que ha mostrado en reiteradas ocasiones su posición contraria a Israel mediante declaraciones públicas en las que acusa a Israel de estar cometiendo un genocidio contra la población palestina, enumerando todos estos actos de genocidio (apdo. 22). Por otro

lado, Israel sostiene que no existe una «‘positive opposition» of views» (apdo. 23), alegando que, aun existiendo, Sudáfrica no ha demostrado «the necessary specific intent to destroy», siendo sus actos meras consecuencias de las acciones cometidas por Hamás el 7 de octubre de 2023 (apdo. 24).

La CIJ concluye que entre las partes sí existe un conflicto, ya que ambas «hold clearly opposite views as to whether certain acts or omissions allegedly committed by Israel in Gaza amount to violations by the latter of its obligations under the Genocide Convention» (apdo. 28). No obstante, la Corte señala que no debe determinar en este momento, es decir, al imponer medidas provisionales, si Israel ha cometido o no violaciones de las obligaciones de la Convención, ya que esto solo puede ser determinado en el momento de examinar el fondo del asunto, sin que la imposición de medidas prejuzgue el fondo, pero sí señala que ciertos actos y omisiones de Israel sobre la población gazatí sí podrían caer en el ámbito de la Convención (apdo. 30).

Posteriormente, analiza si Sudáfrica tiene *legal standing*, ante lo cual conviene con las argumentaciones de Sudáfrica. Este Estado alega que el hecho de ser parte de la Convención conlleva la capacidad y la obligación de invocar la responsabilidad de otro Estado parte de la Convención si este no cumple con las obligaciones emanadas de la misma —art. IX—. Ambas obligaciones son *erga omnes partes*, ya que el cumplimiento de dicha Convención es de interés común (apdo. 33).

La Corte procede a estudiar si se dan las condiciones que establece el art. 41 del Estatuto de la Corte para que esta pueda imponer medidas provisionales contra un Estado parte, a fin de obtener «the preservation of the respective rights claimed by the parties in a case, pending its decision on the merits thereof», es decir, si son derechos plausibles (apdo. 35). Sin embargo, vuelve a señalar que la adopción de medidas cautelares no supone determinar definitivamente la existencia de estos derechos, solo decide la plausibilidad de los mismos (apdo. 36).

Por un lado, Sudáfrica apela a que los palestinos en la Franja de Gaza se encuentran protegidos por la Convención del Genocidio, a pesar de que el conjunto del grupo no está siendo amenazado directamente por los ataques israelíes sobre la Franja de Gaza, pero los palestinos gazatíes al formar parte de ese grupo sí están protegidos por la Convención. Asimismo, de acuerdo con Sudáfrica, se observan numerosos actos cometidos por Israel en dicha zona a razón de la operación militar que «shows incontrovertibly a pattern of conduct» que podría infligir «on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part», es decir, un genocidio. Esta intención de destruir se ve, además, reafirmada por las declaraciones oficiales de Israel respecto al pueblo palestino (apdos. 37-38). Por lo que Sudáfrica entiende que los derechos de los palestinos precisan de protección —medidas provisionales— a fin de que, en caso de que exista de verdad una intención genocida por parte de Israel contra los palestinos, este crimen de genocidio no se concrete definitivamente. Por otro lado, Israel considera que la Convención no es el marco legal adecuado para estudiar el conflicto en Gaza, sino que debería tratarse desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario (DIH), ya que no se han tenido en cuenta las medidas tomadas

por Israel para paliar los daños sobre la población civil. Además, Israel justifica dichos ataques en que «bears the responsibility to protect its citizens» y, en consecuencia, a su entender, la Corte debe equilibrar los derechos de ambas partes (apdo. 40).

Tras ambas argumentaciones, en atención a los arts. I y II de la Convención, la Corte estudia informes de organizaciones internacionales, especialmente de agencias vinculadas a las Naciones Unidas, respecto a la situación en la Franja de Gaza, resaltando que «the military operation being conducted by Israel following the attack of 7 October 2023 has resulted in a large number of deaths and injuries» (apdo. 46), así como las declaraciones vertidas por oficiales y miembros del Gobierno de Israel contra la población palestina. Finalmente, la CIJ concluye que los derechos son plausibles, siendo en consecuencia necesarias ciertas medidas provisionales para proteger dichos derechos bajo la Convención, cumpliendo así Sudáfrica con su derecho a conseguir que Israel actúe conforme a sus obligaciones convencionales (apdo. 59).

No obstante, ulteriormente, la Corte señala que, si bien, en virtud del art. 41 de su Estatuto, puede establecer medidas provisionales, debe atender también a si es posible que un perjuicio irreparable pueda ser causado sobre los derechos afectados, así como la existencia de urgencia, es decir, «there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights claimed before the Court gives its final decision» (apdo. 61). Por lo que, sin necesidad de entrar a valorar si existen o no violaciones de las obligaciones derivadas de la Convención, la Corte puede determinar si las circunstancias requieren que se impongan medidas provisionales (apdo. 62), teniendo en cuenta las argumentaciones de Sudáfrica (apdo. 63) —que destaca el número de fallecidos, heridos y la destrucción de los hogares palestinos— e Israel (apdo. 64) —que niega las acusaciones de Sudáfrica y la existencia de un perjuicio irreparable—.

A la hora de iniciar su razonamiento, la Corte comienza mencionando la Resolución de la AGNU 96(I) de 11 de diciembre de 1946, destacando el «purely humanitarian and civilizing» propósito de la Convención —CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión Consultiva, ICJ Reports 1951, 28 de mayo de 1951, p. 12— (apdo. 65). Por lo que, según entiende la Corte, siendo este el propósito de la Convención, los derechos de los palestinos deben ser protegidos de actos de genocidio —art. III de la Convención—, así como el derecho de Sudáfrica de conseguir que Israel acate la Convención (apdo. 66).

Tras establecer los puntos básicos del caso, la Corte procede a estudiar la urgencia de la situación, en atención a los informes y declaraciones de diferentes organizaciones y organismos internacionales, interpretando que «the civilian population in the Gaza Strip remains extremely vulnerable» (apdo. 70), lo cual implica la urgencia de imponer medidas a fin de proteger los derechos de los palestinos recogidos en la Convención, ya que puede que a fecha de dar su decisión final los derechos de estos hayan sido dañados irreparablemente (apdo. 74).

No obstante, la Corte no adoptó todas las medidas ni exactamente las solicitadas por Sudáfrica, ya que, en virtud del art. 75(2) de las Reglas de la Corte, esta puede

establecer medidas distintas a las solicitadas si las considera más adecuadas a fin de proteger los derechos afectados según las circunstancias. Por ello, tras recordar a las partes del conflicto que «are bound by international humanitarian law» y solicitar la liberación de los secuestrados por Hamás (apdo. 85), impuso las siguientes medidas:

- Israel debe adoptar todas las medidas a su alcance para evitar la comisión de actos del art. II de la Convención contra los palestinos en la Franja de Gaza;
- Israel debe asegurarse de que su ejército no comete ninguno de los actos del art. II de la Convención;
- Israel debe tomar medidas para prevenir y castigar la incitación a la comisión de un genocidio sobre los palestinos;
- Israel debe tomar medidas efectivas para aprovisionar de los servicios básicos urgentemente necesarios, así como de asistencia humanitaria a los palestinos;
- Israel debe tomar medidas efectivas para evitar la destrucción y asegurar la preservación de las evidencias; e
- Israel debe entregar un informe sobre las medidas adoptadas.

La Corte con estas medidas muestra una clara preocupación por la situación en la Franja de Gaza y, a pesar de que, como menciona en varias ocasiones, esta decisión no prejuzga el fondo del asunto, sí permite entrever que algunos actos sí son actos que podrían equipararse a actos de genocidio. Sin embargo, la Corte no adoptó la medida más destacada entre las propuestas por Sudáfrica, la cual podría haber determinado el devenir de la guerra, es decir, la suspensión inmediata de las operaciones militares en Gaza, ni en esta primera orden ni en las dos que le siguieron.

Esta orden se vio reforzada posteriormente mediante dos órdenes más que no solo reafirmaron las medidas ya impuestas, sino que añadieron más medidas provisionales, la primera del 28 de marzo de 2024 y la segunda del 24 de mayo de 2024. En el primer caso, Sudáfrica solicitó el 12 de febrero de 2024 a la CIJ que examinase de oficio «the developing circumstances in Rafah», ante lo cual la Corte volvió a reiterarse en las medidas ya impuestas, pero destacó que «(t)his perilous situation demands immediate and effective implementation of the provisional measures» (apdo. 7). Por lo que Sudáfrica solicitó formalmente a la Corte nuevas medidas el 6 de marzo de 2024, entre ellas la imposición de un alto el fuego. En este momento, la CIJ sí entró a valorar si las circunstancias habían cambiado o no desde que la Orden del 26 de enero de 2024 fue adoptada, según el art. 76(1) del Reglamento de la Corte. La Corte sí observa este cambio de circunstancias al declarar que «Palestinians in Gaza are no longer facing only a risk of famine, as noted in the Order of 26 January 2024, but that famine is setting in» (apdo. 21), así mismo remarca la imposibilidad de acceso de la ayuda humanitaria a la Franja de Gaza. Por lo que, en esta segunda orden, la CIJ no solo exige la implementación inmediata de las medidas ya impuestas, sino también la obligación de Israel de permitir el suministro de servicios básicos y asistencia humanitaria urgentes y la prohibición de «preventing, through any action, the delivery of urgently needed humanitarian assistance» (apdos. 45 y 51).

En el segundo caso, Sudáfrica solicitó a la CIJ el 10 de mayo de 2024 la imposición de nuevas medidas provisionales contra Israel, destacando la solicitud de detención de

la ofensiva militar sobre Rafah y el acceso de los organismos de las Naciones Unidas a la Franja de Gaza para reconocer la situación sobre el terreno. En el momento de esta solicitud, la ciudad de Rafah se encontraba asediada por el ejército israelí, a pesar de que casi 800.000 desplazados palestinos se encontraban en ella a fecha de 18 de mayo de 2024 (apdo. 43). La Corte es clara en esta ocasión, la ofensiva sobre Rafah puede, a su entender y tras estudiar informes internacionales, «inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part», exigiendo en consecuencia a Israel «immediately halt its military offensive» sobre la ciudad (apdo. 50). Debe observarse que la afirmación vertida por la Corte sobre la posible destrucción física de los palestinos en Gaza se asemeja en gran medida a la definición clásica del crimen de genocidio, es decir, «cualquiera de los actos [...] perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo» —art. 6 del Estatuto de Roma de 1998—. En esta ocasión, la Corte señala que se observan claros indicios de *actus reus* —actos de genocidio—, aunque no se pronuncia sobre el *dolus specialis* —véase: Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Sentencia, case ICTR-96-4-T, 1 de junio de 2001, párr. 518—, ya que corresponde al estudio del fondo del asunto.

A fecha actual, se observa que Israel no ha dado cumplimiento a las medidas cautelares impuestas por la CIJ, a pesar de que es un Estado miembro de las Naciones Unidas desde el 11 de mayo de 1949, lo cual implica que este Estado es *ipso facto* miembro de la CIJ, art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta membresía conlleva que, en virtud del art. 93(1) de la Carta, Israel esté obligado a dar cumplimiento a las decisiones de la CIJ. No obstante, la guerra ha continuado y no se observan indicios de que su final esté cerca, más bien al contrario, debido a que el conflicto se ha extendido también sobre territorio cisjordano, así como libanés, iraquí, sirio, yemení y bahreiní, siendo objetivo en todos estos frentes los civiles.

El crimen de genocidio es definido como el «crimen of crimes», ya que supone «una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma forma que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir» —véase: Resolución AGNU 96(I) del 11 de diciembre de 1946—. Por lo que ante esta situación se puede extraer, a modo de conclusión, que podríamos estar asistiendo en la actualidad a la comisión del crimen de genocidio por un Estado miembro de las Naciones Unidas, por un Estado que nació de otro genocidio —el Holocausto—. Sin embargo, si bien la Corte ha observado actos constitutivos de genocidio, ahora debe dilucidar si existe *dolus specialis*, es decir, la intencionalidad de destruir a los palestinos como grupo humano diferenciado por parte del Estado de Israel.

Sara CALLES GÓMEZ
Jurista especialista en Derecho Internacional Público y Unión Europea
Universidad de Salamanca
i_c049128@usal.es

— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —

ENERO-JUNIO 2024

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Sentencia del Tribunal Supremo 44/2024 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia núm. 3/2024, del 8 de enero de 2024. RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO CONTRA RESOLUCIÓN DE 8 DE MARZO DE 2021 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL, por Noemi MATEOS GONZÁLEZ
2. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 374/2024, de 4 de marzo de 2024, Sala de lo Contencioso, Sección 3 [Roj: STS 1401/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1401]. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS: PREVISIONES NORMATIVAS Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL, por José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

DERECHO CIVIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo 91/2024, de 24 de enero, Rec. 9132/2022. NULIDAD MATRIMONIAL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL CONTRAYENTE DISCAPACITADO, por María José CALVO SAN JOSÉ
2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2024, asunto C-604/22, *IAB Europe c. Gegevensbeschermingsautoriteit*. SOBRE LOS CONCEPTOS DE «DATOS PERSONALES», «RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO» Y «CORRESPONSABLE DEL TRATAMIENTO», EN PARTICULAR, EN EL ÁMBITO DE LAS SUBASTAS PUBLICITARIAS EN LÍNEA, por Juan Pablo APARICIO VAQUERO
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a de lo Civil) núm. 802/2024, de 5 de junio. LA DESHEREDACIÓN POR «MALTRATO DE OBRA» NO COMPRENDE TODA FALTA DE RELACIÓN AFECTIVA: LOS HIJOS SIN RELACIÓN CON EL PROGENITOR DESDE LA NIÑEZ SON LOS QUE SUFRIERON EL ABANDONO, por María José VAQUERO PINTO
4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 857/2024, de 14 de junio. INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA DECLARADA LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS, por José Antonio MARTÍN PÉREZ

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 92/2024, de 18 de junio [BOE-A-2024-15427]. EL AVAL CONSTITUCIONAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO METODOLOGÍA JURÍDICA Y HERRAMIENTA ANALÍTICA PARA LA IGUALDAD, por María Concepción TORRES DÍAZ
2. Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (24 de julio de 2024). DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA

DERECHO MERCANTIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 485/2024, de 10 de abril de 2024 [Roj: STS 1906/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1906]. EL USO DE LA MARCA AJENA EN OFERTAS Y CAMPAÑAS PROMOCIONALES CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN DE MARCA, por Marcos CRUZ GONZÁLEZ

DERECHO PENAL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 27 de diciembre de 2023. REVOCACIÓN DE CONDENA POR DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y LESIONES LEVES, por Manuel CASTILLO MORO
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 183/2024, de 29 de febrero de 2024: sobre la aplicación del sabotaje informático agravado en el contexto del uso de una bomba lógica, por Wendy REQUEJO-PASSONI
3. Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2024, de 11 de marzo de 2024. DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA VS PRUEBAS ALCOHOLIMÉTRICAS. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*, por Pablo ÁLVAREZ HERNÁNDEZ

DERECHO INTERNACIONAL

1. Sentencia del Tribunal General (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2023, asunto T-65/18 RENV. LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS POR PARTE DE LA UE A TERCEROS ESTADOS, por Sara CALLES GÓMEZ
2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de abril de 2024, asunto C-551/21. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE FIRMA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA UE, por Sara CALLES GÓMEZ

Sentencia del Tribunal Supremo 44/2024 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia núm. 3/2024, del 8 de enero de 2024

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO CONTRA RESOLUCIÓN DE 8 DE MARZO DE 2021 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL

La Dirección General de la Guardia Civil desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 10 de mayo de 2019 del Tribunal de Selección por la que se declaró no apta a la recurrente en la prueba de reconocimiento médico de la convocatoria para el ingreso en los centros docentes de formación, en la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil.

La cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si las causas de exclusión previstas en la [Orden PCI 155/2019, de 19 de febrero](#), que aprueba las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, actúan de forma automática o han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de valorar si inhabilitan para el ejercicio de las funciones de la Guardia Civil. A su vez, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 35 de la [Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas](#), en relación con el artículo 9, 23.2 y 103 de la Constitución española.

A la vista de la desestimación del recurso de alzada presentado contra la sentencia de 31 de octubre de 2022 (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, procedimiento ordinario núm. 337/2022), la representación procesal de la recurrente presenta, primeramente, un escrito de interposición el 22 de febrero de 2023, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con la solicitud de la estimación del recurso de casación que pretendía la anulación de la sentencia impugnada con imposición de las costas a la parte recurrida y que fue admitido a trámite. La parte recurrida, a través de la Abogacía del Estado, se opuso al recurso solicitando la sentencia desestimatoria del mismo.

La remisión referida por la parte recurrente es la prohibición del punto 9 del apartado 1 de la Orden PCI/155/2019 que excluye cualquier elemento de discrecionalidad. La formación de jurisprudencia objeto de interés casacional consiste en la determinación de si las causas de exclusión previstas en la Orden PCI 155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas que han de regir los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de

Cabos y Guardias de la Guardia Civil, son de aplicación automática o deben interpretarse atendiendo al principio de proporcionalidad, a fin de valorar si inhabilitan para el ejercicio de las funciones de Guardia Civil.

En este caso, la recurrente identifica las siguientes normas jurídicas como objeto de interpretación que, en principio, serían los artículos 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 9, 23.2 y 103 de la Constitución española. Esto es, considera que se han infringido estos artículos, así como se ha vulnerado la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica y los requisitos a tener en cuenta en la prueba de reconocimiento médico y, por tanto, pretende que se valoren las causas de exclusión en razón de si inhabilitan para el ejercicio de cometidos propios del cuerpo al que se pretende acceder atendiendo al principio de proporcionalidad. Igualmente, mantiene que no existe un elemento de convicción que acredite que la implantación de lentes intraoculares incapacite o limite su desempeño de funciones como Guardia Civil, a pesar de figurar en el Anexo 1 de la Orden PCI/155/2019.

El informe oftalmológico que presenta la recurrente recoge que la agudeza visual obtenida sin corrección es igual o superior a 0,5, dato mínimo exigido por la normativa de tráfico para la obtención o renovación de los carnés de conducir de grupo 1.º sin necesidad de corrección óptica (RD 818/2009 de 8 de mayo). Además, el 23 de abril de 2021, para acreditar por completo la aptitud de la recurrente esta se realiza un informe médico pericial, firmado por una persona licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en Oftalmología, colegiada en Madrid y miembro del listado de Peritos Médicos oficiales del Ilustre Colegio de Médicos de Madrid y Valladolid, miembro de la Asociación de Peritos colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid, con ejercicio profesional en Centro Médico Castellanos, en el que refiere que la pseudofaquia que presenta la recurrente en el ojo derecho no le ha impedido desarrollar una función visual completa como comprobaron las pruebas oftalmológicas realizadas a la misma en el reconocimiento para acceso a la Guardia Civil. Esto es, la pseudofaquia presentada por la recurrente no merma ni afecta a su función visual de ambos ojos como se ha certificado. No hay ninguna actividad física o intelectual que favoreciese algún tipo de patología oftalmológica a la recurrente por el hecho de tener una pseudofaquia en el ojo derecho. Por tanto, la agudeza visual de la recurrente es perfecta, no existiendo ninguna actividad encomendada a la Guardia Civil que no pudiera realizar por presentar una pseudofaquia en el ojo derecho.

De manera que a la recurrente se le aplicó el epígrafe 9 de la Orden 155/2019 para declararla no apta para la Guardia Civil y no incumple ninguno de los criterios de exclusión recogidos en dicho epígrafe, ya que la demandante tiene una lente pseudofaca totalmente diferente a una lente fáquica.

En última instancia, hace referencia a las recientes sentencias 1725/2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, de 21 de diciembre de 2022 (recurso de casación 4390/2021) y 34/2023, de 16 de enero de 2023 (recurso de casación 5064/2021) en las que se trata una cuestión similar. El auto

de admisión hace mención a los recursos de casación 2644/2021 y 4390/2021 en los que se suscita una cuestión análoga y que ya había sido fallada por las sentencias de 24 de octubre de 2022 y 21 de diciembre de 2022.

El abogado del Estado que lleva la oposición concluye que la evolución constante de la evidencia científica ya contempla que la implantación de lentes fáquicas se encuentre entre las causas de exclusión, aunque anteriormente esto no fuese así y que en el futuro se determinará si se equipara o no a otras técnicas de cirugía refractiva que no impiden el acceso a dicha escala y cuerpo. Además, hace referencia al Anexo I b) de la Orden PCI/155/2019 en el que se recoge que las condiciones psicofísicas del cuadro médico de exclusión se adaptan a la evidencia científica del momento de la convocatoria y está sujeto al órgano facultativo correspondiente, sin perjuicio de la superación o no de las pruebas de selección en cada uno de los casos.

Atendiendo al Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, y concretado en la Orden Ministerial 54/2014, de 11 de noviembre, el uso de las lentes intraoculares no conlleva perder la aptitud psicofísica.

Lo relevante en este hecho es que el caso de autos se centra en las pruebas de promoción interna mediante cambio de escala, en particular a la Escala de Suboficiales por parte de militares profesionales de tropa y marinería, lo que para estos es la forma principal de ingreso en esa escala (Orden DEF/780/2011, de 31 de marzo). El cambio de escala para esta clase de personal militar implica ejercer su derecho a la carrera profesional en su modalidad de promoción interna (artículo 15 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y artículo 62 de Ley 39/2007). Lo cuestionado en este suceso particular es que esa circunstancia se aplique sin considerar el caso concreto y, por ello, no pueda promocionar a través del cambio de escala. Esto es, cuando la persona accedió a las Fuerzas Armadas este motivo no lo fue para su exclusión, ni por ello ha tenido una pérdida sobrevenida de aptitud psicofísica ni hay constancia de que suponga impedimento alguno para la especialidad a la que aspira en la Escala de Suboficiales. Por ello, si no se permite su promoción mediante el cambio de escala se impedirá su ejercicio del derecho a la carrera profesional.

Si esto no se entendiera de esta forma, se vulneraría el principio de proporcionalidad y el derecho a la carrera profesional, puesto que no tendría sentido que no se pudiera promocionar de manera interna en un cambio de escala, pero sí se hubiera accedido previamente al centro docente militar considerando óptimas las condiciones de la misma persona.

Se entendería vulnerado el principio de proporcionalidad poniendo de ejemplo la sentencia dictada por esta misma Sala el 26 de enero de 2015 (recurso de casación 3053/2013) que remite a la sentencia de 24 de septiembre de 2009 (recurso de casación 1309/2008), ya que en ella se indicó que para que se pueda atender como causa de exclusión el daltonismo (discromatopsias) debe acompañarse de la expresión de las circunstancias que condicionan su aplicación y, debido a su gravedad o intensidad, no permiten el ejercicio de las funciones que le son propias al cuerpo de ingreso. El principio de proporcionalidad exige, en estos casos, que no cabe excluir al aspirante cuando

en la nueva escala realizase funciones coincidentes esencialmente con las realizadas en el cuerpo anterior y que han de razonarse las circunstancias de aplicación si el cambio supusiera poner en práctica funciones diferentes a las ya ejercidas previamente al optar a una especialidad que pudiera constituir una causa de exclusión.

En el caso a tratar no estamos ante una promoción interna *stricto sensu*, estamos exactamente en el acceso a una de las plazas reservadas para militares profesionales de tropa y marinería de las Fuerzas Armadas del centro de formación. Por tanto, no estamos ante el caso de la sentencia de 24 de octubre de 2022, pero sí se trata de una promoción externa referida al turno de pruebas selectivas para el acceso a la Guardia Civil reservado a los militares profesionales.

Además, el recurrente indica que no ha tenido problema alguno para ejercer sus funciones cuando ha estado de misión en Afganistán, por ejemplo, y el principio de proporcionalidad implica no excluir al aspirante a la Guardia Civil si no se acredita que las funciones que vaya a desempeñar sean distintas de las ya ejercidas en las Fuerzas Armadas.

La respuesta a la cuestión de interés casacional recoge que las causas de exclusión de la Orden PCI 155/2019, de 19 de febrero, que aprueban las normas de regimiento de los procesos de ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil no han de aplicarse de forma automática, han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad para valorar la inhabilitación o no en el ejercicio de las funciones de Guardia Civil.

La sentencia 201/2023, de 16 de febrero, dictada en el recurso contencioso-administrativo 244/2021 a tenor del ingreso en la Policía Nacional declaró nula la causa de exclusión de acuerdo a lo siguiente:

En la valoración de la Sala respecto del material probatorio se refleja que la Abogacía del Estado incorpora al expediente de manera tardía, cuando ya está interpuesto el recurso contencioso-administrativo, un informe suscrito por el funcionario responsable de la sanidad en la Dirección General de la Policía que constituye una reproducción exacta de un texto perteneciente a una web privada, sin acreditar de forma alguna la credibilidad del mismo. La Administración eludió este hecho sin explicar su procedencia y pretendiendo pasarlo como algo hecho por ellos cuando sus servicios no lo habían elaborado. Además, estando ya en vía jurisdiccional, el Abogado del Estado no se ha hecho responsable de su explicación, ni ha solicitado la práctica de alguna otra prueba que se opusiera a las conclusiones de la persona recurrente. Por tanto, la Sala considera que no cabe dar credibilidad técnico-científica a la Administración y que no existe una razón sólida médica que certifique que aquellas personas con implantación de lentes fáquicas no se encuentran en condiciones para el desarrollo de las funciones propias de miembros de la Policía Nacional.

El ordenamiento español no recoge de manera expresa y con alcance general ninguna norma que implique el deber de motivación formal de las disposiciones generales, pero no debe olvidarse la potestad reglamentaria y la ausencia de impedimento de verificación de consistencia de las razones aportadas por la Administración. Esto

es, aunque existe una discrecionalidad, la potestad reglamentaria es una actuación administrativa sometida al principio de legalidad (arts. 103 y 106 de la Constitución) y, en consecuencia, no puede considerarse como válida cualquier opción reglamentaria que no vaya en contra de una norma legal y el hecho de poder verificar la consistencia de las razones dadas por la Administración da lugar a unas determinadas consecuencias.

En definitiva, se considera dar la razón a los recurrentes por los siguientes motivos:

1. Las conclusiones alcanzadas por la Administración no están justificadas objetivamente, siendo arbitrarias y establecidas al margen de alguna norma (lo que contradice el artículo 9 de la Constitución española).
2. En la regulación anterior del Real Decreto 614/1995 que, hasta el momento, regulaba las causas de exclusión en el acceso a la Policía Nacional, a nivel médico no contemplaba la implantación de lentes fáquicas. Por tanto, la inclusión de una nueva causa de exclusión afecta al derecho de acceso a una función pública y esto no puede realizarse sin una buena justificación, ya que vulnera los arts. 23 y 103 de la Constitución.

Esta consideración anterior hace que carezca de sentido en el caso de la persona recurrente realizar de nuevo el examen médico, debido a que en el procedimiento de instancia esta presentó varios informes médicos y uno de ellos fue admitido como prueba pericial sin necesidad de ratificación. Por tanto, la demanda de la recurrente es admitida, lo que conlleva la continuación del proceso selectivo para que se le apliquen las bases 10 y 11 de la convocatoria y que ingrese en el centro docente de formación que corresponde para su incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. Este hecho subsume que los efectos de la antigüedad, administrativos y económicos serán los que corresponda si ingresa finalmente en la escala determinada, y esas consecuencias surtirán efecto al momento en que ingresaron el resto de aspirantes por el turno libre y que no fueron excluidos.

De manera que se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la recurrente contra la resolución de 8 de marzo de 2021 de la Dirección General de la Guardia Civil que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 10 de mayo de 2019 del Tribunal de Selección por la que se declaró no apta a la recurrente en la prueba de reconocimiento médico, en la convocatoria para ingreso en los centros docentes de formación, en la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, que se anulan, con los efectos que esto conlleva y que quedan expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

Noemi MATEOS GONZÁLEZ
Doctoranda en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social
Universidad de Salamanca
NoemiMateos@usal.es

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 374/2024,
de 4 de marzo de 2024, Sala de lo Contencioso,
Sección 3 [Roj: STS 1401/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1401]**

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS: PREVISIONES NORMATIVAS Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Como es sobradamente conocido, la adopción del Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), y de la consecutiva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), trajo consigo un auténtico giro copernicano en el sistema europeo de tutela de los derechos de la privacidad.

Entre las novedades que acompañan a estos importantes hitos normativos no está de más destacar la definitiva consolidación de la protección de datos de carácter personal como derecho fundamental; la extensión del ámbito territorial de aplicación de las normas protectoras de la privacidad (art. 3 RGPD); la definición, no muy clara, y la regulación del consentimiento (arts. 4.11 y 7 RGPD respectivamente); la ordenación del derecho al olvido (art. 17 RGPD) y del nuevo derecho a la portabilidad de los datos (art. 20 RGPD); la incorporación decidida del principio de responsabilidad proactiva (art. 24 RGPD); la exigencia de tener en cuenta los principios de privacidad desde el diseño y por defecto (art. 25 RGPD); la desaparición de la obligación de responsables y encargados de tratamiento de proceder a la inscripción de los ficheros ante la autoridad de control, y la sustitución de esta medida por el requerimiento de llevar a cabo un registro de actividades de tratamiento que debe estar a disposición de la autoridad de control correspondiente (art. 30 RGPD); la importantísima obligación de notificar las violaciones de seguridad (art. 33 RGPD); la regulación de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (art. 35 RGPD) y la consulta previa al tratamiento si este entraña alto riesgo (art. 36 RGPD); la enérgica irrupción de la figura del delegado de protección de datos (art. 37 RGPD); el impulso a la creación de mecanismos de certificación, sellos y marcas de protección de datos (arts. 42 y 43 RGPD); la mejor y mayor precisión en la regulación de las transferencias internacionales de datos (art. 47 RGPD); el régimen de las autoridades independientes de control (arts. 60 a 67 RGPD); la nueva regulación del Comité Europeo de Protección de Datos (arts. 68 a 76 RGPD); o el llamativo régimen de recursos, responsabilidad y sanciones (arts. 77 a 84 RGPD).

Transcurrido el primer lustro de aplicación de ambos textos, comienzan a vislumbrarse algunos pasajes que generan controversia en su aplicación y que precisan de una interpretación adicional, más allá de las siempre acertadas consideraciones efectuadas por la Agencia Española de Protección de Datos, autoridad que destaca por hacer una encomiable labor de sensibilización de responsables y encargados de tratamiento, así como de concienciación de la sociedad civil en general, al tiempo que vela por el completo y exhaustivo cumplimiento de las disposiciones articuladas en la

nueva regulación. En el caso español, uno de estos pasajes conflictivos, lo constituyen aquellas previsiones normativas destinadas a ordenar el tratamiento de datos personales de las personas fallecidas.

Sobre esta cuestión versa la sentencia del Tribunal Supremo núm. 374/2024, de 4 de marzo de 2024, pronunciamiento jurisprudencial que examina el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2022 (rec. 140/2020) por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de la directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 3 de diciembre de 2019, desestimatoria del recurso de reposición frente a la resolución de la misma autoridad, de fecha 6 de septiembre de 2019, por «no haber sido atendido su derecho de supresión relacionada con 18 URL en las que se muestran los datos personales de su padre fallecido como secretario judicial del Juzgado Militar de Prensa que condenó al poeta Hugo, solicitando que el nombre de su padre no se asociara a 18 URLs relacionadas».

En opinión del Tribunal Supremo, la cuestión planteada presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en precisar o completar la jurisprudencia sentada en la STS n.º 12/2019, de 11 de enero (rec. 5579/2017), e interpretar el art. 3.1 LOPDGDD, a fin de determinar si la legitimación de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y de sus herederos para solicitar al responsable o encargado del tratamiento la supresión de los datos personales del fallecido altera o no la ponderación de los intereses concernidos (derecho al olvido vs. derecho a la información), todo ello a la luz de los arts. 18 y 24 CE y la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto, conviene precisar que, si bien es cierto que con carácter general los datos personales de las personas fallecidas quedan al margen del ámbito de aplicación del vigente esquema normativo edificado por el RGPD¹, con la adopción de la LOPDGDD se incluyen algunas previsiones específicas para el correcto tratamiento de tales datos. En este sentido, el art. 3 LOPDPP establece: (i) las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso, la rectificación o la supresión de los datos de aquel. Estos derechos se regularán de acuerdo con lo dispuesto en la LOPDPP; (ii) en caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada; y (iii) en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el apartado anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

1. El Considerando 27 RGPD es claro al señalar que «[e]l presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas».

De tal forma, las personas vinculadas a los fallecidos podrán solicitar el acceso y la rectificación de los datos personales de su familiar conforme al artículo 3.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Ahora bien, la doctrina mayoritaria y la interpretación general de la Agencia Española de Protección de Datos insisten en señalar la conveniencia de limitar la posibilidad de acometer la supresión de los datos de las personas fallecidas en aquellos supuestos en los que exista un marcado interés público, como ocurre en el caso que examina la sentencia objeto de comentario, es decir, cuando haya que ponderar entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho de las víctimas y la sociedad en general a que se garantice la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra Civil y de la posterior Dictadura y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y al esclarecimiento de su paradero.

Por consiguiente, la finalidad de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 374/2024, de 4 de marzo de 2024, no es otra que la de examinar si la interpretación extendida que viene realizando la Agencia Española de Protección de Datos de esta cuestión es conforme a derecho. Corresponde, por tanto, al Tribunal Supremo precisar o completar la jurisprudencia sentada en la STS n.º 12/2019, de 11 de enero (rec. 5579/2017) e interpretar el artículo 3.1 LOPDGDD, a fin de determinar si la legitimación de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y de sus herederos para solicitar al responsable o encargado del tratamiento la supresión de los datos personales del fallecido altera o no la ponderación de los intereses en liza, examinando una vez más el difícil equilibrio entre el derecho a la protección de datos personales y derecho a la información.

Para dirimir esta confrontación, lo primero que hace el órgano jurisdiccional es desligar el objeto del litigio del derecho digital al testamento digital reconocido en el art. 96 LOPDGDD, al señalar que

si bien las previsiones del Reglamento de la Unión Europea no son, en principio, aplicables para la protección de datos de personas fallecidas se deja libertad a los Estados miembros para que puedan regular esta materia [...] En España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece en su art. 2.2 que esta ley no se aplicará a los tratamientos de datos de personas fallecidas, pero añade «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3». Y el art. 3.1 faculta a «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos» para que puedan dirigirse al responsable o encargado del tratamiento «al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión». Y ello con independencia del derecho al testamento digital regulado en el art. 96 de dicha norma.

Acto seguido, el Alto Tribunal se detiene en clarificar el régimen jurídico aplicable a los datos de las personas fallecidas, en contra de la pretensión defendida por el recurrente, el cual hace gravitar su argumentación jurídica en torno a la errónea premisa de que el derecho de supresión de datos de personas fallecidas tiene un régimen jurídico propio y distinto al régimen general, que debe dar lugar de manera automática

al bloqueo de los resultados de búsqueda solicitados sin detenerse a realizar la ponderación entre las libertades del artículo 20 CE y el derecho a la protección de datos cuando los datos no son inexactos, en lo que representaría una suerte de derecho de supresión reforzado o absoluto, debiendo prevalecer siempre frente a cualquier otro derecho fundamental invocado.

A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que

si bien es cierto que el art. 3 LOPDGDD reconoce en España la protección de los datos de las personas fallecidas, admitiendo el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión, ello no implica que el alcance de la protección concedida sea distinto del régimen general existente para ponderar la viabilidad de estos derechos, sin que se establezca un régimen independiente y autónomo del derecho de supresión de datos, distinto del establecido para las personas físicas.

No debe olvidarse en este punto que el art. 15 LOPDGDD, que regula el derecho de supresión, se remite expresamente a lo dispuesto en el art. 17 RGPD, por lo que, por vía de esta remisión, el alcance y los límites del derecho de supresión, también conocido como derecho al olvido, de las personas fallecidas en España se regulan por las mismas disposiciones que el RGPD establece para las personas vivas. Ello incluye, como no puede ser de otra manera, la aplicación de los supuestos en los que el derecho de supresión o derecho al olvido es procedente, es decir, cuando los datos no sean necesarios en relación con los fines perseguidos, cuando los datos hayan sido tratados ilícitamente o la existencia de cumplimiento de una obligación legal; y la toma en consideración de las previsiones contenidas en otros preceptos de la ley, como la exactitud de los datos tratados a los efectos de su supresión (art. 4 de la LOPDGDD).

En opinión del Tribunal Supremo, «obviamente, habrá que tomar en consideración las peculiaridades propias que implica que se trate de datos de una persona fallecida, lo que condicionará la aplicación de algunos supuestos como la retirada del consentimiento u otros similares, que por lógica no pueden producirse» (FD3), pero esta circunstancia no impide en forma alguna la necesaria ponderación de intereses en juego y la aplicación de los límites que pueden oponerse al ejercicio de este derecho, como son: (i) la defensa de la libertad de expresión e información; (ii) el cumplimiento de una obligación legal; (iii) el tratamiento de datos con fines de archivo o investigación científica o histórica; o (iv) el ejercicio o la defensa de reclamaciones, entre otros.

De lo anterior se extrae una vez más la conclusión de que el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no es absoluto, sino que está sujeto a límites, entre ellos los derivados de la necesaria ponderación con otros derechos fundamentales, singularmente el derecho de libertad de expresión y de información y, también, en este caso, la creación y la producción científica y técnica [art. 20.1.b) CE]. Ello confronta con la pretensión de llevar a cabo la supresión de toda noticia o información referida a una persona sin ponderar el alcance y la trascendencia de la inexactitud en el conjunto de la información que se pretende suprimir (FD4).

Más novedosa resulta la aportación jurisprudencial realizada por el Tribunal Supremo en lo que atañe a la supresión de datos parcialmente inexactos de la persona

fallecida, otra de las pretensiones defendidas por el recurrente. En torno a esta cuestión, el órgano jurisdiccional es claro al señalar que

cuando la información referida a una persona fallecida se integra en una investigación histórica o científica. En este caso, la exigencia de exactitud de lo afirmado se aminora porque, tal y como ha afirmado el STC 43/2004, de 23 de marzo «[...] la información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término [...] se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos. Por lo demás, sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática».

Por cuanto antecede, el Tribunal Supremo falla desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2022 (rec. 140/2020), al entender que, si bien es cierto que el derecho de supresión de los datos de una persona fallecida, ahora más conocido como derecho al olvido, está reconocido en nuestro ordenamiento, ello no suprime la necesidad de ponderar la protección de datos del difunto con otros derechos y libertades en conflicto a la luz de nuestras normas y de la jurisprudencia existente. Añadiendo además que, ante la inexactitud parcial de una información que afecta a una persona fallecida, y que aparece incorporada a una investigación histórica y científica, la exigencia de exactitud de lo afirmado se aminora y debe ponderarse también la trascendencia de la inexactitud en el conjunto de la información aparecida.

De lo anterior se desprende, una vez más, que la actuación desempeñada por la Agencia Española de Protección de Datos no solamente es conforme a derecho, sino que además la interpretación generalmente realizada por la autoridad de control hasta la fecha de la cuestión objeto de controversia es la senda más garantista no solo para la tutela jurídica de los derechos de la privacidad, sino también para la preservación de otros institutos jurídicos sumamente relevantes para la pervivencia del sistema democrático tal y como lo concebimos en nuestros días, como son el derecho de libertad de expresión y de información.

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
jdoal@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo 91/2024, de 24 de enero, Rec. 9132/2022

NULIDAD MATRIMONIAL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL CONTRAYENTE DISCAPACITADO

1. El Código civil en su artículo 45 establece que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», siendo la falta de consentimiento matrimonial la primera causa de nulidad del matrimonio prevista en el art. 73.1 del CC. Por ello, solo cabe hablar de consentimiento matrimonial cuando el sujeto que lo celebre sea capaz de entender y querer no solo el acto de celebración, sino, además, el alcance y el contenido de la relación jurídica que nace de aquel.

Ambos preceptos, como tendremos ocasión de analizar, constituyen el fundamento del fallo del Tribunal Supremo y ocupan gran parte de la argumentación de la demanda de nulidad matrimonial interpuesta por los hijos de uno de los contrayentes tras su fallecimiento, con base en la falta de capacidad para prestar consentimiento al mismo por el deterioro cognitivo que padecía relacionado con la edad, alegando que en el momento de contraer matrimonio su padre carecía de capacidad para la prestación del consentimiento matrimonial, por lo que el matrimonio celebrado estaba afectado de nulidad conforme a lo dispuesto en los arts. 45 y 73 del CC.

2. De los **hechos recogidos en la sentencia** que nos ocupa, se desprende que, en el año 2013, los hijos del esposo fallecido interpusieron una demanda de modificación judicial de la capacidad frente a su padre alegando un deterioro cognitivo desde 2006, con diagnóstico de alzheimer en 2011, que afectaba a sus decisiones y limitaba su vida.

Un mes más tarde el esposo y la futura mujer otorgaron capitulaciones matrimoniales y contrajeron matrimonio el 7 de febrero de 2014. Poco después, el 12 de febrero de 2014, modificó su testamento instituyendo heredera a su esposa, con sustitución a favor de los descendientes de ella en caso de premoriencia. El testador atribuye a sus hijos la legítima que les corresponda. A finales de año, era la mujer la que obtenía la tutela del esposo. En diciembre de ese mismo año fue declarada la modificación de la capacidad de obrar del esposo, tanto en el ámbito personal como patrimonial, y se designa tutora a su esposa. En enero de 2015 los hijos del esposo interpusieron demanda de nulidad matrimonial frente a su padre y la esposa del mismo, alegando que en el momento de contraer matrimonio su padre carecía de capacidad para prestar consentimiento matrimonial, por lo que el matrimonio era nulo conforme a los artículos 45 y 73 del CC. De nuevo, en junio de 2021 uno de los hijos del esposo, que había fallecido en 2017, interpuso demanda de nulidad matrimonial frente a la viuda de su padre y el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, argumentando que el estado avanzado de la

enfermedad de alzheimer que padecía suponía una condición clave para dar el consentimiento necesario para el matrimonio.

Tras ello, la viuda interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, dictando sentencia por la que desestima la demanda de nulidad matrimonial señalando que la acción estaba caducada al haber transcurrido más de cuatro años desde que se celebrara el matrimonio para invocar vicio del consentimiento (art.1301.4º CC). Entiende que el hecho supone un error en el consentimiento, al no tener la persona con discapacidad los apoyos necesarios.

Contra esta sentencia, el hijo del esposo fallecido interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, afirmando que, como consecuencia de la ausencia de consentimiento, la acción era imprescriptible, no cabía apreciar la caducidad prevista para la anulabilidad contractual y el matrimonio celebrado es nulo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia apoyándose en los argumentos que a continuación comentamos.

3. La nulidad matrimonial. Debido a la especial naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos.

En primer lugar, nos recuerda que el art. 45 del CC preceptúa que «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial [...]». De manera coherente con esta disposición, el art. 73.1 del CC señala como primera causa de nulidad del matrimonio «El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial». Señala el Alto Tribunal que el art. 73 del CC no prevé la caducidad de la acción de nulidad matrimonial, estableciendo como únicos supuestos de convalidación los establecidos en los arts. 75 y 76 del CC.

Con gran acierto señala la sentencia que «la regla general, fuera de lo previsto en los arts. 75 y 76 del CC para los casos que contemplan, es que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (art. 74 y ss.) pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo». Y es que el CC distingue con claridad aquellos supuestos de inexistencia de consentimiento matrimonial (art. 74) de aquellos otros en los que ese consentimiento está viciado (art. 76.2 CC).

El TS consideró que el juzgado no declaró la nulidad por vicio del consentimiento, sino por ausencia del mismo, siendo de aplicación el art. 73 del CC, que establece como regla general la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento sin fijar un plazo de caducidad de la acción y no el art.1301 del CC sobre nulidad de los contratos. Por lo que compartimos la interpretación del Tribunal Supremo en torno a la equiparación que supone la aplicación del art. 1301 del CC a este supuesto, ya que «en atención a la peculiar naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos». El matrimonio es considerado un negocio jurídico cuyas especialidades en torno a la ineficacia del mismo lo dotan de un régimen particular, en el que solo cabe la nulidad y en donde la acción de nulidad no estará sometida a plazo alguno. Al no ser aplicable al matrimonio la anulabilidad, la cuestión de saber si

nos encontramos ante una ausencia de consentimiento o un vicio del consentimiento carece de trascendencia práctica.

El Tribunal Supremo se pronuncia acertadamente acerca de que la nulidad matrimonial no caduca, no entra en la cuestión relativa a si la falta de capacidad ha de considerarse como un vicio del consentimiento o como la ausencia total del mismo. En este caso, la Audiencia defendía que, al tratarse de un vicio del consentimiento por error, debía aplicarse el plazo de los cuatro años, lo que resulta rebatido por el TS al señalar que no pueden aplicarse al matrimonio las normas generales sobre la ineficacia de los contratos, por lo que no es aplicable aquí la anulabilidad.

La Audiencia Provincial se centraba en el error como vicio, cuando en realidad, más que un vicio, lo que en todo caso habría era una incapacidad (en la redacción anterior a la reforma operada por la [Ley 8/2021 de 2 de junio](#)) o un consentimiento prestado por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas (en la redacción actual).

4. Sobre la inexistencia del consentimiento matrimonial por falta de capacidad. Como es sabido por todos, el matrimonio como negocio jurídico bilateral de derecho de familia descansa en el acuerdo de voluntades de los futuros contrayentes. Entre sus requisitos, interesa el relativo a dicha voluntad para contraerlo que requiere la suficiente capacidad de entender y querer, que debe concurrir en el momento de prestar el consentimiento. Como tal acto voluntario y libre, requiere la prestación personal del consentimiento, es decir, por los propios contrayentes sin admitirse ningún tipo de delegación ni sustitución de dicha voluntad matrimonial.

A mayor abundamiento, sobre el alcance de la capacidad natural de entender y querer el vínculo matrimonial, coincidimos con la doctrina mayoritaria en entender que «a diferencia del testamento, que es un negocio que se agota, desde el punto de vista de la capacidad del autor, en su otorgamiento [...], en el matrimonio no sólo ha de analizarse la capacidad natural actual de entender y querer lo que significa el vínculo matrimonial, sino también la aptitud para asumir el estatus conyugal, que presenta una proyección de futuro».

Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión que se nos plantea es cómo constatar que el contrayente (o ambos contrayentes) posee la capacidad suficiente desde el punto de vista cognitivo y volitivo para contraer matrimonio, en el caso de existencia de una discapacidad psíquica o intelectual; lo que nos lleva a plantear el régimen jurídico del matrimonio de las personas con discapacidad. Es evidente que ni la incapacitación (actualmente derogada) ni la discapacidad intelectual necesariamente excluyen la aptitud para celebrar el matrimonio, por lo que no se puede restringir injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#), como reconoce la sentencia objeto de análisis.

Es por ello que, en aras de poder declarar la nulidad del matrimonio, *se debe probar* que, en el momento de su celebración, el contrayente no podía emitir válidamente el consentimiento matrimonial debido a sus anomalías o deficiencias psíquicas [SAP Málaga (sección 6.ª), 5 abril 2006 (JUR 2006, 263314) y SAP Burgos (sección 3.ª), 28 enero 2002 (AC 2002, 787)]. En este sentido, el artículo 56.1 del CC nos viene a decir que «quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código». En conexión con lo anterior debemos tener en cuenta que el hecho de que quien tramite el expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio si se demuestra que el contrayente carecía de aptitudes para prestar el consentimiento.

En el caso que nos ocupa, se analizan los informes médicos con los que la parte demandante pretende respaldar las dificultades para el autocuidado, habilidades económico-jurídico-administrativas y para entender la trascendencia del matrimonio del contrayente, y los argumentos de la parte demandada para quien las pruebas médicas no reflejan su verdadera capacidad. Se valora también la testifical.

Diserta el TS sobre el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio, que se requiere, en todo caso, que el contrayente goce de capacidad para consentir el matrimonio y comprenda el sentido y efecto de su decisión. Aunque la capacidad se presume, puede quedar cumplidamente desvirtuada mediante prueba, como ha sido el caso a la luz de las pruebas obrantes.

Es cierto que no se apreció en la tramitación del expediente matrimonial la imposibilidad del contrayente de prestar consentimiento matrimonial, pero también es verdad que el encargado del Registro Civil no pudo contar con todos los datos de carácter médico, familiar y social que se han acreditado en este procedimiento para valorar si la solicitud de contraer matrimonio respondía a la expresión de la voluntad libremente formada. Por todo ello debemos observar que, si el hecho de no haberse apreciado la falta de aptitud para emitir consentimiento matrimonial en la tramitación del expediente impidiera declarar judicialmente la nulidad, el régimen de nulidad del art. 73 del CC quedaría sin contenido. Una vez constatada esa falta de capacidad, no se pueden trasladar sin más al matrimonio todas las normas referidas a la ineficacia del contrato, debido a la peculiar naturaleza del matrimonio, que cuenta con su propio régimen jurídico.

En la misma línea, se pronunció el TS en la sentencia de 14 de julio 2004 (RJ 2004, 4297). Anuló un matrimonio a instancia del propio esposo, al considerar que este, al contraer matrimonio, «tenía sensiblemente reducida su capacidad cognoscitiva y volitiva», con pensamientos negativos e ideas autodestructivas que le podrían llevar a adoptar decisiones contrarias a sus intereses «como un acto subconsciente de agresividad autodirigida». La patología en cuestión era suficiente como para impedirle que pudiera gobernarse por sí mismo y es en plena crisis de tal enfermedad, teniendo sensiblemente reducida su capacidad de conocer y de querer, cuando prestó

su consentimiento matrimonial, por lo que, según entiende el Alto Tribunal, lo hizo teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad y, por tanto, no podía conocer y querer el acto que estaba realizando.

En contraposición con la postura defendida anteriormente resulta cuestionable el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo de 2018 (RAJ 2018, 1478) pues a nuestro juicio debió acogerse el Motivo de Casación formulado por error patente en la interpretación de la prueba en virtud de lo dispuesto en el art. 469.1 LEC, máxime cuando en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 27 de enero de 2017 se recoge el «error patente» como uno de los motivos amparados en el citado precepto, resultando que en el caso que allí se analizaba la Sala del TS contaba para su valoración con un informe pericial forense de efectos similares al que nos ocupa, al establecer que la enfermedad que padecía la persona examinada le ocasionaba «alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficientes para inspirar una libre decisión» y, sin embargo, a pesar de un informe tan decisivo, que a nuestro juicio rompía la presunción *iuris tantum* en favor de la prestación válida del consentimiento, entendió que «no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*». Lo que significa que no podrá sin más declararse nulo el matrimonio, sino que habrá que probar de forma terminante la existencia de dicha falta de capacidad natural de querer y entender cuando se prestó el consentimiento, no dando, en definitiva, validez de prueba plena al citado informe médico forense.

Sin embargo, en nuestro caso, tanto el Juzgado *a quo* como la Sala del TS sí que dieron plena validez probatoria al informe pericial forense emitido tras explorar al contrayente fallecido; informe que se ha mantenido íntegramente en todas las instancias anteriores, precisando que la enfermedad que padecía el referido contrayente le impedía prestar su consentimiento al contrato matrimonial objeto de nulidad, por lo que es claro que la clave de la revocación de la sentencia por la Sala *ad quem* de la Audiencia fue la aplicación indebida del art. 1301 del CC, al interpretar erróneamente las valoraciones médico-legales determinantes de que el contrayente fallecido no prestó su consentimiento a la celebración del matrimonio anulado, sencillamente porque no tenía facultades psíquicas para prestarlo, que fue lo que el juzgador *a quo* integró en su sentencia, justificando su encaje en la nulidad absoluta o de pleno derecho que proclama el art. 73 del CC; cuestiones, estas, que en nada afectan a los principios de presunción de capacidad al haber quedado desvirtuada por referido informe y del *favor matrimonii* que se mantendría de haber sido un matrimonio válido, invocados por el apelante contra la sentencia de primera instancia, ya que, como acertadamente se razona en la STS que se analiza, «la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges, la capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio...» (sic, FJ 5.º, 2., 3.ª), que es lo que inspira la

ratio legis de los arts. 73 y 45 del CC debidamente aplicados por el juzgador *a quo* y que la STS que analizamos ratifica.

La conclusión a la que llegamos es que en la Sentencia analizada no estamos ante un supuesto de modificación de la Jurisprudencia mantenida hasta ahora por el TS, ya que tanto en la STS 145/2018, de 15 de marzo, como la STS 235/2015, de 29 de abril, que en ella se citan, nos encontramos con dos casos en los que, a juicio de la Sala del TS que las dictó, no constan acreditadas las anomalías o deficiencias psíquicas del contrayente de forma suficiente para determinar que no pudo prestar su consentimiento al contrato matrimonial, lo que aquí sí ocurre y de ahí que se acoja el Primer Motivo de Casación, sin necesidad de entrar en los demás propuestos, al declararse que, a consecuencia de la ausencia de consentimiento, la acción era imprescriptible, y que, por tanto, no cabía apreciar la caducidad prevista para la anulabilidad contractual, al ser nulo el matrimonio celebrado.

María José CALVO SAN JOSÉ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
calvo@usal.es

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2024, asunto C-604/22,

IAB Europe c. Gegevensbeschermingsautoriteit

SOBRE LOS CONCEPTOS DE «DATOS PERSONALES», «RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO» Y «CORRESPONSABLE DEL TRATAMIENTO», EN PARTICULAR, EN EL ÁMBITO DE LAS SUBASTAS PUBLICITARIAS EN LÍNEA

Se pronuncia el TJUE en este caso sobre dos cuestiones en relación con las subastas publicitarias en línea en tiempo real (*Real Time Bidding*): en primer lugar, si las informaciones e identificaciones generadas para cada usuario y recabadas para ofrecerle la publicidad personalizada son o no «datos de carácter personal»; y, en segundo término, de contestarse afirmativamente la anterior, si el gestor del sistema que recoge tales datos para dicha subasta es o no «responsable del tratamiento» o «corresponsable» del mismo. En ambos casos, el TJUE responde bajo el principio de interpretación amplia y protectora del interesado con el que habitualmente interpreta el Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, RGPD], pero con una interesante matización final en orden a la (no) responsabilidad del responsable del tratamiento por los usos posteriores por terceros de tales datos recabados.

Mas, antes del comentario en sí de la sentencia, conviene hacer alguna aclaración en torno al funcionamiento de estas subastas de espacios publicitarios. Concebidas al servicio de la llamada *publicidad personalizada* o *comportamental*, pretenden mostrar al usuario o navegante de Internet mensajes publicitarios totalmente personalizados en función de sus preferencias, manifestadas de forma expresa o deducidas (por el correspondiente algoritmo) de sus hábitos de navegación (páginas que visita, tiempo que está en ellas, a qué presta más o menos atención, enlaces que sigue, etc.), haciéndolo, además, en tiempo real y de forma automatizada: mientras el usuario navega, se recopilan los datos, se analizan generando un perfil que se ofrece a los anunciantes para que pujen por los espacios publicitarios que comercializa el sitio *web*, de manera que puedan servir sus anuncios solo a quienes consideren su *target* o público objetivo. De esta manera, una misma página *web* es mostrada a dos usuarios diferentes con distinto contenido publicitario, consiguiendo así un mayor impacto, pues cada uno verá ofertas de productos y/o servicios que, presumiblemente, le resultan de mayor interés.

IAB Europe es una asociación sin ánimo de lucro, con sede en Bélgica, que agrupa a empresas del sector publicitario y de marketing digital. IAB ha elaborado el *TCP* (*Transparency & Consent Framework*, Marco de Transparencia y Consentimiento), una serie de protocolos y especificaciones técnicas al servicio de las plataformas publicitarias

que utilizan el protocolo *OpenRTB* para las subastas en línea en tiempo real. El objetivo del TCP es ofrecer por parte de IAB Europe a sus asociados un marco de cumplimiento del RGPD, facilitando una plataforma de obtención del consentimiento de los usuarios (CMP, *Consent Management Platform*: una ventana emergente a través de la cual el usuario puede autorizar u oponerse a los tratamientos e intercambios de datos) e instalando una *cookie* de seguimiento en su dispositivo. Las preferencias marcadas por los usuarios en el CMP se codifican y se genera una cadena de letras y caracteres (*Transparency and Consent String* o *TC String*) que es la que se comparte con los intermediarios y que usan las plataformas de publicidad del *OpenRTB* para saber la voluntad del usuario. Denunciada IAB Europe ante la Autoridad de Protección de Datos de Bélgica (*Gegevensbeschermingsautoriteit*, APD belga) por falta de conformidad del TCP con el RGPD, dicha APD (en decisión conjunta con el resto de autoridades nacionales por la vía del mecanismo de cooperación y coherencia del RGPD) la sancionó a principios de 2022 por falta de transparencia del TCF, no constituir una base legal suficiente para el tratamiento de los datos de los usuarios, ausencia de evaluación de impacto y no disponer de un delegado de Protección de Datos, siendo necesario (*vid.* [resolución](#)). La autoridad belga consideró que IAB Europe era responsable del tratamiento por su papel en el registro del consentimiento y preferencias de los usuarios a través de la *TC String*, y le impuso varias medidas correctoras y una multa administrativa (250.000 €). Recurrida la decisión por IAB ante el Tribunal de Apelación de Bruselas, este elevó la prejudicial al TJUE para saber si (1) se trataban datos personales y si (2), en ese caso, IAB era responsable de dicho tratamiento.

En relación con la *TC String*, IAB Europe consideraba que no recoge datos de carácter personal, al no facultar a los participantes en el sistema para identificar al sujeto. A ello contesta el TJUE con la interpretación amplia del concepto de «datos personales» a la que antes hiciera referencia: toda información sobre una persona física identificada o «identificable» (art. 4.1 RGPD). La persona es identificable si se puede determinar su identidad «directa o *indirectamente*», en particular, mediante algún tipo de identificador, como puede ser un nombre o un número, datos de localización, identificador en línea... Puesto que con tal cadena de caracteres, en conjunción con la información almacenada por las *cookies*, se puede llegar a la IP del usuario (apdos. 44-45) y, por lo tanto, identificar a la persona, se cumple el requisito de la definición que de datos de carácter personal ofrece el RGPD. Obsérvese que los datos pueden identificar a la persona de forma directa o indirecta, en conjunción con otros, que es lo que sucede en el caso, siendo indiferente que esa identificación pueda ser más o menos complicada o deba hacerse a partir de informaciones que se encuentren en poder de varias personas: si es factible, es un dato de carácter personal (apdos. 36-41). Y ello, aunque la propia IAB no pueda realizar esa combinación ni acceder a los datos que a través de su *TC String* son tratados por sus asociados en el marco del TCF (apdo. 40).

La interpretación del TJUE no es sino continuación de la hecha en otras ocasiones por el propio órgano (la sentencia cita varios otros antecedentes y casos), y es también la que se ha sostenido por otras instancias con el fin de no limitar la eficacia del

reglamento ni desproteger a los interesados (*vid.* el [Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales del GT29, p. 6](#)).

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, resuelto que estamos ante datos de carácter personal, procedía establecer quién es el responsable del tratamiento y, en su caso, si hay corresponsabilidad en el mismo, para ver hasta dónde puede llegar el papel de IAB respecto de las informaciones tratadas.

Al respecto, el TJUE, siguiendo el citado principio de interpretación amplia de los conceptos del RGPD (apdos. 53-55), considera que el «responsable del tratamiento», en cuanto determina los fines y medios del mismo, puede actuar solo o conjuntamente con otros (art. 4.7 RGPD), quedando todos ellos sujetos a la normativa de protección de datos. Además, el concepto incluye a cualquiera que, en persecución de sus propios objetivos, *influya* de cualquier manera en dicho tratamiento, pues ello supone determinar también los fines y medios del mismo. Que intervengan varios responsables no significa que todos ellos actúen en equivalencia de condiciones, como ya dejó sentado en resoluciones anteriores el propio TJUE (así, *caso Fashion ID*, STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-40/17). En definitiva, se puede ser responsable si de cualquier manera se afecta al tratamiento hecho, aunque la participación en este sea diferente, cuantitativa o cualitativamente, a la del resto de responsables intervinientes e, incluso, no llegue a tenerse acceso efectivo a los datos tratados.

En cuanto IAB Europe, pretendiendo dar un marco de claridad y cumplimiento normativo para favorecer y permitir la compraventa de espacios publicitarios en Internet, establece todo el TCF, aun siendo una organización sectorial, está influyendo en el tratamiento de los datos personales de los usuarios y determinando, junto con todos los miembros de la asociación (los cuales, por otra parte, tienen que aceptar dicho TFC para formar parte de IAB) y participantes en la plataforma de subasta, los fines de tales operaciones de tratamiento. Es, por lo tanto, (co)responsable del tratamiento (apdo. 68), incluso aunque no llegue a tener acceso directo a los datos personales tratados (en este caso, por sus propios miembros).

Ahora bien, siendo responsable, junto con otros... ¿hasta dónde llega dicha responsabilidad? Ya se ha indicado que la concurrencia en la determinación de fines y medios no tiene por qué ser equivalente, de manera que podrá diferenciarse el papel de los distintos corresponsables y atribuir consecuencias diversas luego en relación con posibles incumplimientos de la normativa. O, dicho de otra manera: la corresponsabilidad inicial en sede de recogida de datos no se extenderá a tratamientos ulteriores que sean ya determinados exclusivamente por quienes, aun siendo corresponsables del tratamiento inicial, resultan ser ahora responsables únicos de esos tratamientos posteriores. Ello es así por cuanto «un tratamiento de datos personales puede estar constituido por una o varias operaciones, cada una de ellas referida a una de las distintas fases de ese tratamiento» (apdo. 72), de tal manera que, si IAB determinó solo una o varias operaciones, pero no otras anteriores o posteriores, IAB será (co) responsable solo de aquellas en las que influyó. IAB participó junto con sus miembros y otros (proveedores de sitios de Internet o de aplicaciones, intermediarios de datos y

plataformas publicitarias) en el tratamiento en fase de registro de las preferencias de consentimiento de los usuarios mediante la *TC String* en el marco del TCF, pero después esos operadores (miembros de IAB, pero actuando ya al margen de esta, con sus propios objetivos) y terceros continuaron el tratamiento para sus propios fines (transmisión de datos a terceros o realización de las ofertas de publicidad personalizada a los usuarios), no siendo IAB ya (co)responsable de tales tratamientos posteriores. O, al menos, *no cabe imputarle tal cualificación de forma automática* por el hecho de haber sido corresponsable del tratamiento inicial a través de la *TC String*, debiendo ser el órgano jurisdiccional nacional remitente de la prejudicial el que deba valorar si en esos tratamientos ulteriores la organización sectorial influyó (en cuyo caso mantendría su calificación de corresponsable) o no (apdos. 73-76).

Continúa el TJUE, en definitiva, en su línea de interpretación amplia del RGPD, pero afinando conceptos. Como en el caso *Fashion ID*, lo más interesante de la presente resolución es la posibilidad de distinguir entre distintas fases u operaciones dentro de un tratamiento, en orden a la calificación de quienes deciden (o no) que el mismo se realice y disponen de los medios para ello. ¿Hubiera podido decir el TJUE, directamente, que son tratamientos distintos (el inicial que se realiza con la *TC String*, y en el que es corresponsable IAB, y los posteriores que realizan los miembros con los datos resultantes)? Lo cierto es que todas las actividades de tratamiento se realizan en el marco de una misma operación económica (la recogida y/o venta de datos a efectos publicitarios) y parten de un único consentimiento inicial del usuario, lo que, *en principio*, no habilitaría a los miembros de la organización e intervinientes en la plataforma de subastas para otros usos *lícitos* distintos al de su empleo en tales plataformas para servir su publicidad personalizada. De ahí la consideración de un único tratamiento, por mucho que en el mismo se distinguan operaciones en diferentes fases.

En todo caso, IAB Europe, a pesar de que se rechazaran sus pretensiones en torno a la no existencia de datos personales y que, por lo tanto, se le reconociera como (co) responsable por el tratamiento de la *TC String* en el TCF, ha acogido favorablemente la limitación de su papel que puede derivar de la interpretación final del TJUE (*vid.* su [comunicado](#)). En paralelo al proceso judicial, ante la resolución negativa de la autoridad belga, IAB había presentado un plan de acción para adecuar el TCF al RGPD, el cual fue aprobado por dicha autoridad en enero de 2023 y que está en suspenso a la espera de la resolución del proceso por parte del tribunal nacional.

Juan Pablo APARICIO VAQUERO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
juanpa@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª de lo Civil)
núm. 802/2024, de 5 de junio

**LA DESHEREDACIÓN POR «MALTRATO DE OBRA» NO COMPRENDE TODA FALTA DE RELACIÓN AFECTIVA:
LOS HIJOS SIN RELACIÓN CON EL PROGENITOR DESDE LA NIÑEZ SON LOS QUE SUFRIERON EL ABANDONO**

1. EL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO JUSTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN: LA AUSENCIA DE RELACIÓN AFECTIVA

Como es sabido, una de las causas de desheredación de los hijos y descendientes que contempla el Código Civil es el maltrato de obra (art. 853.2.º CC). Aunque las causas de desheredación requieren de una interpretación restrictiva (art. 848 CC) que implica el rechazo de la analogía y la interpretación extensiva (STS núm. 675/1993, de 28 de junio de 1993), lo cierto es que, en los últimos años, la jurisprudencia ha incluido el maltrato psicológico en el maltrato de obra a efectos de desheredación, pues se trata de una actuación que puede lesionar la salud mental de la víctima que merece tanta protección como la salud física. De hecho, el art. 451-17.2 del Código Civil de Cataluña (CCC) incluye entre las causas de desheredación de los legitimarios el maltrato grave al testador sin hacer distinción alguna.

La interpretación flexible que lleva a incluir el maltrato psicológico en la letra del art. 853.2.º CC atiende a la realidad social del tiempo en que debe aplicarse la norma (art. 3 CC), dando respuesta a las situaciones de menosprecio y abandono a las que pueden verse expuestas las personas mayores vulnerables (STS núm. 258/2014, de 3 de junio de 2014; STS núm. 59/2015, de 30 de enero de 2015; STS núm. 267/2019, de 13 de mayo de 2019). Además, también es posible reconducir el maltrato de obra o psicológico a la causa de ingratitud que permite revocar la donación contemplada en el art. 648.1.º CC (STS núm. 422/2015, de 20 de julio de 2015). Por otro lado, la falta de relación continuada e imputable al desheredado puede reconducirse al maltrato psicológico si, atendidas las circunstancias, es imputable al mismo y ha causado un menoscabo al testador con entidad suficiente. Por tanto, imputabilidad y causación de un daño son requisitos exigidos de manera reiterada por la jurisprudencia para que la falta de relación afectiva pueda ser constitutiva de causa de desheredación (STS núm. 401/2018, de 27 de junio de 2018; STS núm. 419/2022, de 24 de mayo de 2022; y STS núm. 556/2013, de 19 de abril de 2023). Cabe resaltar que el elemento de la imputabilidad que exige el Alto Tribunal parece conforme con la causa de desheredación expresamente prevista en el art. 451-17. e) CCC: «La ausencia manifiesta de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario». Finalmente, debe tenerse en cuenta que las causas de desheredación son causa de extinción de la obligación de alimentos entre parientes [cfr. arts. 152.4.º

CC y 237-13 e) CCC]. Y, en la jurisprudencia, la ausencia de relación, como justificativa de la negativa de los padres a prestar alimentos a los hijos mayores, se centra, igualmente, en la necesidad de que dicha situación sea imputable exclusivamente a los hijos (STS núm. 104/2019, de 19 de febrero, SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 126/2022, de 17 de marzo de 2022).

2. EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos tiene su origen en la demanda interpuesta por una hija desheredada por el padre en un testamento en el que invoca como causa de desheredación el maltrato de obra (art. 853.2.º CC).

En particular, se expresaban los siguientes motivos en la cláusula de desheredación:

Que desde que se produjo su divorcio, es decir, hace más de treinta años, no tiene relación alguna con su citada hija, por lo que considera que existe una clara situación de abandono hacia el testador, por parte de la misma. En consecuencia [...] considera que ha habido un maltrato psicológico por parte de su citada hija, lo que determina una falta de afecto y cariño que como hija le corresponden [...] e incluso, no estar atendido en estos momentos en los que se encuentra gravemente enfermo, siendo del conocimiento de la citada hija el estado en que se encuentra.

Las alegaciones del padre fueron asumidas en primera instancia, pues el Juzgado desestimó la demanda. Conforme al planteamiento del juzgador, la ausencia de relación, que se remontaba al momento de la separación de los padres de la demandante (1986), había sido reconocida por la hija. Además, admitió en el juicio que, tras conocer la enfermedad de su padre, no le visitó ni le llamó. La sentencia concluyó que la ausencia de relación durante casi treinta años era una situación de abandono y desafección de la actora hacia su padre, con independencia de que pudiera ser recíproca, que debió afectar a la estabilidad emocional del causante, tal y como reflejaba en el testamento. Añadió que no era misión del juzgador determinar quién fue culpable, prescindiendo, por tanto, de la imputabilidad que viene exigiendo la jurisprudencia. Por su parte, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, afirmando que la ausencia de relación por un período tan largo, sin haberse alegado por la hija causa alguna para tal desafección, que causó a su padre dolor, desasosiego y zozobra, sobre todo tras el diagnóstico de su enfermedad, encaja en el «maltrato psicológico» que cabe incluir en el maltrato de obra como causa de desheredación (art. 853.2.º CC).

Sin embargo, interpuesto recurso de casación por la actora, el Alto Tribunal procedió a estimar el mismo. Alegó la recurrente que la instituida heredera no había probado la certeza de la causa de desheredación (art. 850 CC), y desde la separación de los padres no hubo asistencia del padre hacia la hija ni constaba intento alguno del padre de mantener un contacto mínimo con la misma. Además, no mencionó a la hija en otros

dos testamentos anteriores que otorgó en 2003, y la enfermedad padecida solo se produjo en los últimos meses de vida y no hubo tiempo para que el testador se sintiera abandonado por no acudir la hija. El Tribunal Supremo concluyó que,

en este caso, no es la hija la que libremente rompió un vínculo afectivo o sentimental, sino que tal vínculo no ha existido desde su niñez, sin que sea reprochable a la hija, que tenía siete años cuando se produjo la separación de los progenitores, la ausencia de contacto y relación con el padre. Si tal relación no se dio a partir de la separación matrimonial realmente la que fue abandonada por el padre fue la niña, que ha desarrollado toda su vida, incluidas las etapas cruciales para la crianza y formación personal de la infancia y la adolescencia, sin contar con la presencia de un padre [...] no es la hija quien abandona al padre enfermo (quien, por otra parte, no precisaba ayuda para su cuidado), sino que es el padre quien, tras haber abandonado a la hija siendo una niña, pretende hacer recaer sobre ella el reproche y las consecuencias de que no sintiera afecto por él, pese a haberla abandonado siendo una niña.

3. VALORACIÓN

La sentencia que comentamos no se aparta de la jurisprudencia anterior que exige que la falta de relación sea imputable al legitimario para que exista causa de desheredación. Ahora bien, a mi juicio, establece una vía de escape para el supuesto, criticado por algún sector doctrinal, en el que, al abandono del hijo que no recibe atención material ni afectiva del padre desde la crisis matrimonial, se suma la eventual pérdida de su derecho a la legítima, sufriendo así un doble abandono. No es lo mismo desatender afectivamente a los padres de forma sobrevenida e injustificada, que omitir una atención que va precedida de un abandono previo por parte de aquellos. En una línea argumental parecida se encontraba ya el caso resuelto por la STS núm. 577/2019, de 24 de mayo de 2024, que negó la existencia de causa de desheredación cuando la abuela alegó el distanciamiento familiar de sus nietas, porque el mismo se produjo tras una historia previa de desencuentros. Fue ella quien, tras la separación de los padres de las actoras, desahució a su madre y a ellas mismas de la vivienda que habían ocupado desde su nacimiento, circunstancia que permitió descartar la existencia de maltrato alguno.

María José VAQUERO PINTO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
chevaq@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) **núm. 857/2024, de 14 de junio**

INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA DECLARADA LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

Tras múltiples giros, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 857/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3076) es la última secuencia —y parece que definitiva— del debate por parte de la jurisprudencia para establecer un criterio en cuanto al inicio del cómputo del plazo de preinscripción de la acción de restitución de las cantidades abonadas indebidamente, cuando se declara la nulidad de la denominada cláusula de gastos en un contrato de préstamo hipotecario.

Hay que partir de que se ha aceptado por la jurisprudencia el criterio doctrinal que considera que, en los procedimientos de nulidad de cláusulas contractuales, procede diferenciar entre la acción de nulidad (imprescriptible por naturaleza) y la acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula nula, que está sujeta a los plazos legales de la prescripción. Esta interpretación es avallada, entre otras, por la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19), que acepta que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión. Sin embargo, no era cuestión pacífica la determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción de esa acción de restitución.

En el supuesto que analizamos, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad por ser abusiva de la cláusula que atribuía todos los gastos generados por la celebración de un contrato de préstamo hipotecario a los prestatarios, habiéndose suscrito con la entidad Banco Santander en el año 1999; y se condena a restituir a los actores la cantidad de 407,97 euros. Sin embargo, puesto que la demanda había sido interpuesta en el año 2017, la AP de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Banco, y deja sin efecto la condena a la restitución de cantidades por estimar prescrita la acción de reclamación. Planteado recurso de casación por existir interés casacional al haber jurisprudencia contradictoria, el Tribunal Supremo lo admitió y acordó plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formalizada en julio de 2021.

La STJUE de 25 de abril de 2024 (asunto C-561/21) da respuesta a las cuestiones planteadas:

1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/cee del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula contractual cuyo ca-

rácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos comience a correr en la fecha en que esa resolución haya adquirido firmeza, sin perjuicio de la facultad del profesional de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse dicha resolución.

Ello, sin perjuicio de que el profesional tenga la facultad de probar, en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor, de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación. De hecho, en la formulación realizada por el TJUE, esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles.

También dispone que la normativa europea se opone a que el cómputo del plazo comience desde la fecha en la que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que declaró abusivas ese tipo de cláusulas; o desde la fecha de determinadas sentencias del TJUE que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Porque la declaración de abusividad de un tipo de cláusula no entraña la de todas las cláusulas de esa clase, sino que el examen de la abusividad debe realizarse, caso por caso, considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, por lo que no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor. Se argumenta que no puede admitirse que la existencia de jurisprudencia del TS declarando la nulidad de la cláusula actúe como inicio del cómputo del plazo, pues, a falta de obligación del profesional de informar al consumidor sobre esta cuestión, no cabe presumir que un consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de la cláusula tipo declarada nula por alguna sentencia ([SSTJUE de 25 de abril de 2024](#), párrafo 41, en el asunto C 484/21, y 48, en [el asunto C 561/21](#)).

Junto a esta, el TJUE ha emitido sobre la misma cuestión otras dos sentencias en el año 2024. En la [STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21, C-811/21, C-812/21 y C-813/21](#) (en contestación a sendas cuestiones prejudiciales de la Sección 15.^a de la AP Barcelona) dispone que no es admisible que la acción restitutoria esté sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos. La compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas. Y tampoco acepta que pueda considerarse «que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento,

por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella».

Además, la [STJUE de 25 de abril de 2024, C-484/21](#) (responde a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona) no admite que el plazo de prescripción comience a correr «en la fecha del pago con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esa cláusula desde el momento de dicho pago, o antes de que por esa resolución se declarara la nulidad de dicha cláusula». Y tampoco es admisible que el plazo comience a correr «en la fecha en la que el tribunal supremo nacional dictó una sentencia anterior, en otro asunto, en la que declaró abusiva una cláusula tipo que se corresponde con esa cláusula de ese contrato».

En definitiva, el TJUE declara que para fijar el *dies a quo* del inicio del plazo de prescripción es imprescindible determinar el conocimiento que el consumidor tenía de los derechos y los efectos jurídicos que regula la Directiva 93/13. Además, va a exigir como condición que el momento del inicio del plazo, así como su duración, no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar la restitución. De modo que el plazo de prescripción solo puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase.

En la sentencia que analizamos, el Tribunal Supremo va a fijar el criterio a seguir en relación con el inicio del plazo de prescripción para la reclamación de los gastos hipotecarios, y asume todo lo indicado por el TJUE con el propósito de zanjar la cuestión. Lo cierto es que el TS no introduce matización alguna sobre lo que establece el TJUE, pero aprovecha para indicar que no le corresponde hacer «consideraciones de orden doctrinal sobre el contenido de esa jurisprudencia del TJUE, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho privado de los diferentes Estados miembros de la Unión. Tampoco optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, por más que, *de lege ferenda*, pudieran resultar plausibles o convenientes». Admite que no procede plantear una nueva cuestión prejudicial, pues con la jurisprudencia del TJUE «la cuestión constituye ya un acto aclarado» ([STJ de 6 de octubre de 1982, Cilfit, C-283/81](#), y [STJUE de 6 de octubre de 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19](#)). Por ello, advierte que «únicamente procede dictar una sentencia que asuma lo resuelto por el TJUE, y cumplir con la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica ([SSTJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17](#), y [14 de marzo de 2019, C-118/17](#))».

En consecuencia, fija como doctrina que «salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos».

Y en cuanto al caso concreto, tras aceptar que el plazo de prescripción de la acción planteada es el de cinco años conforme al art. 1964 CC, concluye que «al no

haber probado la parte demandada que los consumidores tuvieran conocimiento de la abusividad de la cláusula de gastos antes de la firmeza de la sentencia que declaró su nulidad, no cabe considerar que la acción de restitución estuviera prescrita (de hecho, ni siquiera había comenzado el cómputo del plazo), por lo que el primer motivo de casación debe ser estimado».

Respecto a la normativa y al plazo aplicable cuando hay una normativa autonómica, se considera que el precepto aplicable es el art. 1969 CC, advirtiendo que sobre tal cuestión ya se pronunció el TS, en pleno, al decidir sobre la competencia funcional para resolverlo, declarando que la cuestión litigiosa se ciñe a la determinación del inicio del cómputo (*dies a quo*) del plazo de ejercicio de la acción de restitución de las cantidades pagadas por gastos hipotecarios (Auto TS 11007/2020, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TS:2020:11007.^a).

Por tanto, como norma general, se establece que el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios empieza a computar desde la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba al consumidor al pago de estos gastos. Pero tal criterio no será aplicable si la entidad prestamista demuestra que el consumidor pudo conocer con anterioridad que la concreta cláusula incorporada a su préstamo era abusiva, pues, en estos casos, el plazo de prescripción comenzará desde que se tuvo conocimiento de la abusividad.

Esto significa que pasa a ser irrelevante la fecha en que se hubiera contratado el préstamo hipotecario, como es irrelevante el momento en el que se dictaminó por una sentencia del TS que estábamos ante una cláusula abusiva; todos los prestatarios que tengan la condición de consumidores podrán pedir la devolución de aquellos gastos hipotecarios que abonaron en su momento y que conforme a la doctrina del TS debieron ser abonados por la entidad bancaria o a medias, pues se parte de la base de que la acción de nulidad es imprescriptible y mientras no se declare judicialmente la nulidad de la cláusula, o se demuestre que tuvo conocimiento de otro modo, no comienza el plazo de prescripción de la acción restitutoria.

Pero también hay que tener en cuenta que, a menudo, ante las reclamaciones extrajudiciales efectuadas por los consumidores, las entidades bancarias reconocían la abusividad de las cláusulas, aunque no procedieron a la devolución de los gastos alegando que la acción estaba prescrita, tomando como referencia para el inicio del cómputo del plazo la STS 705/2015, de 23 de diciembre, o la STS 44/2019, de 23 de enero. Parece razonable entender que, en estos supuestos, el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece a contar desde el momento en que la entidad reconoce al consumidor la abusividad de la cláusula, salvo que la propia entidad acredite que el consumidor conocía la abusividad con anterioridad al propio reconocimiento de tal circunstancia por la entidad.

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
jamp@usal.es

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 92/2024, de 18 de junio [BOE-A-2024-15427]

EL AVAL CONSTITUCIONAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO METODOLOGÍA JURÍDICA Y HERRAMIENTA ANALÍTICA PARA LA IGUALDAD

El 25 de julio del 2024 el Boletín Oficial del Estado (BOE) publicaba la Sentencia 92/2024, de 18 de junio [BOE-A-2024-15427], por la que resuelve las dudas de constitucionalidad planteadas en el recurso de inconstitucionalidad 3630-2023 interpuesto por más de cincuenta diputados-as del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2023-5364].

Pues bien, el pronunciamiento del máximo intérprete constitucional resulta muy relevante a los efectos de ahondar en los argumentos jurídico-constitucionales que vuelven a avalar la constitucionalidad de la perspectiva de género como metodología jurídica.

El Tribunal Constitucional recuerda en su FJ. 3 lo que ya vino a decir en la STC 44/2023, de 9 de mayo (FJ. 10) [BOE-A-2023-13955] cuando negó que la perspectiva de género vulnerara la libertad ideológica (art. 16 CE) y la neutralidad estatal. Al contrario, el máximo intérprete constitucional significa que la perspectiva de género no constituye una obligación ideológica contraria a la Constitución, sino «una herramienta para dar cumplimiento al principio de igualdad entre mujeres y hombres» (arts. 9.2 y 14 de la CE). Pero es más, reseña que la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas es una exigencia que deriva de obligaciones internacionales asumidas por el Estado español tras la ratificación de Tratados Internacionales como el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 [BOE-A-2014-5947] o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 [BOE-A-1984-6749], por citar solo dos ejemplos.

El Tribunal Constitucional en el FJ. 3 de la STC 92/2024, de 18 de julio, desestima los motivos de inconstitucionalidad aducidos por el recurrente en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3630-2023 dirigidos contra los apartados 3, 6, 7, 8 y 9 del artículo único de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

Pero vayamos por partes y veamos las dudas de constitucionalidad planteadas sobre la dicción literal de los apartados mentados del artículo único de la ley orgánica de 2023 en lo que atañe a la perspectiva de género como metodología jurídica.

La dicción literal del apartado 3 del artículo único de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, dispone textualmente:

1. A los efectos de esta ley orgánica, serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes:

[...]

(c) Enfoque de género. Las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de esta ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas.

De la lectura de las líneas anteriores se observa el compromiso del legislador orgánico con la igualdad de mujeres y hombres, específicamente, en un ámbito muy concreto como es la salud sexual y la salud reproductiva en estrecha conexión con el reconocimiento normativo de la corporeidad sociosexual de las mujeres y sus efectos (y/o consecuencias jurídicas) a nivel de derechos.

Consideran los recurrentes —en el recurso de inconstitucionalidad comentado— que la redacción de los párrafos citados no tiene encaje constitucional. Entienden que la perspectiva de género constituye «una visión ideológica de concebir la realidad» que las Administraciones Públicas no deberían nunca asumir como propia. Frente a este argumentario la Abogacía del Estado aduce en el recurso planteado que la perspectiva de género no supone una obligación ideológica contraria a la Constitución, sino «una herramienta para dar cumplimiento al principio de igualdad entre mujeres y hombres». Es más, significa que lo que no puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico es el planteamiento que hacen los recurrentes en sede constitucional a través de la cual dejan entrever que la igualdad de mujeres y hombres es una «opción ideológica».

Los mismos argumentos —con carácter general en lo que atañe al cuestionamiento general de constitucionalidad de la norma— aducen los recurrentes sobre los apartados 6, 7, 8 y 9 del artículo único de la ley orgánica comentada. Repárese que se duda, por ejemplo, de la constitucionalidad de que los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y de formación profesional garanticen una «educación sanitaria integral, con perspectiva de género, de derechos humanos e interseccional, sobre la salud sexual y salud reproductiva». En el ámbito de la formación sobre salud sexual y reproductiva en el sistema educativo, las dudas se proyectan sobre la promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad, así como sobre el desarrollo de currículos en las diferentes etapas educativas que aborden la educación afectivo-sexual en el marco de la igualdad de mujeres y hombres, y desde un enfoque en los derechos humanos.

Se observa, por tanto, que la nota común en todas las dudas de constitucionalidad articuladas gira en torno a la «integración de la perspectiva de género» en las políticas públicas. Frente a este argumentario general el Tribunal Constitucional precisa que la integración de la perspectiva de género en las políticas educativas, sanitarias y sociales

tiene como objetivo último garantizar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. De ahí que se tengan en cuenta las diferentes necesidades (y posicionamiento inicial y tradicional) de unas y otros en las distintas esferas de la vida social a la hora de planificar políticas públicas eficaces que den respuesta a las necesidades de mujeres y hombres en distintos ámbitos: político, económico, educativo, sanitario, etc.

El máximo intérprete constitucional, con cita de la STC 12/2008, de 29 de enero [BOE-T-2008-3852], recuerda que la incorporación de la perspectiva de género «es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho». Desde este prisma señala que representa el fundamento axiológico para la comprensión del ordenamiento constitucional en la medida en que parte de la concepción y la asunción de los valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 1 y 10 CE). Repárese que, en materia de políticas públicas, la perspectiva de género se erige como enfoque transversal. De ahí que el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 CE) se engarce con la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que la dificulten o impidan su plenitud (art. 9.2 CE), y con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE).

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional significa, por mor de la dicción literal del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo [BOE-A-2007-6115], que la igualdad efectiva de mujeres y hombres se articula como principio informador del ordenamiento jurídico (mandato), debiéndose integrar en la interpretación y la aplicación normativa, extensible al diseño, desarrollo e implementación de políticas públicas. En el mismo sentido, se cita el mandato incorporado en el artículo 4.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589] cuando dispone textualmente:

4.4. En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros.

Téngase en cuenta, en estos momentos, el reciente aval constitucional del anterior precepto como se recoge en la STC 89/2024, de 5 de junio [BOE-A-2024-14002]. La lectura del FJ. 2 resulta de interés en la medida en que coadyuva a clarificar los argumentos del Tribunal Constitucional a la hora de avalar la constitucionalidad de la perspectiva de género como metodología jurídica. Y es que frente a los razonamientos de los recurrentes que vuelven a considerar que la redacción dada al artículo 4.4 de la Ley 15/2022, al imponer la perspectiva de género en las políticas públicas contra la discriminación, «incorpora un planteamiento puramente ideológico, en contra del pluralismo político reconocido por el art. 1.1 CE, la libertad ideológica garantizada por el art. 16.1 CE y la objetividad con la que debe actuar la administración, según el art. 103.1 CE»,

resulta factible contraargumentar —como recuerda el Tribunal Constitucional— que los conceptos «género» y «perspectiva de género» tienen un sólido reconocimiento internacional en acuerdos e instrumentos internacionales ratificados por España, en el ámbito de la Unión Europea e interno, incluida la propia doctrina constitucional. Por tanto, es el propio Tribunal Constitucional el que rechaza que se trate de conceptos ideológicos. Al contrario, son reflejo del mandato a los poderes públicos que tienen, entre otros cometidos, garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Pero es más, el máximo intérprete constitucional con base en la sentencia STC 34/2023, de 18 de abril (FJ. 7.e) [[BOE-A-2023-12076](#)], recuerda que la incorporación de la perspectiva de género en los principios pedagógicos de la Ley Orgánica de Educación «no impone ninguna adhesión ideológica», al contrario «lejos de comprometer la neutralidad ideológica del Estado, supone un avance en el respeto a los valores constitucionales, especialmente, los recogidos en los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE». Obviamente, todos estos razonamientos jurídicos resultan extrapolables al análisis jurídico-constitucional actual. Desde esta óptica doctrinal, se hace importante incidir en el contenido del FJ. 10 de la STC 44/2023, de 9 de mayo, en donde el Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, específicamente, los concernientes a la educación sanitaria y la formación de profesionales de la salud con perspectiva de género, vino a señalar que la perspectiva de género se erige en «categoría de análisis de la realidad desigualitaria entre mujeres y hombres dirigida a alcanzar la igualdad material y efectiva». Por tanto, ahonda en su carácter de «enfoque metodológico y criterio hermenéutico transversal» dirigido a promover la igualdad de mujeres y hombres «como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos».

El máximo intérprete constitucional lo deja claro cuando afirma sin ambages que la perspectiva de género «está desprovista de orientación ideológica alguna, más allá del respeto a los valores constitucionales». Téngase en cuenta que este es el sentir mayoritario y la línea directriz de los países más avanzados a nivel internacional, así como de nuestro entorno europeo. Piénsese, por ejemplo, como en el ámbito internacional España junto a otros Estados ha asumido obligaciones en el ámbito de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como un papel activo en la promoción de la misma. A nivel europeo, recuérdese, por citar solo un ejemplo, el contenido de la [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una visión de la igualdad. Estrategias para la Igualdad de Género 2020-2025»](#), cuyo objetivo es la integración de la perspectiva de género en todas las políticas públicas y programas de la Unión Europea.

Con base en lo expuesto, el Tribunal Constitucional colige que «no cabe reprochar desde el punto de vista constitucional al legislador por haber incluido la perspectiva de género dentro del decálogo de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la aplicación de la Ley Orgánica 2/2010, en el marco de la

actuación sanitaria» sobre salud sexual y reproductiva, en la atención psicológica y sexológica, en la educación menstrual, en la elaboración de la Estrategia Estatal de salud sexual y reproductiva, etc. Por tanto, lo auspiciado en investigaciones previas sobre el [sustento constitucional](#) de la [perspectiva de género como metodología jurídica](#) para la interpretación y la aplicación normativa, así como para dotar de eficacia normativa a las leyes y políticas públicas comprometidas con la igualdad, parece que va cobrando materialidad en la doctrina constitucional tras los últimos pronunciamientos del máximo intérprete constitucional español.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (24 de julio de 2024)

DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA LEY DE AMNISTÍA: SOBRE EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL JUICIO DE RELEVANCIA

El martes 11 de junio de 2024 el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña [BOE-A-2024-11776]. Una ley no exenta de polémica dado el objeto de cualquier amnistía, esto es: excepcionar la aplicación de normas plenamente vigentes cuando los actos que hayan sido declarados o estén tipificados como delito o determinantes de cualquier otro tipo de responsabilidad se hayan producido en un contexto concreto. Las opiniones a favor y en contra de la amnistía en tanto que figura jurídica peculiar y excepcional se han venido articulando desde distintos ámbitos, a saber: político, jurídico, social, económico, académico, etc. Repárese que parte de la discusión jurídica se circunscribe a su encaje constitucional. De ahí la relevancia de analizar, sucintamente, el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2024 por el que el Alto Tribunal plantea un control abstracto de constitucionalidad sobre una disposición normativa con fuerza de ley (Ley Orgánica de Amnistía) vía cuestión de inconstitucionalidad ante el máximo intérprete constitucional.

Sobre la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento jurídico-constitucional, téngase en cuenta lo que dispone el artículo 163 de la CE. Su dicción literal es la que sigue:

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

En la misma línea, consúltese el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [BOE-A-1979-23709], cuya dicción literal es la que sigue:

Uno. Cuando un Juez [a] o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Dos. El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se

cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

Tres. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad obligará a la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida esta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Los preceptos mentados resultan centrales para determinar cuál es el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, en qué se diferencia con el recurso de inconstitucionalidad, quiénes son los sujetos legitimados para plantear dicho control jurisdiccional de constitucionalidad, qué requisitos se deben observar en su planteamiento, qué efectos jurídicos produce su interposición y los posibles sentidos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y sus consecuencias jurídicas.

En este sentido conviene significar que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no es otro que el control de constitucionalidad sobre disposiciones normativas con fuerza de ley aplicables a un caso concreto, promovido por jueces/zas o tribunales (prejudicialidad¹ constitucional devolutiva), de cuya validez dependa el fallo, y cuya finalidad no es otra que evitar resoluciones judiciales que pudieran ser contrarias a la Constitución como efecto de la aplicación judicial de normas con rango de ley inconstitucionales. Se trata de un control abstracto de constitucionalidad y reparador (o represivo), siendo un sector doctrinal el que considera que se trata de un control de constitucionalidad diferido en el tiempo, ya que no hay plazo preclusivo² para su interposición.

Conviene significar —en estos momentos— que el juez/za o tribunal debe tener una duda de la posible inconstitucionalidad del precepto en cuestión aplicable al caso concreto. Por tanto, no cabría plantear una cuestión de inconstitucionalidad en caso

1. Sobre la prejudicialidad, téngase en cuenta el análisis o juicio que para la resolución del objeto principal de un proceso debe llevarse a cabo, con carácter previo dada la relación y conexidad que presenta con la cuestión principal, para, con su resultado, poder realizar el juicio definitivo sobre el indicado objeto litigioso debatido.

2. Téngase en cuenta la dicción literal del artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [BOE-A-2000-323]. Dispone textualmente: «Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El letrado de la Administración de Justicia dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda».

de que el órgano judicial de entre las variadas interpretaciones posibles de la norma se oriente por sostener la constitucionalidad de esta. Téngase en cuenta que ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha venido a clarificar que la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser utilizada como cauce consultivo «[...] mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución» (Auto del Tribunal Constitucional 59/2013³, de 5 de 26 de febrero, FJ. 3).

Procede —en estos momentos— centrar las líneas que siguen en analizar el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2024 a los efectos de identificar dos aspectos claves, a saber: juicio de constitucionalidad y juicio de relevancia y aplicabilidad. Dentro del primero, obsta señalar que serán los motivos de inconstitucionalidad que el Alto Tribunal considera que acaecen con relación a la dicción literal del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amnistía los que centrarán el grueso del análisis realizado. Veámoslo a continuación.

1. El Alto Tribunal en su fundamento jurídico primero (FJ. 1) aborda el juicio de relevancia procesal. En este sentido, por *mor* de lo preceptuado en el artículo 163 CE y 35 de la LOTC, respectivamente, precisa que el objeto de la cuestión es el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización

3. Puede consultarse en la siguiente dirección url. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23343#complete_resolucion [5 agosto 2024].

4. La dicción literal del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amnistía es la que sigue: «1. Quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración: a) Los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos. En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad. También se entenderán comprendidas en este supuesto aquellas actuaciones desarrolladas, a título personal o institucional, con el fin de divulgar el proyecto independentista, recabar información y adquirir conocimiento sobre experiencias similares o lograr que otras entidades públicas o privadas prestaran su apoyo a la consecución de la independencia de Cataluña. Asimismo, se entenderán comprendidos aquellos actos, vinculados directa o indirectamente al denominado proceso independentista desarrollado en Cataluña o a sus líderes en el

marco de este proceso, y realizados por quienes, de forma manifiesta o constatada, hubieran prestado asistencia, colaboración, asesoramiento de cualquier tipo, representación, protección o seguridad a los responsables de las conductas a las que se refiere el primer párrafo de esta letra, o hubieran recabado información a estos efectos. b) Los actos cometidos con la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y de 1 de octubre de 2017 por quien careciera de competencias para ello o cuya convocatoria o celebración haya sido declarada ilícita, así como aquellos que hubieran contribuido a su consecución. En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el párrafo anterior, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad. c) Los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos o resistencia que hubieran sido ejecutados con el propósito de permitir la celebración de las consultas populares a que se refiere la letra b) del presente artículo o sus consecuencias, así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención. En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de prevaricación o cualesquiera otros actos que hubieran consistido en la aprobación o ejecución de leyes, normas o resoluciones por autoridades o funcionarios públicos que hayan sido realizados con el propósito de permitir, favorecer o coadyuvar a la celebración de las consultas populares a que se refiere la letra b) del presente artículo. También quedarán amnistiados los actos de desconsideración, crítica o agravio vertidos contra las autoridades y funcionarios públicos, los entes e instituciones públicas, así como sus símbolos o emblemas, incluidos los actos llevados a cabo a través de la prensa, de la imprenta, de un medio de comunicación social, de internet o mediante el uso de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como en el curso de manifestaciones, asambleas, obras o actividades artísticas o educativas u otras de similar naturaleza que tuvieran por objeto reivindicar la independencia de Cataluña o la celebración de las consultas a las que se refiere la letra b) o prestar público apoyo a quienes hubieran ejecutado los actos amnistiados con arreglo a esta ley. d) Los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia u otros actos contra el orden y la paz pública que hubieran sido ejecutados con el propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos en las letras precedentes o a los encausados o condenados por la ejecución de cualesquiera de los delitos comprendidos en el presente artículo. e) Las acciones realizadas en el curso de actuaciones policiales dirigidas a dificultar o impedir la realización de los actos determinantes de responsabilidad penal o administrativa comprendidos en este artículo. f) Los actos cometidos con el propósito de favorecer, procurar o facilitar cualesquiera de las acciones determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable contempladas en los apartados anteriores del presente artículo, así como cualesquiera otros que fueran materialmente conexos con tales acciones. 2. Los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable amnistiados en virtud del apartado 1 de este artículo lo serán cualquiera que sea su grado de ejecución, incluidos los actos preparatorios, y cualquiera que fuera la forma de autoría o participación [...]».

se determinan las conductas delictivas que constituyen el ámbito objetivo (objeto) de la ley.

2. El Tribunal Supremo, con base en el artículo 35 de la LOTC, justifica el planteamiento de la cuestión por las dudas de constitucionalidad anteriormente anunciadas sobre el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2024, así como la relevancia de la decisión sobre la validez (constitucionalidad) o no del precepto en cuestión. Téngase en cuenta que —en el proceso *a quo*— se está ante un recurso de casación contra la sentencia 56/2022, de 15 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que se confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Girona, en la que se condenaba al recurrente (y otros) por un delito de desórdenes públicos agravados (557.2¹ y bis² del Código Penal), siéndole impuesta la pena de un año y seis meses de prisión.
3. Como reseña el Tribunal Supremo, dentro del ámbito objetivo del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amnistía, se encuentran los actos cometidos entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023 constitutivos, entre otros, de

desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia u otros actos contra el orden y la paz pública que hubieran sido ejecutados con el propósito de mostrar apoyo a los objetivos y fines descritos en las letras precedentes [apartados a, b y c) del artículo 1.1] o a los encausados o condenados por la ejecución de cualesquiera de los delitos comprendidos en el presente artículo.

4. Con base en lo anterior, el Alto Tribunal justifica la relevancia de la duda de constitucionalidad sobre el artículo 1 de la mentada ley para resolver el recurso de casación partiendo de la premisa de que, en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el recurso se encuentra pendiente de señalamiento para su deliberación, votación y fallo. Por tanto, la cuestión instada se plantea en el

1. El párrafo 2 del artículo 557 del Código Penal dispone: «Los hechos descritos en el apartado anterior serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público. En caso de hallarse los autores constituidos en autoridad, la pena de inhabilitación será absoluta por tiempo de seis a ocho años».

2. La dicción literal del artículo 557 bis del Código Penal es la que sigue: «Los que, actuando en grupo, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante en la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código».

momento procesal oportuno a tenor de los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre [\[BOE-A-1979.23700\]](#).

5. En lo que atañe al juicio de relevancia resulta importante recordar la doctrina del Tribunal Constitucional definiéndolo como «el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada». Véanse, entre otras, las SSTC 48/2005, de 3 de marzo, FJ. 3 [\[BOE-T-2005-5419\]](#); 141/2008, de 30 de octubre, FJ. 4 [\[BOE, núm. 281, de 20 de noviembre de 2008\]](#). Diferente del juicio de relevancia es el juicio de aplicabilidad a tenor de lo dispuesto en la STC 55/2010, de 4 de octubre, FJ. 2 [\[BOE-A-2010-16543\]](#). En cualquier caso, ambos juicios sirven a la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad que no es la de dirimir controversias interpretativas sobre la legalidad planteables entre órganos jurisdiccionales o la de resolver dudas sobre el alcance de un determinado precepto legal, sino la de enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso en el que la cuestión se plantea y de cuya validez dependa el fallo como ya se ha comentado. Véanse, entre otras: SSTC 114/1994, de 14 de abril [\[BOE-T-1994-11104\]](#); 273/2005, de 27 de octubre [\[BOE-T-2005-19626\]](#), y 131/2006, de 27 de abril [\[BOE-T-2006-9172\]](#).
6. Volviendo al análisis del Auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2024, las dudas de constitucionalidad que el Alto Tribunal plantea al Tribunal Constitucional podrían resumirse en las siguientes:
 - (a) El Tribunal Supremo se hace eco en su FJ. 2 del debate doctrinal-académico que la Ley de Amnistía ha suscitado tanto a favor como en contra. En este sentido, precisa que será el máximo intérprete constitucional el que tendrá la oportunidad de pronunciarse al respecto al objeto de concretar si «las leyes de amnistía tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico».
 - (b) El Tribunal Supremo en la providencia de inicio del incidente de constitucionalidad se dirige a las partes (en el recurso de casación) a los efectos de que se pronuncien sobre la compatibilidad de la Constitución con la recientemente aprobada Ley de Amnistía y si la misma podría colisionar con el principio de exclusividad jurisdiccional, así como con el monopolio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del Poder Judicial. Al hilo de lo anterior, el Alto Tribunal precisa que la actual Ley de Amnistía resulta «manifiestamente inconciliable con varios preceptos [...] de nuestro Texto Fundamental». Significa, y esto es importante, lo siguiente: «los miembros de esta Sala no albergamos duda alguna acerca de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. No presentamos una duda, en el genuino sentido del término, interesando que la misma pueda ser despejada. Tenemos la absoluta convicción de que la norma cuestionada vulnera, al menos, los preceptos constitucionales que se dirán».
 - (c) El Alto Tribunal reconoce que la amnistía no ha sido una institución ajena a la tradición jurídica española desde los inicios de nuestra historia constitucional.

En este sentido, señala que se han dictado normas de amnistía (o análogas) en los siguientes años: 1837, 1840, 1846. 1854, etc. En el siglo xx se citan los siguientes años: 1906, 1914, 1916, 1918, 1930, 1931, 1934, 1939, 1976 y 1977³.

- (d) Con el mismo interés expositivo y argumentativo, el Tribunal Supremo se hace eco de cómo el Tribunal Constitucional no ha permanecido ajeno a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta figura jurídica. En este sentido, con cita expresa de la STC 63/1983, de 20 de julio [[BOE, núm. 189, de 9 de agosto de 1983](#)], se reseña lo siguiente: «La amnistía responde así —en el caso de las disposiciones que hemos citado— a una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior».
- (e) En la misma línea, con cita expresa de la STC 76/1986, de 9 de junio [[BOE-T-1986-17821](#)], el máximo intérprete constitucional reconoce que la amnistía representa una operación jurídica excepcional que, fundamentándose en un ideal de justicia, busca eliminar las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa que se rechaza por ser contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Desde estas premisas cabe hablar de una operación excepcional como la que se dio en la transición española de los años 70 del siglo anterior.
- (f) Especialmente relevantes, a los objetos del presente análisis, resultan las importantes referencias doctrinales⁴ que el Alto Tribunal incorpora al auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucional a efectos de avalar las dudas de constitucionalidad articuladas. Sirvan como ejemplos los que siguen: profesor Javier TAJADURA TEJADA⁵ (catedrático de Derecho Constitucional de

3. Consúltese la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía [[BOE-A-1977-24937](#)].

4. Otros argumentos jurídico-doctrinales procedentes de la academia incorporados en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucional son los siguientes: profesor David MARTÍNEZ ZORRILLA (profesor agregado de Filosofía del Derecho de la Universitat Oberta de Catalunya), profesora Alicia GIL GIL (catedrática de Derecho Penal de la UNED), profesor Enrique GIMBERNAT ORDEIG (catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid), profesor Manuel ARAGÓN REYES (catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid), etc.

5. Javier TAJADURA TEJADA: «La ley de amnistía (de 1977) supuso una suerte de condena moral del régimen franquista y se fundamentó además en el citado principio de reconciliación nacional, en la consideración como ‘Derecho injusto’ del ordenamiento bajo cuya vigencia se habían cometido los actos que eran amnistiados. Se trataba ciertamente de empezar una nueva etapa... La amnistía que se reclama ahora es para quienes han delinquido en el marco de una sociedad democrática y en el contexto de un Estado de Derecho... si fue injusto el Derecho que lo reprimió, fue justo el proceso de secesión» (FJ. 2.2 del auto de planteamiento de 24 de julio de 2024).

la Universidad del País Vasco), profesor Jesús María DE MIGUEL BÁRCENA⁶ (profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cantabria), profesor Jesús María SILVA SÁNCHEZ⁷ (catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), profesor Virgilio ZAPATERO GÓMEZ⁸ (catedrático de Filosofía del Derecho y diputado constituyente), etc.

- (g) Con la misma finalidad argumentativa, el Tribunal Supremo recoge parte del pronunciamiento de la Comisión de Venecia en lo que atañe a la compatibilidad sobre una Ley de Amnistía con el Estado de Derecho, así como a su excepcionalidad. En este sentido extracta lo siguiente: «[...] solo se pueden encontrar ejemplos de Ley de Amnistía en el contexto final de conflictos, dictaduras, insurrecciones, inmediatamente después de la transición democrática, pero no más tarde».
- (h) Sin perjuicio de lo expuesto, el Alto Tribunal reconoce que, aunque lo más frecuente es que el instrumento de la amnistía se vincule a procesos de transición política, también se observa su utilización en supuestos en los que el legislador lo utiliza como una modalidad de derecho de gracia. Véase el artículo 62⁹ en su párrafo i) de la CE [\[BOE-A-1978-31229\]](#). En la misma línea, consúltese la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto [\[BOE-A-1870-4759\]](#).
- (i) Circunscribiendo el análisis a las dudas de constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024, el Alto Tribunal precisa que es su vinculación con el derecho de

6. Jesús María DE MIGUEL BÁRCENA: «Habremos de entender que con la aprobación de una nueva Ley (orgánica) de amnistía, se está abriendo en realidad un nuevo proceso de transición constitucional —o constituyente— para el que el conjunto de los ciudadanos españoles no ha sido invitado ni convocado» (FJ. 2.2 del auto de planteamiento de 24 de julio de 2024).

7. Jesús María SILVA SÁNCHEZ: «La amnistía implica una negación drástica de la justicia y de la igualdad (valores superiores del ordenamiento jurídico)... (por eso) todas ellas se enmarcan en regímenes de transición de dictadura a democracia, o a la superación de situaciones de guerra civil más o menos potente. Así, su primera premisa es la formulación de un juicio crítico con respecto al pasado, unida a la aceptación de una responsabilidad colectiva por la situación de enfrentamiento que lo caracterizó» (FJ. 2.2 del auto de planteamiento de 24 de julio de 2024).

8. Virgilio ZAPATERO GÓMEZ: «Las amnistías son instrumentos útiles en momentos de transición política de un régimen a otro como ocurrió entre nosotros en 1977. También lo son cuando con el perdón como indica ARENT se trata de recomponer el espacio público mediante la integración de quienes lo abandonaron y que, volviendo por sus pasos, asumirían ahora lealmente la Constitución a cambio del perdón». [...] «Pero aquí no estamos en el caso de un cambio de régimen ni, por lo que dicen los eventuales beneficiarios [...] ante un proceso de acatamiento leal de aquella. Esto es, no se dan los presupuestos de base para una amnistía política como instrumento de justicia transicional».

9. La dicción literal del párrafo i) del artículo 62 de la CE es del siguiente tenor: «Corresponde al Rey [...] i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».

gracia lo que determina su articulación jurídica en la ley de cuya constitucionalidad se duda. Es más, aduce lo siguiente (FJ. 2):

[...] lo cierto e incuestionable es que ni previa ni simultáneamente a la promulgación de la Ley de Amnistía se ha producido en España cambio constitucional de ninguna naturaleza, mucho menos aún de tal magnitud que permitiese considerar que se transita desde un régimen político (censurable) a otro (que se desea). Al contrario, el entramado normativo constitucional se mantiene en su integridad por lo que mal podría considerarse que se reputa injusto el ordenamiento bajo cuya vigencia se produjeron los hechos delictivos amnistiados, que en todo lo sustancial se conserva, de tal modo que si aquellos mismos hechos volvieran a producirse ahora su calificación jurídico penal no se vería alterada.

- (j) A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo colige que la actual Ley de Amnistía podría enmarcarse entre las que «[...] constituyen mero y simple ejercicio de derecho de gracia» y no entre las ubicables en el marco del derecho transicional.
- (k) En lo que atañe a los límites constitucionales a la Ley de Amnistía, el Alto Tribunal (FJ. 3) recuerda los límites del legislador en todo Estado constitucional y democrático de Derecho. Precisa, y esto es importante, que «el legislador no es soberano». Por tanto «tiene limitada su potestad, no solo procedimentalmente, sino también materialmente, ya que en el ejercicio de la misma no puede trasgredir los valores, principios y reglas que la Constitución establece (artículo 9.1¹⁰ CE)». Significa que la soberanía nacional «reside, no desde luego en las Cortes Generales, sino en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (también el legislativo), el artículo 1.2 de la Constitución española». Con base en estas premisas, obsta señalar que las Cortes Generales, como representantes del pueblo, deben ejercer su función dentro de los límites constitucionales.
- (l) Sobre la posible vulneración del derecho constitucional a la igualdad ante la ley de la Ley Orgánica 1/2024, el Tribunal Supremo deja claro en su auto de planteamiento que toda amnistía «en la medida en que se trata de una norma excepcional y singular, comporta un tratamiento diferenciado entre ciudadanos». De ahí la exigencia de extremar las cautelas y, en particular, las propias exigencias del derecho constitucional a la igualdad ante la ley. En este marco analítico, el Alto Tribunal —siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional— reseña que el simple establecimiento de diferencias en el régimen normativo con relación a distintos grupos o situaciones no determina *per se* la vulneración del derecho a la igualdad. No obstante, cualquier diferencia en el trato normativo debe poder ser justificado a partir de elementos que permitan,

10. La dicción literal del párrafo 1 del artículo 9 de la CE es la que sigue: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

directa o indirectamente, identificar un fundamento distinto compatible con los valores constitucionales.

- (m) Parafraseando una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad constitucional, el Alto Tribunal señala: «[...] el derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del artículo 14 de la CE exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable» (STC 79/2020, de 2 de julio, FJ 4 [[BOE, núm. 207, de 31 de julio](#)]; STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ. 5 [[BOE-T-2005-1070](#)]; STC 117/2011, de 4 de julio, FJ. 4 [[BOE-A-2011-13307](#)], etc.).
- (n) El Tribunal Supremo, con base en la doctrina constitucional sobre la igualdad, ha venido a reconocer que el artículo 14 CE contiene, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, configurándose como un derecho subjetivo de la ciudadanía a obtener un trato igual, que obliga y limita la actuación de los poderes públicos y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Desde estas premisas cabe significar que la virtualidad del artículo 14 de la CE no se agota en esa cláusula general de igualdad, sino que establece una serie de motivos concretos de discriminación, siendo estos motivos de discriminación los que han servido de justificación para declarar la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados (o los perjuicios causados, al margen de cualquier contraste entre situaciones) respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe. Con base en lo expuesto, la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad —en palabras del Alto Tribunal— y no requiere necesariamente de un término de comparación.
- (o) Extrapolando estas consideraciones al análisis del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amnistía, el Alto Tribunal recoge las palabras del profesor Xavier ARBÓS I MARÍN (catedrático [emérito] de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona) a los efectos de reseñar lo siguiente:

La amnistía es contraria a la aplicación de la ley penal en condiciones de igualdad, y en este punto resulta incompatible con el artículo 14. Dos conductas iguales en su dimensión penal, serían tratadas de manera diferente, según su vinculación al intento de secesión unilateral de 2017. Pensemos en el caso del delito de atentado a la autoidad previsto en el artículo 550 del Código Penal. Si se comete en el contexto de una manifestación en favor de la independencia de Cataluña podría quedar exceptuado de respuesta penal, precisamente por el objeto político que defiende. En cambio, si el manifestante se ha comportado de la misma manera en una protesta por el desahucio de una familia sin recursos, su ideario anticapitalista no le salvará de las sanciones impuestas en la sentencia condenatoria.

- (p) El Tribunal Supremo —a tenor de lo expuesto— pone en duda que la diferencia de trato dispensada en la redacción del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amnistía tenga encaje constitucional y no sea discriminatoria, puesto que son muchas las dudas que acaecen sobre el fundamento constitucionalmente aceptable (recogido en el Preámbulo de la ley) para dispensar un trato diferente y que este no sea arbitrario.
- (q) A mayor abundamiento, el Alto Tribunal descarta que la Ley de Amnistía pueda catalogarse dentro de ese grupo de leyes de amnistía cuya razón de ser es transicional. Es más, el Tribunal Supremo señala que el régimen jurídico-político en España no ha cambiado en lo que atañe a su estructura constitucional. Al contrario, el Tribunal Supremo considera que la Ley de Amnistía responde a una suerte de derecho de gracia. Sobre el derecho de gracia, el Alto Tribunal precisa (FJ. 5.4) que «[...] Admitir que el legislador ostenta la competencia para ejercer el derecho de gracia [...] no significa [...] que pueda ejercerlo desligándose por completo de las exigencias y límites impuestos por la Constitución».
- (r) Avanzando en la lectura del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el Alto Tribunal se pregunta lo siguiente (FJ. 5.6):

¿Cuál es el fundamento que impulsa al legislador a dispensar a los delitos seleccionados por la ley de amnistía [...] un tratamiento tan ostensiblemente privilegiado que les permitirá excluir toda responsabilidad por sus actos [...] mientras los demás ciudadanos, no escogidos, habrán de asumir las consecuencias normativas de sus actos, incluso con sacrificio de su derecho a la libertad personal?

- (s) El Tribunal Supremo reseña que es el propio articulado de la ley de amnistía el que identifica a sus destinatarios por el propósito que les impulsó a la comisión de hechos de distinta gravedad. Frente a esto recuerda —en palabras del Tribunal Constitucional— que la Constitución española no tiene naturaleza militante.
- (t) En palabras del profesor Roberto BLANCO VALDÉS (catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela) (FJ. 5.6):

Viola de forma flagrante el principio de igualdad que nuestra Constitución reconoce en su artículo 14... tratar de forma penalmente desigual a dos personas, sobre la base del presunto motivo que las llevó a la comisión del delito, constituye una completa arbitrariedad. Una irrazonable discriminación en la que no puede incurrir el legislador que, como todos los ciudadanos y los poderes públicos, está sujeto a la Constitución.

- (u) Con base en los argumentos sucintamente comentados, y otros más amplios recogidos en el propio auto de planteamiento, el Tribunal Supremo colige que será el Tribunal Constitucional el que, a tenor de las razones expresadas por el legislador en el Preámbulo de la Ley de Amnistía, tendrá que determinar si el tratamiento desigualitario encuentra justificación razonable en términos constitucionales. Repárese que el juicio de constitucionalidad deberá realizarse en base a tres juicios (o *ítems*), a saber: existencia de un fin discernible y legítimo

(razonabilidad), articulado en términos no inconsistentes con su finalidad (idoneidad), y proporcional a los objetivos de persigue (proporcional en sentido estricto). En este punto, se hace necesario destacar la abundante cita de doctrina académica que el Alto Tribunal incorpora en su auto de planteamiento con citas textuales de Germán TERUEL LOZANO (profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia), Alfonso GARCÍA FIGUEROA (catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha), entre otros. En la misma línea, en lo que atañe al sustento académico, ténganse en cuenta las líneas extractadas del profesor Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ¹¹ (catedrático [emérito] de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante).

- (v) Finalmente, en lo atinente a la seguridad jurídica (FJ. 6) el Tribunal Supremo precisa que resulta difícil comprender que la Ley Orgánica de Amnistía pueda considerarse que respeta el principio de seguridad jurídica. Téngase en cuenta el FJ. 5 de la STC 36/1991, de 14 de febrero [BOE-T-1991-35000] cuando la define como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho». Sobre la ruptura del principio de seguridad jurídica, repárese que es el propio Tribunal Supremo el que habla de que la eficacia de las normas penales se ve resentida, ya que resulta harto complicado identificar la razón por la que cualesquiera otros grupos o formaciones, así como individuos aislados, no podrían considerar también que por cualquier infracción penal que cometan pudieran ser amnistiados con base en el favorecimiento, promoción e impulso de su particular opinión, ideología o cosmovisión del mundo. El extracto doctrinal del profesor Andrés Antonio BETANCOR RODRÍGUEZ¹² (catedrático de Derecho Administrativo) resulta muy clarificante.

Llegados a este punto, conviene significar varios aspectos al hilo de la lectura del Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Amnistía de 24 de julio de 2004:

11. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ: «Una ley de amnistía podría considerarse constitucional [...], pero siempre y cuando fuera acompañada de algunas circunstancias que en este caso no parecen darse. Una de ellas es la ya mencionada de que estuviera respaldada por un amplio consenso político. Y otra [...] que quienes se benefician de ella [...] hicieran una manifestación política [...] reconociendo que su actuación en el pasado fue contraria a la Constitución, al Derecho establecido y, sobre todo, que tienen el propósito de no volver a utilizar esa vía como medio para obtener sus fines políticos [...]».

12. Andrés Antonio BETANCOR RODRÍGUEZ: «El que la gravedad de la subversión del orden sea la justificación de la amnistía, está incentivando que otros, de signo y objetos políticos distintos incurra en subversión para justificarla necesidad del restablecimiento de la convivencia que alumbra a una nueva amnistía. Nada lo impediría. O es que acaso solo la ultraderecha secesionista tiene derecho a la intimidad cuando subvierte el orden constitucional. No. Evidentemente no».

- En primer lugar, se trata de un auto cuya lectura resulta muy recomendable. Máxime porque contribuye a identificar los elementos más importantes de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento para el control jurisdiccional de constitucionalidad en sede constitucional.
- En segundo lugar, por los términos en los que el Alto Tribunal articula el juicio de relevancia y aplicabilidad, así como el juicio de constitucionalidad.
- En tercer lugar, por los motivos en los que —a juicio del Alto Tribunal— el artículo 1 de la Ley de Amnistía adolece de un dudoso encaje constitucional.
- Finalmente, por la importancia que en el auto de planteamiento se les otorga (y concede) a los argumentos provenientes de la academia (doctrina constitucional y penal, principalmente). Un claro ejemplo de transferencia de conocimientos en su dimensión más práctica. No obstante, se echa en falta la consulta (y referencia doctrinal) de más mujeres juristas expertas sobre la materia.

Dicho lo anterior, queda por ver en qué términos resolverá el máximo intérprete constitucional sobre las dudas de constitucionalidad planteadas, significadamente (aunque no exclusivamente) en lo que atañe a la igualdad constitucional y a la seguridad jurídica. También, y con una mayor relevancia jurídico-constitucional (si cabe), sobre si las leyes de amnistía (en general) tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional.

María Concepción TORRES DÍAZ
 Doctora en Derecho
 Profesora de Derecho Constitucional
 Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 485/2024, de 10 de abril de 2024 [Roj: STS 1906/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1906]

EL USO DE LA MARCA AJENA EN OFERTAS Y CAMPAÑAS PROMOCIONALES CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN DE MARCA

1. INTRODUCCIÓN

El litigio del que trae causa la sentencia que en esta reseña de jurisprudencia comentamos tiene una importante complejidad, habiendo enfrentado a lo largo de más de diez años a la marca de la textil gallega por excelencia, Zara, con una empresa mucho menos conocida dedicada a la oferta de contenido de entretenimiento mediante suscripción de pago, conocida como Buongiorno My Alert (en adelante Buongiorno).

Los hechos que enfrentan a ambas mercantiles pueden resumirse del siguiente modo: Buongiorno en el año 2010 lanza una campaña conocida como «Club Blinko» para promocionar sus servicios de suscripción a contenidos multimedia vía SMS y WAP a través de sus páginas web «blinko.es» y «blinkogold.es». La promoción consistía básicamente en sortear, entre todos aquellos usuarios que adquirieran y mantuvieran una suscripción de, al menos, 30 días a los contenidos del Club Blinko, un premio de 1000 € en forma de una tarjeta regalo para gastar en Zara, empleando, y aquí es donde radica el *quid* del litigio, la marca denominativa «Zara» en la publicidad en línea en otras páginas webs (en forma de *banner*), así como en sus propias páginas web enmarcada de modo que simulara una tarjeta bancaria o de cliente de la citada compañía.

La titular de la marca, Inditex, emite rápidamente un requerimiento formal de cese y desistimiento de la conducta que fue contestado negativamente por Buongiorno, lo que motivó que tres años después, en 2013, se interponga demanda sustentada en una doble vía de reclamación, a saber: por un lado, la infracción del derecho exclusivo sobre la marca Zara, en una doble vertiente que implicaba tanto el riesgo de confusión (art. 34.2.b LM) como el aprovechamiento indebido del renombre y perjuicio a dicho carácter de la marca (art. 34.2.c LM); por otro lado, se planteaban acciones por competencia desleal, que serán rechazadas en las distintas instancias al haber prescrito las mismas en el transcurso de esos tres años de espera.

La pretensión planteada sobre la base de la infracción de marca será rechazada en las dos primeras instancias, al entender que la misma se trata de un uso referencial de la marca o, en todo caso, un uso que no lesiona las denominadas funciones de la marca y, por tanto, inócua en cuanto a sus efectos.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Planteado el recurso a la sentencia de apelación, el mismo se sustenta en tres motivos distintos, dos conforman el recurso extraordinario por infracción procesal (condenados a no prosperar) y un tercer motivo que sustentaría el recurso de casación y que plantea la incorrecta interpretación del art. 34.2.c LM, indicando que plantear la afectación de las funciones económicas de la marca renombrada como criterio de determinación de la infracción del derecho exclusivo es un proceder erróneo, por cuanto dicho perjuicio «es inherente a los tres tipos de infracción descritos en el art. 34.2.c LM», siendo un «rasgo propio de cualesquiera de las infracciones de la marca renombradas tipificadas» en él.

El Alto Tribunal acepta en sustancia el argumento, razonando, con abundante cita de la jurisprudencia europea, que para apreciar aprovechamiento del renombre de una marca basta con que se produzca un grado de similitud suficiente como para inducir al público a establecer un vínculo entre signo (presuntamente infractor) y marca. Añade que dicho vínculo se manifiesta en una evocación de la marca renombrada anterior por el signo, de modo tal que en la mente del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se trabase algún tipo de conexión mental entre ellos.

A este primer requisito añade el Tribunal la necesidad de que la evocación en sí tenga por objeto o efecto «un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del [nombre] de la marca o se perjudique su distintividad o [nombre]», lo cual no es sino completar el tipo de conducta tipificada en el art. 34.2.c LM. De modo interesante matiza, con relevancia por lo que veremos después, que el concepto «ventaja desleal del carácter distintivo o del nombre de la marca (que se deriva a su vez de la propia noción de aprovechamiento indebido de acuerdo a la jurisprudencia europea en la materia) no se vincula al perjuicio sufrido por la marca, sino a la ventaja obtenida por el tercero del uso del signo idéntico o similar».

Establecido de este modo el estado de la cuestión jurídica, indica que el uso de un signo idéntico al de la marca renombrada Zara, hecho no para ofertar productos o servicios en sí, sino para especificar uno de los premios del sorteo, es susceptible de ser encuadrado dentro de la noción de aprovechamiento indebido del carácter distintivo o [nombre] de la citada marca, al tener lugar una «*transferencia ilícita de imagen de marca o de las características proyectadas por ésta* hacia los servicios de entretenimiento publicitados por la demanda» (resaltado propio).

Ahora bien, la conducta presenta muchos matices tanto de licitud como de ilicitud, de modo que, dada su tonalidad gris, se plantea la necesidad de comprobar si existe algún argumento que pueda amparar dicho uso; particularmente, se plantea la posibilidad de concebir dicho uso como un uso meramente descriptivo, y, por tanto, inocuo, de la marca ajena bajo el art. 37.1.c LM. En este punto, la controversia se plantea debido a un cambio en la redacción del precepto en la reforma llevada a cabo en la LM por

el RD-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, y que rebajaría la intensidad de los requisitos con que la conducta debe ser considerada permisible.

En efecto, la redacción del art. 37.1.c LM con carácter previo a 2018 era fiel trasunto del art. 6.1.c de la Directiva 89/104/CE en materia de marcas, que se mantuvo tal cual en la Directiva 2008/95 que la sustituye y deroga. El TJUE en sentencia de 17 de marzo de 2005, as. C-228/03, Caso Gillete, y en resolución de 8 de julio de 2010, as. C-558/08, Caso Portkabin, parecía pretender darle un contenido más amplio al citado art. 6.1.c al indicar que el mismo es aplicable a situaciones acordes al objetivo de la disposición, al margen del tipo que sean, identificando tal objetivo como permitir a los proveedores de productos y servicios complementarios a los marcados que utilicen el signo comercial protegido como marca de un tercero a fin de informar al público de que sus productos guardan un vínculo funcional con los de dicho otro empresario.

Sin embargo, la nueva redacción del art. 37.1.c, trasunto directo y fiel del tenor literal de la Directiva (UE) 2015/2436, alude a la permisión del uso referencial de la marca, esto es, aquel que se limita a designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer simplemente referencia a los mismos. Resulta, por tanto, evidente que se opera una ampliación del ámbito de esta modalidad de uso inocuo de la marca ajena a título referencial, al atribuirle un carácter meramente indicativo de la procedencia de productos de terceros en la comunicación comercial propia, eliminando el requisito de «necesidad» que aparecía en la anterior redacción. El uso, por tanto, ya no tiene que ser «necesario» para indicar el destino de un producto o servicio.

Surge así la duda razonable en punto a qué criterio aplicar al caso, lo que motivó el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Alto Tribunal al TJUE, resuelta en sentencia de 11 de enero de 2024, as. C-361/22, Caso Inditex, donde se confirma que el alcance de la redacción original es más limitado que la actualmente vigente. De modo que concluye que el art. 6.1.c y, por tanto, la versión del art. 37.1.c LM vigente al momento de los hechos debe interpretarse en el sentido de exigir la necesidad de indicar el destino de un producto o servicio comercializado por quien realiza la comunicación comercial.

Obligado de este modo a respetar el tenor literal del precepto, pese al cambio de criterio ocurrido después en la materia, el juzgador en Casación no tiene otro remedio que reconocer la existencia de una infracción de la marca, optando, acertadamente en nuestra opinión, como posteriormente comentaremos, por moderar fuertemente la cuantía indemnizatoria atendiendo esencialmente a las circunstancias y tipo de uso, así como a la escasa duración y facturación de la campaña.

3. CUESTIONES DE INTERÉS

La sentencia presenta numerosos puntos o cuestiones de interés sobre el Derecho de marcas. La valoración que merece el pronunciamiento es, debe adelantarse,

positiva y entendemos que demuestra un profundo conocimiento de las herramientas y resortes que pone a disposición de los Tribunales el sistema de protección del derecho exclusivo de marca. Tres son los aspectos sobre los que consideramos oportunos ahondar: la ubicación sistemática de la doctrina de las funciones de la marca, la potente moderación de los daños y los efectos que esta resolución pueda tener en litigios posteriores.

3.1. Sobre la ubicación sistemática de las funciones de la marca en el juicio de infracción

Una de las primeras cuestiones que sorprende del pronunciamiento es la indubitada de la tesis de la recurrente, que integra el juicio de infracción de las funciones económicas de la marca dentro del contenido del art. 34.2.c LM y de las conductas que allí contempla.

La ubicación sistemática de la doctrina de la infracción de las múltiples funciones de la marca es un asunto aún por interpretar para el Tribunal de Justicia de la UE. En efecto, es dicho órgano el que en STJUE de 18 de junio de 2009, as. C-487/07, Caso L'Oreal vs. Bellure, ap. 58, reconoce explícitamente que la infracción de la marca deriva de un menoscabo a alguna de sus funciones económicas (idea que estaba ya presente en la STJCE de 12 de noviembre de 2002, as. C-206/01, Caso Arsenal Football Club, ap. 51, cuando indica que el derecho exclusivo se destina a garantizar que la marca pueda cumplir las funciones que le son propias).

De manera natural, en buena lógica jurídica, si hay algún punto en que integrar la valoración del grado de afectación a las funciones de la marca, este es en el precepto que recoge los elementos del juicio de infracción, que, en este caso, aparece enunciado como facultad prohibitiva del titular de la marca en el art. 34.2 LM. Aquí ya puede apreciarse una diferencia importante que debiera haberse hecho notar, bajo nuestro punto de vista, en la propia resolución: la tesis que incluye la valoración de la afectación a las funciones de la marca dentro del art. 34.2.c LM es errónea, por cuanto supone reconocer que solamente las marcas renombradas deben someterse a esta valoración, planteamiento que sería incorrecto por, al menos, dos motivos.

En primer lugar, porque el juicio de confusión contenido en el art. 34.2.b constituye, en sí mismo, la valoración de la infracción o afectación de la función indicadora del origen empresarial de la marca, tal y como se deduce de la STJUE de 23 de marzo de 2010, ass. C-236 a 238/06, Caso Google France SARL vs Louis Vuitton Malletier. En dicha resolución se conecta el test de confusión con la protección de la indicación de origen (*cfr.* ap. 72 como botón de muestra). De este modo, resulta incorrecto limitar la valoración de las funciones de la marca al art. 34.2.c LM por cuanto ya se encuentra, al menos en lo que hace al juicio de confusión (que incluye el de asociación), en el art. 34.2 LM.

En segundo lugar, porque dicho planteamiento estaría en radical oposición a lo manifestado por el TJUE en la sentencia de 22 de septiembre de 2011, as. C-323/09, Caso Interflora, la cual en sus aps. 62 y 63 reconoce la tutela de la función de inversión como una posibilidad que puede tener lugar de forma previa a la consolidación de reputación.

Por lo expuesto, entendemos que lo correcto es entender que el juicio de infracción de las funciones de la marca debe entenderse inherente al art. 34.2 en su totalidad y no específica o exclusivamente vinculado al apartado c).

De igual forma, es importante destacar que la inherencia de dicha valoración a las conductas tipificadas no excluye la necesidad de valorar debidamente la afección a la función o funciones de la marca implicadas, lo que ocurre es que este ya no tiene lugar sobre el vacío, algo que nos parece en general positivo y que el propio Tribunal Supremo lleva de forma a cabo en el ap. 4 del FJ. cuarto cuando conecta el aprovechamiento indebido alegado por la parte a una transferencia ilícita, por no consentida, de la imagen de marca y, por tanto, la conecta con lo que el TJUE llama función de comunicación y FERNÁNDEZ-NÓVOA llamó función condensadora de *goodwill*. Sin perjuicio de que la calificación en este punto es cuestión de matiz en grado sumo, y que, efectivamente, el precepto y su referencia al renombre de la marca se conecta con la noción de reputación que es propia del concepto de *goodwill* (hasta tal punto que a menudo se confunde indebidamente), parece que el aprovechamiento se plantea no tanto desde el lado del *imagertransfer* cuanto de un incremento del tráfico y suscripciones derivado del interés comercial de la marca Zara y del atractivo que adquiere el propio sorteo, lo que parece más conectado con la función publicitaria tal y como aparece definida en la STJUE de 23 de marzo de 2010, ya citada (aps. 91-98).

3.2. Sobre la moderación de los daños

Como ya ha habido ocasión de indicar, dada la interpretación del TJUE en la cuestión prejudicial planteada, no cabe sortear la ilicitud marcaria de la conducta enjuiciada al no poderse considerar el uso de la marca «Zara» necesaria para indicar el destino de los servicios ofertados ni del sorteo, aunque pueda plantearse la eventual necesidad de indicar el tipo o marca de producto para el que se concede el crédito en que consiste el premio.

En todo caso, lo interesante del planteamiento de esta sentencia radica precisamente en que aceptar la infracción es tan solo el primer paso, pues el peso de la decisión radica en la moderación de la indemnización. Por un lado, descarta el importe de 308.327,61 euros que reclama Inditex por dilución o degradación a la distintividad y/o renombre de la marca Zara, bajo el argumento, correcto a nuestro entender, de que la dimensión parasitaria de la conducta, por no llevarse a cabo en relación con productos sustitutivos o competidores, sino con un servicio de suscripción del todo ajeno a la marca, no tiene capacidad de producir un efecto perjudicial para la susodicha marca.

Tesis que aceptamos dado el contexto de la actividad y que, entendemos, no resultaría extrapolable a otro tipo de actividades o servicios moralmente más cuestionables.

Lo interesante, sin embargo, se encuentra en la moderación de la indemnización circunscrita al aprovechamiento, cifrada en 84.000 € y fijada finalmente en 2.215,60 €. En este sentido destacamos el recurso a las circunstancias del caso, específicamente las circunstancias del uso y el tipo de uso (indicar el destino de un premio), así como la escasa duración e impacto de la campaña, que sirve al Tribunal para considerar «muy desproporcionada» la cantidad reclamada. Y este planteamiento es relevante no solo por la entrada de criterios fácticos en lo que venía siendo un juicio más bien formal (*cf.* MONTEAGUDO MONEDERO, M. 1993: «El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal». En *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, xv, 73-108), lo cual plantea dudas, a su vez, respecto a la conexión de Derecho de Marcas y Competencia Desleal, sino, esencialmente, porque supone dar entrada en sede de cuantificación del daño al carácter cuasirreferencial con el que se hace el uso del signo y que permite crear un sistema de valoración móvil sensible al tipo y circunstancias de uso, flexibilizando la infracción marcaria, permitiendo una suerte de infracción remunerada de la marca que recuerda a ciertas doctrinas del *flexible IP*.

3.3. A modo de conclusión: sobre la aplicación futura de estos planteamientos

A fin de concluir lo que no pretende sino ser unas brevísimas notas sobre la sentencia, cabe preguntarse al hilo de lo concluido anteriormente hasta qué punto esta sentencia puede (y debe) ser tomada como precedente sobre el futuro de la evolución en materia de marcas. Y es que, aunque el planteamiento es innovador, correcto y demuestra gran manejo de las instituciones de Derecho de Marcas, suscita la inevitable duda sobre dónde poner el límite a la infracción si es que debe ponerse alguno, planteando interesantes problemas de valoración *ad hoc* de circunstancias que hasta ahora se venían planteando con carácter general para todo derecho exclusivo.

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Profesor Sustituto de Derecho Mercantil
(acreditado a Prof. Ayudante Doctor)
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 27 de diciembre de 2023

REVOCACIÓN DE CONDENA POR DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y LESIONES LEVES

El Juzgado de lo Penal número 25 de Madrid incoó juicio rápido número 166/21 por delito. Con fecha 21 de mayo de 2021 dictó sentencia donde condenaba a Bernardino como autor responsable criminalmente de un delito de resistencia del artículo 556, 1.º y un delito leve de lesiones del artículo 147, 2.º del Código Penal (CP).

Contra dicha resolución D. Bernardino interpuso recurso de apelación, dictándose sentencia por la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Rollo Apelación PA 994/21), con fecha 26 de julio de 2021, donde se desestimaba el recurso y se confirmaba la sentencia del Juzgado de lo Penal número 25.

D. Bernardino presentó un recurso de casación, argumentando violación a la inviolabilidad del domicilio y cuestionando la proporcionalidad de la actuación policial.

El Tribunal Supremo, tras revisar el caso, anuló las condenas anteriores, destacando la importancia del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Las sentencias referenciadas muestran la complejidad de una intervención policial en un domicilio privado y la importancia de equilibrar los derechos individuales con la necesidad de mantener el orden público.

1. HECHOS PROBADOS

Partimos de la base fáctica sobre la cual se sustenta la resolución y que el Alto Tribunal considera como verdadera y aceptada.

1.1. Contexto y motivo de la intervención policial

La intervención policial se originó en respuesta a las quejas de vecinos sobre ruidos excesivos en la madrugada del 9 de mayo de 2021, en la residencia de D. Bernardino, situada en la CALLE000 número NUM000, Madrid. Los vecinos, perturbados por el volumen alto, decidieron llamar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad alrededor de las 5:20 horas, solicitando su intervención para restaurar la tranquilidad en la zona.

1.2. Intervención inicial

Al recibir la alerta, dos agentes se dirigieron al domicilio indicado. Al llegar, se encontraron con D. Bernardino quien, tras abrirles la puerta, se mostró reticente a

cooperar desde el principio. Al solicitarle su identificación, D. Bernardino se negó a proporcionarla, apartando al agente número NUM003 e intentó cerrar la puerta del piso.

1.3. Escalada de la intervención inicial y uso de la fuerza

Los agentes intentaron impedir que se cerrara la puerta, produciéndose un forcejeo con la misma, atrapando la pierna del agente número NUM004. Tras impedir su cierre y entrar en la vivienda, procedieron a la detención de D. Bernardino, a pesar de que forcejeó para impedirlo.

1.4. Detención y lesiones leves

Como consecuencia de estos hechos, el agente número NUM004 sufrió lesiones leves, incluyendo una erosión y una contusión, que fueron tratadas sin dejar secuelas permanentes.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El recurso de D. Bernardino cuestiona la legitimidad de la intervención policial, argumentando que los agentes actuaron de manera abusiva y desproporcionada al no estar frente a un delito flagrante. Un exceso que privaría a los agentes de la protección que les otorga el tipo penal aplicado. Por lo tanto, el recurrente considera que la entrada de los agentes en el domicilio fue ilegal, infringiendo lo preceptuado en el artículo 18.2 de la Constitución española (CE).

D. Bernardino, independientemente de si residía de manera permanente o temporal en el inmueble, se abstuvo de identificarse frente a los agentes tras abrir la puerta. Esta acción no representaba una infracción flagrante que justificara el ingreso forzoso de los agentes al domicilio. Sin embargo, al intentar el acusado cerrar la puerta, los agentes procuraron impedirlo, situación que culminó con uno de ellos aprisionado por la puerta debido a la fuerza aplicada desde el interior por D. Bernardino y otro individuo no identificado. A pesar de la oposición encontrada, los agentes consiguieron acceder al interior y procedieron a la detención del acusado después de un forcejeo.

La sentencia objeto de recurso sostuvo que la conducta del acusado, específicamente su intento de cerrar la puerta para bloquear el acceso de los agentes, constituía un acto flagrante de resistencia, legitimando así la intervención de los agentes bajo el amparo del artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM). Por lo tanto, los agentes estarían actuando amparados en la comisión de un delito flagrante consistente en una resistencia activa no grave del artículo 556 del CP.

El Alto Tribunal, a partir de los hechos probados, considera que la presencia de los agentes en el edificio donde se situaba la vivienda ocupada en ese momento por

el recurrente y otras personas estaba justificada. La intervención policial fue motivada por quejas de vecinos sobre el ruido proveniente de dicho apartamento, lo que llevó a intentar identificar a quienes allí residían.

Analiza el alcance del artículo 556 del Código Penal, que salvaguarda la autoridad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, condicionando dicho amparo a que la actuación se realice dentro de las funciones propias de su cargo, sin extralimitaciones. Los funcionarios públicos deben ejercer dichas funciones con respeto y acatamiento de todos los límites impuestos por nuestro marco constitucional, que son esenciales para legitimar dicho principio.

Cuando es la conducta de los agentes, que afecta un derecho fundamental, la que provoca la justificación de su intervención, la protección especial que el CP concede a los agentes bajo el artículo 556 impone una obligada interpretación restrictiva. El derecho fundamental afectado es la inviolabilidad del domicilio, artículo 18.2 de la CE. Se establece que cualquier entrada o registro por parte de las autoridades debe estar debidamente justificado, respondiendo a situaciones excepcionales y ajustándose a los marcos legalmente establecidos.

En el caso específico, se argumenta que la entrada en el domicilio de D. Bernardino, motivada inicialmente por una queja de ruido, no cumplía con los requisitos legales para una entrada sin consentimiento del ocupante ni autorización judicial previa, especialmente al no configurarse una situación de delito flagrante que justificase tal intervención. Respecto a la actuación del acusado en su intento de cerrar la puerta para bloquear el acceso de los agentes, el Alto Tribunal considera que el artículo 18.2 de la CE reconoce el derecho del ciudadano a oponerse a las intromisiones de los agentes en su domicilio. Aunque esta oposición no debe llevarse a cabo por acciones desproporcionadas, en este caso, la reacción de D. Bernardino, intentando cerrar la puerta y desplazando a uno de los agentes, no es considerada desproporcionada en la sentencia del Alto Tribunal.

En cuanto a la aplicación indebida del artículo 147.2 del CP, que se refiere a las lesiones causadas al agente número NUM004, la sentencia indica que la descripción limitada y escueta de los hechos en cuanto a las lesiones que sufrió el agente, así como la localización de dichas lesiones, no permite atribuirle al recurrente la responsabilidad de haberlas causado dolosamente. Incluso si se considerara que hubo imprudencia, dado que se trata de lesiones leves, la aplicación de la ley, en términos de imprudencia, conduciría a que el acto sea considerado atípico, es decir, no constitutivo de delito según el CP, debido a la falta de gravedad de las lesiones.

En resumen, la sentencia concluye, en este apartado, que no hay suficiente base legal para atribuirle al acusado las lesiones sufridas por el agente, ni de forma intencional ni imprudente.

3. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 27 de diciembre de 2023, destaca la importancia de respetar los derechos fundamentales en el contexto de las intervenciones policiales en domicilios privados. El Tribunal Supremo anuló las condenas previas por delitos de resistencia y lesiones leves, fundamentando su decisión en los siguientes puntos:

- La intervención inicial de los agentes, motivada por quejas de ruido, no justificaba una entrada sin consentimiento ni autorización judicial previa, dada la falta de un delito flagrante.
- El intento de D. Bernardino de cerrar su puerta no constituyó un acto de resistencia que justificara la entrada forzosa de los agentes. El Tribunal consideró que su reacción fue proporcionada ante una intrusión no justificada en su domicilio.
- La protección que ofrece el artículo 556 del CP a los agentes de la autoridad está condicionada a que su actuación sea legítima y dentro de las funciones de su cargo, sin extralimitaciones.
- Destaca el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, resaltando que cualquier excepción a este derecho debe ser interpretada de manera restrictiva y estar justificada por circunstancias excepcionales.

Esta sentencia refuerza el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio y corrobora los criterios de la STS 794/2007, de 26 de septiembre, respecto a que las actuaciones policiales en un domicilio, sin orden judicial, deben estar estrictamente justificadas por circunstancias de flagrancia delictiva evidente y concreta. La interpretación de qué constituye una *flagrancia delictiva* que justifica la entrada sin orden judicial en un domicilio se ha clarificado con este fallo.

Espero que esta sentencia también funcione como una herramienta educativa y de sensibilización para los profesionales de la seguridad. Puede ayudar a ilustrar la importancia de los derechos constitucionales y ser utilizada en contextos académicos para discutir el difícil equilibrio entre seguridad y privacidad, dentro de un marco de respeto absoluto por la ley y los derechos fundamentales.

Manuel CASTILLO MORO
Capitán Guardia Civil – Jefatura de Enseñanza
Doctor en Derecho. Doctor en Ciencias Políticas y Sociología
Doctorando en Ciencias Forenses por la UAH
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Lorigademanuel@gmail.com

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª),
183/2024, de 29 de febrero de 2024: sobre la aplicación del sabotaje
informático agravado en el contexto del uso de una bomba lógica**

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES

En ocasiones los juristas recurrimos a la interpretación literal de los textos legales, sin embargo, no pocas veces, la comodidad de resolver las cuestiones complejas a golpe de diccionario o de sentido común no es suficiente para aquellas que desbordan los conocimientos jurídicos, tal como es el caso de las formas delictivas asociadas a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). Este es el caso de la primera sentencia del Tribunal Supremo en la cual ha resuelto afirmativamente a la cuestión de si el empleo de una «bomba lógica» en el contexto de un ciberataque automatizado constituye o no una circunstancia agravante del delito de sabotaje contra sistemas informáticos. Antes bien, al comentario de esta jurisprudencia están dedicadas estas líneas.

2. RELATO DEL CASO Y DECISIONES DE LOS TRIBUNALES INFERIORES

El relato que motiva el caso judicial ocurrió el 2 de marzo de 2017. Ese día, Sixto (seudónimo), administrador de red que trabajaba en la Ciudad Financiera del Banco Santander, creó una bomba lógica para atacar los sistemas informáticos de la empresa. Este comando de instrucciones fue programado para activarse el 20 de marzo de 2017, fecha en la cual afectó a los equipos de la entidad financiera, al eliminar la configuración de arranque del sistema operativo Windows 7. Como resultado, 3.168 equipos en toda España se vieron afectados entre el 21 y el 27 de marzo de 2017. Esto causó problemas en 839 oficinas, cuyos perjuicios fueron valorados en 292.237,86 euros.

La Sección Veintinueve de la Audiencia Provincial de Madrid subsumió estos hechos en el delito de sabotaje contra sistemas informáticos del artículo 264 bis, 1, a y c) en relación con el del artículo 264 ter del Código Penal (CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el cual se le condenó a 1 año, 9 meses y 1 día de prisión, y se determinó su responsabilidad civil con obligación de pagar una indemnización (Procedimiento Abreviado núm. 1125/2020, sentencia núm. 221/2021, de 22 de abril, y Auto de aclaración, de 27 de julio de 2021). En esta

misma sentencia se decidió absolver al acusado respecto a las agravantes del artículo 264.2 apartado 2.º y 5.º CP.

Frente a ello, cada uno de los actores procesales impugnaron la decisión. Así, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió, por un lado, desestimar los recursos de apelación del condenado y de la parte civil Santander Global Technology S.L. y, por otro, estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal. En consecuencia, Sixto fue condenado por el tipo agravado del artículo 264 bis.2 del CP en relación el artículo 264.2.5, con el efecto de que las penas fuesen incrementadas a tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de condena y con una multa del triple del perjuicio causado ascendiente a 99.552 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un mes en caso de impago (Rollo de Apelación núm. 425/202, 24 de noviembre de 2021).

Esta última decisión fue recurrida por el condenado a través de un recurso de casación, alegando la infracción de preceptos constitucionales y legales, lo que resultó en la sentencia número 183/2024, emitida el 29 de febrero de 2024.

3. CONTROVERSIA SUSTANTIVA Y POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El escrito del recurso de casación alegó tres motivos. Dos de ellos referidos a la infracción de garantías procesales relacionadas con la valoración de la prueba documental y la debida motivación de la decisión judicial, los cuales fueron desestimados por el Tribunal Supremo, al considerar que la decisión del Tribunal Superior era razonable y justificada. El tercero, concerniente al juicio de tipicidad respecto al empleo de una «bomba lógica».

El recurrente cuestionó que no debió aplicársele la agravante del artículo 264 bis.2 del CP, el cual a su vez remite al artículo 264.2.5 y luego al artículo 264 ter a), ya que considera que la bomba lógica no constituye un «programa informático» según lo estipulado en el texto legal. No obstante, este motivo también fue desestimado.

Sobre esta última controversia, el Tribunal Supremo se remitió al razonamiento judicial elaborado por la Audiencia Provincial, en cuya sentencia plasmó tanto el Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest, del 23 de noviembre de 2001 (artículo 1), como la Directiva 2013/40/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo (considerando 16), que ofrecen definiciones de lo que es un programa informático. Sobre el cual se afirma que «se incluye dentro del concepto de dato informático, pudiendo aquel definirse como un conjunto de líneas de código, o lo que es lo mismo, un conjunto de instrucciones escritas en algún lenguaje de programación [...]». A dicha conceptualización, el Supremo define «bomba lógica» como «un programa informático (un conjunto de líneas de

código) que se instala en una computadora y permanece oculto hasta cumplirse una o más condiciones preprogramadas para entonces ejecutar una acción. Es un programa maligno que se activa al momento de realizar una acción, enviar un e-mail, ingresar a alguna aplicación, etc. [...]».

A partir de dicho análisis infiere que la bomba lógica que se insertó en el script «REBOOT.VBS» de la máquina central del banco y que desencadenó la inoperatividad de los ordenadores, según informe emitido por la firma Deloitte, es un programa informático y, por tanto, su utilización como medio para cometer el delito de sabotaje contra sistemas informáticos configura la modalidad agravada del apartado a) del artículo 264 ter CP.

Como resultado de esta interpretación, se confirmaron las penas impuestas al condenado. En sentido contrario habría correspondido establecer una pena conforme al tipo básico, esto es, de seis meses a tres años.

4. ANÁLISIS CRÍTICO A LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ÉRASE UNA VEZ UNA BOMBA LÓGICO-JURÍDICA... QUE NO ESTALLÓ

4.1. En primer lugar, resulta fundamental tener una comprensión clara de las leyes penales aplicadas al caso. De acuerdo con la sentencia núm. 221/2021, de 22 de abril, la Audiencia Provincial subsumió los hechos en el artículo 264 bis, 1, a y c) CP en relación con el del art. 264 ter a), empero, absolvió por las agravantes del artículo 264.2 apartados 2.º y 5.º. Al respecto, la absolución respecto al apartado 5.º y la condena por la agravante del artículo 264 ter a) del CP resulta contradictoria, dado que la referencia a esta última solo sería procedente si se aplicara la primera. Por ello, es coherente que la Sala de lo Civil y Penal corrigiera esta inconsistencia, determinando de manera global que los hechos se encuadran en el artículo 264 bis, apartado 1, a y c), y apartado 2 que remite al artículo 264.2.5 y a su vez al artículo 264 ter a) del CP.

Ciertamente, la técnica legislativa de estas modalidades típicas, desarrollada por la Ley Orgánica 5/2010 y la Ley Orgánica 1/2015, suele resultar confusa. Por lo cual, es fundamental mantener la claridad en cuanto a la imputación penal para evitar posibles equívocos.

4.2. Entrando en la cuestión principal, cabe señalar que la interpretación del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la agravante del artículo 264 ter a) del Código Penal plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el principio de *non bis in idem*, así como el principio de proporcionalidad de las penas.

La razón principal radica en que el Supremo realiza exclusivamente una interpretación literal, dejando fuera de consideración que se trata efectivamente de un subtipo agravado. Esta técnica legislativa, en su lógica-sistemática, implica sancionar con

mayor rigor aquellos comportamientos típicos que reúnan ciertas circunstancias que influyan en su grado de lesividad. En este sentido, el alcance y el significado que se le deben atribuir a la agravante, por un lado, deben permitir distinguirse de los supuestos comprendidos por el tipo base y, por otro lado, deben fundar dicha distancia en un criterio cualificado de lesividad.

La primera de esas condiciones es una expresión del *non bis in idem* material. El cual se define como el límite al doble castigo cuando hay coincidencia en el sujeto, los hechos y el fundamento jurídico. Al respecto, la jurisprudencia constitucional incorpora este principio en el artículo 25 de la Constitución española, que garantiza el derecho a la legalidad (STC 91/2008, de 21 de julio). En tanto, la segunda condición se refiere a los fundamentos de la determinación penal, ya que cada circunstancia de agravación se basa en razones y criterios lógicos que justifican su inclusión [BORJA JIMÉNEZ, E. 2015: *La aplicación de las circunstancias del delito: actualizado a la reforma 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 25].

4.3. Destaca el sentido literal que el Tribunal Supremo le atribuye a su interpretación cuando argumenta con base a las definiciones de los instrumentos internacionales y multinivel, las cuales permiten concluir que, efectivamente, la categoría de «bomba lógica» queda comprendida bajo el concepto técnico de programa informático. No obstante, procede a aplicar una circunstancia agravante sin explicar de qué manera se justifica un reproche más severo respecto a la modalidad básica, la cual ya contempla el supuesto de manipulación de programas informáticos¹. En este punto se aprecia la insuficiencia en la argumentación judicial, ya que no aporta un contenido diferenciado al subtipo agravado.

4.4. Para una mayor claridad, la doctrina especializada y, en particular, la Fiscalía General, a través de su Circular 3/2017, se han pronunciado sobre la interpretación del artículo 264 ter a) del CP. Al respecto, se afirma que dicho artículo puede ser considerado tanto en su forma básica (delito de abuso de dispositivos) como en su variante agravada (cuando se aplica vía remisión del artículo 264.2.5).

Su incorporación como tipo base responde al artículo 6 del Convenio de Budapest y al artículo 7 de la Directiva 2013/40/UE, en los cuales se propone sancionar penalmente la posesión de determinados instrumentos que puedan utilizarse para la comisión de delitos contra datos y/o sistemas informáticos [ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. 2015: «Comentario previo a los artículos 264, 264 bis, 264 ter, 264 quater, 265, 266, 267».

1. El tipo base prevé una sanción penal para «el que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno: a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior [art. 264.1] [...]». Las cuales son que «por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos».

En M. Gómez Tomillo (ed.): *Comentarios prácticos al código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos (artículos 234-318 bis)*. Pamplona: Aranzadi, 361]. Para algún sector de la doctrina, esto constituye la criminalización de un acto preparatorio bajo la forma de un delito de mera actividad [CORCOY BIDASOLO, M. 2015: «Capítulo IX. De los daños». En M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (eds.): *Comentarios al código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015 (versión online)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 925; RODRÍGUEZ MESA, M. 2017: *Los delitos de daños. Capítulo IX del título XIII del CP tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 96]. En tanto, su incorporación como agravante en los artículos 197 y 264 sería una innovación legislativa, ya que lo establecido en la LO 1/2015 excede lo dispuesto en la normativa europea.

4.5. Antes bien, la descripción «programas informáticos concebidos o adaptados para cometer delitos» resulta de amplio alcance. Empero, tal como se establece en la parte considerativa de la directiva antes citada, resulta evidente que esta expresión de política criminal comunitaria y nacional tiene como escenario de referencia los ciberataques mediante la propagación de *malware* (programas dañinos). Bajo esa lógica, y con base en el contexto y la singularidad de esta forma de criminalidad, se entiende que tales programas habrían de consistir en aquellos objetivamente elaborados para tales fines [Rodríguez Mesa, M. 2017: *Los delitos de daños. Capítulo IX del título XIII del CP tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 95]. De la misma opinión es la Circular 3/2017, en dónde se recurre a una definición de *malware* elaborada por el Instituto Nacional de Ciberseguridad.

Entre la tipología de malwares más conocidos se cuenta a los virus, gusanos, troyanos, *bots*, *botnets*, *ransomware*, *spyware* y *cryptojacking*. Aunque realmente la definición de *malware* más común alude a la intencionalidad de su empleo, por ello, su alcance puede resultar tan vasto que puede terminar comprendiendo cualquier *software* o fragmento de código. En este sentido, el concepto técnico en sí mismo no sería suficiente para delimitar el ámbito de aplicación de la ley, sino que haría falta atender a criterios de lesividad para dotarle de razonabilidad al artículo 264 ter a).

4.6. Dicha perspectiva de interpretación resulta compatible con la agravante de los sabotajes informáticos objeto de estudio, pues significaría que el acto reviste una mayor lesividad por la utilización de un instrumento u objeto (in)material especialmente desarrollado para tales fines. En particular, conviene subrayar que los *malwares* pueden revestir distintas funcionalidades y propagarse de modo masivo o dirigido, según las instrucciones bajo las que fuesen programados. Inclusive es posible que el agente aproveche la programabilidad de las herramientas informáticas para que el *malware* se autoejecute, y valerse de su capacidad de replicarse e infectar otros².

2. Un caso que ejemplifica lo anterior fue el ataque masivo a escala mundial del *malware* WannaCry, desarrollado y programado de modo tal que, cada vez que infectaba un ordenador, debía ejecutar de modo inmediato un conjunto de programas orientados a tareas específicas.

Es decir, ciertos *malwares* constituyen una forma más sofisticada y alevosa para cometer el acto delictivo, ya que, bajo esta modalidad, el sujeto activo lleva a cabo las operaciones necesarias para que el código malicioso y sus herramientas informáticas activen distintas técnicas de ofuscación y con ello burlen los controles de antivirus o demás medidas de protección en el sistema informático de la víctima, y tengan éxito en su misión de afectar el sistema informático de la víctima.

4.7. Siendo así, nuevamente, la controversia se orienta a establecer si una «bomba lógica» tiene las características para considerarse no solo un programa informático o un *malware*, sino un instrumento con entidad suficiente para justificar un incremento de la sanción punitiva respecto de la modalidad básica. Esta cuestión sería merecedora de una exploración por las categorías del bien jurídico penalmente protegido, resultado típico, lesividad y dañosidad, etcétera, y, particularmente, para los delitos de sabotajes contra datos y sistemas informáticos, examinar los contornos del llamado requisito de la doble gravedad (gravedad de la acción y del resultado).

Es en este punto donde el análisis del Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de explorar importantes aspectos sustantivos de esta figura delictiva. Sin embargo, esto no se logró, ya que su interpretación se limitó al sentido semántico del enunciado legal. Como resultado, la justificación de la aplicación de la agravante queda pendiente, lo que genera cuestionamientos en relación con el principio de proporcionalidad de las penas. En este caso, se advierte que hubiera sido adecuado mantener la subsunción en la modalidad básica y absolver en el extremo de la agravante.

5. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo tuvo la ocasión de profundizar en aspectos sustantivos de la figura delictiva del sabotaje informático agravado. Sin embargo, la interpretación de la sala se circunscribió predominantemente al sentido literal y fragmentado del enunciado legal, dejando de lado un análisis más profundo que podría haber esclarecido importantes cuestiones doctrinales y jurisprudenciales.

La carencia de un análisis robusto trae consigo una consecuencia significativa: la aplicación de la agravante queda pendiente de una justificación clara. Esto plantea serios cuestionamientos respecto al principio de proporcionalidad de las sanciones penales.

El Tribunal hubiera podido, y tal vez debido, abordar la cuestión desde una perspectiva más holística, considerando no solo la subsunción a la definición de programas

Así, estaba compuesto por un *software* de infiltración, otro de escaneo de discos para localizar archivos con determinado formato, otro de encriptación y, asimismo, una plataforma web donde comunicar el pago del rescate y solicitar la descodificación de los ficheros.

informáticos, sino la necesaria interpretación sistemática de los subtipos agravados. Tal enfoque habría permitido una aplicación más matizada y justificada.

Existe una necesidad de clarificar y definir con precisión conceptos clave como programa informático y *malware* en el escenario de los delitos de sabotajes informáticos, para evitar interpretaciones ambiguas y garantizar una aplicación coherente de la ley en futuros casos similares.

En vista de la falta de justificación adecuada de la agravante, habría sido más coherente con los principios del derecho penal absolver al acusado de la agravante y mantener la subsunción del hecho en la modalidad básica del delito de sabotaje informático. Este enfoque no solo habría respetado el principio de proporcionalidad, sino que también habría proporcionado una guía más clara y precisa para futuras interpretaciones jurídicas en casos similares.

Wendy REQUEJO-PASSONI
Graduada en Derecho
Máster en Derecho Penal
Doctoranda
Universidad de Salamanca
wrequejopassoni@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2024, de 11 de marzo de 2024

**DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA VS PRUEBAS ALCOHOLIMÉTRICAS.
PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

1. INTRODUCCIÓN

La circulación de vehículos a motor constituye, desde hace ya varias décadas, una fuente de peligro para bienes jurídicos tan relevantes como la vida o la integridad física. Como causa directa de los accidentes de tráfico, aparece con frecuencia el consumo de bebidas alcohólicas o drogas por parte de los conductores implicados en eventos cuya alargada sombra deja multitud de fallecidos y lesionados que ven cómo sus vidas y las de sus allegados quedan truncadas por ello.

La memoria presentada en el mes de julio de 2024 sobre hallazgos toxicológicos en víctimas de accidente de tráfico del pasado 2023, elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, ha establecido que un 53,6 % de los conductores fallecidos en siniestros viales arrojaron una tasa alcoholimétrica positiva. Durante el también reciente año 2022, al 35,5 % de los conductores fallecidos en accidente de tráfico les fue detectado en su organismo un consumo de bebidas alcohólicas previo al ejercicio de la conducción. De entre ellos, el 25,7 % arrojaron un resultado igual o superior a los 1,20 g/l de alcohol concentrado en sangre, lo que es equivalente a una tasa en aire espirado igual o superior a 0,60 mg/l¹. Es decir, un cuarto de todos los conductores fallecidos en nuestras carreteras durante tal año se encontraba bajo la influencia de bebidas alcohólicas si tenemos en cuenta la presunción *iuris et de iure* de influencia que establece el artículo 379.2, inciso III de nuestra ley penal.

Las labores y las tareas encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad destinadas a la ordenación del tráfico y el control del cumplimiento de las normas que lo regulan resultan de vital relevancia a fin de procurar reducir tales cifras. La práctica asentada y frecuente de realización de controles viene siendo una de las principales herramientas de lucha contra la siniestralidad vial. Pese a la no infrecuente y errónea creencia social de que los agentes de la autoridad pueden realizar tales pruebas arbitrariamente, se trata de una actividad reglada, siendo preceptivo por mandato legal

1. Datos extraídos de INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES, Ministerio del Interior. *Memoria sobre hallazgos toxicológicos en víctimas mortales de accidentes de tráfico, 2022 y 2023*. Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/institucional/organismos/instituto-nacional/documentacion/memorias#id_1288784356448 [26 julio 2024].

asegurar estrictas garantías para el ciudadano afectado, como la acotación de las personas obligadas a someterse a la misma o las previstas en los artículos 14.3 y 83.2 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre (en adelante LTSV) vinculadas con la necesidad de que los dispositivos empleados para la realización de tales pruebas sean oficiales y se encuentren sometidos al debido control metrológico, entre otras.

En términos procesales, la prueba de alcoholemia presenta el valor de *prueba preconstituida*, al no poder reproducirse en el acto del juicio, con capacidad de enervar la presunción de inocencia del sometido a la misma. Por lo tanto, las exigencias garantistas con las que esta debe ejecutarse deben ser altamente escrupulosas, con mayor énfasis si cabe cuando durante la realización de la misma pudieran verse afectados derechos fundamentales.

2. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 40/2024, DE 11 DE MARZO

La Sentencia del Tribunal 40/2024, de 11 de marzo, contiene en ella como hechos probados los que se detallan a continuación.

Se declara probado que la acusada Lucía, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 2:30 horas del día 24 de julio de 2021, conducía el vehículo con matrícula... QYK, por la calle Costa Rica de la localidad de Madrid, haciéndolo tras haber ingerido bebidas alcohólicas que mermaban sus facultades psíquicas y físicas para hacerlo con la prudencia, atención y destreza necesarias y le impedían circular con las debidas condiciones de seguridad para la misma y para los demás usuarios de la vía pública, siendo requerida para detener su vehículo por agentes del Cuerpo Nacional de Policía integrantes del indicativo CHAMARTIN-53, en un control de seguridad, apreciando en la misma síntomas evidentes de intoxicación etílica, tales como fuerte olor a alcohol, ojos enrojecidos, habla pastosa, rostro congestionado, somnolencia y deambulación anormal, por lo que procedieron a solicitar la presencia de un indicativo de la Policía Municipal de Tráfico.

Al no ser posible localizar un indicativo que pudiera trasladarse al lugar de los hechos con un etilómetro de precisión, los agentes actuantes requirieron a la acusada a fin de que les acompañara a las dependencias de la Policía Municipal de Madrid, sita en la calle Plomo, donde la acusada fue requerida por el equipo de Policía Municipal a fin de proceder a la práctica de la prueba de alcoholemia.

La prueba de alcoholemia le fue practicada a la acusada con etilómetro de precisión por el método del aire espirado, dando un resultado de 0,98 miligramos por litro de aire espirado, en la primera prueba practicada a las 03:10 horas, y un resultado de 0,95 miligramos por litro de aire espirado, en la segunda prueba practicada a las 03:38 horas.

Tal relato fáctico es extraído de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 504/2021 de 10 de noviembre, en la cual se ratifica la condena por la comisión

de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del Código Penal, impuesta por el Juzgado de lo Penal de Madrid n.º 3 el día 18 de agosto del año 2021. Dicha resolución fue objeto de recurso de casación que no fue admitido por parte del Tribunal Supremo. Seguidamente se presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. ART. 17.1 CE

De modo sintético, las cuestiones discutidas en la resolución objeto de análisis son las siguientes.

Por un lado, se pone en tela de juicio si se produjo una efectiva lesión al derecho a la libertad deambulatoria personal en relación con el modo y las circunstancias del traslado de la implicada a dependencias policiales.

Por otro, se trata de arrojar luz sobre el hecho de si se vulneró la presunción de inocencia de la conductora, ya que el resto de pruebas obtenidas presentaban un nexo, o ser consecuencia de ese irregular traslado.

En relación con ello, entendemos que la cuestión nuclear de la resolución son las consideraciones en torno a esa vulneración del derecho fundamental a la libertad deambulatoria que el Tribunal Constitucional ha reconocido en el presente caso atribuyendo una irregular actuación a los funcionarios policiales.

Privar a una persona de su libertad personal es una de las intervenciones o injerencias por parte del Estado más agresivas en cuanto a limitación de derechos se refiere, conceptualizado este como uno de los derechos fundamentales cúspide en nuestro ordenamiento jurídico. Debe entenderse el derecho a la libertad personal como una suerte de «llave» que permite el disfrute de otros derechos de igual o de distinta categoría. GIMENO SENDRA se esforzó por hacer hincapié en tal idea, afirmando que «de los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el máspreciado»². También reconocidas resoluciones judiciales, como la STS de 11 de octubre de 1988, colocaban a la libertad personal como «un derecho fundamental, inseparable de la dignidad de la persona, básico para la efectividad de otras libertades públicas»³, o la STS de 25 de septiembre del año 1993, en la que se afirmaba que «la libertad, después de la vida, es el don máspreciado que la naturaleza pueda ofrecer»⁴.

2. GIMENO SENDRA, V. 1996: *El proceso de «Habeas Corpus»*. Madrid: Tecnos, 15.

3. STS, Penal sección 1, del 11 de octubre de 1988, FJ 1.º (ROJ: STS 14225/1988 - ECLI:ES:TS:1988:14225).

4. STS, Penal sección 1, del 25 de septiembre de 1993, FJ 2.º (ROJ: STS 15887/1993 - ECLI:ES:TS:1993:15887).

Pese a que siempre ha resultado un derecho complejo de precisar, numerosos autores se han pronunciado a fin de tratar de delimitar el mismo. Por resultarnos didáctica, destacamos la definición aportada por CASAL HERNÁNDEZ, que considera que la libertad personal es «la facultad de la persona de autodeterminar la situación en el espacio o, más precisamente, el derecho a no ser obligada a permanecer en un lugar determinado. Dicho más simplemente, se tutela el derecho a abandonar el lugar donde uno se encuentre; el derecho a marcharse»⁵.

De modo sintético, podríamos entender la libertad como la no intromisión por parte del Estado en la libertad deambulatoria de cualquier ser humano.

Conforme a los hechos probados, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, al no ser posible localizar un indicativo que pudiera trasladarse al lugar de los hechos con un etilómetro de precisión, deciden requerir a la conductora para que les acompañe a dependencias pertenecientes a la Policía Municipal de Madrid a fin de que estos pusieran en práctica la prueba alcoholimétrica como organismo competente. La ciudadana aceptó el traslado a los fines que se le indicaron.

La defensa de la acusada invoca, al solicitar el amparo, que tal acción, el traslado a dependencias policiales, supuso una detención, sin que en su realización se respetaran las debidas garantías, afirmación con la cual nos hallamos de acuerdo en la medida en que se sustenta en la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia, y que es recogida en la sentencia.

La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como extensión de la Administración, puede afectar a la libertad personal cuando estos promuevan o fuercen la permanencia de una persona en un concreto lugar como es el caso que ahora analizamos. El legislador ha intentado regular tales situaciones de manera expresa en determinados supuestos, sin embargo, en otros, tal regulación brilla por su ausencia, siendo palpable la necesidad de legislar de manera más certera ciertas conductas que suponen una enmascarada privación de libertad y, por lo tanto, una detención a tenor de su concepto doctrinal⁶.

Debemos mencionar la postura del Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la libertad personal en el contexto de la realización de una prueba de alcoholemia. Se ha entendido que la breve afectación del derecho a la libertad que conlleva

5. CASAL HERNÁNDEZ, J. M. 1999: «Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Venezuela». *Ius et Praxis*, 1999.

6. Nuestro ordenamiento jurídico emplea el término «detención» expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 489-501) o, por ejemplo, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 61 y ss.). En otros supuestos que suponen una privación de libertad no se menciona, como es el caso del artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la seguridad ciudadana, o el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 30 octubre, en su artículo 14 vinculado a la realización de las prueba de alcoholemia y drogas.

el sometimiento a la referida prueba no es una injerencia merecedora del estatus de garantías de la detención preprocesal. La STC 107/1985, de 5 de noviembre, indicaba:

la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito. La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la Norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico⁷.

También la STC 22/1988, de 18 de febrero, establecía: «En efecto, no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia —en este caso la prueba de alcoholemia—, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto»⁸.

Como se puede apreciar, el criterio del Tribunal Constitucional no ha sido siempre uniforme, reconociendo en ocasiones privaciones de libertad ignorando las garantías de aplicación inherentes al artículo 17 de la nuestra Carta Magna.

Según QUERALT JIMÉNEZ la detención preventiva podría ser definida como «cualquier privación de libertad de movimientos practicada por una fuerza policial que sufre un sujeto y motivada por la presencia o sospecha de estar implicado en un hecho punible»⁹. Dicho autor empleó una abierta y genérica construcción como es «cualquier privación», por lo tanto, resulta posible afirmar que la detención, en términos jurídicos, aparece en nuestro ordenamiento de manera expresa para regular únicamente ciertos casos de privaciones de libertad; pese a ello, existen otros en los que no lo hace, pero que indudablemente constituyen también una plena detención al coartar la libertad de un determinado sujeto. Dadas las circunstancias de los hechos acaecidos, la prueba alcoholimétrica puesta en práctica podría ser uno de tales supuestos, ya que los funcionarios policiales instan a la conductora a que los acompañe a dependencias a fin de realizar la misma. Por lo tanto, cabe afirmar que la libertad de la implicada es ilegítimamente limitada pese a que sobre esta recae la obligación de someterse a dicha prueba en virtud del artículo 21 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (RGCir en adelante).

7. STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3.º (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985 ECLI:ES:TC:1985:107).

8. STC 22/1988, de 18 de febrero, FJ 1.º (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988 ECLI:ES:TC:1988:22).

9. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. 2010: «La detención preprocesal preventiva: previsiones constitucionales y legales». En *Detención policial y habeas corpus*. Madrid: CGPJ, 47.

Ante las circunstancias que describe el relato de los hechos, consideramos que lo acertado hubiese sido practicar una detención preprocesal con plenas garantías ante los indicios racionales de criminalidad (delito presunto) que observaron los funcionarios. La conducción anómala descrita en la sentencia, unido a los síntomas de encontrarse influenciada por las bebidas alcohólicas que presentaba la conductora, podía hacer presumir que esta conducía su vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y que tal estado psicofísico generado por el consumo de dichas sustancias era la causa directa de la irregular circulación puesta en práctica. Esa conducta podía suponer un delito menos grave del artículo 379.2, inciso II de nuestro Código penal, sin necesidad de que la prueba alcoholimétrica fuese practicada en dicho momento. Podría caber la duda racional, por desconocimiento, de si el presunto delito que los agentes de la autoridad presenciaron tenía el carácter de delito leve. Recordemos que el artículo 495 LeCrim impide practicar una detención a no ser que se den los requisitos en él contenidos para ello. Sin embargo, ese juicio *ex ante* no es exigido al funcionario policial, el cual se encontrará habilitado para proceder a la práctica de una detención una vez se hayan colmado las exigencias del artículo 492.4.º LeCrim, bastando que existan motivos «racionalmente suficientes» para considerar que existe una conducta que «presente los caracteres de delito» y que los haya también para considerar que «la persona a quien se pretende detener haya tenido participación en él». El Tribunal Supremo adopta tal criterio, estableciendo que la ilegalidad de una detención debe afirmarse «siguiendo criterios de racionalidad y ponderación, pero sin tratar de llevar a este estado preliminar y ante judicial el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el juez o tribunal llevará a cabo al término del procedimiento con vista al bagaje probatorio del que disponga»¹⁰. En consecuencia, reiteramos que la detención preprocesal se hubiera encontrado plenamente justificada a tenor de los preceptos legales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citados.

4. EL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR LA CONDUCTORA

Sobre si el consentimiento que presta la conductora a fin de ser trasladada a dependencias policiales para realizar la prueba alcoholimétrica se considera válido merece algún comentario adicional. Ya la STC 98/1986, de 10 de julio, afirmaba que no debía existir lo que denominó «zonas intermedias» entre la libertad y la detención, afirmando que cualquier situación en la que se impida o limite una conducta permitida por la ley en cuanto a libertad deambulatoria se refiere se trata de una efectiva detención, independientemente de si esa situación es aceptada en un primer momento por

10. STS 341/2008, de 16 de junio de 2008, FJ 2.º (ROJ: STS 3798/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3798).

el sujeto implicado¹¹. En la misma línea se pronunciaba JAREÑO LEAL, indicando que la «invitación» que puede formular un funcionario policial al presunto sujeto activo de un delito para que acompañe a estos a dependencias policiales puede suponer auténtica detención sin garantías, ya que el consentimiento aportado por el implicado no va a ser en ningún caso plenamente libre y voluntario¹². En el caso que nos ocupa, la conductora se sitúa en una difícil posición, debiendo elegir entre acompañar a los agentes o sufrir las consecuencias legales de no hacerlo. Sobre ello hablaba la también sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, mencionada en la resolución objeto del presente comentario, indicando que pese a concurrir un consentimiento en los casos de detención sigue siendo necesaria la aplicación de las garantías del artículo 17.1 de la Constitución. Según el Tribunal Constitucional «una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte»¹³.

No es infrecuente que las policías locales, especialmente las de aquellos municipios de pequeña entidad, no dispongan en todo momento de los medios a su alcance para realizar una prueba alcoholimétrica, bien por falta de efectivos humanos, o bien por ausencia de medios materiales para ello. A su vez, es habitual en la práctica policial documentar cada intervención mediante «actas», siendo documentos en los que, en términos genéricos, se reflejan aquellas acciones llevadas a cabo por los funcionarios intervinientes en cada una de las situaciones a las que estos se enfrentan. En el caso de los atestados confeccionados, para los casos de presuntos delitos por ellos observados, es frecuente que estos anexen dichas actas en las que se reflejan datos como, por ejemplo, los derechos inherentes al sometido a una prueba alcoholimétrica y el procedimiento seguido para ejecutar la misma o los derechos que asisten al que se conceptúe como investigado no detenido tras apreciarse signos de criminalidad racionales en su conducta. En relación con ello, podría articularse como una posible solución que se incorporase a tales atestados un acta específica para aquellos casos de imposibilidad de realización de la prueba de alcoholemia *in situ* en la que el interesado consintiera de manera libre, voluntaria y por escrito su consentimiento a ser trasladado a fin de realizar la misma. No obstante, si tenemos en cuenta los criterios jurisprudenciales y doctrinales mencionados, entendemos que el posible consentimiento aportado por el hipotético conductor implicado continúa siendo constreñido pese a darse por escrito. La locución latina mencionada en la sentencia «volui, sed coactus volui» (quiero, pero quiero coaccionado) define nítidamente tal situación, siendo realmente irrelevante el modo en el que se aporte tal consentimiento. Por todo ello, en el supuesto objeto de recurso, no cabía otra solución para los funcionarios policiales

11. STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4.º (BOE núm. 175, de 23 de julio de 1986 ECLI:ES:TC:1986:98).

12. JAREÑO LEAL, A. 2017: «La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación». *Revista General de Derecho Penal*, 2017: 9.

13. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4.º (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993 ECLI:ES:TC:1993:341).

que proceder a la detención de la implicada para ser trasladada a dependencias del Cuerpo de Policía Municipal debido a la comisión de un posible delito, y, una vez instruida de sus derechos como detenida, requerirla para la realización de la prueba de alcoholemia.

5. SOBRE LA ANULACIÓN DE LA CONDENA DE INSTANCIA Y NO DEVOLUCIÓN DE LAS ACTUACIONES

A su vez, merece un comentario la argumentación empleada en la sentencia para proceder a anular la condena de instancia y la no devolución de las actuaciones a fin de dictar una nueva resolución. Instantes previos a emitir el fallo. En ella se afirma expresamente que:

habiendo imputado el fiscal por el art. 379.2 CP sin que cambiase la calificación al elevar las conclusiones provisionales a definitivas, a pesar del planteamiento ya en fase de instrucción de las dudas respecto de la validez de la prueba de alcoholemia, no resulta posible devolver el procedimiento a la instancia para posibilitar una eventual condena por el apartado primero del art. 379 CP, por el que se decidió no imputar aunque podría haberse formulado una calificación subsidiaria habida cuenta del resto de acervo probatorio, al que se ha hecho referencia en el texto del presente pronunciamiento. Por tanto, los efectos de esta sentencia suponen la anulación de la condena de instancia y la no devolución de las actuaciones para formular una nueva calificación y valoración de pruebas.

En primer lugar, detectamos una incorrección en la terminología procesal empleada. En ella se utiliza en diversas ocasiones el término «imputación» para hacer referencia a la actividad procesal que ha ejercitado el Ministerio Fiscal a la hora de emitir sus conclusiones en relación con el hecho que nos ocupa. El término «imputado» empleado por la ponente fue desterrado de nuestro ordenamiento jurídico en el año 2015. La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, establecía en su Exposición de Motivos que «la reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado». Ello fue así porque la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico consideró que el término «imputado», empleado para hacer referencia a aquel sujeto sobre el que recaen meras sospechas delictivas, poseía desproporcionadas «connotaciones negativas y estigmatizadoras», debiendo ser sustituido por el concepto de «investigado», más acorde a las características de las diferentes fases del proceso.

Precisamente por el momento procesal en el que se da la sentencia de análisis, entendemos que el término de empleo correcto para hacer referencia a ese escrito de

acusación del fiscal es el de «acusado» y no el de «imputado», habiéndose superado la fase de investigación en la que podría emplearse tal término. Por lo tanto, referencias que la ponente realiza empleando el vocablo «imputado» debían hacerse usando el de «acusado», siendo una terminología impropia tras la calificación de los hechos por parte de la Fiscalía ya concretada con anterioridad y, por supuesto, habiéndose superado la apertura del juicio oral en contra de la conductora.

En segundo lugar, argumenta que no resulta posible la devolución con la intención de condenar a la conductora por delito «del apartado primero del artículo 379», ya que el Ministerio Fiscal «decidió no imputar aunque podría haberse formulado una calificación subsidiaria habida cuenta del resto de acervo probatorio».

Por un lado, debemos indicar que consideramos desacertada la referencia que la ponente realiza al apartado primero del artículo 379, ya que nada tiene que ver con la conducción de vehículos a motor o ciclomotores bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En el mencionado apartado se tipifica el ilícito conocido como delito de «conducción a velocidad excesiva», así denominado en diferentes obras doctrinales¹⁴. Teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto de hecho, no cabe otro entender que la ponente quería hacer referencia al inciso I del apartado II del artículo 379, en el que se regula la conducción de vehículos a motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin necesidad de una tasa alcoholimétrica concreta.

Por otro lado, justifica la anulación de la condena de instancia y la imposibilidad de devolución de las actuaciones al considerar que el Ministerio Fiscal no realizó una calificación subsidiaria incluyendo en la misma únicamente acusación por delito del artículo 379.2, inciso III (tasa superior 60 mg/l o 1,2 g/l sangre), y no por delito del artículo 379.2, inciso I.

A nuestro criterio, entendemos que el delito de conducción de vehículos a motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas contiene una única conducta punible, siendo esta conducir cualquier vehículo a motor o ciclomotor estando influenciado el conductor por el consumo de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, sin que se pueda separar o dividir la conducta en «subdelitos» en función de los indicios de criminalidad que concurran en cada caso. Tradicionalmente, el delito de conducción de vehículos a motor o ciclomotores bajo la influencia de bebidas alcohólicas solo poseía un modo de comisión hasta el año 2007¹⁵, el cual consistía en conducir uno de los referidos instrumentos habiendo consumido bebidas alcohólicas y que tal

14. Ejemplos de ello son GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. 2013: «El delito de conducción a velocidad excesiva». En *Protección penal de la Seguridad Vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 59 y ss. También HIDALGO DE MORILLO JIMÉNEZ, A. 2012: «El delito de conducción a velocidad excesiva». En *La Dogmática penal sobre el asfalto: un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial*. Granada: Comares, 51 y ss.

15. Mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, se introdujo tal novedad en nuestro Código penal, bajo la justificación de «incrementar el control sobre el riesgo tolerable», tal y como su preámbulo expone.

consumo tuviese un influjo directo en la conducción. Ejemplo de ello es el conductor que conduce no siendo capaz de adecuar su conducción al trazado de la vía, realizando maniobras irregulares o circulando a una velocidad anormalmente reducida, y que la causa directa de tales conductas sea el estado psicofísico que le ha generado a ese sujeto el consumo de dichas sustancias. Sin embargo, el legislador introdujo una presunción *iuris et de iure* de influencia de bebidas alcohólicas cuando el conductor, tras ser sometido a la prueba alcoholimétrica, arrojará una tasa superior a 0,60 mg/l en aire espirado o a 1,2 g/l en sangre. Esto es, el conductor que desprenda una tasa superior a tal cifra se encuentra legalmente influenciado por el consumo de bebidas espirituosas, bastando tal hecho para enervar la presunción de inocencia del mismo. Pese a esa distinción que hace el legislador sobre el modo de entender que un conductor se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ello forma parte de la misma cosa. A efectos penales, no es diferente conducir un turismo realizando maniobras irregulares debido al consumo de bebidas espirituosas que aquel que no las hace, pero sin embargo arroja una tasa superior a 0,60 mg/l en aire espirado. En ambos casos, se considera que tal sujeto se encuentra conduciendo un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin que tenga sentido separar la conducta que nos lleva a tal apreciación cuando, además, ambas acciones aparejan idéntica consecuencia penológica. Se puede fundamentar una condena por delito del artículo 379.2 CP sin que se disponga de un etilómetro para realizar la prueba alcoholimétrica teniendo en cuenta la irregular conducción observada por los funcionarios policiales. Tras haber tratado de expresar que no resulta necesaria la obtención de una tasa penalmente relevante para poder aplicar el artículo 379.2 CP, podemos afirmar que dadas las circunstancias del hecho no habría habido problema alguno para ello, ya que los indicios racionales que perciben los funcionarios policiales resultaban suficientes.

Por todo lo expuesto, entendemos que los argumentos aportados para anular la condena de instancia y no permitir la devolución de las actuaciones los consideramos equivocados. Tales argumentos se basan en un erróneo entendimiento que lleva a una defectuosa aplicación del principio acusatorio y su alcance en el caso concreto.

En el voto particular de la sentencia se apuntan alguna de estas conclusiones, si bien no con el alcance expuesto, al señalar:

... aunque se hubiera llegado a la convicción de la necesidad de excluir el resultado de la prueba del etilómetro, era necesario — ... acordar la devolución del procedimiento al Juzgado de lo Penal... para que dictara otra sentencia.

[...]

Los hechos probados de la sentencia... indican que ... en un control de seguridad, apreciando ... síntomas evidentes de intoxicación etílica, tales como fuerte olor a alcohol, ojos enrojecidos, habla pastosa, rostro congestionado, somnolencia y deambulación anormal.

[...]

... la valoración de la prueba personal... testifical prestada con las debidas garantías por dos agentes de la Policía Nacional...

[...]

En casos similares (SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, y 25/2005, de 14 de febrero), tras constatar la nulidad de la prueba de medición de alcohol en sangre, si existen en las actuaciones otras pruebas de cargo válidamente practicadas, distintas e independientes de la declarada nula, como sucede en el presente caso... no es posible considerar lesionado el derecho a la presunción de inocencia...

[...]

A ello no se le puede oponer el argumento de la sentencia de que la acusación pública calificó los hechos como constitutivos del delito previsto en el art. 379.2, segundo inciso, CP y que no hubiera formulado una calificación «subsidiaria». El correcto entendimiento del principio acusatorio contraviene esa argumentación.

En efecto, los hechos declarados probados podían ser constitutivos de un delito del art. 379.2, primer inciso, CP. La prueba personal referida así lo evidenciaba. El órgano judicial estaba facultado —conforme a nuestra consolidada doctrina— para decidir si, atendidos los concretos términos en los que se desarrolló el debate, era posible apreciar la concurrencia de dicho delito aun apartándose de la calificación del Ministerio Fiscal (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

6. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

La prueba alcoholimétrica siempre ha generado controversia acerca de su constitucionalidad debido a su eventual colisión con derechos fundamentales como pudiera ser la integridad física, la intimidad o, como se desprende de la STC 40/2024, de 11 de marzo, la libertad personal.

Dada la multitud de aristas que conforman la citada prueba, con posibilidad de afección sobre los derechos fundamentales del sometido a esta, entendemos que la mejor manera de abordar la problemática que deriva del supuesto de análisis es una reforma de la norma que regula la misma, siendo esta el actual Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 octubre (LTSV), y uno de sus reglamentos de desarrollo como es el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (RGCir).

Entendemos que sería necesario regular mediante una norma con rango de ley orgánica el procedimiento para la realización de la prueba alcoholimétrica y de detección de drogas en el organismo. Recordemos que, en virtud del artículo 81.1 de nuestra Constitución, existe reserva de ley orgánica para la regulación y el desarrollo de derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, debido a la posible implicación que poseen esos derechos fundamentales en el ámbito de una prueba alcoholimétrica, lo ideal sería abordar tal prueba y sus circunstancias mediante una ley orgánica, terminando así con determinadas problemáticas surgidas a raíz de su puesta en práctica.

Sin embargo, en ocasiones el Tribunal Supremo ha justificado que determinados derechos fundamentales puedan estar regulados mediante ley ordinaria. Así, en su resolución 719/2021, de 24 de mayo, establecía que

cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución)¹⁶.

A tenor de tal criterio, no resulta necesario que en todo caso se regulen derechos fundamentales mediante ley orgánica, siempre y cuando la intención sea la de limitarlos de manera puntual y no de desarrollarlos, como sería el caso que nos ocupa. Se indicó *supra* que, circunstancialmente, puede resultar habitual no poder realizar la prueba alcoholimétrica en el momento de detención de un concreto vehículo, bien por ausencia de medios, sobre todo en municipios de escasa entidad poblacional, o bien por necesidades del servicio. Por ello, no compartimos esta argumentación. Nuestro ordenamiento jurídico debe prever tales situaciones conociendo las vicisitudes prácticas que conlleva realizar una prueba de alcoholemia, como cuando es evidente que están afectados derechos fundamentales que pueden verse vulnerados durante su puesta en práctica.

Centraremos nuestra atención en el artículo 14 LTSV denominado «Bebidas alcohólicas y drogas». Concretamente, su apartado tercero indica que

Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente.

No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados.

Nuestra intención es que se vea modificado el párrafo segundo de tal apartado, espacio en el que se ya se habla de aquellas razones justificadas que impidan realizar las referidas pruebas. Entendemos que debe ser el lugar donde adicionar una novedad en relación con un eventual traslado del sujeto a dependencias policiales por imposibilidad de realizar la prueba en el mismo lugar de detención del vehículo en aquellos

16. STS 719/2021, de 24 de mayo, FJ 4.º, letra D (ROJ: STS 2178/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2178).

casos en los que se aprecien en el conductor síntomas evidentes de que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La redacción propuesta sería la siguiente:

No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados. *En aquellos casos en los que el conductor presente síntomas racionales de hallarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando no sea posible realizar la prueba de detección alcohólica o aquella destinada a la detección de presencia de drogas en el organismo en el mismo lugar de detención del vehículo que emplea el que se encuentra obligado a someterse a ellas, los agentes de la autoridad podrán trasladar al conductor a las dependencias del cuerpo competente para la realización de la prueba más cercanas y por el tiempo mínimo imprescindible para ello.*

Realizamos algún matiz en relación con lo propuesto:

1. A este propuesto precepto podría serle de aplicación un idéntico régimen jurídico como el que ostenta el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual versa sobre los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Fue la modificación de la disposición adicional primera del citado cuerpo legal la que otorgó carácter orgánico al mismo en cumplimiento de la STC 132/2010, de 2 de diciembre, en la que se fundamentó la constitucionalidad de los internamientos forzados de aquellas personas que sufren trastornos psicológicos. Dado que en el contexto de la realización de una prueba alcoholimétrica pudiera verse afectado de igual modo el derecho fundamental a la libertad personal, entendemos que no habría inconveniente en sumar una nueva disposición adicional en la LTSV o modificar una existente, en la que se otorgara el carácter de orgánico al articulado que regula tal prueba, así como la destinada a la detección de drogas en el organismo. Todo ello redundaría en una mayor seguridad jurídica no solo para el ciudadano, sino también para los propios funcionarios policiales.
2. Como es palpable, se le otorga idéntico trato a la prueba destinada a la detección de drogas en el organismo, ya que el problema planteado puede darse de igual modo cuando la intención sea someter al conductor a la misma. La mención genérica a «agentes de la autoridad» y no a los «agentes de la autoridad con competencia en materia de tráfico» deja abierta la posibilidad de que, como en el supuesto de hecho analizado, puedan ser funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los que practiquen tal traslado, sin que sea preceptivo que este sea realizado por el organismo competente para la ejecución de la prueba necesariamente. Por supuesto, al verse afectado un derecho fundamental, debe realizarse garantizando la menor injerencia posible en el derecho a la libertad personal, por lo que será preceptivo que el traslado se realice a las dependencias más cercanas pertenecientes al cuerpo competente para la prueba y por el tiempo mínimo imprescindible.

3. La propuesta solo será aplicable para aquellos casos en los que el conductor presente síntomas racionales de hallarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Imaginemos que durante el ejercicio de un control de alcoholemia se procede a dar el alto a un conductor de vehículo a motor que presenta una conducción adecuada a las normas, sin observar síntoma alguno de que este se encuentre bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Tal conductor se encuentra igualmente obligado a la realización de la prueba, tratándose de uno de los supuestos previstos en el artículo 21 RGCir. Sin embargo, el etilómetro empleado presenta defectos de funcionamiento, no siendo posible realizar misma sobre ese conductor que no presenta síntoma alguno de influencia. Según la doctrina ya expuesta del Tribunal Constitucional, el trasladar a esa persona a dependencias policiales a efectos de la realización de una prueba de alcoholemia en ellas supondría una detención; por lo tanto, en ese concreto caso, no estaría justificada la detención al no existir indicios racionales de criminalidad y, consecuentemente, esa privación de libertad podría suponer una detención ilegal. Recordemos la obligación que impone el artículo 142 de la Constitución española a las Administraciones locales debiendo poseer estas los medios suficientes para el desempeño de las funciones que les son inherentes. La Administración local, como órgano competente para la vigilancia y la disciplina del tráfico, debe poner a disposición de sus trabajadores los medios suficientes para la realización de una prueba alcoholimétrica, y, en caso de no hacerlo, son responsabilidad de la misma las consecuencias que deriven de ello y no del conductor que debe ser sometido a la misma. Por lo tanto, en los casos en los que no medien síntomas racionales en un conductor de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas y circunstancialmente no haya medios para realizar la prueba, no queda otra solución que no poner en práctica la misma, ya que un traslado a dependencias policiales en ese concreto supuesto supondría una detención injustificable.

La conclusión que extraemos no es otra que existe la necesidad de reformar el procedimiento para la realización de las pruebas alcoholimétricas y para la presencia de drogas en el organismo a fin de aportar mayor seguridad jurídica que la existente en tal ámbito, evitando así las controvertidas prácticas que emergen de la puesta en práctica de las mismas y su eventual colisión con otros derechos. En palabras de DIDEROT, «el legislador ha cumplido su objetivo cuando, restringiendo a los hombres lo menos posible de igualdad y de libertad, les procura el máximo posible de seguridad y bienestar».

Pablo ÁLVAREZ HERNÁNDEZ
Investigador predoctoral
Universidad de Salamanca
pabloalvarezh@usal.es

Sentencia del Tribunal General (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2023, asunto T-65/18 RENV

LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS POR PARTE DE LA UE A TERCEROS ESTADOS

El presente caso hunde sus raíces en la Decisión (PESC) 2017/2074, adoptada por el Consejo de la Unión Europea (Consejo) el 13 de noviembre de 2017. Esta decisión establece una serie de medidas restrictivas contra la República Bolivariana de Venezuela (Venezuela), debido al «continuo deterioro de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos en Venezuela». Por lo que se prohibió mediante esta Decisión la exportación de armas y equipos militares o de cualquier otro tipo que permita la represión interna, así como la prestación de servicios financieros y técnicos; y se estableció la posibilidad de inmovilizar fondos y recursos económicos.

A fin de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en dicha decisión, fueron adoptados el Reglamento (UE) 2017/2063, del Consejo, de 13 de noviembre de 2017 —Reglamento impugnado—, por el cual se concretaron las medidas restrictivas contra Venezuela; Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1653, del Consejo, de 6 de noviembre de 2018, a fin de aplicar las medidas restrictivas del reglamento impugnado; y la Decisión (PESC) 2018/1656, del Consejo, de 6 de noviembre de 2018, que modificó la Decisión (PESC) 2017/2074.

Ante las restricciones impuestas, el Estado de Venezuela, el 6 de febrero de 2018, presentó una demanda ante el Tribunal General (TG) con el objeto de anular el reglamento impugnado, el Reglamento de Ejecución 2018/1653 y la Decisión 2018/1656. El TG resolvió mediante sentencia T-65/18, de 20 de septiembre de 2019 [véase Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta ampliada) de 20 de septiembre de 2019, asunto T-65/18, ECLI:EU:T:2019:649], estableciendo que el reglamento impugnado no afecta directamente a Venezuela, lo que conlleva que Venezuela carezca de legitimación activa. En consecuencia, el TG también determinó la inadmisibilidad del recurso presentado contra el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1653 y la Decisión (PESC) 2018/1656.

Sin embargo, esta sentencia fue anulada por el Tribunal de Justicia (TJ) mediante sentencia de 22 de junio de 2021, asunto C-872/19 P (ECLI:EU:C:2021:507), debido a que el TJ sí entendió que las medidas restrictivas impuestas por el Consejo sí afectaban directamente a la situación jurídica de Venezuela, lo cual conlleva que este Estado tenga interés en ejercitar acciones contra los actos del Consejo. Asimismo, señaló que, debido a que los artículos 2, 3, 6 y 7 del reglamento impugnado no incluyen medidas de ejecución, cumpliendo así con el art. 263, párrafo cuarto, del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) —«(t)oda persona física o jurídica podrá interponer recurso [...] contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente, contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas

de ejecución»—, Venezuela tiene capacidad para solicitar la anulación de los mismos. El TJ reenvió el asunto, por consiguiente, al TG para que este resolviese sobre el fondo del asunto, invocando Venezuela ante este ‘nuevo’ procedimiento cuatro motivos para apoyar su recurso: (1) vulneración del derecho a ser oído; (2) incumplimiento de la obligación de motivación; (3) inexactitud material de los hechos y error manifiesto de apreciación de la situación en Venezuela; y (4) imposición de contramedidas ilegales y violación del Derecho Internacional (DI).

El TG, antes de adentrarse en el fondo del asunto, delimitó, por un lado, el alcance del litigio y, por otro, la naturaleza de las medidas restrictivas controvertidas. Respecto al alcance del litigio, el TG señaló que su actuación debe estar determinada por la sentencia del TJ, entendiéndose este la admisibilidad del recurso respecto a los arts. 2, 3, 6 y 7 del reglamento impugnado, ya que este mismo puede «perjudicar los intereses, en particular económicos» de Venezuela, por lo que la «anulación puede procurarle, por sí misma, un beneficio» (véase Sentencia del TJ, asunto C-872/19 P, apdo. 83). Esto significa que Venezuela es, según el TJ, contrariamente a lo dicho por el TG en la sentencia anulada, en virtud del art. 263 del TFUE, una ‘persona jurídica’, ya que «las obligaciones de la Unión de velar por el respeto del valor del Estado de Derecho no pueden supeditarse en modo alguno a un requisito de reciprocidad por lo que respecta a las relaciones de la Unión con Estados terceros» (apdos. 52-53 del asunto C-872/19 P), asimismo el TJ señaló que el concepto de ‘persona jurídica’ no puede interpretarse de manera restrictiva (apdos. 44-47 del asunto C-872/19 P). Además, el TJ declaró que por «el hecho de que las medidas restrictivas en cuestión no constituyan un impedimento absoluto para que la República Bolivariana de Venezuela se procure los bienes y servicios a los que se refieren esos artículos, puesto que dicho Estado puede seguir obteniéndolos fuera del territorio de la Unión mediante personas no sujetas a dichas medidas, no desvirtúa la conclusión de que las prohibiciones establecidas en los citados artículos afectan directamente a la República Bolivariana de Venezuela» (apdo. 71 del asunto C-872/19 P), es decir, las medidas restrictivas sí surten «efectos directamente en la situación jurídica» de Venezuela (apdo. 73 del asunto C-872/19 P).

No obstante, el TJ interpretó que el TG ya se había pronunciado sobre la inadmisibilidad del recurso contra el Reglamento de Ejecución 2018/1653, el cual «no tenía otra función que la modificación [...] del Reglamento 2017/2063», el cual establece la lista de personas físicas y jurídicas afectadas por las medidas restrictivas (apdo. 90 del asunto C-872/19 P); así como contra la Decisión 2018/1656, cuya anulación no había sido solicitada por Venezuela (apdo. 17 del asunto C-872/19 P).

Por lo tanto, respecto al segundo punto previo —la naturaleza de las medidas restrictivas—, y en atención en exclusiva al reglamento impugnado, el TG señaló que las medidas restrictivas en un reglamento pueden ser de carácter general —en atención a criterios objetivos— o individuales —contra personas físicas o jurídicas identificadas— (apdo. 30). El TG interpretó que las medidas restrictivas buscan limitar, reducir o, incluso, interrumpir relaciones económicas con un tercer país, lo cual da a entender que «(d)ichas medidas no van dirigidas a personas físicas o jurídicas identificadas, sino

que se aplican a situaciones determinadas objetivamente y a una categoría de personas consideradas de manera general y abstracta» (apdo. 31), es decir, tienen alcance general (apdo. 34), asumiendo así el criterio del TJ (apdo. 92 del asunto C-872/19 P). A continuación, el TG analizó los motivos invocados por Venezuela.

En el primer motivo, respecto a la vulneración del derecho a ser oído, Venezuela sostiene que no ha sido informada ni oída previamente a la adopción del reglamento impugnado, incumpliendo, a su entender, el art. 41(2)(a) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE —Derecho a una buena administración: «el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente»—. El Consejo entiende que, al tratarse de medidas de alcance general, no tiene obligación de informar de la adopción de las mismas según los arts. 25 del Tratado de la UE (TUE) —respecto a la Política Exterior y de Seguridad de la UE— y 215 del TFUE —«(c)uando una decisión adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea prevea la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países [...]»—, así como la jurisprudencia del TJUE. El TG comparte la visión del Consejo, el reglamento impugnado es de alcance general, resaltando que, si el Consejo tuviese que establecer relaciones con Venezuela para imponer las medidas, entonces se estaría perdiendo la capacidad de influir en la situación internacional que se busca revertir o modificar, «vacando de contenido el efectivo perseguido con la imposición de medidas» y poder así ejercer presión sobre el país en cuestión (apdo. 42). Por ello el TG desestimó este primer motivo presentado por Venezuela.

El segundo motivo —incumplimiento de la obligación de motivación— fue también desestimado por el TG. En este motivo, Venezuela sostiene que la motivación del reglamento es insuficiente, más aún teniendo en cuenta que, al parecer de Venezuela, supone la injerencia por parte de la UE sobre sus asuntos internos; así mismo considera que no existen elementos de prueba que justifiquen dicha imposición, es decir, las violaciones a la democracia, los derechos humanos y el DI. El TG recuerda que la obligación de motivar es una «formalidad sustancial», distinto del fundamento de la motivación, es decir, la legalidad del fondo del acto controvertido (apdo. 50). Sin embargo, el TG señala que la situación general por la cual se adoptó el reglamento está ampliamente desarrollada y justificada a través de los diversos actos de la UE respecto al deterioro de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en Venezuela. Por lo que, a ojos del TG, Venezuela puede comprender sobradamente los motivos que justifican la adopción de las medidas restrictivas, ya que, además, el tercer motivo esgrimido por Venezuela contra el reglamento impugnado es «la inexactitud material de los hechos» (apdo. 23).

Venezuela, en su tercer motivo, considera que los hechos tenidos en cuenta por el Consejo a la hora de imponer las medidas restrictivas son inexactos, así mismo rechaza la apreciación de los mismos. Sin embargo, el Consejo alega que dispone de una amplia facultad de apreciación para adoptar medidas restrictivas según los arts. 215 del TFUE —«la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas

y financieras con uno o varios terceros países»— y 29 del TUE —«(e)l Consejo adoptará decisiones que definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático»—, sin que el juez de la UE pueda sustituirle en dicha capacidad. Por lo que, de acuerdo con el Consejo, el TJUE solo puede ejercer un «control restringido» en lo que respecta a la verificación de los hechos y a la existencia de una base fáctica suficiente (apdos. 63-64), debiendo atenderse a los motivos de la adopción de las medidas no solo del reglamento impugnado, sino también de la Decisión 2017/2074 (apdo. 65).

Por ello, el TG, asumiendo la tesis esgrimida por el Consejo respecto a su capacidad de control, determinó que el Consejo, en relación a la «exactitud material de los hechos», ha probado suficientemente mediante diversos informes de organismos internacionales los hechos que justifican la toma de medidas restrictivas (apdos. 73 y 74), sin que Venezuela, según el TG, haya aportado informes verídicos y/o independientes (apdos. 74 y 75). Respecto a la base fáctica que fundamentó la adopción de las medidas, es decir, el error de apreciación que alega Venezuela, el TG suscribió las palabras del Consejo, ‘desautorizándose’ a la hora de observar cuestiones de ámbito PESC, es decir, de «carácter político», y, por ello, el «Consejo dispone de amplia facultad de apreciación», ya que «refleja el enfoque de la Unión sobre un asunto relativo a la PESC» (apdo. 78). Por lo que, el TG desestimó las alegaciones de Venezuela de este motivo.

Finalmente, respecto al cuarto motivo esgrimido por Venezuela, este Estado alega, en primer lugar, que las medidas restrictivas no son tales, sino que son contramedidas, las cuales son contrarias al DI y a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC); asimismo, señala que las mismas son desproporcionadas y constituyen un claro ejemplo de injerencia en asuntos internos. Además, Venezuela considera que el Consejo tenía obligación de atender al hecho de que EE. UU. ya había establecido medidas restrictivas previamente —alegación inadmitida al haber sido invocada en la réplica— (apdo. 83). En segundo lugar, si no son contramedidas, Venezuela entiende que el Consejo no puede adoptar medidas restrictivas sin la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) a partir de resoluciones de la Asamblea General (AGNU) y del CSNU (apdo. 84). El Consejo se opone a la visión de que las medidas restrictivas constituyan una violación del principio de no injerencia en asuntos internos, ya que estas deben respetar el DI, art. 3(5) del TUE —«(e)n sus relaciones con el resto del mundo, la Unión [...] estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas». El TG, al valorar las alegaciones de Venezuela, no siguió el orden establecido por este Estado, sino que tomó un hilo argumental en cascada, a fin de resolver primero las cuestiones de carácter más general planteadas y, posteriormente, resolver el resto de las cuestiones planteadas.

En primer lugar, el TG valoró si estamos ante contramedidas o medidas restrictivas, concluyendo que el reglamento impugnado adoptó medidas ante la situación en Venezuela, lo que implica que la adopción de estas medidas «no era reaccionar ante

un hecho internacionalmente ilícito imputable» al Estado de Venezuela (apdo. 91). Por lo que no estamos ante contramedidas [véase art. 49 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53.º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AGNU en su Resolución A/RES/56/83 de 12 de diciembre de 2001: solo podrán adoptarse contramedidas contra un Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito] y, en consecuencia, no existe injerencia en asuntos internos (apdo. 92), lo cual conlleva que Venezuela no tenga derecho a ser informado de la adopción de las supuestas contramedidas (apdo. 93). A continuación, el TG recordó a Venezuela que la UE no tiene obligación de acudir al CSNU a fin de imponer medidas restrictivas, ya que los propios tratados de la UE permiten a esta adoptar este tipo de medidas sin intervención de terceros, pudiendo también ser medidas distintas a las recomendadas por el CSNU en caso de existir (apdo. 95). Además, a su entender, no existe una práctica aceptada respecto a la adopción de medidas restrictivas según las resoluciones de la AGNU o del CSNU (apdos. 96-97). Posteriormente, respecto a la desproporcionalidad alegada, el TG subrayó que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho comunitario, el cual exige que «los medios que aplica una disposición del Derecho de la Unión permitan alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de la que se trate y no vayan más allá de lo necesario para ello» (apdo. 99). Por lo tanto, «solo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en esos ámbitos, con relación al objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida» (apdo. 100).

En segundo lugar, el TG trató las alegaciones de Venezuela sobre la violación de los acuerdos de la OMC a la hora de adoptar estas medidas, ante lo cual el TG volvió a desautorizarse en este aspecto. El juez de la UE, a su entender, no puede observar si la UE cumple con las normas en el marco de la OMC, ya que solo es competente en caso de que la UE pretenda cumplir una obligación o el acto de la UE remita expresamente a disposiciones de los acuerdos de la OMC (apdo. 107).

En tercer lugar, respecto a los efectos de las medidas adoptadas sobre el territorio venezolano, lo cual conlleva, a entender de Venezuela, el ejercicio de competencia extraterritorial por parte de la UE, siendo este hecho manifiestamente contrario al DI, el TG señaló que el Consejo define las políticas en el ámbito internacional de la UE, art. 29 del TUE, pero también se prevé que el Consejo interrumpa relaciones económicas y financieras con terceros Estados en el art. 215 del TFUE. Por lo que el «objetivo implícito» de las medidas es evidente: «tener repercusiones en el Estado tercero de que se trate» (apdo. 110). Sin embargo, la alusión de Venezuela a la intromisión fáctica de la UE en territorio ajeno es inconsistente, ya que «las medidas restrictivas en cuestión se refieren a personas y situaciones sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros *ratione loci* o *ratione personae*» (apdo. 111). Por lo que, el TG concluyó que el propósito de la UE ante la imposición de medidas restrictivas en Venezuela es el de cumplir con sus obligaciones fundacionales, actuando en conformidad con los objetivos y valores de la misma de los arts. 3(5) y 21 del TUE, garantizando así el «cumplimiento de las

obligaciones *erga omnes partes* de respetar los principios derivados del Derecho internacional general y de los instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal» (apdo. 113).

En conclusión, el TG no observó ningún motivo para derogar el reglamento impugnado, manteniendo en consecuencia las medidas restrictivas recogidas en el mismo contra Venezuela. Además, el TG reafirmó la capacidad del Consejo a la hora de establecer medidas restrictivas contra terceros Estados, limitando el control judicial sobre dicha competencia a la forma de adopción de dichas medidas por parte del Consejo, es decir, al cumplimiento del procedimiento establecido por los tratados y a la existencia de suficiente fundamentación, a pesar de que el margen de esta competencia es muy amplio. No obstante, de igual modo, el TG reconoció la protección debida de las entidades físicas y jurídicas que puedan verse afectadas por las medidas restrictivas de carácter general contra el Estado por cuya situación interna se imponen, al observar que estas también tienen efectos jurídicos sobre el mismo.

Sara CALLES GÓMEZ
Jurista especialista en Derecho Internacional Público y Unión Europea
Universidad de Salamanca
i_c049128@usal.es

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de abril de 2024, asunto C-551/21

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE FIRMA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA UE

La presente sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia (TJ) de la Unión Europea (UE), de 9 de abril del 2024, asunto C-551/21 (ECLI:EU:C:2024:281), resuelve un recurso de casación presentado por la Comisión Europea (Comisión), asistida por el Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (Alto Representante), contra el Consejo de la Unión Europea (Consejo), el cual contó con el apoyo de varios Estados miembros.

El origen de este recurso de casación se encuentra enmarcado en el proceso de firma del Protocolo de Aplicación del Acuerdo de Colaboración en el Sector Pesquero entre la República Gabonesa y la Comunidad Europea, es decir, la firma de un acuerdo internacional. A la hora de la firma, el Consejo adoptó el 28 de junio de 2021 la Decisión (UE) 2021/1117 —decisión controvertida—, relativa a la firma y a la aplicación provisional de dicho protocolo, nombrando al representante permanente de la República Portuguesa como la persona facultada para firmar dicho protocolo en nombre de la UE, art. 2 de la decisión controvertida, al poseer la República Portuguesa la presidencia rotatoria del Consejo en ese momento.

Sin embargo, la Comisión consideró que el Consejo se había extralimitado en sus funciones, ya que, desde su punto de vista, el Consejo carece de competencia para determinar quién debe llevar a cabo la firma de un acuerdo internacional. A entender de la Comisión, es esta misma institución la que debe asumir la representación de la UE en el ámbito internacional, ya que promueve el interés general de la misma, en virtud del art. 17(1) del Tratado de la UE (TUE). Además, señaló que el Consejo contravino la propuesta de decisión presentada por la Comisión el 19 de mayo de 2021, en la cual se establecía expresamente que la persona signataria sería «indicada por la Comisión» (apdo. 13). En consecuencia, la Comisión solicitó la anulación al TJ, por un lado, del art. 2 de la decisión controvertida y, por otro, de la designación realizada por el Consejo.

A la hora de analizar este caso debemos tener presente la importancia del acto de la firma de un acuerdo internacional, así como el principio de equilibrio institucional. En primer lugar, el acto de firma de un acuerdo internacional supone comprometer a los firmantes ante un texto internacional, creando derechos y obligaciones a los mismos [véanse art. 11 —«(e) consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido»— y art. 12(1)(a) —«(e) consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante: a) cuando el

tratado disponga que la firma tendrá ese efecto» — de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados]. Por lo que este caso tiene un fuerte e importante trasfondo de Derecho Internacional consuetudinario. En el presente caso, igualmente, la fecha de la firma supone el momento de entrada en vigor del protocolo, art. 2(2), aunque el art. 24 del mismo establece su aplicación provisional a partir de la firma por las partes. En segundo lugar, en relación con el principio de equilibrio institucional, mencionado por la Comisión (apdo. 45), recogido en el art. 13(2) del TUE —«(c)ada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal»—. Este principio ha sido definido por la profesora Araceli MANGAS MARTÍN como la «piedra clave del sistema institucional de la Unión», debido a que permite, por un lado, a las instituciones ejercer sus competencias determinadas por los tratados, así como, por otro lado, proteger las mismas de la injerencia de otras instituciones. Por lo que la importancia de este caso reside en determinar qué institución posee la competencia para proceder a la firma de los acuerdos internacionales en nombre de la UE, vinculando de esta forma al conjunto de la UE, ya que supondrá la observancia o no del equilibrio institucional y del Derecho Internacional consuetudinario.

La primera cuestión que trata el TJ en esta sentencia es respecto a la admisibilidad o no del recurso a petición del Consejo. El Consejo entiende que la anulación parcial no es posible en el presente caso, debido a que el acto en cuestión —designar a un representante para la firma, art. 2 de la Decisión controvertida— no es separable del resto del acto —la Decisión controvertida—. Por lo que, a su entender, la falta de dicha designación supondría crear «un vacío jurídico contrario al objeto y fin de dicha Decisión» (apdo. 24). Además, acusa a la Comisión de falta de claridad y precisión respecto al objeto de la pretensión al no mencionar los poderes plenos otorgados al representante permanente de Portugal (apdo. 26).

Ante las alegaciones del Consejo, la Comisión coincide con la primera parte de las mismas, interpretando de manera similar que no se puede anular parcialmente un acto si dicha anulación parcial afecta a la «esencia» del acto en su conjunto (apdo. 29). No obstante, señala que para observar afectación o no del acto en cuestión se debe atender a criterios objetivos y no subjetivos de voluntad política de la institución que ha adoptado el mismo (apdo. 30). La Comisión estudia los artículos que componen la Decisión (UE) 2021/1117, observando que la determinación de la persona facultada para nombrar al firmante —art. 1 de la decisión controvertida— y la designación posterior —art. 2 de la decisión controvertida— son «actos separados», lo cual significa que no se estaría afectando a la esencia o espíritu de la decisión en sí (apdo. 33). Por lo que, siguiendo la interpretación de la Comisión, la esencia de la decisión no se ve afectada, ya que el art. 2 solo se refiere a la designación de un representante en cumplimiento del art. 1.

Respecto a las alegaciones de falta de claridad y precisión por no hacer mención en el escrito del recurso a los plenos poderes otorgados al representante permanente

de Portugal para la firma (apdo. 37), la Comisión no observa incumplimiento alguno respecto al objeto de la pretensión, ya que, a fecha de la interposición del recurso, solo había sido informada de la firma del protocolo (apdo. 39).

Posteriormente, el TJ entra a valorar los argumentos esgrimidos por ambas partes en relación con el motivo alegado por la Comisión respecto a la infracción del art. 17(1) del TUE, en relación con el art. 13(1) y (2) del TUE.

La Comisión observa que el Consejo, al nombrar al representante permanente de Portugal para la firma del protocolo, está entrometiéndose en competencias de la Comisión recogidas en el art. 17(1) del TUE, ya que la representación exterior de la UE corre a cargo de la Comisión cuando no se trate de cuestiones de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) (apdo. 44). Sin embargo, el Consejo, al haber adoptado un acto de representación internacional, hace saltar por los aires el principio de equilibrio institucional [véase art. 13(1) y (2) del TUE, apdo. 45], ya que, según la Comisión, debe distinguirse entre los actos propios del proceso interno de toma de decisiones de la UE y los actos de representación exterior —firma—, en atención al art. 218(5) del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), el cual establece que el Consejo adoptará una decisión para autorizar la firma y la aplicación del acuerdo antes de la entrada en vigor del mismo. Por lo que la Comisión entiende que el Consejo solo tiene capacidad para autorizar la firma, ya que este acto es parte del proceso de toma de decisiones, mientras que el acto de la firma es una cuestión de representación exterior, competencia que no pertenece al Consejo, sino a la Comisión. Por tanto, al haber nombrado el Consejo a una persona para firmar en nombre de la UE, otorgándole poderes para ello, este está en realidad asumiendo competencias de la Comisión, lo cual supone el quebrantamiento del equilibrio institucional (apdos. 45-48).

A este razonamiento la Comisión señala que, si bien anteriormente era la presidencia rotatoria del Consejo la encargada de firmar los acuerdos internacionales, el Tratado de Lisboa introdujo como innovación que la Comisión sería la institución que asumiese la representación exterior de la UE a fin de «reforzar la visibilidad y el reconocimiento internacionales de la Unión» a través del Alto Representante (apdo. 49). Por lo que la designación en el caso actual del presidente de turno del Consejo es «ilegal» porque niega y contraviene la modificación introducida por el Tratado de Lisboa (apdo. 50).

El Consejo, por su parte, basándose en el *continuum* jurídico del procedimiento, siendo la firma en sí un «elemento integrante de la definición de las políticas de la Unión» (apdo. 57), entiende que es la Comisión la que ha invadido sus prerrogativas y no al contrario (apdo. 53). En su argumento, el Consejo sostiene que en el caso de los acuerdos internacionales el art. 17(1) del TUE no es aplicable al presente caso, sino que el artículo aplicable es, por el contrario, el 16(1) del TUE —«(e)l Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de definición de políticas y de coordinación, en las condiciones establecidas en los Tratados»—. Por lo que el Consejo entiende que la firma constituye una parte de su competencia de definición de las políticas y no de representación

exterior, la cual es competencia de la Comisión (apdos. 56 y 59), siendo el art. 218(5) del TFUE —autorizar la firma de los acuerdos internacionales— una especificación del artículo 16(1) del TUE (apdo. 56) y, por ello, sostiene que la Comisión no puede alegar el principio de equilibrio institucional en el presente caso al no existir una limitación explícita en los tratados de la competencia del Consejo en materia de firma de acuerdos internacionales (apdo. 58). Además, el Consejo destaca que el art. 218(5) del TFUE establece la excepción al art. 12 del Convenio de Viena en lo concerniente a qué debe considerarse como ‘representante’ en las excepciones recogidas en el art. 218(5) del TFUE (apdo. 59).

Finalmente, el Consejo sostiene, al contrario que la Comisión, que el Tratado de Lisboa no modificó el significado del art. 218(5) del TFUE, es decir, que, aunque se establezca que la representación exterior de la UE está en manos del Alto Representante, esto no es óbice para entender que la competencia de la firma sea también del Alto Representante, sino que la capacidad de designación de un representante para firmar en nombre de la UE sigue recayendo en el Consejo (apdo. 60).

Tras los argumentos de ambas partes, el TJ pasa a valorar si existe o no la supuesta violación del art. 17(1) del TUE en relación con el art. 13 del TUE alegado por la Comisión y negado por el Consejo, recordando, en primer lugar, la importancia de este último artículo —principio de equilibrio institucional y de cooperación legal— en la estructura de la UE. Posteriormente, el TJ resume someramente las competencias de la Comisión y del Consejo, señalando que el art. 16(1) del TUE establece que el Consejo define las políticas, mientras que el art. 17(1) del TUE establece que la promoción del interés general de la UE y su representación en el exterior corren a cargo de la Comisión (apdos. 64-65). El TJ, a partir de este escueto análisis, resuelve la cuestión planteada, disponiendo que la decisión de autorizar la firma, art. 218(5) del TFUE, no incluye «el acto posterior consistente en la propia firma del acuerdo» (apdo. 67), recalcando que el acto de estampar la firma «no forma parte de la apreciación política» que posee el Consejo a la hora de definir las políticas de la UE (apdo. 69).

Finalmente, el TJ, basándose en la Convención de Viena [véanse art. 2(1)(c) —los «plenos poderes» es un documento que emana de la autoridad competente de un Estado a fin de expresar el consentimiento del mismo en obligarse por un tratado— y art. (7)(1) —una persona representa a un Estado «a) si se presentan los adecuados plenos poderes, o b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes»—], concluyó que la autoridad que firma un acuerdo internacional debe ser considerada «representante de dicho estado u organización internacional» (apdo. 75), es decir, dicha persona debe ostentar la representación —actuar en nombre de un sujeto ante un tercero (apdo. 71)— de, en este caso, la UE, siendo dicha competencia de la Comisión en virtud del art. 17(1) del TUE (apdos. 77 y 80). Además, el TJ señaló que, a pesar de que el acto de la firma forma parte de un *continuum* del art. 218 del TFUE, tal y como remarca el Consejo, el principio de equilibrio institucional

debe ser respetado, teniendo en cuenta que el apartado 5 de dicho artículo solo menciona «autorizar la firma», pero no «designar al signatario» (apdo. 79), al no tratarse el presente caso de una excepción —PESC u otro caso previsto en los tratados— del art. 17(1) del TUE. Sin embargo, tras aseverar que la competencia en este caso en materia de firma es de la Comisión, el TJ también subrayó que la Comisión debe actuar a la hora de estampar la firma respetando el principio de cooperación leal, art. 13(2) del TUE (apdo. 83).

En consecuencia, el TJ decidió anular el art. 2 de la decisión controvertida, así como la designación del representante permanente de Portugal como signatario en nombre de la UE. Por ello, el TJ entendió que no debía examinar el resto de los motivos alegados por la Comisión (apdo. 85). No obstante, en este punto, el TJ decretó que, a fin de preservar la seguridad jurídica —art. 264 del TFUE—, el art. 2 de la decisión tiene efectos definitivos, ya que podría dar lugar a que se cuestione «la firma del Protocolo», a pesar de que, como entiende el TJ, la voluntad de la UE era llevar a cabo dicha firma, como así demostrarían la autorización del Consejo en el art. 1 de la decisión controvertida y la aplicación provisional del propio protocolo (apdos. 87-89).

Sara CALLES GÓMEZ
Jurista especialista en Derecho Internacional Público y Unión Europea
Universidad de Salamanca
i_c049128@usal.es

NORMAS PARA AUTORES/AS

1. La revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS), auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.
2. AIS se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

Proceso de recepción de originales y publicación

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS), a la dirección ais@usal.es. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el 28 de febrero, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el 30 de septiembre.
4. *Ars Iuris Salmanticensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de AIS, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría esta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de AIS mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos, así como el volumen en el cual aparecerán publicados.
5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

Normas de estilo para la presentación de los textos

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de AIS. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.
7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc.,.docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.
8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divida el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *Tribuna* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *Estudios* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *Tribuna* y *Estudios*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.l.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.^a J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 2

Diciembre 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024122>

ÍNDICE

ESTUDIOS

| | |
|---|---------|
| 1. Hacia una legislación marítima a prueba de futuro: desafíos y oportunidades derivadas del rápido desarrollo tecnológico, por <i>Dina Qasmi Nabil</i> | 11-39 |
| 2. Libertad de cátedra, autonomía universitaria y libertad de enseñanza como proyección de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico paraguayo, por <i>Violeta González Valdez</i> | 41-58 |
| 3. Estado y democracia v. X.X. Las posibilidades de un constitucionalismo digital, por <i>Julio César Bonilla Gutiérrez</i> | 59-71 |
| 4. El impacto de la narcocultura como estilo de vida en las mujeres: contexto mexicano, por <i>Lizbeth García Montoya</i> | 73-98 |
| CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN | 99-143 |
| RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA | 145-235 |



VNIVERSIDAD
DSALAMANCA

Fecha de publicación de este
volumen: diciembre 2024