

REVISTA HISPANOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



María del Ángel Iglesias (Dir.)
Manuel Palomares (Coord.)



EQUIPO EDITORIAL

Dirección: Dra. María del Ángel Iglesias Vázquez (UNIR)
Subdirección: Dr. Manuel Palomares Herrera (UNIR) y Dra. Ángela Casals Fernández (Universidad CEU San Pablo)
Colaboradores: Dra. Anna Buchardó Parra; Dña. Alba Gisbert García; D. José Antonio Romero Lara

EQUIPO CIENTÍFICO

Dr. Antonio Tirso Esther Sánchez (ULPGC)
Dr. Rubén Miranda Gonçalves (ULL)
Dr. Víctor Luis Gutiérrez Castillo (UJA)
Dr. Víctor Martínez- Patón (UNIR)
Dra. Avelina Alonso de Escamilla (CEU San Pablo)
Dra. Carmen Figuero Navarro (UAH)
Dra. Mercedes Salido López (UNIR)
Dra. Laura Miraut Martín (ULPGC)
Dra. Susana Blanco Miguélez (UNIR)
Dra. Izabel Rigo Portocarrero (USAL)
Dr. Luca Paladini (Università per stranieri di Siena)
Dra. Eva María Getino Calama (UNIR)

COLABORADORES



Entidad editora: IIDH
Página web: <http://iidhespana.org/>

SUMARIO

SECCIÓN I. TEMAS DE ACTUALIDAD

LA REGULACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS MILITARES PRIVADAS Y DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS (Zarina Kulaeva) SUMARIO. 1. Introducción. 2. Revisión de la literatura. 2.1 Definición de Estado. 2.2 Surgimiento de la industria militar privada. 2.3 Definición de la empresa militar privada y de seguridad privada. 3. Metodología. 4. Resultados. 4.1 Caso Estados Unidos. 4.2 Regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Gran Bretaña. 4.3 Regulación jurídicas de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Rusia. 5. Discusión. 6. Conclusión6

EL CRIMEN DE AGRESIÓN (Julián Parra Díez) SUMARIO. 1. Crimen de agresión. 1.1. Justificación del tema elegido. 1.2 Problema y finalidad del trabajo. 1.3 Objetivos. 2. Recorrido del crimen de agresión. 2.1 Conformación y codificación del crimen de agresión. 2.1.1 El Pacto de la Sociedad de las Naciones. 2.1.2 El Pacto de Kellogg- Briand. 2.1.3 La Carta de las Naciones Unidas. 2.1.4 Los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio. 2.1.5 La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas 22. 2.1.6 El Estatuto de Roma. 2.1.7 Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. 2.2 Aproximación al crimen de agresión en el Estatuto de Roma. 2.2.1 Concepto de crimen de agresión en el Estatuto de Roma: el crimen de líderes 28. 2.2.2 Principales elementos y características del crimen de agresión. 2.2.3 Condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma, para aquellos supuestos del crimen de agresión. 2.3 La Corte Penal Internacional y el asunto “situación en Ucrania”. 2.4 Actualidad y futuro. 2.4.1 Propuestas. 3 Conclusiones.....37

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: LA INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006 EN LA ÚLTIMA DÉCADA (Sergio Sánchez París) SUMARIO: 1. Introducción. 2. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2.1 Origen. 2.2 Finalidad. 2.3 Breves apuntes hacia la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la convención de Nueva York. 2.4 Los retos pendientes tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. 2.5 Un antes y un después en materia de accesibilidad. a) Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo. b) Ley 11/2023, de 8 de mayo. 3. Conclusiones.....74

EXTRACCION PETROLERA EN LA AMAZONIA ECUATORIANA, EL CASO CHEVRON-TEXACO EN ECUADOR (Alejandro Domenech García) SUMARIO. 1. Introducción. 2. Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. 2.1. Prácticas llevadas a cabo para la extracción petrolera. 2.2. Derechos Humanos y empresas. 2.2.1. Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. 2.3. Derechos Humanos vulnerados. 3. Deber del Estado de proteger los Derechos Humanos. 3.1. Papel del Estado en el caso acontecido. 3.2. Ponderación de sentencias a raíz de los Derechos vulnerados. 4. La extracción petrolera llevada a consulta popular. 5. Conclusiones.....98

CONSIDERACIONES SOBRE LA TRANSPARENCIA COMO VALOR JURÍDICO AÑADIDO AL MARKETING DE LA EMPRESA ESPAÑOLA (Manuel Palomares Herrera) SUMARIO. 1. Introducción. 2. La previsión del cumplimiento como base jurídica que ensalza la transparencia en la empresa. 3. El valor añadido de la transparencia en la marca. 3.1 White marketing y construcción de confianza en la marca. 3.2 Desafíos y obstáculos en la implementación de la transparencia. 4. Consideraciones finales.....118

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS HUMANOS (Paula de la Cruz Rodríguez) SUMARIO. 1. Introducción. 2. Conceptos básicos. 2.1 ¿Qué es la inteligencia artificial? 2.2 ¿Qué son los derechos humanos? 3. El impacto de la inteligencia artificial en algunos Derechos Humanos de la primera generación. 3.1 Las generaciones de derechos humanos. Evolución histórica. 3.2 Derecho a la no discriminación. 3.3 Derecho a la protección de datos personales. 3.4 Derecho a la tutela efectiva. 4. La inteligencia artificial desde una perspectiva filosófica. 4.1 Ventajas e inconvenientes de la inteligencia artificial. 4.2 Aspectos éticos y morales de la inteligencia artificial. 4.3 La responsabilidad jurídica derivada de la aplicación de la inteligencia artificial. 5 Conclusión.....132

LA VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA DURANTE EL ESTADO DE ALARMA (Julia Gutiérrez Cabrera) SUMARIO. 1. Introducción. 2. La dignidad humana como base de los derechos humanos y los derechos fundamentales. 2.1 Concepto de dignidad de la persona humana. 2.2 Regulación de la dignidad de la persona humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2.3 Regulación de la dignidad de la persona humana en la Constitución Española. 3. Derechos humanos y derechos fundamentales. 3.1 Regulación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 3.2 Regulación en la Constitución Española. 4. Los estados de alarma declarados en España debido a la pandemia del COVID- 19. 4.1 Concepto de estado de alarma. 4.2 Diferenciación con el estado de excepción y sitio. 4.3 Los estados de alarma declarados durante la pandemia en España. 4.4 La suspensión de los derechos fundamentales durante el estado de alarma. 5. Conclusiones.....168

SECCIÓN II. RECENSIONES

RESEÑA DEL LIBRO «La prisión permanente revisable» DE ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ, POR MANUEL PALOMARES HERRERA.....205

RESEÑA DEL LIBRO «Prolegómenos al discurso del odio. Especial atención a la reforma penal de 2015» DE MANUEL PALOMARES HERERA, POR ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ.....207

SECCIÓN I. TEMAS DE ACTUALIDAD

LA REGULACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS MILITARES PRIVADAS Y DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS¹

THE INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF PRIVATE MILITARY COMPANIES AND PRIVATE SECURITY COMPANIES IN ARMED CONFLICTS

Zarina Kulaeva

Estudiante del programa de Doctorado de Derecho, Política y Economía
Universitat Oberta de Catalunya

Resumen

Las violaciones de los derechos humanos perpetradas por empresas militares y de seguridad privadas en los conflictos armados representan la sombra ominosa de la regulación jurídica internacional. La participación de estas entidades en los conflictos armados plantea interrogantes sobre su legitimidad y destaca cómo la ausencia de reglas sólidas supone una amenaza para los derechos humanos. Así, el siguiente trabajo explora la viabilidad de establecer un marco normativo internacional para la supervisión legal de estas empresas, analizando tres casos emblemáticos: Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia. Los resultados de esta investigación evidencian que la carencia de regulaciones beneficia a las empresas militares y de seguridad privadas, perpetuando las violaciones a los derechos humanos.

Palabras clave

Empresas militares privadas, empresas de seguridad privadas, conflictos armados, globalización, regulación

Abstract

The human rights violations perpetrated by private military and security companies in armed conflicts cast a foreboding shadow over international legal regulation. The involvement of these entities in armed conflicts raises questions about their legitimacy and underscores how the absence of robust rules threatens human rights protection. Thus, the following work explores the feasibility of establishing an international normative framework for the legal oversight of these companies, analyzing three emblematic cases: the United States, Great Britain, and Russia. The findings of this research reveal that the lack of regulations benefits private military and security companies, perpetuating human rights violations.

Keywords

Private military companies, private security companies, armed conflicts, globalization, regulation

¹ Dicho estudio es el Trabajo Final de Máster que se realizó durante el período de curso del Máster de Derechos Humanos, Democracia y Globalización por la Universitat Oberta de Catalunya en 2020.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Revisión de la literatura. 2.1 Definición de Estado. 2.2 Surgimiento de la industria militar privada. 2.3 Definición de la empresa militar privada y de seguridad privada. 3. Metodología. 4. Resultados. 4.1 Caso Estados Unidos. 4.2 Regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Gran Bretaña. 4.3 Regulación jurídicas de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Rusia. 5. Discusión. 6. Conclusión. 7. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han sido decisivas para el mundo tal y como lo conocemos hoy. Los procesos frenéticos de la globalización permitieron que casi todos los países abrieran sus fronteras ante la emergente liberalización económica que se apoderaba incluso de los vericuetos políticos más conservadores. A pesar de los distintos regímenes de poder que ostentaban los Estados, quedaba claro que la fusión de una economía libre y trascendental era viable y afectaría al funcionamiento de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, y a los sistemas sociopolíticos y económicos. La topología de la globalización reveló al mundo que sería un proceso más, al cual habría que acostumbrarse. Encontramos que la Unión Europea, la OTAN, las Naciones Unidas, la Comunidad de Estados Independientes, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, el Consejo de Europa, el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación Islámica, por nombrar algunos ejemplos, están formando parte de dicha estructura sistémica y evidencian la amalgama de las relaciones internacionales que posibilita la globalización.

A pesar de la diversidad de los regímenes políticos, el mundo se presenta cada vez más adaptado para un tipo de funcionamiento inter, intra-relacional y transnacional. En efecto, la globalización desnudó los cuerpos políticos hacia una trascendencia de fronteras que antes determinaban y consolidaban los Estados-Naciones. Las negociaciones internacionales cada vez más sufrían de los efectos de una *desterritorialización*, donde los Estados perdían ante las coaliciones internacionales. Las portadas de las noticias mundiales evidenciaban que *todo lo que ocurría en un país, tenía consecuencias deletéreas en otros*. La liberalización económica entendida en términos de redención ante el poder intervencionista del Estado en asuntos propios de la economía funcionaba sin caudales y proliferaba despejando los espacios de aranceles y barreras comerciales, abriendo el sector financiero para los ataques de las multinacionales y privatizando sectores públicos a privados.

Así la globalización fue la clave para el impulso para la desnacionalización del poder y de la decadencia del Estado-Nación, concepto sumamente analizado y criticado por Hannah Arendt. Con el auge de los procesos transregionales, transnacionales y transcontinentales, el poder soberano dejó de permanecer en el pueblo y desvaneció bajo la cortina de humo de la globalización. La globalización se convirtió en un sistema donde el orden es caótico, las autoridades se superponen y la población mundial conforma una forma distinta de comunidad política (Linklater, 2008).

La globalización como un fenómeno de abastecimiento total, fomentó y externalizó los usos y desusos de los servicios de venta y de adquisición del material armamentístico y del personal militar. Desde el siglo pasado y a causa de la desintegración de estructuras estatales por guerras civiles, por atentados terroristas y/o por golpes de Estado, se presentaba un panorama donde el libre comercio de estos recursos y servicios se hacía posible y generaba nuevos puestos de trabajo. Resultado de ello una nueva forma emergente de involucrar actores internacionales en los conflictos armados que precisan de normas y regulaciones nacionales, así como internacionales. En definitiva, a lo largo del siguiente trabajo trazaremos una línea histórica bidireccional: analizaremos la tipología del Estado y sus diferentes modos de ser, ya sea como Estados estable, Frágil o Fallido; al mismo tiempo que evidenciaremos el contexto sociohistórico que engendró el precedente para el impulso de empresas independientes de los Estados, como formas *cuasi* políticas y absolutamente militares de intervención en los conflictos. Esto es que, empresas militares privadas (EMP, de aquí en adelante) y empresas de seguridad privadas (ESP, de aquí en adelante) conformarán nuestro enfoque principal.

Analizaremos, las dinámicas concurrentes de las EMP y ESP, tratando paralelamente la tipología de los conflictos armados, y el Derecho Internacional Humanitario (DIH, de aquí en adelante). Como punto central, propondremos un enfoque más preciso sobre tres países que consideramos de especial relevancia en el sector de la privatización de la violencia por las EMP y ESP, que son Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia. En cada caso particular, objetaremos sobre la regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en la legislación nacional de cada uno de estos tres países, a nivel internacional y finalmente responderemos también sobre las formas de responsabilidad jurídica internacional de los Estados que envían el uso de la fuerza, como aquellos que la reciben.

2. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. Definición de Estado

El punto de partida es la concepción de Estado. Según la bien conocida fórmula weberiana, el Estado posee el monopolio del uso legítimo de la fuerza física dentro de un territorio determinado. Según Berrio (2003) es una estructura política además de reclamar el poder soberano sobre el territorio y de manera continua, también tiene que ser reconocido por otros Estados. Estos es formar parte de la comunidad internacional. A partir de este momento, se engendran unos vínculos de obligado cumplimiento: se espera que el Estado responda a los consensos de la comunidad internacional de forma favorable y al mismo tiempo consolide su estructura política, con su soberanía, integridad territorial y su Constitución como elementos impermeables ante cualquier adversidad, sea para la intervención externa en asuntos internos, el surgimiento de una guerra civil u otro asunto. La fragmentación que puede sufrir un Estado, según Aznar Jordán (2006), pasa por los siguientes estadios: Estado Estable, en vías de Desestructuración y un Estado Desestructurado. Dicho autor afirma que hay dos causas generales que producen grietas de desestructuración en los Estados: las reivindicaciones nacionalistas y el separatismo económico. Recordemos que la descolonización, como detonante para la reivindicación del derecho a la autodeterminación

contemplado en la Carta de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945 (artículo 1.2.), constituyó uno de los pilares para la *desterritorialización* y la *descentralización* de los Estados.

Los procesos de la descolonización desnudaron los cuerpos políticos ante su propia fragilidad: la disolución de las fronteras, las anacrónicas economías coloniales y los poco aptos mecanismos políticos, resultaron en una crisis de legitimidad del Estado. Dicha crisis vinculada con la progresiva modernización de la *post-modernidad* ha dado lugar a lo que Snyder y Malik (1999) mostraron en su estudio *Developments in Modern Warfare* sobre los efectos desiguales de la globalización, que se tradujeron en afectaciones desiguales en los Estados. En efecto, situaron 3 niveles de afectación:

1. En el primer nivel ubicaron niveles políticos asentados, con un orden político legítimo y con alto grado de estabilidad interna, así como un eficiente funcionamiento de sus instituciones políticas (por ej. las democracias del Atlántico Norte);

2. En el segundo nivel, se toparon con Estados anocráticos (o híbridos) que comparten características institucionales tanto democráticas como autoritarias, con crisis periódicas y situaciones inestables o sea Estados en vías de desestructuración (Frágiles, explicado en los siguientes párrafos), reflejadas en aquellos territorios donde su soberanía no alcanza una rigidez estructural (Sri Lanka, Pakistán, Nigeria, etc.)

3. En el tercer nivel se encontraron con los llamados Estados desestructurados, eso es Estados Fallidos, o sea *Failed States*, término acuñado por Gerald B. Helman y Steven R. Ratner en el año 1990, para designar aquellos Estados donde el anhelado «Estado del Bienestar», las garantías procesales, los servicios gubernamentales, la legitimidad y el orden, así como la pérdida de control sobre el uso de la fuerza, pasaron a ser características fundamentales del *modus vivendi* del Estado. Países como Somalia, Afganistán y República Democrática del Congo, ejemplifican de modo acertado a aquellos Estados incapaces de gobernar el territorio. Dichas situaciones estatales por antonomasia requieren de un apoyo e intervención extranjera en casi la totalidad de los casos; y efectivamente, esta necesidad de injerencia externa actualmente tiene una carencia abismal en su regulación, ergo no tiene ley: *necessitas legem non habet*. Por eso, el papel de las convenciones y de las leyes es imprescindible para que la justicia siempre encuentre su objeto (Rousseau en Carraced, 1987).

Complementando la visión de Snyder y Malik (1999), Daniel Thürer (1999) en *El Estado desestructurado y el derecho internacional* posiciona que la concepción del Estado Frágil no denota una situación definida y clasificable, más bien, una etiqueta amplia para un fenómeno que puede interpretarse de varias maneras. En su definición incluye: los aspectos geográficos y territoriales donde los Estados en vías de desestructuración o Frágiles, se asocian más con problemas internos y endógenos; los aspectos políticos, cuya base es el colapso interno de la ley y el orden. En cuanto a los Estados desestructurados o Fallidos, el énfasis está puesto aquí en el desmoronamiento total o casi total de las estructuras que garantizan la ley y el orden, así como

sobre el aspecto funcional de un Estado donde la ausencia de órganos incapaces de representar al Estado a nivel internacional y de recibir influencias del mundo exterior.

Alonso Berrio (2013), señala que el Estado Fallido incapaz de llevar a cabo sus obligaciones básicas, interfiere con su situación inestable en el plano internacional. Es decir, los efectos de su peligrosa situación político-estatal no se acotan a su población, sino que se extiende más allá de los límites fronterizos hacia el conjunto de la comunidad internacional, consecuencia directa de la globalización. Las características destacables de un Estado Fallido se resumen en el contenido de: 1) una guerra civil permanente como un *modus vivendi* que emerge nuevos tipos de combatientes (EMP/ESP), 2) la adopción de una forma de *guerra transnacional* que afecta al territorio de varios Estados, 3) el surgimiento de las personas desplazadas y refugiados, 4) la criminalización de la actividad económica y catastróficas consecuencias económicas para los países vecinos, 5) la proliferación de 'la figura del traficante como la del señor de la guerra' y 6) el catastrófico funcionamiento de la administración de justicia del Estado y sus fuerzas de protección civil, o sea, la policía; que posibilitan el desencadenamiento de la cultura de impunidad, el surgimiento de redes corruptas y sobornos fraudulentos.

Ya en 2003, el informe de La Casa Blanca sobre *The National Security Strategy of the USA*, y el informe sobre la Estrategia de Seguridad Europea habían identificado el fracaso del Estado como una amenaza grave para la seguridad internacional (Geiss, 2009). Los Estados Unidos señalaron en el mismo documento que se veían amenazados por Estados Fallidos (*idem*, 2009). Mientras que las Naciones Unidas en Quincuagésimo noveno período de sesiones sobre el informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio convocado por el Secretario General, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos* (2004) habían categorizado 6 grupos de amenazas que son la preocupación para el mundo de hoy: las amenazas económicas y sociales, los conflictos entre Estados, las guerras civiles, armas nucleares, el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional.

En esto, la transparencia del Estado en los asuntos económicos, contrapuesta a la *criminalización de la economía*, es uno de los ejemplos que antes mencionábamos para definir las dinámicas de los Estados estables, Frágiles y Fallidos. En efecto, Carracedo (1987) en *Democracia y legitimación del poder en Rousseau* explica que el problema no radica en el sistema democrático, sino en su insuficiente o desviada institucionalización. La misma que *desterritorializa* los procesos de globalización, permitiendo de forma consentida la desviación del monopolio de la fuerza hacia otros actores internacionales, como son las EMP/ESP.

2.2.El surgimiento de la industria militar privada

Hacia finales del siglo V a.C. y a lo largo del siglo IV a. C., el *xenos* que en la Antigua Grecia se refería de forma genérica al extranjero o foráneo y que a posteriori a raíz de las Guerras del Peloponeso, pasó a llamarse *misthophoros*, o asalariado y que hacía la alusión al soldado que percibía un salario (García Ramírez, 2014). La condición de asalariado en los tiempos de Grecia Clásica adquiriría una connotación peyorativa; recibir remuneración económica a cambio de un

servicio no era concebible con los valores aristocráticos. La remuneración económica era el medio eficaz de renuncia de la libertad y de la independencia.

Los cambios perceptivos en cuanto a la figura del mercenario fueron bien documentados por Tonkin (2011) en *State Control Over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, en dicho estudio Tonkin diferenció etapas históricas analizando factores que contribuyeron al surgimiento de la industria militar privada. Señaló que entre los siglos XII-XVII, las personas que deseaban participar en conflictos armados se unían en campañas libres. Así en 1303, el emperador bizantino Andrónico II Paleólogo contrató a más de 6.5000 mercenarios para la Gran Campaña Catalana contra los turcos (Tonkin, 2011). Tuvo éxito, pero más tarde los propios miembros de la campaña se revelaron y comenzaron a saquear las tierras ocupadas e intentaron establecer su propio estado en Anatolia.

Durante los siglos XVII-XIX, período de la campaña militar francesa, seguida de la Revolución Francesa de 1789, el final del Siglo de las Luces, plagado de grandes pensadores como Montesquieu, Voltaire, Diderot y Rousseau, entre otros, formaron las bases morales del deber cívico del Estado; plantearon el rechazo hacia la figura del mercenario y fundamentaron que quien ha de ser el responsable de controlar el uso de la fuerza (o violencia) debe ser el Estado. Sin embargo, el s. XX socavado bajo los movimientos de la descolonización africana y la proliferación de la globalización, posibilitó el resurgir de la figura del mercenario. Por ejemplo, durante la Guerra Civil Española (1936-1939) fueron puestos en escena militar, mercenarios provenientes de los territorios del Ifni, Sahara y de Marruecos, así como mercenarios alemanes que simpatizaban con el bando nacional español y mercenarios italianos de ideología fascista.

En rigor, las retóricas de la globalización del siglo XX, junto con las lógicas corporativas, en cierto sentido habían legalizado a la figura del mercenario. La decadencia del Estado-Nación, el surgimiento de grupos armados que socavaban la estabilidad estatal, la dispersión del monopolio de la violencia legítima estatal, concurren en circunstancias adecuadas para que los estados precisen de los servicios privados de un personal altamente cualificado para dichas labores y se tradujeron en las EMP/ESP (al margen de los convencionales mercenarios). Así, por ejemplo, la demanda del mercenario fue exponencial durante el período de descolonización de África en el decenio de 1960. Los mercenarios fueron utilizados para suprimir los movimientos de liberación nacional y para cambiar los regímenes gubernamentales que no eran deseados por los países occidentales. Un ejemplo es la participación de los mercenarios en el conflicto armado de Angola, reclutados por la empresa militar privada sudafricana «Executive Outcomes». En virtud de la legislación angoleña entonces vigente, esas actividades se consideraban ilegales. Executive Outcomes (EO) luchó en nombre del Gobierno de Angola contra la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola o UNITA, después de que esta se negara a aceptar los resultados de las elecciones en 1992. Los mercenarios de Executive Outcomes se habían enfrentado contra los rebeldes de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola o UNITA, para la cual, el Consejo de Seguridad había emitido una resolución (S/RES/864 (1993)), que remitía a cumplir con los ‘Acordos de Paz’. De hecho, según el historial bélico de EO, dicha EMP, se había

convertido en la 1ª empresa militar privada legalmente registrada (eso sí, en el territorio de la Gran Bretaña) que puso en marcha un negocio de servicios militares privados en África y fuera de ella. Más tarde, EO pasó a formar parte de la empresa sudafricana *Strategic Resource Corporation*.

En este, los Estados occidentales a la vista del efectivo trabajo realizado por las EMP/ESP cada vez más se lucraban del abanico de ventajas ante intervención bélica: la posibilidad de desplegar tropas con carácter inmediato y con un personal altamente especializado, instruido y entrenado, abría una ventana absolutamente nueva en la forma de llevar la guerra. No obstante, la falta de control de las acciones *de facto* y *de iure* de las EMP/ESP, de la responsabilidad legal interna como en la jurisprudencia internacional, ha favorecido al crecimiento exponencial de los procesos de privatización de las instituciones antes pertenecientes al Estado: el derecho a ejercer la violencia y el derecho de proteger, o sea de la seguridad.

2.3. Definición de la empresa militar privada y de seguridad privada

El Documento de Montreux impulsado desde el Federal Department of Foreign Affairs y the International Committee of the Red Cross (2008) manifestó que no existe una definición estándar de empresa militar ni de empresa de seguridad. En el lenguaje común, algunas actividades (como participar en el combate) se han considerado tradicionalmente militares mientras que otras (como custodiar residencias) se relacionan más con la seguridad. En la práctica, muchas empresas ofrecen una amplia gama de servicios, que pueden ser tanto militares como de seguridad, por lo que resulta difícil clasificarlas. Por este motivo, el Documento de Montreux evita distinguir entre empresas militares y empresas de seguridad privadas, utilizando el término inclusivo empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para abarcar a todas las empresas que proporcionan servicios militares, de seguridad, o ambos.

A diferencia del Federal Department of Foreign Affairs y the International Committee of the Red Cross, el D. Shearer (1998) sí que estipula una gran diferencia entre ambos sujetos (EMP y ESP), definiendo que las EMP son empresas perfectamente diseñadas para tener un impacto estratégico en la seguridad y el entorno político de los Estados Débiles que se enfrentan a una amenaza militar significativa. Son entidades corporativas registradas con personalidades legales, sujetas a la legislación, y contratadas por los gobiernos, ostensiblemente a líneas de apoyo logístico de vuelta a su base de origen, y tienen un mandato claro (Laborie Iglesias, 2008). Generalmente tienen una Junta Directiva, como órgano corporativo, aunque sí son responsables ante los accionistas depende de su posición (Singer, 2006). Además, la mayoría de su fuerza de trabajo se extrae de las redes de personal ex-soldado, cuyos detalles se mantienen en una base de datos. Pero, lo característico de las empresas militares privadas es su capacidad de transformarse, estableciendo sociedades matrices. Esta práctica también es común entre las organizaciones multinacionales (Shearer, 1998).

La dinámica de las empresas militares privadas nos dirige hacia la contundente definición de su posición y *estatus quo*, que muestra la realidad corporativa de la guerra privatizada, con una clara estrategia de venta y una demanda internacional del sistema neoliberal. Los Estados son los agentes

mediante los cuales, los servicios militares de las EMP's, adquieren la legalización en el momento de ser registrados en un territorio, contratados y asalariados. Los servicios que cubren siempre van en consonancia con las necesidades del Estado, como el adiestramiento de las Fuerzas Armadas, el apoyo operativo en combate directo, el apoyo logístico (control, comunicación, transporte terrestre, apoyo sanitario, abastecimiento de agua, construcción de bases, involucración de la población civil, ingeniería civil, entre otros), y la instalación de puntos como bases militares, aeropuertos, oleoductos, son algunos de los servicios que figuran en el catálogo de las EMP (Fabien & Dearden, 2006)

En cambio, Kinsey (2006) encuentra diferencias sustanciales y alude que las empresas de seguridad privadas tienen otras características, propias de ellas: suelen estar fundadas por antiguos soldados, llevan armas y adoptan un enfoque táctico para su trabajo, como por ejemplo realizan formaciones policiales o de mantenimiento de vehículos militares. Aunque estas acciones, conllevan el riesgo de perder el control sobre el conocimiento militar (anteriormente perteneciente al Estado) y de falta de restricciones sobre el uso de los conocimientos especializados. Siguiendo la misma línea, Shearer (1998) ha identificado que: las empresas de seguridad, junto con las empresas internacionales de minería y minerales, están cada vez más aliadas con los gobiernos. Además, a medida que aumenta la inestabilidad en los lugares, las actividades de vigilancia pasiva se convierten en un trampolín para acciones militares más agresivas en connivencia con las empresas locales y los poderosos. De hecho, una tendencia más militarista es que las ESP entrenan a la policía local o a las compañías locales para mejorar la seguridad alrededor de las instalaciones. Esta acción conlleva a que no haya restricciones sobre la forma en que se pueden utilizar el conocimiento especializado militar.

En definitiva, los servicios militares y/o de seguridad incluyen, los servicios de guardia armada, de protección de personas y objetos, el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos, la custodia de prisioneros; la capacitación de las fuerzas de seguridad locales, entre otros.

3. METODOLOGÍA

La importancia del tema de nuestra investigación radica en la imperante necesidad de estudiar las violaciones de los derechos humanos que se han cometido por las empresas militares y de seguridad privadas en los conflictos armados. Numerosas violaciones de los derechos humanos se han cometido bajo el paraguas de estos agentes, lo que ha provocado una ola de protestas de la comunidad internacional. La falta de una reglamentación adecuada y regularizada de sus actividades constituye una amenaza para la protección de los derechos humanos; lo que obliga a supervisar su actividad y examinar la posibilidad de establecer un marco normativo internacional riguroso para la regularización de las actividades de las EMP/ESP que violan los derechos humanos.

Las líneas metodológicas se trazaron de acuerdo con el detallado estudio de la historicidad de las EMP/ESP, discerniendo la terminología adyacente, analizando la regulación jurídica internacional

con relación al DIH y con respecto a las Naciones Unidas, particularmente enfocando el estudio en los países como Estados Unidos, Francia, Rusia - como países con un potencial militar competente y nocivo, finalizando con un breve esbozo de investigación sobre la responsabilidad internacional del derecho internacional y del derecho interno de los estados mencionados anteriormente.

Así, partimos del análisis de las relaciones sociales de las EMP/ESP, del derecho internacional e interno de los Estados que en función de sus características (Estables, Frágiles o Fallidos) nos señalan la situación actual de los conflictos armados y el uso privado de la fuerza armada.

La base metodológica del dicho trabajo se constituyó en base al análisis histórico-legal y jurídico-comparativo de los casos de estudio. Se han estudiado las formas de los Estados que derivan en sus peculiares diferencias tipológicas, como también las principales etapas de formación y desarrollo de la industria de las EMP/ESP. Consiguientemente y a fin de evaluar la eficacia de la reglamentación de sus actividades en materia de participación en conflictos armados en la legislación nacional de los Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia, se ha aplicado el método jurídico comparativo. En definitiva, el análisis politológico, el estudio de la legislación internacional, así como el análisis particular de tres casos elegidos (método científico jurídico comparativo) relativo al tema que nos concierne, así como la investigación sobre la responsabilidad jurídica de los Estados proveedores y receptores de estos servicios privados, han conformado la base y sustentación de este trabajo.

4. RESULTADOS

4.1.Caso Estados Unidos

Regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Estados Unidos

En la literatura estadounidense las EMP/ESP son concebidas bajo el nombre de “contratistas”. Los contratistas en el sistema estadounidense se diferencian de los mercenarios en la forma legal y en el consentimiento o autorización del Estado, mientras que los mercenarios se entienden de acuerdo a una retribución económica o beneficio militar para llevar a cabo actividades criminales. En efecto, las EMP/ESP son legalmente establecidas. Según Laborie Iglesias (2008) los Estados Unidos, constituyen el mayor Estado contratante y de origen de las EMP/ESP, que además disponen de numerosas leyes que pueden ser aplicadas a los contratistas civiles, entre las que cabe destacar las siguientes: el Acta de Crímenes de Guerra de 1996; el Estatuto Antitortura de 1991; la enmienda McCain de 2005 a la Cuenta de Apropiaciones del Departamento de Defensa, el Acta Patriótica de los EE.UU., y el Acta de Control de la Exportación de Armas (AECA).

Las EMP/ESP americanas dominan el mercado mundial de servicios, ganando entre 20.000 y 100.000 millones de dólares al año. El número total de contratistas contratados por el gobierno de

EE.UU. en 2009 fue de 244.000². De hecho, involucrar el sector privado en las tareas militares del gobierno de EE.UU., no es nada nuevo, como muestran los estudios: durante la Primera Guerra Mundial, la relación entre individuos y personal militar de EE.UU., era de 1:24; durante la Segunda Guerra Mundial, la relación era de 1:7; durante el conflicto de Vietnam, la relación era de 1:5; y durante Irak, la relación era de 1:1. (PRIV-WAR Report, 2009). Señalar que ya en agosto de 2008, U.S. Congressional Budget Office Report³ proporcionó información sobre el número de empleados de las EMP/ESP que trabajaban en el Iraq con contratos federales, según la cual eran unos 190.000 de más de 100 empresas. De 2003 a 2007, el gobierno de los Estados Unidos asignó 85.000 millones de dólares a la contratación de empresas privadas para prestar servicios militares y de seguridad en Iraq. De hecho, EE. UU. sigue siendo el país del mundo que más gasta en defensa, un total de 649.000 millones de dólares en 2018. En efecto, los cinco mayores contratistas de defensa en EE.UU. - Lockheed Martin Corp., Boeing Co., General Dynamics Corp., Raytheon Co. y Northrop Grumman Corp - abarcaron para el 2018 un total del 31% de todo el gasto destinado a contratos de defensa.

Dentro del marco legal de los EE.UU., según Laborie Iglesias (2008), en la actualidad existen cinco procedimientos legales que tienen potestad y la obligación de perseguir las actuaciones de los «contratistas», o sea a las EMP/ESP, cuando estos acompañan a las fuerzas militares estadounidenses, en tiempo de guerra o en operaciones militares de gestión de crisis.

1. *Los Tribunales Federales*. Los contratistas de nacionalidad estadounidense pueden ser enjuiciados por estos Tribunales, por ciertos crímenes en los que algún estadounidense sea la víctima o el perpetrador, aun cuando los hechos constitutivos de delito (el asesinato, el abuso sexual, el secuestro y el asalto) sean cometidos fuera del territorio de los EE.UU.
2. *El Acta de Reclamaciones por Agravios (Alien Tort Claims Act)* proporciona jurisdicción a los Tribunales de los EE.UU. sobre un extranjero cuando cometa una violación de la ley federal o de un tratado firmado por los EE.UU. Esta Acta constituye, en la actualidad, el único instrumento jurídico disponible para perseguir violaciones tan graves como los delitos de genocidio y contra la humanidad. Permite, además, a las personas sin nacionalidad estadounidense realizar demandas civiles en tribunales de los EE.UU. cuando la ley internacional ha sido violada.
3. *El Acta de Jurisdicción Extraterritorial Militar o Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA por sus siglas en inglés) del año 2000, es de aplicación a los civiles empleados o que acompañen a las fuerzas armadas norteamericanas en el extranjero, pudieran ser

² Human Rights Council. 2009. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, Mission to the United States of America. United Nations. General Assembly, A/HRC/15/25/Ad.3

³ Congress of the United States. Congressional Budget Office. 2008. Contractor's Support of U.S. Operation in Iraq. Available on: <<https://www.cbo.gov/sites/default/files/110th-congress-2007-2008/reports/08-12-iraqcontractors.pdf>>

procesadas en virtud de la Ley jurisdicción militar extraterritorial, por cualquier delito que fuera punible con una pena de prisión de más de un año si se cometía dentro de la jurisdicción marítima y territorial especial de los Estados Unidos. El MEJA autoriza la aplicación de la ley de los EE.UU., para arrestar a los sospechosos de crímenes, efectuar su extradición a los Estados Unidos y ponerlos a disposición judicial.

4. *El Código de Justicia Militar o Uniform Code of Military Justice*, permite encausar a los contratistas civiles, no únicamente en tiempo de guerra, como ocurría con anterioridad, sino también durante las operaciones militares como parte de la actuación del Ejército norteamericano en conflictos en los que se encuentre implicado. En efecto, los artículos 77 - 134 manifiestan actos punibles entre ellos: conspiración, desertión, conductas insubordinadas, crueldad y maltratos, sedición, espionaje, ayudar al enemigo, asesinato, robos, violaciones, extorsión, torturas y mutilaciones, etc. Los tribunales militares de EE.UU. actúan de acuerdo al Código Uniforme de Justicia Militar (UCMJ).

5. *Reglamento sobre el tráfico internacional de armas o The International Traffic in Arms Regulations (ITAR)*, que es parte del Acta de Control de la Exportación de Armas. Esta ley es usada para garantizar la venta de los servicios proporcionados por las EMP/ESP en el exterior de los EE.UU., que obliga a los EMP/ESP a tener una licencia expedida por el Congreso de los EE.UU en el caso que necesiten prestar servicios que incluyan el tráfico de armas. Además, toda información y/o material perteneciente a la defensa y las tecnologías militares que haya sido objeto de uso por personas no autorizadas, es decir, cuando se filtra la información y hay un uso fraudulento, (a menos que se tenga una autorización del Departamento de Estado o se utilice una exención especial), toda la persona estadounidense (incluidas las EMP/ESP) puede enfrentarse a grandes multas o también sanciones penales.

Aunque ITAR presenta algunas dificultades, entre ellas: solo los contratos que superen los 50 millones de dólares estadounidenses requerirán de esta licencia (aunque bien es cierto que la redacción de documentos que falsifiquen los números es una práctica muy extendida) y además, no tiene mecanismo de seguimiento o supervisión para verificar cómo se ejecuta el contrato. Así, en los EE. UU, el personal de las EMP/ESP que han cometido un delito pueden ser objetivo de: 1) Jurisdicción Territorial Marítima Especial o Special Maritime Territorial Jurisdiction – SMTJ; 2) Jurisdicción Extraterritorial Militar o Military Extraterritorial Jurisdiction - MEJ; y 3) Ley de Crímenes de Guerra de 1996

En efecto, la Jurisdicción Territorial Marítima Especial incluye: alta mar, cualquier tierra reservada o adquirida para el uso de los EE.UU, toda aeronave que pertenezca total o parcialmente a los Estados Unidos, o a cualquier ciudadano de los mismos, o a cualquier corporación creada por o bajo las leyes de los Estados Unidos, o de cualquier Estado; todo vehículo utilizado o diseñado para el vuelo o la navegación en el espacio y que esté registrado en los EE.UU, cualquier lugar fuera de la jurisdicción de cualquier nación con respecto a un delito cometido por o contra un

nacional de los Estados Unidos; así como en la medida en que lo permita el derecho internacional, todo buque extranjero que durante un viaje tenga programada una salida o llegada a los Estados Unidos con respecto a un delito cometido por o contra un nacional de los Estados Unidos, entre otros. El SMTJ actúa en relación con los extranjeros que hayan cometido un delito contra ciudadanos americanos, siendo así su limitación cuanto al personal extranjero de las EMP/ESP que hayan cometido delitos contra otros nacionales extranjeros.

La Ley de Jurisdicción Extraterritorial Militar (Military Extraterritorial Jurisdiction Act, MEJA) establece la jurisdicción de los tribunales federales sobre los delitos cometidos fuera de los EE.UU por personas empleadas o que acompañen a las fuerzas armadas estadounidenses o a miembros de las mismas. Si los delitos cometidos por ellos ya están siendo investigados por los organismos encargados de hacer cumplir la ley del estado en que se cometió el delito, los EE. UU no los enjuician. El limitado alcance de la ley ha provocado una ola de críticas: los tribunales solo pueden enjuiciar los delitos si están implicados contratistas contratados por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. En consecuencia, en 2004 se modificó la Ley de Justicia Militar para permitir el enjuiciamiento de los contratistas que trabajaban en virtud de contratos con otros organismos federales. A esto hay que añadir que la investigación de los crímenes cometidos por las EMP/ESP está a cargo de una división especial del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, *The Human Rights and Special Prosecutions Section (HRSP)*.

Siguiendo en la misma línea, los miembros del personal de las EMP/ESP pueden ser sancionados en virtud de la Ley de crímenes de guerra de 1996, que tipifica los delitos cometidos durante los conflictos armados definiéndolos como violaciones graves de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, existen una serie de limitaciones que dificultan los procesos judiciales para procesar a los empleados de los EMP/ESP. De hecho, ningún instrumento jurídico normativo contiene garantías de procedimiento para responsabilizar legalmente a las EMP/ESP y a sus empleados. La aplicación de la ley MEJA a los empleados de las EMP/ESP es limitada, ya que la ley no se aplica a todas las situaciones derivadas del trabajo de los empleados en los conflictos armados. El UCMJ se aplica en caso de una declaración oficial de guerra, cuando el Congreso de los EE.UU. da su aprobación, así mismo, ninguna de las leyes anteriores se aplica a las EMP/ESP que realizan actividades de inteligencia, excepto si prestan servicios al Departamento de Defensa de los EE.UU.

Empresas militares y de seguridad privadas como «Triple Canopy» y «DynCorp International», siguen prestando servicios de seguridad al Departamento de Estado de los Estados Unidos en todo el mundo. Compañías como «Lockheed Martin» o «Booz Allen» forman parte de la inteligencia militar que recopilar datos para la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (National Security Agency, NSA).

El signo identificador de la industria militar norteamericana es el alineamiento con las necesidades del Gobierno, el cual es su principal cliente. Las principales razones que hacen posible esta mutua colaboración se deben a la constante reafirmación en el panorama internacional como un agente político capaz de influir y sacar provecho del oficio de *hacer la guerra*. De hecho, las claves que

se despliegan ante nuestros ojos se resumen en que los EE.UU valoran de forma capital el conocimiento tecnificado y especializado de las fuerzas de las EMP/ESP y lo utilizan con fines lucrativos; dada la ambigua situación jurídica solamente se encuentran limitados ante el Congreso Estadounidense para la autorización del despliegue de las fuerzas militares en el extranjero y en la punta del iceberg nos encontramos con que, la regulación jurídica en cuanto a la violación de los DDHH que hayan cometido los empleados de las EMP/ESP como las compañías mismas, se reduce a un marco que acota jurídicamente toda posibilidad de la responsabilidad y punibilidad.

4.2.Regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Gran Bretaña

La primera referencia jurídica para la regulación jurídica de las prácticas de las EMP/ESP en Gran Bretaña la encontramos en the Foreign Enlistment Act 1870 que señala que, sin el permiso de Su Majestad, ninguna persona puede pertenecer al servicio militar, lo cual se concibe como un crimen y se procesa como tal. De hecho, otros delitos clasificados bajo el título de «Alistamiento ilegal» conforman el siguiente espectro como embarcar a personas bajo falsas representaciones de servicio (Sección 6), subir a bordo de un barco a personas alistadas ilegalmente (Sección 7), construir buques ilegales, así como equiparlos (Sección 8), entre otros estaría cometiendo el delito contra la presente ley y sería castigado con una multa y una pena de prisión, o cualquiera de esas dos penas, a discreción del tribunal ante el que el delincuente sea condenado.

Según Beyani & Lilly (2001) *the Foreign Enlistment Act 1870* es en realidad una rara excepción entre las leyes de neutralidad, ya que se aplica a los delitos cometidos fuera del territorio del Reino Unido de tal manera que existe en su interior la correspondiente orden de expulsión de los delincuentes al Reino Unido (artículos 16 y 18). No obstante, *the Foreign Enlistment Act 1870 of the UK* ha dejado de ser vigente dadas las circunstancias contextuales que ocurrieron en el siglo XX y sobre todo por los procesos de descolonización que ilustraron la inadecuación y la discordancia del contexto sociocultural del contexto político donde vivían las leyes británicas. Sobre todo, referente a los dominios de Su Majestad, a los que tanto aludía dicha Ley, se han visto diluidos bajo Estado independientes (aun siendo miembros de la Commonwealth).

En 1970, Lord Diplock había presentado al Parlamento del Reino Unido un informe sobre el papel de los mercenarios de origen británico en Angola, quienes públicamente habían sido ejecutados. A efectos de ello, el Diplock Report anunciaba que *the Foreign Enlistment Act* había quedado obsoleto de acuerdo a las circunstancias contextuales y lo propio sería renovar la jurisdicción poniendo el énfasis en aquellos entes que se lucraban de los servicios de los mercenarios. Aún y así, las recomendaciones del Diplock Report también eran anacrónicas a su tiempo. Muchas de sus objetivaciones se basaban en los propios derechos y libertades de los mercenarios. El Informe Diplock ponía de relieve que impedir a los ciudadanos británicos trabajar en el extranjero como mercenario era una violación de sus derechos. Es evidente que este informe no haya tenido en cuenta el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (1950). No obstante, lo más pretencioso

era la incentivación para el Parlamento de Gran Bretaña para derogar *the Foreign Enlistment Act 1870* e introducir una nueva legislación al respecto.

En 1955, adquiere relevancia el artículo *the Army Act 195*. Más tarde, en 2002, sale a la luz el *Green Paper* con el título «Private Military Companies: Options for Regulations», un informe que examinaba las distintas posibilidades de ordenación de los servicios militares y de seguridad privados. Señalar que en Gran Bretaña no existe una distinción toponimia entre las EMP/ESP, tal y como ocurre en Estados Unidos, sino que tienden a analizarlas de forma conjunta. Así, la mayoría de las EMP/ESP británicas se estructuran en compañías holding o sociedades comerciales como por ejemplo, Aegis Defense Services que tiene filiales en muchos países, como el Iraq, el Afganistán, Bahrein y los Estados Unidos. De hecho, el Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Mancomunidad de Naciones o *Foreign & Commonwealth Office* en un inicio proponía por separar a las EMP de las ESP, siendo las primeras que participaban en las hostilidades, mientras que las segundas se encargaban de la logística y del entrenamiento de las EMP. Se observó que tal separación en la práctica no era significativa, ya que una misma empresa podía prestar servicios diferentes.

Volviendo al documento *Private Military Companies: Options for Regulations*, gracias a él se establecieron una serie de opciones reglamentarias para el debate con respecto a los EMP/ESP como: la prohibición de la actividad militar en el extranjero, la prohibición de reclutar para las actividades militares en el extranjero, establecimiento de un régimen de licencias para el servicio militar, contrato por contrato; el registro de la empresa EMP/ESP del Reino Unido y la notificación de las ofertas para contratos individuales; establecimiento de una licencia general para las EMP/ESP para cubrir las actividades enumeradas y registrar los países lugares de operación.

En 2010, tras una consulta pública, el gobierno británico puso de manifiesto que rechazará todas las opciones reguladoras disponibles para las EMSP con sede social en su territorio (Laborie Iglesias, 2008). A partir de esta declaración, el gobierno británico había examinado alternativas y otras opciones que comprometían al gobierno y al sector de las EMP/ESP para la regularización de la actividad. Así, en el documento *Private Military and Security Companies* especificaba que se trataba de introducir una reglamentación sólida, a través de una asociación comercial, basada en un código de conducta voluntario convenido y supervisado por el gobierno; usar la influencia del gobierno como cliente de los servicios de las EMSP para que actúen en conformidad con el código de conducta señalado; y, promover un acuerdo internacional, en conformidad con el código británico, que cubra todos los aspectos organizativos y operativos de las operaciones de estas empresas en todo el mundo. (Laborie Iglesias, 2008). Los principales clientes de las EMP/ESP británicas son los militares y autoridades civiles, alojados tanto en Gran Bretaña como en el extranjero. De hecho, la Agencias de la Unión Europea, las organizaciones internacionales, incluyendo las Naciones Unidas, empresas transnacionales y organizaciones no gubernamentales, se lucraron de las EMP/ESP británicas. Y con frecuencia el propio departamento de Defensa de EE.UU. es también cliente de empresas británicas.

La ausencia en Gran Bretaña de un marco jurídico para las EMP/ESP plantea un problema a la hora de responsabilizar por las infracciones o por las violaciones de los DDHH. Esto se debatió por primera vez después de un incidente en el que se vio implicada la empresa británica, «Sandline International», que transportaba armas a Sierra Leona, eludiendo un embargo gubernamental. Dicho embargo de armas se había establecido por la Resolución 1132 del Consejo de Seguridad de la ONU. Otro caso pertinente para señalar es del británico Danny Fitzsimons, ex-empleado de ArmourGroup procesado por el Tribunal de Bagdad en Irák, por haber asesinado a dos de sus colegas militares, y por haber causado daños graves a un civil iraquí quien huía de la escena del crimen. El tribunal iraquí tuvo en cuenta su enfermedad (trastorno de estrés postraumático) y lo condenó en agosto de 2009 a 20 años de prisión por matar a sus colegas e intentar matar a un ciudadano iraquí. El reconocimiento del tribunal iraquí del TEPT como factor atenuante, permitió a Fitzsimons escapar de la cadena perpetua por sus crímenes, convirtiéndose así, en el primer miembro de una empresa militar y de seguridad privada condenado por un tribunal del Estado anfitrión (Irak). A raíz de este caso, ambas Cámaras del Parlamento de Reino Unido habían insistido en que las investigaciones sobre las violaciones cometidas por las EMP/ESP se llevara a cabo al mismo nivel que las investigaciones de las violaciones cometidas por los militares. (Fabien, Dearden, 2006).

En definitiva, en Gran Bretaña la regulación de las EMP/ESP aún se encuentra en una etapa de gestación. Todavía no existe una comprensión unificada de lo que son las EMP/ESP y los servicios que se les permite prestar en situaciones de conflicto armado. Aunque se reconoce que las EMP/ESP pueden ayudar a llevar a cabo una política exterior beneficiosa, no resulta claro su papel jurídico en la legislación británica. A diferencia de los EE. UU., el gobierno británico no distingue entre los servicios militares y de seguridad prestados por dichas empresas, lo cual acarrea un dilema epistemológico de base que ha de ser resuelto de forma urgente para poder regular la responsabilidad legal del personal militar de las EMP/ESP.

4.3. Regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares y de seguridad privadas en Rusia

La práctica de las EMP/ESP en Rusia ha ido consolidándose desde la Rusia Zarista, no obstante, ha adquirido más fuerza y relevancia bajo el imperialismo del Putin. Es controvertido señalar la exponencial proliferación de las EMP/ESP en Rusia, en virtud de su ilegalidad bajo el ordenamiento interno de la Constitución Rusa. A diferencia de las ESP (*Chastnoe Okhrannoe Predpriyatie*), que ya estaban permitidas en 1992, las EMP son calificadas como formaciones armadas ilegales. En cuanto a las empresas de seguridad privadas, a continuación, se presenta una lista detallada de las normas bajo las cuales operan en el territorio de la federación:

1. Constitución rusa, aprobada en 1993.
2. La Ley de la Federación de Rusia sobre la actividad de seguridad privada, aprobada en 1992.
3. El Código Penal de Rusia, entró en vigor en 1997.

4. Código de Infracciones Administrativas - CAO, entró en vigor en 2001.
5. En 1994 entró en vigor el Código Civil de la Federación de Rusia, que contiene las disposiciones básicas de la reglamentación jurídica de la actividad de seguridad.
6. Código del Trabajo de la Federación de Rusia, que regula los derechos de los guardias de seguridad, en vigor desde 2001.
7. Ley Federal "Sobre las armas". En vigor desde 1996.

Además, hay varias leyes y resoluciones adicionales de los organismos de supervisión que regulan las actividades de seguridad privada, como, por ejemplo:

- La Ley Federal de Dactiloscopia, en vigor desde 1998.
- La enmienda de la ley de la Federación de Rusia sobre el comercio de armas, entró en vigor en 2014.
- Órdenes y resoluciones normativas del Ministerio del Interior de Rusia - N° 959, N° 960 de 2011; N° 941 y N° 1345 de 2011; N° 581 de 2013; N° 342 de 2015.
- Resoluciones del Gobierno de la Federación de Rusia - №274 y №498 de 2011; №10 de 2012; №948 de 2015.

En relación a las empresas militares privadas, el artículo 71 de la Constitución considera que los asuntos de defensa, seguridad, guerra y política exterior son competencia del Estado. Aunque este último puede reflejar dicha ambigüedad para el Estado Ruso que puede concebirse cómo el contratante de los servicios militares de las EMP/ESP, en nombre de la defensa y seguridad del país. Después de todo, los países occidentales que utilizan dichas empresas, tanto en el caso de los Estados Unidos como de Gran Bretaña, lo hacen de conformidad con la ley, y estas leyes dan al Estado el poder de llevar a cabo asuntos de defensa, seguridad y política exterior.

También el código penal refleja la ilegalidad de las EMP/ESP, así artículo 208. Organización o participación en un grupo armado ilegal, manifiesta que el: «establecimiento de una formación armada (asociación, destacamento, escuadra u otro grupo) no prevista por la ley federal, así como la gestión o financiación de dicha formación - será castigado con una pena de privación de libertad de diez a veinte años con una restricción de libertad de uno a dos años. Además, la participación en una formación armada no prevista en la legislación federal, así como la participación en el territorio de un Estado extranjero en una formación armada no prevista en la legislación de ese Estado, con fines contrarios a los intereses de la Federación de Rusia - será castigado con la privación de libertad por un período de ocho a quince años con una limitación de libertad de uno a dos años».

A consecuencia de la prohibición de la constitución y actividad de las EMP/ESP rusas, se registraron fuera del territorio de la federación las EMP/ESP como Moran Security en Belice en Islas Vírgenes Británicas el RSB Group, o en las Islas Cook también Moran Security y Slavic Corps en Hong Kong. Dicha maniobra resulta posible solo si el Estado donde se registrará la EMP

proporciona su consentimiento. El comienzo de la Primavera Árabe y los combates en Libia y Siria, hicieron evidentes la presencia de las EMP/ESP de origen ruso en las regiones. Más tarde, la crisis de Ucrania ha servido de trampolín para lanzar al escenario internacional a las EMP/ESP rusas y potenciar sus servicios.

De hecho, la EMP rusa más famosa es el Grupo Wagner, propiedad de Yevgeny Prigozhin, un oligarca cercano al Kremlin. Aunque Wagner o Grupo Wagner sea una organización militar no oficial que no forme parte de las fuerzas armadas regulares rusas, se contabilizaba que las unidades militares del Grupo Wagner numeraban en diferentes momentos y según diferentes datos entre 1350 a 2000 personas. Se cree que Wagner ha crecido a partir de la compañía militar «Slavic Corps», registrada en Hong Kong, la cual además es parte del conflicto armado en Siria, luchando del lado de las fuerzas del gobierno de Bashar al-Assad. Aunque Wagner ha crecido de la mano de «Slavic Corps», su primer impulso militar lo encontró en el conflicto de Ucrania. De hecho, sus primeras actividades fueron registradas por los servicios de inteligencia ucranianos en mayo de 2014 en Donbass.

Según Klein (2019) hay dos factores que explican por qué todos los intentos de legalizar a las EMP en Rusia han fracasado hasta ahora. En primer lugar, el proceso de legalización es políticamente arriesgado dadas las luchas burocráticas internas dentro y entre las estructuras militares y de seguridad. Para poder legalizar a las EMP, se tendría que ajustar su rol dentro de una institución que autorice sus servicios y la cual además supervisaría y controlaría sus actividades y recursos destinados. Tanto el Ministerio de Defensa, el Directorio Principal del Alto Estado Mayor de las Fuerzas Armadas de la Federación de Rusia, el FSB o la Guardia Nacional, podrían representar a las EMP. Pero en el contexto de las luchas internas entre las instituciones rusas que velan por la seguridad y por la defensa del país, teniendo en cuenta los procesos burocráticos y la compleja red de alianzas entre ellas, sería mucho más difícil atribuir las EMP a una institución concreta.

Cabe decir que la Duma Estatal de Rusia había recibido en cuatro ocasiones un proyecto de ley federal que regularía las actividades de las EMP rusas: *Proyecto de ley federal «Sobre la actividad de seguridad militar privada»*. El primer proyecto de ley se elaboró en abril de 2012, y luego se presentó en octubre de 2014, diciembre de 2015 y marzo de 2016. El proyecto de ley contempla la *licenciación* de las EMP/ESP y establece normas para la atribución de las licencias. Además, señala que el capital financiero de una EMP no puede ser menos de 10 millones de rublos, equivalente a más de 100.000 euros. Según el proyecto de ley, los empleados de las EMP/ESP rusas pueden ser ciudadanos rusos y extranjeros que hayan cumplido los 21 años y cumplan los requisitos sanitarios, profesionales y de conocimientos. Se establecen restricciones al empleo por minoría de edad, reconocidos por decisión judicial como jurídicamente incompetentes o con capacidad jurídica limitada, que se incluyen en la lista de ciudadanos rusos y extranjeros. El proyecto de ley establece la obligación de las EMP/ESP de notificar todos los contratos celebrados, el comienzo y el final de los trabajos y servicios en virtud de esos contratos a las autoridades encargadas de la concesión de licencias en un plazo de cinco días hábiles, sin que se impongan sanciones por falta de notificación o notificación inadecuada. No obstante, en varias ocasiones,

dicho proyecto de ley fue rechazado debido a la ausencia de una opinión firme sobre el asunto por parte del Gobierno ruso.

En contraste con el modelo americano de regulación de las EMP/ESP el modelo ruso en base al proyecto de ley, prevé la prohibición para el personal de las EMP/ESP que realice actividades de inteligencia y participe en la aplicación de la ley, incluida la detención y el arresto, incluido el interrogatorio de los detenidos. Se les prohíbe participar en conflictos armados nacionales como internacionales y en actos terroristas destinados a socavar la soberanía del Estado, parte de él o en la ayuda de un tercer Estado para estos fines. Se les prohíbe establecer control sobre los recursos naturales de los Estados, expulsar a una parte de la población de su territorio de origen y residencia, la toma de rehenes, el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como participar en actos que desarrollen e implementen las armas antes mencionadas.

Por último y al respecto del cumplimiento del Documento de Montreux por parte de la Federación de Rusia, dicho Estado no firmó el documento ni participó en su elaboración, a diferencia de Estados Unidos y de Gran Bretaña. Recordar que el Documento de Montreux en sí mismo no es un tratado internacional y sus disposiciones son de carácter recomendatorio.

5. DISCUSIÓN

El panorama mundial en cuanto a las EMP/ESP es bastante desolador relativo a la responsabilidad jurídica internacional de los Estados que representan ser tanto remitentes como receptores de estos servicios. La principal debilidad de dicha responsabilidad jurídica radica en la escasa formulación, definición y persecución real legislativa existente en la jurisdicción internacional. Numerosos estados que actúan como remitentes de los servicios de los EMP/ESP - servicios privatizados antes pertenecientes al monopolio estatal legitimado de las fuerzas armadas - no tienen establecida reglamentos que permitan seguimiento y control de las acciones y actividades de las EMP/ESP. Por no mencionar a aquellos Estados receptores de los servicios profesionales de las EMP/ESP que no disponen de mecanismos que faciliten una regulación eficaz de los empleados y personal de las EMP/ESP que actúan in situ dentro de un determinado país bajo comandos privados.

De hecho, al delegar, los Estados parten sus funciones en las EMP/ESP, y la cuestión de la responsabilidad jurídica internacional adquiere aún más relevancia. Responsabilidad jurídica internacional de los Estados que envían el uso de la fuerza de las empresas militares y de seguridad privadas Partiendo desde el Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo Adicional I establece en su artículo 91 - Responsabilidad que «la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas». Aunque no todos los Estados han ratificado este PA I (en el caso de los Estados Unidos el PA I figura como firmado, en el caso de Gran Bretaña está ratificada con la reserva del artículo 90 ya que presupone la intervención en investigaciones relativas a la Comisión Internacional de Encuesta; en caso de Rusia, ocurre lo mismo - con efectos de la reserva del artículo 90, la Federación Rusa ha ratificado el PA I), esta obligación sigue vigente en virtud del artículo 3 de la

Convención de La Haya de 1907 y del derecho internacional humanitario consuetudinario establecido. En efecto, el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1907 establece que independientemente de este recurso, las Potencias Contratantes, consideran útil y deseable que una o más Potencias, extrañas al conflicto, ofrezcan por iniciativa propia, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, sus buenos oficios o la mediación a los Estados en conflicto. Las Potencias extrañas al conflicto tienen el derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación, aún durante el curso de las hostilidades. El ejercicio de este derecho, no puede ser jamás considerado por una u otra de las Partes en controversia como un acto poco amistoso. De hecho, si el personal militar de las EMP/ESP fuera incorporado de jure a las fuerzas armadas, podrían estar sujetas al artículo 4. A del IV Convenio de Ginebra - Prisioneros de Guerra. Dada la práctica actual de los Estados, las EMP/ESP no forman parte oficialmente de las fuerzas armadas, sin embargo, su personal de facto puede estar amparado por el artículo 4. A, párrafo 2 del III Convenio de Ginebra de 1949 si cumple las condiciones enumeradas en el mismo artículo: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra».

El Documento de Montreux establece que aunque las relaciones contractuales con las EMP/ESP por sí mismo no entrañan la responsabilidad de los Estados contratantes, estos son responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos u otras normas del derecho internacional cometidas por las EMP/ESP o su personal cuando esas violaciones sean imputables al Estado contratante de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. En la misma línea del Documento de Montreux, existe Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (CIC, por sus siglas en inglés), presentado públicamente el 9 de noviembre de 2010 en Ginebra para que en un principio 58 compañías privadas se adhirieran oficialmente al mismo. A diferencia del Documento de Montreux, el CIC es un instrumento especialmente destinado para la industria de seguridad privada.

Según Laborie Iglesias (2008) el CIC tiene dos objetivos fundamentales: uno, establecer estándares de actuación para las EMP/ESP, tanto en el plano general de los derechos humanos como en el más específico de la gestión de su personal; y dos, creación, en un plazo máximo de 18 meses a contar desde la fecha de presentación del CIC, de un mecanismo independiente que efectúe la supervisión de las actividades de las ESP. Así, se significan ciertas obligaciones que incluyen, entre otras: limitación del uso de la fuerza, requisitos para la detención de personas, prohibición expresa de la tortura, y vetar la explotación sexual y el tráfico de seres humanos. También, el CIC enumera una serie de compromisos específicos, en relación con la gestión de personal, que las EMP/ESP que suscriban el Código se comprometen a formalizar.

Remarcar que un Estado que lucha contra una insurgencia en su territorio en un CANI puede contratar a una EMP/ESP. En tal caso, se aplicarían las disposiciones del Protocolo Adicional II de 1977. No obstante, y si un Estado extranjero envía una EMP/ESP para apoyar a los rebeldes y

no al Estado en un CANI, esta acción podría constituir una injerencia en los asuntos internos del Estado. La relación entre la EMP/ESP y el Estado remitente se formaliza mediante un contrato federal, tal y como hemos ido viendo en los apartados anteriores (por ejemplo en el caso de Estados Unidos y/o Gran Bretaña) cuyo procedimiento suele estar regulado por la legislación nacional. El Estado concede a la empresa licencias especiales (ej. Estados Unidos) que la autorizan a realizar determinadas actividades. En virtud del contrato, la EMP/ESP es responsable ante el Estado emisor y es responsable de la prestación de servicios. A su vez, la supervisión de la ejecución es responsabilidad de los órganos autorizados del Estado remitente (de nuevo ejemplo de los EE.UU.).

A efectos de ello, si las EMP/ESP actúan bajo la instrucción o la dirección (control) del Estado, esa conducta puede considerarse un acto del Estado en virtud del derecho internacional. Es posible establecer si una EMP/ESP ha actuado bajo las instrucciones del Estado en virtud de la existencia de un contrato celebrado entre el Estado y la propia empresa. Si el contrato contiene información sobre la naturaleza del servicio, instrucciones relacionadas con su ejecución, entonces la conducta de la EMP/ESP puede atribuirse al Estado contratante. Esto deja en evidencia, que la dificultad no radica en enlazar las conductas de las EMP/ESP bajo la responsabilidad del Estado, sino determinar y probar la existencia de dicho control y dirección directa del Estado sobre las EMP/ESP.

En definitiva, la cuestión de la responsabilidad de los Estados remitentes por los actos cometidos por las EMP/ESP es pertinente y afecta a los intereses de la comunidad internacional. La delegación de las funciones del Estado a las EMP/ESP requiere el desarrollo de un mecanismo efectivo para hacer responsable internacionalmente al Estado que lo envía.

6. CONCLUSIÓN

Durante el recorrido de este trabajo hemos seguido una línea tridimensional para adentrarse en la cuestión de regulación de las empresas militares privadas y empresas de seguridad privadas. Desde el punto de vista epistemológico, definimos las bases de los conceptos pertinentes a nuestro estudio por la estrecha relación que mantienen junto con los procesos históricos analizados bajo el prisma antropológico. Toda esta previa conglomeración de aspectos sociopolíticos permitió de forma clara y concisa centrarse en la regulación jurídica de las prácticas de las empresas militares privadas y de seguridad privadas, así como ejemplificar la situación en base a tres países escogidos de forma sustancial, que fueron Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia. Sobre la base de esta investigación, se ha analizado en profundidad las características de los Estados, que permiten la proliferación de una fuerza armada privatizada capaz de legitimar el uso de dicho servicio militar, anulando frenéticamente la concepción tradicional del servicio militar.

A pesar del intento de discernir entre las EMP/ESP, hoy en día sigue sin existir en la comunidad internacional un claro consenso sobre dicha estructuración y esquematización en función de los servicios prestados. No obstante, se ha intentado abarcar de forma holística las distintas teorías de los profesionales más inminentes, que proponen una serie de directrices para diferenciar dichas

empresas no solamente a nivel teórico, sino de forma pragmática en su modus vivendi. En rigor, el análisis efectuado sobre Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia, deja en evidencia, que los Estados Unidos tienen la base normativa-jurídica más desarrollada que regula las actividades de las EMP/ESP. Mientras que Gran Bretaña se mantiene en una posición más neutral dejando que las EMP/ESP se auto-regulen. Por último, en la Federación de Rusia, la legislación rusa moderna no contiene la noción de la EMP, sino que regula únicamente a las ESP, sin seguir reconociendo las actividades militares privadas.

A efectos de ello, la aprobación del proyecto ley para la regulación de las EMP/ESP manifiesta la imperante necesidad institucional, social y política de proteger a los derechos de los ciudadanos rusos. En el plano internacional, hemos detectado que la funcionalidad de algunos de los documentos mencionados, como el Documento de Montreux, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, son ciertamente útiles para ayudar a los Estados a desarrollar sus propios modelos de reglamentación de las empresas. De hecho, el Código Internacional de Conducta para los Proveedores de Servicios de Seguridad Privada contribuye también de manera significativa a la reglamentación de las EMP/ESP. 86 En cuanto a la legitimidad del uso de la fuerza por parte del personal de las EMP/ESP en un conflicto armado está directamente vinculada a su condición en virtud del derecho internacional humanitario. Durante un conflicto armado, los empleados de las EMP/ESP pueden utilizar las armas sólo en defensa propia (de forma proporcional a la amenaza planteada) cuando exista una amenaza inmediata para su vida y su salud y una amenaza para las personas protegidas por el empleado de la EMP/ESP.

A fin de reducir los abusos de las EMP/ESP en condiciones de conflicto armado, se propone otorgar a los mandos militares la autoridad de controlar a los empleados de las EMP/ESP que realizan tareas en virtud del contrato, ya que es el comandante quien, de acuerdo con las normas del derecho internacional humanitario, es responsable del control sobre sus subordinados, su observancia de las limitaciones en el uso de los métodos y medios de guerra. Como dato relevante, en nuestro estudio hemos señalado que no solamente los Estados o las empresas multinacionales contratan los servicios de las EMP/ESP sino que las Naciones Unidas recurren a dichas fuerzas para llevar a cabo las actividades de mantenimiento de la paz de en casos limitados.

Sobre la base de nuestro análisis de los instrumentos jurídicos internacionales y la doctrina jurídica internacional, hemos llegado a la conclusión de que es necesario elaborar una lista de funciones exclusivamente estatales que no pueden ser desempeñadas por las EMP/ESP debido a su importancia social. Es inaceptable tal grado de libertad de acción, que permitiría formar ejércitos privados, para transferir las responsabilidades militares relacionadas con la protección activa de un Estado soberano basado en el Estado de Derecho. Los intereses de las empresas privadas, que se basan en la maximización de los beneficios, pueden en última instancia ir en contra de los principios de la paz y la seguridad y bien pueden estar orientados a mantener o incluso exacerbar los conflictos armados.

7. REFERENCIAS

Agamben G. 1998. Homo Sacer. El poder soberano y la nula vida. *Pre-Textos*, de la traducción y notas: Antonio Gimeno Cuspinera.

Alien Tort Claims Act. Available on: <<https://cyber.harvard.edu/torts3y/readings/update-a-02.html>>

Alonso Berrio M. 2003. Los Estados fallidos. *Cuadernos de Estrategia*, n°120. pp. 199-227. Ejemplar dedicado a: Nuevos riesgos para la sociedad del futuro.

Aznar Jordán D. 2006. La desestructuración del Estado como peligro para la paz y seguridad internacionales. Especial referencia al espacio africano. *Boletín de Información*, n° 297. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4572977>>

Beyani Ch. & Lilly D. 2001. Regulating private military companies. Options for the UK government. *International Alert*.

Borschchevskaya A. 2019. Russian private military companies: continuity and evolution of the model. *Russian Foreign Policy Papers*, Foreign Policy Research Institute.

Carracedo J.R. 1987. Democracia y legitimación del poder en Rousseau. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 58. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26948>>

CICR. Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Disponible en el portal de la Cruz Roja: <<https://www.icrc.org/es>>

- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>>
- II Convenio de Ginebra protege, durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>>
- III Convenio de Ginebra se aplica a los prisioneros de guerra. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>>
- IV Convenio de Ginebra protege a las personas civiles, incluso en los territorios ocupados. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>>
- Los IV Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Disponible en el portal de la Cruz Roja: <<https://www.icrc.org/es>>
- Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. 1989. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1989-mercenaries-5tdmhy.htm>>

- Estados Partes en los Convenios de Ginebra. Disponible en: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp>>
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>>
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>>
- 2008. The Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict. *Federal Department of Foreign Affairs*. Available on: <<https://www.icrc.org/en/publication/0996-montreux-document-private-military-and-security-companies>>

Código Penal Ruso. Disponible en: <<http://ivo.garant.ru/#/document/10108000/paragraph/2396259:0>>

Congress Gov. Public Law 107–56 107th Congress. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001. Available on: <<https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>>

Congress Gov. 2011. Stop Outsourcing Security Act. Available on: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/6534/text?r=7&s=1>>

Congress Gov. 2018. Stop Outsourcing Security Act. Available on: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/6534/text?r=7&s=1>>

Congress Gov. War Crimes Act of 1996. Public Law 104–192, 104th Congress. Available on: <<https://www.congress.gov/104/plaws/publ192/PLAW-104publ192.pdf>>

Constitución Rusa. Disponible en: <<http://www.constitution.ru/10003000/10003000-3.htm>>

Cornell Law School. Legal Information Institute. Military Extraterritorial Jurisdiction Act. Available on: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-II/chapter-212>>

- Special maritime and territorial jurisdiction of the United States defined. Available on: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/7>>
- Uniform Code of Military Justice. Available on: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47>>

Congressional Research Service. 2019. Department of Defense Contract and Troop Levels in Afghanistan and Iraq: 2007-2018. Available on: <<https://fas.org/sgp/crs/natsec/R44116.pdf>>

Congress of the United States. Congressional Budget Office. 2008. Contractor's Support of U.S. Operation in Iraq. Available on: <<https://www.cbo.gov/sites/default/files/110th-congress-2007-2008/reports/08-12-iraqcontractors.pdf>>

DCAF. Geneva Center for Security Sector Governance. Available on: <<https://www.dcaf.ch/>>

Department of the Army. 2003. Contractors on the Battlefield. Disponible en: <<https://fas.org/irp/doddir/army/fm3-100-21.pdf>>

Department of Defence Appropriations Act. Detainee Treatment Act of 2005. Available on: <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/b22319a0da00fa02c1257b8600397d29/%24FILE/Detainee%20Treatment%20Act%20of%202005%20.pdf>>

Derecho Internacional. Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales de 1986. Disponible en: <<https://www.dipublico.org/4073/declaracion-sobre-el-mejoramiento-de-la-eficacia-del-principio-de-la-abstencion-de-la-amenaza-o-de-la-utilizacion-de-la-fuerza-en-las-relaciones-internacionales-resolucion-4222-de-la-asamblea-general/>>

Elesa J.K. 2010. Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Legal Issues. *Congressional Research Services*, 7-5700/ R40991.

Esteban Correa Mg. H. 2016. Mercenarios y Militares Privados: Evolución Histórica, Similitudes y Diferencias. *Revista de la Escuela de Guerra Naval*, n° 62. Pp. 155-168. Disponible en: <https://www.esgn.edu.ar/assets/files/Revista_ESGN_62.pdf>

Fabien M., Dearden N. 2006. Corporate Mercenaries. The threat of private military and security companies. War on Want, London.

FBI. Federal Bureau of Investigation. Knoxville Division. Former University of Tennessee Professor John Reece Roth Begins Serving Four-Year Prison Sentence on Convictions of Illegally Exporting Military Research Data. Available on: <<https://archives.fbi.gov/archives/knoxville/press-releases/2012/former-university-of-tennessee-professor-john-reece-roth-begins-serving-four-year-prison-sentence-on-convictions-of-illegally-exporting-military-research-data>>

François-Bernard H. 2009. The impurity of war. *International Review of the Red Cross*, volume 91, n° 873. Available on: <<https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-873-2.pdf>>

García Ramírez D. J. 2014. El papel de los mercenarios en los conflictos internacionales: de la Grecia clásica a las compañías militares privadas de hoy. *Analecta polit*, vol. 5, n° 8, pp. 169-182.

Gómez del Prado J.L. 2006. Los nuevos mercenarios del siglo XXI. *Papeles de cuestiones internacionales*, n° 94, pp. 21-30.

- 2012. Impact on Human Rights of a New Non-State Actor: Private Military and Security Companies. *The Brown Journal of World Affairs*, Disponible en: <<https://www.globalpolicy.org/pmscs/51834-the-role-of-private-military-and-security-companies-in-modern-warfare-impacts-on-human-rights.html>>

Geiss R. 2009. La violencia armada en Estados frágiles: conflictos de baja intensidad, conflictos indirectos y operaciones esporádicas de aplicación de la ley por parte de terceros. *International Review of the Red Cross*, volumen 91, n° 873. Disponible en: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/la_violencia_armada_en_los_estados_fragiles_-_robin_geiss.pdf>

Human Rights Council. 2009. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, Mission to the United States of America. United Nations. General Assembly, A/HRC/15/25/Ad.3.

Human Rights Library. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). Disponible en: <<http://hrlibrary.umn.edu/links/Snorms2003.html>>

ICOCA. International Code of Conduct Association. Disponible en: <<https://icoca.ch/the-code/>>

Jackson R. 1990. Quasi-states: sovereignty, international relations and the Third World. Cambridge: Cambridge University Press.

Jiménez Piernas C. 2013. Estados débiles y Estados fracasados. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/2 Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

Kaldor, M. (2001). Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global. Barcelona: Tusquets.

Kinsey C. 2006. Corporate soldiers and international security. The rise of private military companies. Routledge.

Klein M. 2019. Private military companies – a growing instrument in Russia’s foreign and security policy toolbox. *Strategic Analysis*, The European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats.

Krahmann E. 2005. Private Military Services in the UK and Germany: Between Partnership and Regulation. *European Security*, vol. 14, n°2, pp.227-295.

Laborie Iglesias M. A. 2008. La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. Disponible en:

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Nacional/La_Privatizacion_de_la_Seguridad_T152-090212_MarioLaborie.pdf

Laborie Iglesias M.A. 2013. Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario. *Cuadernos de Estrategia*, n° 160, pp. 261-299.

Legislation.gov.uk. Foreign Enlistment Act 1870- Available on: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/33-34/90>

Legislation.gov.uk Army Act 1955. Available on: <https://www.legal-tools.org/doc/1b97b7/pdf/>

Linklater, Andrew. 2008. Globalization and the transformation of political community. En Baylis, J; Smith, S; Owens, P.(eds), *The Globalization of World Politics* (4th edition). Oxford University Press. New York. p. 555.

Mastergard. Regulación jurídica de las empresas de seguridad privadas. Disponible en: https://mastergard.ru/o_kompanii/stati/pravovoe-regulirovanie-deyatelnosti-chop/

Mayer D. 2009. Peaceful Warriors: Private Military Security Companies and the Quest for Stable Societies. *Journal of Business Ethics*, 89 (4), 387-401.

Naciones Unidas. 1945. Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

- 1974. Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5517.pdf>
- 1977. Report on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. 53.a sesión. *Comisión de los Derechos Humanos de la ONU*, E/CN.4/1997/24.
- 1977. Consejo de Seguridad. Resolución 1132. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/244598?ln=es#record-files-collapse-header>
- 1979. Elaboración de una convención internacional contra las actividades de los mercenarios. A/RES/34/140. Asamblea General de las Naciones Unidas, Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/34/PV.104>
- 1993. Consejo de Seguridad. Resolución 864. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3277ª sesión, celebrada el 15 de septiembre de 1993. Disponible en: [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/864%20\(1993\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/864%20(1993))
- 2004. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio convocado por el Secretario General de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/59/565 Nueva York. Disponible en: https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.59.565_Sp.pdf
- 2010. Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la

- libre determinación. Disponible en:
<https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.25_sp.pdf>
- Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Disponible en:
<<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>>
 - Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. Disponible en:
<<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/WGMercenariesIndex.aspx>>

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud de las armas nucleares. 1996. Disponible en: <<https://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>>

Ortiz C. 2007. The Private Military Company: an Entity at the Center of Overlapping Spheres of Commercial Activity and Responsibility in book *Private Military and Security Companies*, pp. 55-68.

OUA. 1977. Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, resolución aprobada en Libreville por la Organización de la Unidad Africana. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet28sp.pdf>>

Peters E. 1987. La tortura. Madrid: Alianza Editorial. pp. 252-253.

Petrov N., Limpan M., Hale H. E. 2013. Three dilemmas of hybrid regime governance: Russia from Putin to Putin, *Post-Soviet Affairs*.

Priv-War Report - The United States of America. 2009. The American Way: Private Military Contractors & U.S. Law After 9/11. *National Reports Series 02/08*. pp-6. Available on: <<https://www.yumpu.com/en/document/view/49561453/the-american-way-private-military-contractors-us-law-after-9-11>>

Proyecto de ley federal. Sobre la actividad de seguridad militar privada. Disponible en: <<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=142708#09682145103366762>>

Robert V. & Rotberg I. 2003. Failed states, collapsed states, weak states: Causes and indicators, en R. Rotberg (ed.), *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*, Brookings Institution Press, Washington DC, pp. 1-25.

Schwartz M. 2011. The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Background, Analysis, and Options for Congress, Congressional Research Service. Available on: <<https://fas.org/sgp/crs/natsec/R40835.pdf>>

- Shearer D. 1998. Private Armies and Military Intervention, *Adelphi Paper* 316, vol. 38.
- 1999. Private Military Companies and Challenges for the Future, *Cambridge Review of International Relations*, Vol. XIII, No. 1.
- Shepherd, Bob. The Circuit. Macmillan. Londres. 2008.
- Small Arms Survey. 2019. Annual Report. Available on:
<<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/M-files/SAS-Annual-Report-2019.pdf>>
- Snyder C., Malik J.J. 1999. Developments in Modern Warfare» En Snyder, Craig (Ed). *Contemporary Security and Strategy*. Routledge. Nueva York. P204.
- South Eastern and Eastern Europe Clearinghouse for the Control of Small Arms and Light Weapons. 2006. The Sarajevo Code of Conduct for Private Security Companies. Disponible en:
<<https://www.seesac.org/f/docs/Private-Security-Companies/The-Sarajevo-Code-of-Conduct-for-Private-Security-Companies-EN.pdf>>
- State Department. 2009. Diplomatic Security's Recent Growth Warrants Strategic Review. *United States Government Accountability Office*. Available on:
<<https://www.gao.gov/assets/300/298348.pdf>>
- The Stationery Office. 2002. Private Military Companies: Options for Regulations. *Foreign and Commonwealth Office*. Available on:
<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228598/0577.pdf>
- Thürer D. 1999. El "Estado desestructurado" y el derecho internacional. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Disponible en:
<<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdntg.htm>>
- The United States Department of Justice. The Human Rights and Special Prosecutions Section. Available on: <<https://www.justice.gov/criminal-hrsp>>
- The Wight House. 2002. *The National Security Strategy of the USA*. Disponible en
<<http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/national/nss-020920.pdf>>
- Tonkin H. 2011. State Control Over Private Military and Security Companies in Armed Conflict, *Cambridge University Press*.
- Torture Victim Protection Act of 1991. Available on:
<<http://www.derechos.org/nizkor/econ/TVPA.html>>
- UK Parliament. 2010. Private Military and Security Companies. Available on:
<<https://hansard.parliament.uk/Commons/2010-09-16/debates/10091614000024/PrivateMilitaryAndSecurityCompanies>>

UN. 2006. Guidelines on Humanitarian Negotiations with Armed Groups. Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) in collaboration with members of the Inter-Agency Standing Committee (IASC). Available on: <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/7E2010A3E7E580F385257109007C5BD-D-un-ocha31jan.pdf>>

United States Attorney's Office Eastern District of Virginia. 2007. Military Contractor Sentenced for Possession of Child Pornography in Baghdad. Investigation conducted by the U.S. Army Criminal Investigations. Available on: <<https://media.defense.gov/2007/May/25/2001711186/-1/-1/1/U%20S%20Attorneys%20Office%20Eastern%20District%20of%20Virginia%20Press%20Release.pdf>>

United States Congress. Arms Export Control Act of 1976. Available on: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title22/chapter39&edition=prelim>>

Verstrynge K. 1996. Los nuevos bárbaros. Centro y periferia en la política de hoy, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, pp. 115-133.

Vité S. 2009. Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales. *International Review of the Red Cross*, volumen 91, n° 873. Disponible en: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/art_vite_final.pdf>

WaybackMachine. The Abu Ghrab Files. Available on: <https://web.archive.org/web/20080529052950/http://salon.com/news/abu_ghraib/2006/03/14/introduction/>

Williams Paul D. 2008. War. En Williams, Paul D (editor) *Security Studies. An Introduction*.

Páginas web

Academi. A constellis company. Available on: <<https://www.academi.com/>>

Aegis. Security and Investigation. Available on: <<https://www.aegis.com/>>

Airsoft.ua. Aegis Defense Services. Disponible en: <<https://airsoft.ua/showthread.php?t=13691>>

BBC. News. Disponible en: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44165869>>

Booz Allen. Available on: <<https://www.boozallen.com/>>

CACI. Ever Vigilant. Available on: <<https://www.caci.com/>>

Constellis Secure Success. Available on: <<https://constellis.com/>>

El País. Juicio contra los mercenarios de Angola: cuatro condenas a muerte. Disponible en: <https://elpais.com/diario/1976/06/29/internacional/204847206_850215.html>

DynCorp International. Available on: <<https://www.dyn-intl.com/>>

Erynys. Available on: <<https://www.erinys.net/>>

Fund for Peace. 2019. Fragile States Index. Annual Report. Disponible en: <<https://fundforpeace.org/2019/04/10/fragile-states-index-2019/>>

Gazprom. Disponible en: <<https://www.gazprom.com/>>

ICEX. 2019. El sector defensa en Estados Unidos. *ICEX España Exportación e Inversiones*. Disponible en: <<https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/el-mercado/estudios-informes/DOC2019824783.html?idPais=US>>

Inter-Con Security. Available on: <<https://www.icsecurity.com/>>

International Intelligence Limited. Available on: <<https://www.international-intelligence.co.uk/>>

International Crimes Data Base. United States District Court for the District of Maryland, Greenbelt Division, United States. Wissam Abdullateff Sa'eed Al-Quraishi, et al., Plaintiffs v. Adel Nakhla, et al., Defendants. Available on: <<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/962/Al-Quraishi-et-al-v-Nakhla-et-al/>>

Lockheed Martin. Available on: <<https://www.lockheedmartin.com/en-us/capabilities.html>>

O'Gara Armoring. Available on: <<https://www.ogaraarmoring.com/news/ogara-armoring-awarded-5-year-contract-with-u-s-army/>>

Postimees. EMP Wagner: todo lo que se sabe sobre ello. Disponible en: <<https://rus.postimees.ee/7028598/chvk-vagnera-vse-chno-o-ney-izvestno>>

Rebelión. Mercenarios británicos matan a civiles iraquíes. Disponible en: <<https://rebelion.org/mercenarios-britanicos-matan-a-civiles-iraquies/>>

Revista Vzglyad, declaraciones de Snowden. Disponible en: <<https://vz.ru/news/2013/6/24/638610.html>>

Reuters. 2008. Taiwanese man extradited to NY on smuggling charges. Available on: <<https://es.reuters.com/article/us-taiwan-usa-smuggling-idUSN1846975720080818>>

Ria News. 2012. Путин поддержал идею создания в России частных военных компаний.[Putin supported idea of creating Private Military Companies in Russia], *RIA Novosti*. Disponible en: <<https://ria.ru/20120411/623227984.html>>

RSB-Group. Disponible en: <<https://rsb-group.org/>>

RSB-Group. UN Security Services Provider. Available on: <<https://rsb-group.org/about/services>>

Sandline International. Available on: <<https://www.sandline.com/>>

Saracen Uganda. Disponible en:<<https://saracen.co.ug/>>

SilverShadow. Available on: <<https://www.silver-shadow.com/page-12/page/>>

StopTerror. E.N.O.T. Disponible en: <<https://stopterror.in.ua/info/2015/11/privat-military-company-e-n-o-t-corp-is-training-children-for-the-combut-operations/>>

U.S. News. Blackwater Pay Insults the Military. Available on:
<<https://www.usnews.com/opinion/blogs/erbe/2007/10/04/blackwater-pay-insults-the-military>>

Vinnell Arabia. Available on: <<https://www.vinnellarabia.com/>>

EL CRIMEN DE AGRESIÓN

Julián Parra Díez

Resumen

El crimen de agresión es considerado uno de los crímenes más graves del derecho penal internacional. Implica el uso ilegal de la fuerza armada por un Estado contra otro, atentando contra su soberanía y su estabilidad internacional, en violación de la Carta de las Naciones Unidas. En las últimas décadas, ha experimentado una evolución importante en cuanto a su reconocimiento internacional, generado por la adopción y posterior aceptación de su definición legal. El acuerdo sobre esta definición en el año 2010 supuso la inclusión de forma efectiva del crimen de agresión en el Estatuto de Roma. En julio de 2018, se confirió a la Corte Penal Internacional la plena competencia para investigar y enjuiciar este crimen, siempre que se cumplan los criterios establecidos. Hasta la fecha, no ha habido enjuiciamientos específicos relacionados con este crimen, pero esta nueva jurisdicción abre la puerta a la rendición de cuentas y la prevención de futuros actos de agresión. En este marco nos encontramos hoy lo que pudiera haber sido una primera sentencia en el caso “Situación en Ucrania” de la Corte Penal Internacional, pero son varios los factores en este asunto que conducen, de nuevo, a la ausencia de jurisprudencia.

Palabras clave: Crimen de agresión, Corte Penal Internacional, jurisdicción y definición, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Abstract

Under international criminal law, aggression is recognised as one of the most severe crimes. It involves one State's unlawful use of armed force against another, undermining its sovereignty and international stability and violating the United Nations Charter. It has undergone a significant evolution in international recognition in recent decades, generated by the adoption and subsequent acceptance of its legal definition. The agreement on this definition in 2010 effectively included the crime of aggression in the Rome Statute. In July 2018, the International Criminal Court was given complete jurisdiction to investigate and prosecute this crime, provided the established criteria were met. To date, there have been no specific prosecutions related to this crime, but this new jurisdiction opens the door to accountability and prevention of future acts of aggression. In this framework, we find today what could have been a first judgment in the "Situation in Ukraine" case of the International Criminal Court. Still, several factors in this case lead, once again, to the absence of jurisprudence.

Keywords: Crime of aggression, International Criminal Court, jurisdiction and definition, United Nations Security Council.

SUMARIO. 1. Crimen de agresión. 1.1. Justificación del tema elegido. 1.2 Problema y finalidad del trabajo. 1.3 Objetivos. 2. Recorrido del crimen de agresión. 2.1 Conformación y codificación del crimen de agresión. 2.1.1 El Pacto de la Sociedad de las Naciones. 2.1.2 El Pacto de Kellogg-Briand. 2.1.3 La Carta de las Naciones Unidas. 2.1.4 Los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio. 2.1.5 La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas 22. 2.1.6 El Estatuto de Roma. 2.1.7 Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. 2.2 Aproximación al crimen de agresión en el Estatuto de Roma. 2.2.1 Concepto de crimen de agresión en el Estatuto de Roma: el crimen de líderes 28. 2.2.2 Principales elementos y características del crimen de agresión. 2.2.3 Condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma, para aquellos supuestos del crimen de agresión. 2.3 La Corte Penal Internacional y el asunto “situación en Ucrania”. 2.4 Actualidad y futuro. 2.4.1 Propuestas. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. CRIMEN DE AGRESIÓN

El crimen de agresión es uno de los cuatro crímenes incluidos en el Estatuto de Roma de 1998, respecto de los que la Corte Penal Internacional tiene competencia a fin de perseguir, enjuiciar y condenar a los presuntos responsables de este hecho delictivo, siempre y cuando se cumplan una serie requisitos. Esta forma de agresión se encuentra caracterizada por el uso ilegal de la fuerza armada por parte de un Estado contra otro, acto ilícito que representa una amenaza directa a la paz y la seguridad internacional. El crimen de agresión ha sido objeto de una paulatina y significativa evolución en los últimos años, lo que ha generado en ciertas ocasiones discrepancia entre diferentes agentes de la comunidad internacional.

El presente trabajo tiene como objetivo examinar el crimen de agresión desde diferentes perspectivas, explorando su evolución histórica, su definición jurídica y los desafíos que plantea su aplicación en la práctica. Se analizarán los esfuerzos realizados a nivel internacional para abordar este delito y promover la justicia en el ámbito global. También se explorarán las perspectivas futuras del crimen de agresión, considerando las posibles mejoras en su prevención y enjuiciamiento, así como los retos que aún se encuentran pendientes para su aplicación efectiva. El ejemplo del actual del conflicto ruso-ucraniano nos lo pone de manifiesto.

Con lo anterior, se busca profundizar en el conocimiento del crimen de agresión, destacando su importancia en el ámbito del derecho penal internacional y su relevancia en la preservación de la paz y la seguridad internacionales. A través de un análisis riguroso, se espera contribuir a la comprensión de este tipo delictivo, así como intentar exponer ciertas posturas que podrían ayudar a conseguir una justicia global más efectiva.

1.1 Justificación del tema elegido

La elección de este tema para el presente trabajo se justifica por varias razones fundamentales, de entre las que destacan las siguientes. En primer lugar, el crimen de agresión es considerado uno de los cuatro crímenes internacionales del Estatuto de Roma (ER en adelante), dicho supuesto ilícito atenta directamente contra la soberanía y la estabilidad de los Estados, y choca directamente contra la Carta de las Naciones Unidas y la prohibición del uso de la fuerza, en virtud del respeto a la soberanía e integridad de los Estados. Tanto es así, que su impacto trasciende las fronteras nacionales y afecta a la comunidad mundial en su conjunto. Por lo tanto, resulta interesante comprender y abordar este delito para profundizar en la búsqueda de un mundo más seguro y más justo.

En segundo lugar, el crimen de agresión ha experimentado importantes avances en términos de su reconocimiento y definición legal, por ello es necesario analizar con detalle estos avances y comprender las implicaciones jurídicas y políticas asociadas con este delito. Además, la prevención y la rendición de cuentas en relación con el crimen de agresión son aspectos destacables para promover la justicia y prevenir futuros actos de agresión. En este caso, es preciso examinar tanto los mecanismos, como las estrategias utilizadas en la lucha contra este delito, lo que nos permitiría identificar posibles mejoras y fortalecer los esfuerzos en la prevención y el enjuiciamiento de los responsables.

Una razón a destacar al respecto, es la de intentar encontrar un razonamiento a la situación histórica que ha acontecido el crimen de agresión, ya que a pesar de ser un crimen tan antiguo como lo son las relaciones no pacíficas entre diferentes colectivos sociales, ha supuesto una incorporación muy tardía y a su vez limitada al ER, situación que a nivel internacional, ha provocado la pérdida de oportunidades para juzgar este tipo delictivo, tal y como se puede comprobar en la actualidad en el asunto de la "Situación en Ucrania", donde la escasa intervención de la CPI se debe a la falta de competencia, a pesar de la clara comisión de este crimen.

Por último, aún son muchos y muy significativos los desafíos a los que debe hacer frente la comunidad internacional para lograr una aplicación efectiva de la definición del crimen de agresión, comprender y analizar estos desafíos nos da la oportunidad de entender la situación de bloqueo actual, y además nos ayudará a reflexionar sobre posibles soluciones al respecto.

En definitiva, la elección del tema del crimen de agresión se justifica por su importancia en el ámbito del derecho internacional, su impacto en la paz y en la seguridad internacional, en los avances que ha experimentado y en los desafíos que aún debe afrontar, así como en la necesidad de promover la prevención y la rendición de cuentas.

1.2 Problema y finalidad del trabajo

Es importante subrayar los problemas y la finalidad de realizar un trabajo sobre el crimen de agresión, en este sentido se pueden destacar las siguientes cuestiones. Una de las dificultades que pueden surgir en desarrollo del trabajo, es la complejidad legal que genera la interpretación de los diferentes supuestos establecidos en su definición, sobre todo a la hora de realizar una interpretación exhaustiva de dicha codificación legal. La falta de una determinación precisa en la jurisprudencia actual de qué actos constituyen la agresión y la dificultad en la identificación veraz de quienes pueden ser responsables individuales, hace muy difícil poder fijar estos supuestos ilícitos, por lo que resulta imprescindible investigar y comprender estos problemas para poder abordar adecuadamente el crimen de agresión.

Otra de las cuestiones que, sin duda, genera malestar en la comunidad social, es el hecho de que, en numerosas ocasiones aquellos ilícitos penales relacionados con el crimen de agresión y los supuestos responsables, quedan impunes ante tales hechos, motivados fundamentalmente porque los Estados no han conferido a la CPI la competencia para perseguir y condenar estos crímenes internacionales o por cuestiones derivadas en formas de privilegios burocráticos internos o en forma de tratados de internacionales firmados entre Estados, que llegan a otorgar a los implicados incluso la inmunidad. Esta situación quebranta la confianza en el sistema de justicia internacional y permite que los responsables eviten la responsabilidad por sus acciones, por lo que un trabajo detallado sobre el crimen de agresión debe tratar de abordar esta impunidad y promover una mayor rendición de cuentas.

En este sentido, una de las finalidades que se debe buscar en el desarrollo de un trabajo relacionado con el crimen de agresión, es la de exponer que la predisposición por parte de los diferentes estamentos nacionales e internacionales ante los casos actuales y futuros relacionados con este crimen debe ir orientada en primera instancia hacia la prevención y en segunda instancia hacia el seguimiento y castigo de esos actos ilícitos.

Desde una perspectiva más pedagógica, se ha de tratar de sensibilizar y educar a la comunidad internacional, el objetivo de esta perspectiva no es otro que crear conciencia social y promover la educación sobre este tema. Al difundir información precisa y fomentar la comprensión, se puede generar un mayor compromiso y apoyo para abordar este crimen internacional.

1.3 Objetivos

Entre los principales objetivos que se deben perseguir en la elaboración de un trabajo sobre el crimen de agresión, se pueden mencionar los siguientes. En primer lugar y de una forma más genérica, se puede señalar que el principal objetivo que se trata de perseguir en la realización de este trabajo sobre el crimen de agresión es el de ampliar el conocimiento y la comprensión de este delito, analizar sus implicaciones y los futuros desafíos a los que se debe enfrentar, así como

contribuir al desarrollo de estrategias eficaces que faciliten su prevención y su rendición de cuentas.

De una manera más específica, conviene mencionar los siguientes objetivos:

- a) Tratar de comprender y analizar el crimen de agresión, a través del desarrollo de su definición, características especiales, implicaciones y consecuencias, lo que conlleva a examinar su evolución histórica y su impacto en la paz y en la seguridad internacional.
- b) Investigar los desafíos legales y prácticos a los que se enfrenta el crimen de agresión. Esto requiere comprender en que supuestos nos encontramos ante una efectiva comisión de este crimen, así como examinar las dificultades actuales que en la práctica suponen enjuiciar y condenar a los responsables de este ilícito penal.
- c) Intentar analizar de forma veraz los mecanismos de prevención y rendición de cuentas. Lo que implica a examinar las estrategias y los mecanismos utilizados para prevenir el crimen de agresión y para una posible rendición de cuentas, del mismo modo, se intentará conocer el papel de la CPI y de otros estamentos internacionales implicados.
- c) Tratar de evaluar el impacto del crimen de agresión en la paz y la seguridad internacional. En este caso, será preciso examinar casos históricos y actuales de agresión, así como las consecuencias políticas, económicas y humanitarias asociadas con este delito.
- d) Formular desde nuestro punto de vista las posibles recomendaciones y mejoras para así intentar abordar los desafíos y las lagunas relacionadas con el crimen de agresión. Esto implica sugerir medidas preventivas más efectivas, con las que fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas, promover la sensibilización y la educación sobre este delito.

2. RECORRIDO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN

Conocer y a su vez poder exponer una visión general y actual de lo que hoy en día conocemos como crimen de agresión, conlleva la necesidad de situarnos en el contexto histórico, jurídico y social en el que dicho concepto tuvo su origen. Desde este punto de vista más fundamentado, seremos capaces de comprender tanto su enfoque jurídico, como su perspectiva más práctica, al ser uno de los crímenes internacionales que más controversia genera a nivel global.

Al hablar del crimen de agresión, estamos mencionando uno de los crímenes más antiguos que encontramos en el panorama internacional, ya que este tipo delictivo se encuentra aparejado de una manera directa con el inicio de la humanidad. No obstante, en lo que respecta a su codificación internacional y al tratarse de un concepto jurídico que tiene una relación directa con los sucesos acontecidos en los diferentes conflictos armados, podemos establecer su origen en los conflictos bélicos que asolaron el siglo XX, destacando por su especial trascendencia los desarrollados en su primera mitad.

En la actualidad podemos catalogar el crimen de agresión como uno de los cuatro crímenes internacionales incluidos en el Estatuto de Roma de 1998 (genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de agresión). Los tres primeros, fueron definidos sucesivamente en los artículos 6, 7 y 8 del ER.

Por su parte, el crimen de agresión quedó sin definir, una situación especial que podemos catalogar como de "tipo penal abierto" y que persistió desde julio de 2002, fecha de entrada en vigor del ER, hasta el 11 de junio de 2010. Fue en dicha fecha, donde tal y como establece el ER es revisado por primera vez, ya que el propio ER fija que siete años después de su entrada en vigor debe celebrarse una conferencia de revisión del ER. Es en esta primera revisión del ER, donde entre otras cuestiones los signatarios citados en la ciudad de Kampala (Uganda), deciden incorporar una nueva enmienda a través de la cual es incorporada la definición actual del crimen de agresión, concretamente a través del nuevo art. 8 bis del ER.

El crimen de agresión, también conocido en la jerga jurídica como "crimen de líderes" (HELLER, 2007, pág. 478), se conforma de una serie de conductas aplicables únicamente a ciertas personas y no a los Estados. No obstante, para que una persona pueda cometer aquellas conductas tipificadas como crimen de agresión, debe estar en condiciones de controlar o dirigir de manera eficiente la acción política o militar de un Estado, y en base a esa capacidad haber ejercido la acción de planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión que por sus características y gravedad constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, (en adelante Carta de las NNUU).

En el lado opuesto, podemos catalogar como las víctimas a aquellos Estados que ven amenazada su soberanía, su integridad territorial o su independencia política por la conducta de agresión llevada a cabo por los responsables de otro Estado.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en 1946, declaró que "Iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos" (STMN, 1946, pág. 186).

2.1 Conformación y codificación del crimen de agresión

El hecho de que hoy en día contemos con un marco jurídico bien definido respecto de este crimen internacional, en el que podemos encontrar una definición clara e incuestionable con la que poder catalogar aquellas conductas que se encuentren tipificadas en dicha definición, no ha sido un camino fácil, sino más bien lo contrario.

Estas variaciones, se escenifican en declaraciones como las acontecidas antes de la Primera Guerra Mundial (PGM en adelante), donde Carl von Clausewitz mantuvo que la guerra era una mera continuación de la política estatal, describiéndola como un derecho heredado del Estado. La guerra era considerada como un “medio para la solución de sus controversias y constituía un mecanismo de sanción en un orden jurídico desprovisto de un sistema de coerción” (BERMEJO, 2015, pág. 218). Años más tarde dicho concepto cambió radicalmente con el Tratado de Paz de Versalles de 1919, en el que se condenaba la guerra, como un acto de agresión, como una ofensa suprema que atenta contra la moral internacional y la inviolabilidad, lo derivó en la “santidad” de los tratados. A continuación, de forma cronológica se mencionarán los hitos más relevantes que han influido de manera directa tanto en su origen, como en el posterior desarrollo y contextualización de dicha noción jurídica.

2.1.1 El Pacto de la Sociedad de las Naciones

El primer instrumento jurídico en el que se mencionó por primera vez el término agresión, en este caso relacionado con las posibles amenazas externas que puedan atentar contra la integridad territorial y la independencia política en un determinado país, fue el acontecido justo después del final de la PGM, en el conocido como el Pacto de la Liga de las Naciones o Pacto de la Sociedad de las Naciones, del 28 de junio de 1919, en la ciudad de Versalles, y más concretamente en sus artículos 11 y 12. En estos preceptos se expresa que aquellos miembros que firmen dicho tratado internacional deben comprometerse a respetar y a salvaguardar todo acto de agresión exterior que atente contra la integridad territorial y la independencia política que ostentan los países miembros (PSN, 1919, MARQUÉS, 2008, pág. 328). Así, por lo que respecta a la consolidación a nivel internacional de una definición para el crimen de agresión, uno de los precedentes más remotos, lo encontramos en la ya extinta Sociedad de las Naciones. Dentro de dicho organismo internacional, fue el Comité Especial de la Comisión Temporal Mixta para la Reducción de los Armamentos, quien planteó que era conveniente definir exactamente en qué consistía un acto de agresión, a fin de asentar las bases para que el Consejo decidiera en qué casos determinados se habían cometido o no actos de esa índole. Sin embargo, la Comisión no pudo formular una definición de la agresión y se limitó a indicar los factores que podían servir de elementos para una decisión justa del Consejo.

2.1.2 El Pacto de Kellogg-Briand

El siguiente texto jurídico es el conocido como Pacto de Kellogg-Briand, también conocido como el Pacto de París. Se trata de un tratado internacional firmado el 27 de agosto de 1928 en la capital francesa. Es considerado el precedente inmediato del artículo 2.4 de la Carta de las NNUU. En el desarrollo de dicho cuerpo legal se puede leer en repetidas ocasiones la prohibición del uso de la fuerza como mecanismo para la resolución de las controversias internacionales. Especialmente es en su artículo 1 donde se condena el recurso de la guerra para la solución de las controversias

internacionales y la renuncia al uso de la guerra por parte de las potencias firmantes como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas.

Originariamente, el Pacto nació como un instrumento bilateral que sería firmado entre los Estados Unidos de Norteamérica y Francia, por el que ambas partes renunciaban al uso de la guerra en sus relaciones. Quienes lo redactaron fueron el Secretario de Estado Frank Kellogg y el Ministro de Relaciones Exteriores francés Aristide Briand. Posteriormente, el Pacto de París fue conocido comúnmente como Pacto de Briand-Kellogg (MAFFEO, A.J., 2008).

2.1.3 La Carta de las Naciones Unidas

Uno de los acontecimientos de mayor relevancia para entender el orden internacional actual, fue el acontecido el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año.

Por lo que respecta al crimen de agresión, aún sin proporcionar definición, encontramos una referencia básica en su artículo 2, y más concretamente en el punto 4, donde se expresa claramente el deber de abstención de la amenaza o del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.

En lo que respecta a la búsqueda de una definición internacional del crimen de agresión, es en la mencionada Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, celebrada en San Francisco del 25 de abril al 26 de junio de 1945, donde varias delegaciones propusieron que se definiera o explicara el término “acto de agresión”, el cual figuraba en diferentes preceptos legales del Capítulo VII de la Carta de las NNUU. La gran mayoría de los integrantes del Comité que se ocupaba de estos asuntos, consideraron que no era el momento para establecer una definición preliminar de dicha conducta, ya que una contextualización jurídica podría ir más allá del alcance de la Carta de las NNUU, alegando esta decisión, en que las diferentes técnicas modernas de guerra hacían muy difícil la definición de todos los casos de agresión.

2.1.4 Los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio

Mención especial en lo que respecta a la codificación actual del crimen de agresión, es la referida a los dos grandes juicios celebrados entre 1946 y finales de 1948. El primero de ellos, es el conocido como los Juicios de Nuremberg, proceso encargado de dirimir la culpabilidad o la inocencia de los altos cargos de la Alemania Nazi, acusados por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (II GM en adelante). El segundo proceso, es el también conocido como los Juicios de Tokio, en el que diferentes jefes militares, políticos y funcionarios japoneses fueron juzgados por haber dirigido y perpetrado una guerra de agresión, haber cometido u ordenado crímenes de guerra, crímenes contra la paz y haber consumado terribles atrocidades contra la humanidad durante la II GM.

A través de sus sentencias, la agresión fue reconocida por primera vez como un crimen condenable internacionalmente. Ambos tribunales ubican el crimen de agresión en la categoría de crímenes contra la paz, refiriéndose a aquel bajo la expresión “guerra de agresión”, implicando a los acusados por tales hechos la responsabilidad individual internacional, tal y como se estableció las sentencias de Nuremberg y de Tokio.

2.1.4.1. El Tribunal Militar de Nuremberg

Para poder contextualizar un hecho de gran relevancia en la esfera internacional como lo es la celebración de los Juicios de Nuremberg, debemos posicionarnos en el contexto en el que estos se produjeron. El epicentro de estos juicios, lo encontramos en uno de los sucesos de mayor relevancia en la historia de la humanidad, hablamos de uno de los conflictos bélicos más relevantes en el panorama internacional y sin duda del conflicto armado más importante de los acontecidos en el siglo XX, concretamente entre los años 1939 y 1945, conocido como la Segunda Guerra Mundial, (II GM).

En el transcurso la guerra, fueron varias y sucesivas las reuniones mantenidas por los principales líderes de los países del frente Aliado. Con el devenir del conflicto fue aflorando una corriente común en cada una de estas reuniones, este sentir común se concentraba en la intención de que, una vez finalizado el conflicto, todos aquellos jefes o líderes militares de las naciones que conformaban el frente de las potencias del Eje serían juzgados por sus delitos. En este sentido, destaca la conocida como Conferencia de Moscú, celebrada el 30 de octubre de 1943, de la que emana la conocida como la Declaración Conjunta de las Cuatro Potencias. También fueron relevantes a tal efecto las conferencias de Teherán (1943), Yalta (1945) y Potsdam (1945), en cada una de ellas se debatieron diferentes propuestas, desde como coordinar las diferentes actuaciones militares, como definir el nuevo mapa europeo, pero sobre todo como acordar una paz y concordia mutua.

El día 8 de agosto de 1945, una vez finalizada la II GM, tuvo lugar una importante reunión celebrada en Londres, en ella se citaron los representantes de los gobiernos de los Estados Unidos, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, allí se firmó un acuerdo conocido como la Carta de Londres en la que se incluiría el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg (ETMN en adelante), con el objetivo de enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo, especialmente a la cúpula más alta de la jerarquía nazi, (HELLER, 2008, pág. 479 y WRANGE, 2017).

Uno de los preceptos legales a destacar de los que forman parte del ETMN, es su artículo 6: en él se citan los crímenes que caen bajo la competencia del Tribunal encargado de juzgar a los acusados, y respecto de los cuales se podrá inculpar la correspondiente responsabilidad personal por los delitos cometidos bien de forma individual o como miembros de organizaciones. En concreto, en este art.6, son tres los crímenes que se citan, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y el crimen

contra la humanidad (ETMN, 1945). El crimen de agresión se encuadra en el tipo crímenes contra la paz, al especificarse que dicho crimen se cometerá con la planificación, la preparación y el inicio de una guerra de agresión.

Este art. 6 del ETMN, finaliza haciendo referencia a que tanto quiénes lideren, organicen o inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos que forman parte de los crímenes citados, como los cómplices que participen en su realización, serán responsables de todos los actos realizados en la ejecución de dicho plan.

A través de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMN en adelante), se hace referencia al crimen de agresión dictaminando que: “iniciar una guerra de agresión no es solo un crimen internacional, es el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos” (Sentencia, 1946, pág. 426), (KESTEMBAUM, 2016, pág. 51).

La celebración de los Juicios de Nuremberg es uno de los acontecimientos de mayor relevancia en la historia de los derechos humanos, su celebración supuso un hito en la persecución y posterior castigo de estos crímenes, ya que en estos juicios se pusieron por primera vez en funcionamiento mecanismos de protección de los derechos humanos antes inexistentes.

2.1.4.2 El Tribunal Militar de Tokio

El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TPMILO en adelante), también conocido como el Tribunal Militar de Tokio, al igual que su predecesor el TMN, fue el órgano jurisdiccional encargado de juzgar a los diferentes criminales de guerra japoneses una vez finalizada la II GM.

El origen más remoto de dicho Tribunal, al igual que el de Nuremberg, se encuentra en la afirmaciones realizadas en 1942, en la que los principales líderes de los países Aliados afirmaron la intención de juzgar por sus delitos a los principales criminales de guerra, junto a estas declaraciones, cobra especial relevancia la expuestas el 26 de julio de 1945, día en el que se proclamó la conocida como Declaración de Potsdam, donde los presidentes de los Estados Unidos, Reino Unido y la República China fijaron las condiciones para la justa rendición japonesa, una especie de ultimátum. A su vez, los líderes Aliados anunciaron su intención de enjuiciar a los principales oficiales japoneses por los mismos crímenes que a los líderes nazis.

Una vez acabada la guerra en el continente asiático, concretamente el 15 de agosto de 1945, y tras quedar el Estado nipón ocupado en su práctica totalidad por el ejército de los Estados Unidos, se inició la búsqueda y posterior detención de todos los altos cargos de los gabinetes político-militares japoneses que tuvieron un papel trascendental durante la II GM, para ser acusados por los crímenes establecidos en la Carta de Londres.

La base jurídica del proceso fue establecida por la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (CTPMILO en adelante), el 19 de enero de 1946, la cual fue dictada por el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, el General estadounidense Douglas MacArthur. Dentro del mencionado documento legal, destaca su artículo 5 (Jurisdicción sobre personas y delitos), en el que se mencionan los crímenes internacionales que serán competencia del Tribunal. Este precepto comienza dictando la competencia concedida a dicho tribunal, al establecer que este Tribunal tendrá la facultad de juzgar y castigar a los criminales de guerra del Lejano Oriente ya sean responsables individualmente o como miembros de organizaciones, siempre que sean acusados de delitos que incluyan crímenes contra la paz.

A continuación, en dicho artículo, se redactan los actos o crímenes que serán competencia directa del Tribunal establecido, y respecto de los cuales deberá dictar la responsabilidad individual que corresponde a cada uno de los acusados.

Los crímenes que se incluyen en el art.5 de la CTPMILO son: a) los crímenes contra la paz: entre ellos se encuentran, la planificación, la preparación, la iniciación o realización de una guerra de agresión declarada o no declarada, o una guerra en violación del derecho internacional, tratados, acuerdos o garantías, o la participación en un plan común o conspiración para la realización de cualquiera de los anteriores; b) los crímenes de guerra convencionales: referidos a las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, y c) los crímenes de lesa humanidad: aquí el número de conductas delictivas es más amplio, destacando acciones como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, persecuciones por diversos motivos y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra.

La CTPMILO indica que tanto los líderes, los organizadores, los instigadores, como los cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o en una conspiración para cometer cualquiera de los delitos expuestos, serán responsables de todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan. A pesar de ser muy similar a su antecesor, el Estatuto del nuevo tribunal incorporó una serie de ajustes para intentar despejar las críticas surgidas alrededor del anterior. Entre los cambios, destaca la necesidad de tener más en cuenta al conjunto de los países aliados, lo que motivó que en la organización de dicho tribunal estuvieran presentes jueces de once estados diferentes, incluidos miembros de países asiáticos, (RÖLLING y CASSESE, IGLESIAS 2019, pág. 62 y ss.). El conocido como Proceso de Tokio, dio comienzo el día 3 de mayo de 1946, en el antiguo edificio de la Academia de Guerra del ejército japonés, en Tokio. Ante dicho Tribunal fueron presentados 28 miembros de la cúpula del gobierno japonés.

Un total de veinticinco jefes militares, políticos y funcionarios japoneses fueron procesados en el juicio como acusados, éstos fueron juzgados por haber dirigido y perpetrado una guerra de agresión y haber cometido u ordenado crímenes de guerra, crímenes contra la paz y haber consumado terribles atrocidades contra la humanidad.

Uno de los aspectos a destacar en el proceso, fue que entre los acusados no se encontraba el Emperador del Japón, eventualidad propuesta por el general estadounidense MacArthur, para así intentar controlar la situación y apaciguar los ánimos. Otro aspecto destacado, es que a diferencia de los Juicios de Nuremberg, en este proceso no hubo sentencias absolutorias, todos los acusados fueron considerados culpables.

Por su parte, también destacan las continuas alusiones que en este proceso hacían referencia al crimen de agresión, tal y como se puede leer en las sesiones y en la sentencia, donde se afirma que la guerra de agresión era un crimen con arreglo al derecho internacional desde una fecha muy anterior a 1945.

La mención a las “guerras de agresión” fueron constantes en las sesiones del proceso. Entre ellas destacan las continuas alusiones que hacían referencia al crimen de agresión, tal y como se puede leer en los documentos referentes a las sesiones y en la propia sentencia, donde se afirma que la guerra de agresión era un crimen con arreglo al derecho internacional desde una fecha muy anterior a 1945. Así, la jurisprudencia que este Tribunal dejó como legado respecto al crimen de agresión, ha sido una referencia fundamental para la doctrina.

2.1.5 La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas

A pesar de lo ampliamente mencionado que fue este crimen, especialmente en las sesiones de Tokio, hasta la fecha la comunidad internacional no había sido capaz de regular este tipo penal, a excepción de la referencia contenida y mencionada antes, del artículo 2.4 de la Carta de las NNUU. La Resolución 3314 representó un hito de gran importancia por lo que se refiere a la definición internacional del crimen de agresión. Dicha Resolución, fue aprobada el 14 de diciembre de 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Anteriormente, se había intentado un tratamiento específico de este crimen en las resoluciones 95 (I) de 1946, 377 (V) o Unión pro Paz, 2131 (XX) de 1965 o en la 2625 (XXV) de 1970. Hasta Roma, la Res. 3314 fue el “gran último intento”. Un aspecto destacable en este sentido es que la Resolución 3314 dada a su forma no convencional, es simple y llanamente un acuerdo no jurídicamente vinculable entre los Estados, en aras de establecer una definición para el crimen de agresión, ya que al tratarse de una resolución como tal, no tiene valor vinculante por sí sola.

Tal y como se ha venido mostrando, el camino hasta la publicación de la mencionada resolución no resultó nada fácil para los partidarios de solventar de una vez por todas el problema de la falta de una definición para el crimen de agresión. El ánimo y a su vez la necesidad por intentar obtener una definición legal del término agresión en la esfera internacional, fue una constante en las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, (CDI en adelante). En este sentido, fueron varios los Estados miembros que presentaron proyectos encaminados a que la Asamblea

General de las Naciones Unidas (AGNU en adelante), examinara de nuevo la cuestión de la definición de agresión, sin obtener al efecto resultado alguno.

En 1967, en el cuarto periodo de sesiones de la CDI y a petición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se solicitó a la AGNU que se incluyera con carácter importante y de forma urgente dentro de su programa, un tema titulado “Necesidad de acelerar la elaboración de una definición de la agresión a la luz de la actual situación internacional”. La AGNU decidió incluir dicha petición dentro de sus más inmediatas competencias, lo que condujo a que en diciembre de ese mismo año se aprobase la Resolución 2330 (XXII), por la que establecía un Comité Especial compuesto por 35 Estados Miembros, encargados de la cuestión de la definición de agresión. Este Comité tendría como objetivo principal, estudiar los aspectos de dicha cuestión con el fin de preparar una definición óptima de la agresión y presentar ante la AGNU un informe en que se recojan todas las opiniones expresadas y las propuestas formuladas.

El Comité Especial, celebró varios periodos de sesiones entre los años comprendidos entre 1968 y 1974, siendo su mandato renovado anualmente por la AGNU. No obstante, no fue hasta el 12 de abril de 1974 cuando el Comité Especial aprobó por consenso el texto del proyecto de definición de la agresión, recomendando a su vez a la AGNU que lo aprobara.

La AGNU, remitió a la Sexta Comisión, foro principal dedicado al examen de las cuestiones jurídicas en AGNU, el informe del Comité Especial sobre la cuestión de la definición de la agresión, para que ésta lo examinara. La Sexta Comisión tras sondear el informe y el texto de la definición, no formuló enmienda alguna al texto de la definición, pero sí decidió redactar un informe dirigido a la AGNU, en el que se incluían dos declaraciones. La primera de ellas hace referencia a la calificación como actos de agresión, al bloqueo de los puertos sobre las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado y la segunda, al ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea.

El 14 de diciembre de 1974, en base a la recomendación realizada por la Sexta Comisión, la AGNU aprobó sin votación la Resolución 3314 (XXIX), en cuyo anexo figuraba la definición de la agresión. Del Anexo de definición de agresión, podemos destacar su primer artículo. En él se establece que la agresión, es “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

A su vez, el mencionado Anexo incorpora una nota explicativa referente al término “Estado”, en la que se especifica que esta terminología se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas, y además se puede incluir el concepto de un “grupo de Estados”, cuando proceda.

En la Resolución 3314, la AGNU expresa su gratitud respecto del Comité Especial por su labor y muestra su certeza de que este gran paso que conlleva el establecimiento de una definición a nivel internacional del crimen de agresión contribuirá al fortalecimiento de la paz y de la seguridad internacional, instando a su vez a todos los Estados a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier acto de fuerza que contradiga la Carta de las Naciones Unidas.

Una vez concretada dicha definición, la AGNU realizó el traslado de la misma al Consejo de Seguridad, encomendándole que siempre y cuando sea preciso y en base a sus competencias, tuviera en cuenta esa definición como orientación para determinar, de conformidad con la Carta de las NNUU, la existencia de un acto de agresión.

2.1.6 El Estatuto de Roma

Un hecho de notable importancia en la consolidación del crimen de agresión es el producido en la ciudad de Roma, donde el 17 de julio de 1998 se firmó el Estatuto de Roma, instrumento jurídico constitutivo de la CPI. En él se codifican por primera vez los crímenes internacionales respecto de los que la CPI tiene competencia (bajo ciertas condiciones). En la redacción actual, es concretamente en su artículo 8 bis, donde de una forma estructurada y detallada se desarrolla el crimen de agresión y a través de su artículo 15 bis se dota de la correspondiente competencia a la CPI para enjuiciar y condenar aquellos hechos penales que se enmarquen en el crimen de agresión, también conocido como el crimen de los líderes. La codificación efectuada en el ER, representa un importante progreso tanto en la represión como en su posterior condena de aquellas infracciones cometidas contra el derecho penal internacional. Un contexto novedoso, al tratarse de la enumeración más amplia y precisa de las redactadas hasta la fecha, lo que lo convierte en un instrumento internacional vinculante para las partes contratantes. “La estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos, sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, que estaba marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso” (AMBOS, 2000, Sumario).

Dado que, en un primer momento, el ER ni contenía la definición, ni dotaba de competencia a la CPI sobre el crimen de agresión, se expondrán a continuación los hechos que condujeron a que quedara definitivamente insertos en el texto de Roma. Por lo tanto, el ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión de la CPI quedaba en suspenso, “la CPI ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”, (art. 5.2 ER).

2.1.7 Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

El ER, fue revisado por primera vez a los siete años de su entrada en vigor, concretamente en el año 2010, siguiendo lo previsto en el artículo 123 del ER, “Revisión del Estatuto”. Hecho que se produjo a través de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala (Uganda), dándose por finalizada el 11 de junio de 2010. En ella se adoptaron una serie de

enmiendas al ER en forma de resoluciones. Lo aspectos más destacados de dicha Conferencia, fueron la adopción de la definición legal del crimen de agresión y la inclusión formal del crimen de agresión como un crimen bajo la jurisdicción de la CPI, fijando la fecha del 17 de julio de 2018 como el inicio para que la CPI comience a ejercer dicha competencia.

Las negociaciones llevadas a cabo en dicha conferencia se caracterizaron por su enorme complejidad y por el compromiso que, tejido de una manera sumamente fina, pendió de un hilo hasta el último segundo. KRESS, C. y VON HOLTZENDOFF, L. (2010, págs. 1179-1217). De las enmiendas adoptadas, destacan la Resolución 6, en la que siguiendo las instrucciones del art. 5.2 del ER, se redactan los nuevos artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter, con los que se aporta al ER una definición del crimen de agresión y un procedimiento para la jurisdicción por parte de la CPI de dicho crimen. Y la Resolución 5, por la que se activa la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión, a partir del 17 de julio de 2018, de conformidad con lo dispuesto en los nuevos artículos 15 bis y 15 ter.

Respecto a la definición de crimen de agresión incorporada, la Conferencia dotó de fundamento a la definición establecida por la ya mencionada Resolución 3314 de la AGNU y se convino en calificar como agresión un crimen cometido por líderes políticos o militares que por sus características, gravedad y escala constituyera una violación manifiesta de la Carta de las NNUU. Tal y como se ha mencionado, fruto de esta Conferencia de Revisión, se incorporaron al cuerpo legal del Estatuto de Roma los artículos 8 bis, “Crimen de agresión”, el artículo 15 bis, “Ejercicio de la competencia respecto del Crimen de Agresión” (remisión por un Estado, *proprio motu*) y el artículo 15 ter “Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad)”, (RC/Res. 6, 2010, pág. 3).

En esta Conferencia también se trataron temas tan relevantes como la cooperación con los Estados y la comunidad internacional, la protección de las víctimas y los testigos, y la eficiencia y la eficacia de los procedimientos judiciales de la CPI, AMBOS (2011 págs. 463-509).

“Desde diversas perspectivas, el texto de la enmienda puede parecerse a una compilación de años de trabajo y de historia de la agresión, en lugar configurar una conceptualización moderna de la infracción, tal y como la lista de actos de agresión y las dificultades prácticas en la aplicación de tal caracterización del acto en el contexto del crimen lo comprueban” (CARVAJAL CORREDOR, 2012, pág. 112).

Durante el discurso de apertura de la Conferencia de revisión, quién por entonces ostentaba el cargo de Secretario General de las Naciones Unidas, pronunció las siguientes palabras, “la Conferencia de Revisión de Kampala brinda una importante oportunidad no sólo para hacer un balance de los adelantos logrados por la Corte sino también para fortalecer la determinación colectiva de que los crímenes internacionales no puedan quedar impunes. Subrayó que “la era de

la impunidad se ha acabado”. Estamos frente al nacimiento de una nueva era de rendición de cuentas" (ASP, 2010, pág. 2).

2.2 Aproximación al crimen de agresión en el Estatuto de Roma

Hoy en día, podemos hablar del crimen de agresión desde una perspectiva convincente y bajo una argumentada y sólida protección legal, todo ello amparado por definición jurídica del crimen de agresión. No obstante, adelantamos, la falta de jurisprudencia de la CPI, supone un factor complementario que a su vez lastra la proyección internacional que en cuanto a definición se refiere, situación que deberá ser tenida en cuenta en el futuro. Por su parte, la jurisprudencia de Nuremberg y Tokio será relevante al respecto para la CPI.

En este sentido, y en base a dos de las garantías procesales con mayor arraigo en la esfera penal, “*nullum crimen nulla poena sine lege*” y “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, como cualquier otra noción jurídica de alcance legal, para que la categoría jurídica de “crimen de agresión” pueda ser utilizada por los tribunales tanto para su enjuiciamiento, como para el posterior cumplimiento de la sentencia, debe existir una definición legal de dicho concepto jurídico, hecho que no ha sido fácil de alcanzar.

Como se ha mencionado, el término agresión en el contexto del crimen internacional, tiene una estrecha relación con los conflictos bélicos, en este sentido el instrumento jurídico de mayor relevancia en la esfera internacional es la Carta de las NNUU, y más concretamente, su artículo 2.4 quien marca las bases de cómo debe solucionarse una posible situación contradictoria de estas características. Algo particular en este sentido, es que en ninguna de las disposiciones de la Carta de las NNUU esclarece el alcance del término agresión.

2.2.1 Concepto del crimen de agresión en el Estatuto de Roma: el crimen de líderes

Siguiendo el artículo 8 bis del ER, y más concretamente su punto 1, una persona comete un “crimen de agresión”, cuando estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que, por sus características, gravedad y escala, constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, (art 8.1 bis ER). “Crimen de líderes”.

Es en el punto 2 del mismo precepto legal, se incluye la discutida definición, y se entiende por acto de agresión “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”, (art 8.2 bis ER).

En base a lo dispuesto en la Resolución 3314 (XXIX), el mencionado artículo 8.2 bis ER, incorpora determinadas conductas o actos que hacen alusión al crimen de agresión. Caben destacar: a) La

invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación o anexión del territorio de otro Estado o de parte de él mediante el uso de la fuerza; b) El bombardeo o el empleo de cualesquier armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; g) El envío por parte de un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado.

Son varias las corrientes, que se derivan de la inclusión a través del art. 8.2 bis en el ER de un elenco de conductas tipificadas como crimen de agresión, de un lado hay quienes la opinan que es "ejemplificadora", y de otro lado, quienes la tachan como "exhaustiva", tal y como opina parte de la doctrina alemana, Kai Ambos entre ellos, quien señala, que si se hubiese querido dejar abierto se hubiese introducido una cláusula como la propia del artículo 7.1 (k) del ER, (AMBOS, 2011, pág. 44).

Otros autores, sostienen que “La Resolución 3314 no fue creada para apoyar el derecho penal, sino que su fin consistió en validar las actuaciones del Consejo de Seguridad de la ONU en cuanto al acto de agresión conforme al capítulo VII”. PAULUS (2009), citado por DURANGO (2014, pág. 202).

Un aspecto para destacar, son las limitaciones impuestas a la CPI para ejercer su competencia respecto a este crimen, restricciones que emanan desde el comienzo de la estrecha definición acordada. Estas limitaciones sumadas a los grandes avances que hoy en día han acontecido las diferentes formas de acometer el crimen de agresión ponen en duda una definición que cuenta ya con más de medio siglo, (Resolución 3314). En este sentido, no podemos olvidar, siguiendo a CROXATTO, (2016, pág. 10), que las nuevas tecnologías influyen en la planificación y comisión de los crímenes internacionales.

Además, como veremos a continuación, el crimen de agresión a diferencia de los otros tres crímenes que se incluyen en el ER, cuenta con una serie de características muy específicas que lo hacen aún más especial y que se traducen en más limitaciones. Empezando porque el crimen de agresión es conocido como un “crimen de líderes” ya que sólo puede ser cometido por quienes se encuentren en condiciones especiales, (superiores), que le permitan controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado lo que conlleva el tener la capacidad de planificar, preparar, iniciar o realizar un acto que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las NNUU. Al respecto, el artículo 25.3 bis del ER, es suficientemente clarificador, al indicar que: “Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo solo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. Se trata de un acto que vincula como agente activo a los líderes políticos, religiosos o militares de un Estado, sea en su carácter individual o plural (ZAPICO, 2009, pág. 722).

Teniendo en cuenta los términos que se han de cumplir para el establecimiento de la responsabilidad penal, y siguiendo la teoría de las Empresas Criminales Conjuntas (JCE, siglas en inglés), podemos deducir que sólo podría aplicarse para el primer caso expuesto (líderes políticos), tal y como el Tribunal para la ex Yugoslavia dictaminó en sus sentencias, (asunto Tadić).

2.2.2 Principales elementos y características del crimen de agresión

Si realizamos un análisis exhaustivo de la definición del crimen de agresión expuesta en el art. 8 bis del ER, se pueden destacar varias cuestiones relevantes, como cuáles son los elementos esenciales que forman parte de este crimen, cuáles son sus características específicas, quiénes pueden ser los autores que lleven a cabo estas determinadas conductas delictivas y en qué situaciones internacionales puede darse este crimen internacional.

En base a ello, podemos afirmar que el crimen de agresión cuenta con una serie de elementos esenciales que deben aparecer siempre que se mencione una situación que haga referencia a este ilícito penal. Dentro de estos elementos podemos clasificarlos de la siguiente manera:

2.2.2.1 Elementos objetivos

El crimen de agresión, gira en torno al uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad y la independencia de otro Estado y aquellas situaciones en las que se puede dar el crimen de agresión. En primer lugar, en consecuencia, debe existir uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado y sin el consentimiento de éste, siendo este contexto el elemento central del crimen de agresión. Se requiere que el uso de la fuerza sea llevado a cabo con la intención de cometer una agresión, esto implica que el Estado agresor debe tener la intención de iniciar una acción militar contra otro Estado. Asimismo, debe existir relación causal entre el uso de la fuerza y la agresión efectuada, en este caso la fuerza utilizada debe ser la causa directa de la agresión.

En este sentido, cabe destacar cuales pueden ser las diferentes situaciones en las que puede darse el crimen de agresión. Uno de los ejemplos más evidentes, lo encontramos en las invasiones militares, cuando un Estado utiliza la fuerza armada para invadir y ocupar el territorio de otro Estado sin su consentimiento. Al respecto, se pueden mencionar acciones como ataques armados que tengan como objetivo un Estado soberano o ataques contra infraestructuras y poblaciones civiles, siempre que estos ataques no estén justificados por la legítima defensa o por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante, CSNU). Bloqueos militares llevados a cabo con el objetivo de impedir el acceso a puertos o recursos marítimos. Ocupaciones militares, cuando un Estado ocupa militarmente el territorio de otro Estado y ejerce su autoridad y el control sobre él, sin su consentimiento. Acciones contra Estados vecinos, a través de conflictos territoriales o disputas fronterizas que impliquen el uso de la fuerza armada contra un Estado vecino sin justificación legal.

A modo de resumen, podemos afirmar que la comisión del crimen de agresión provoca una violación de los principios fundamentales del derecho internacional, lo que a su vez puede desencadenar en el inicio de diferentes conflictos internacionales. Estos actos de agresión se exteriorizan a través de acciones que producen un gran recelo en la sociedad, como lo son las invasiones militares, ocupaciones, bombardeos, ataques armados u otras acciones hostiles.

Otro aspecto diferenciador a la hora de hacer frente al crimen de agresión es el referido al ámbito temporal, ya que este ilícito solo se contempla en aquellas acciones que sean posteriores al 30 de junio de 2010, fecha en la que se adoptó una definición específica para este delito. En base a esta última afirmación, destaca que para que la CPI adquiera la competencia que el ER le concede para perseguir esta tipología delictiva, han de ser los propios Estados los que deben ratificar o en su caso aceptar esta jurisdicción, situación que en la práctica entorpece en gran medida su enjuiciamiento.

2.2.2.2 Elementos subjetivos

Otra de las cuestiones a destacar de este art. 8 bis, es la referente a quienes pueden ser los autores directos de este crimen, orientado fundamentalmente hacia aquellos individuos que desempeñan roles de liderazgo y toma de decisiones dentro de un Estado o grupo de Estados. En este sentido, se suelen incluir, líderes políticos y jefes de Estado, ya sean presidentes, primeros ministros, monarcas y otros líderes políticos que toman decisiones de política exterior y militar, altos funcionarios gubernamentales u otros funcionarios de alto nivel que participan en la planificación y ejecución de acciones militares, mandos representativos en el ámbito militar, que tengan capacidad para liderar las fuerzas armadas, altos funcionarios Diplomáticos, que puedan estar involucrados en la toma de decisiones relacionadas con el uso de la fuerza en el ámbito internacional y líderes de grupos armados, en aquellas situaciones de agresión que son perpetradas por grupos armados no estatales.

Siguiendo a Nerlich, “No es necesario que el control sea completo (entendido como el ejercido bajo un solo mando), puesto que limitaría únicamente el crimen a dictadores absolutistas restringiendo (aún más) la posible persecución del crimen de agresión ante la CPI” (NERLICH, 2017, pág.47).

No obstante, hay que tener en cuenta que la responsabilidad individual puede variar según las circunstancias específicas de cada caso. En este contexto, se busca identificar a aquellos individuos que tuvieron un papel activo y decisivo en la planificación, preparación y ejecución de la agresión. En este sentido, el citado autor, Nerlich, menciona que es posible perseguir a los responsables bajo todos los grados de responsabilidad ya que “aunque el crimen de agresión sea un crimen de líderes, no es necesariamente un crimen sólo de autores” (NERLICH, 2017, pág. 47).

Un concepto a tener en cuenta en este sentido, ya que aparece en el art. 25.3 (f) del ER, es la tentativa en la comisión de este crimen, en dicho precepto se expone que, para catalogar como responsable al autor, deberá darse una aproximación efectiva al objetivo perseguido. Por lo que, se entenderá que hay tentativa cuando se pruebe claramente la voluntad del autor de realizar el acto ilícito y el mismo comience a realizarlo. Sin embargo, si en el momento de la comisión el autor desiste o impide de otra forma que se produzca, no podrá ser penado por tentativa de conformidad con el ER.

Por su parte, la CPI tiene competencia para juzgar a los autores del crimen de agresión, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el ER que a continuación se exponen.

En opinión, que compartimos, de Cassese, “mientras que la intencionalidad es un elemento esencial del tipo, para considerar su existencia no se requiere que haya voluntad de cometer la acción con un objetivo en concreto, sino que exista esa consciencia, por lo que en contraposición con el elemento objetivo presenta menos problemas de definición para exigir responsabilidad” (CASSESE, 2003, pág. 115).

2.2.3 Condiciones para el ejercicio de la competencia de Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma, para aquellos supuestos del crimen de agresión

Sin duda, este es uno de los asuntos que más repercusión tiene en las ya mencionadas limitaciones que la CPI encuentra a la hora de enfrentarse a casos del crimen de agresión. Además de las condiciones señaladas en los apartados anteriores, aún debe darse una conferencia expresa de competencia por parte de los Estados, en la que se acepte la jurisdicción de la CPI. Tal y como se ha señalado en epígrafes anteriores, la definición y activación del crimen de agresión quedaron postergados en la confección del ER, siendo aprobadas en las nuevas disposiciones de la Conferencia de revisión celebrada en Kampala, que posteriormente han pasado a integrar el ER modificado.

Cabe matizar que para que la CPI pueda ejercer su competencia, ha de tratarse de uno de los crímenes fijados por el artículo 5 del ER (crimen de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión, sin que quepan otras consideraciones de existencia de otros delitos).

“Una de las características más distintiva de la Corte, en comparación con los demás tribunales internacionales, es la facultad otorgada a la Corte de seleccionar independientemente las situaciones que ha de investigar. En otros tribunales internacionales, las situaciones son seleccionadas por las autoridades políticas; Los fiscales internacionales sólo podían seleccionar casos dentro de estas situaciones”, (OCAMPO, 2009, págs. 13-19).

No obstante, se deben tener en cuenta una serie de condiciones para que la CPI alcance la capacidad otorgada por el ER para el conocimiento de aquellos supuestos que guarden una relación directa

con el crimen de agresión. Estas cuestiones quedan redactadas en los artículos del ER comprendidos entre el 11 y el 15 ter del ER. De forma resumida, cabe destacar el art. 12 ER, en el que se establecen las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la CPI, éstas se basan en que el Estado en el que se haya cometido el crimen sea parte del Estatuto o que la persona o personas implicadas fueran nacionales de un Estado Parte. En el caso de no ser parte del ER, cabe la aceptación mediante declaración depositada formalmente en la Secretaría de la CPI, apartado 3 de este precepto.

En el art. 13, se establecen las condiciones bajo las cuales la CPI puede ejercer su competencia: a) Que un Estado Parte remita al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes. b) Que el CSNU, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la CTNU, remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes. c) Que el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15. De este artículo 13, podemos deducir que son tres las posibles vías a través de las cuales se puede requerir a la CPI el ejercicio de su competencia.

Es importante aquí, recordar la mencionada adición de Kampala del art. 15 bis, a través de ésta se determina el ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión y se fijan las condiciones que deben cumplirse para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción para perseguir y condenar los actos de agresión. Igualmente, en este artículo se establece que la CPI únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión, que hayan sido cometidos un año después de la ratificación o de la aceptación de las enmiendas por más de treinta Estados Parte, y que la Asamblea General de los Estados Parte realice una reunión en la dos de sus tercios la aprueben. (BOSSARD GARCÍA, 2019, Introducción).

Otro de los aspectos establecidos por el art. 15 bis, es que la CPI de conformidad con el art. 12, podrá ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, o la CPI tendrá competencia cuando el crimen sea cometido en el territorio de un Estado Parte o por los nacionales de un Estado Parte, siempre que en ambos casos ese Estado Parte no se haya opuesto expresamente y por escrito a la aceptación de las Enmiendas de Kampala (AKANDE, 2011, págs. 14-18). En el caso de tratarse de Estado no Parte en el ER, la CPI no podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio de este. Para que el Fiscal de la CPI pueda iniciar una investigación de un crimen de agresión, antes debe verificar si el CSNU ha determinado la existencia de un acto de agresión por un Estado.

El art. 15 ter, hace referencia al ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión teniendo en cuenta la remisión por el CSNU, con similares condiciones a las del art. 15 bis. Por su parte, y en base al principio de territorialidad penal, la CPI tendrá capacidad para intervenir en aquellas situaciones en las se hayan cometido crímenes de su competencia dentro del territorio de

un Estado parte del ER, o cuando el presunto responsable sea nacional de un Estado parte. No obstante, también tendrá capacidad para intervenir en aquellos casos en los que un Estado que no sea parte del ER acepte la jurisdicción de la CPI respecto a un crimen específico. En el caso de ser el CSNU quien remita una situación a la CPI, no se tiene en cuenta la nacionalidad del presunto responsable, ni el lugar donde se ha cometido el crimen, tal y como ocurrió con los casos de Sudán y Libia.

En lo que respecta al principio de responsabilidad personal, destacar que el ER es aplicable de manera individual a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción en base a lo expuesto anteriormente, sin distinción alguna por su cargo oficial, sin distinguir igualmente si el presunto responsable es jefe de Estado o de Gobierno, miembro del Gobierno, miembro de la Administración o del Parlamento.

Este último párrafo queda un tanto en entredicho, ya que el asunto de la “Situación en Ucrania”, ha evidenciado que en ciertas ocasiones la práctica difiere de la teoría, pues en este conflicto se ha puesto de manifiesto el obstáculo de la cuestión de la inmunidad y de los tratados de extradición, entre otras cuestiones, derivando incluso en la idea de crear de tribunales especiales que sí cuenten con competencia para investigar y enjuiciar este crimen.

Otro principio a tener en cuenta al respecto es el principio de temporalidad. En base a éste, podemos destacar que la capacidad jurisdiccional de la CPI no es retroactiva. A su vez, dicha capacidad se encuentra limitada a los crímenes cometidos tras la entrada en vigor del ER en 2002, a excepción del crimen de agresión que será a partir del 30 de junio de 2010. En aquellos Estados que lo hayan ratificado con posterioridad a esas fechas, la competencia de la CPI alcanzará solo a los crímenes cometidos después de su fecha particular de ratificación, salvo que el país en cuestión haya aceptado explícitamente la competencia de la CPI desde 2002. Un dato destacable, es el expuesto a través del artículo 29 del ER, donde se cita textualmente, que los crímenes de la competencia de la CPI no prescriben.

Por último, cabe destacar que la CPI es una corte de último recurso, lo que significa que solo puede intervenir cuando los Estados no han investigado o enjuiciado adecuadamente los crímenes de su jurisdicción o cuando los Estados no están preparados o no están dispuestos a investigar y perseguir graves crímenes de derecho internacional. La CPI no puede intervenir en los casos en los que un Estado ha investigado y enjuiciado adecuadamente a los presuntos responsables de los crímenes internacionales. Por tanto, la actuación de la CPI está basada en el principio de complementariedad, (art.17 ER).

2.3 La Corte Penal Internacional y el asunto “situación en Ucrania”

Un tema de notable actualidad y de gran repercusión en muchos ámbitos del panorama internacional es el acontecido en Ucrania, donde la situación actual entre Ucrania y su país vecino, Rusia, se caracteriza por una relación tensa y conflictiva que persiste desde hace varios años. Desde la anexión de Crimea por parte de Rusia en el año 2014 y el actual conflicto generado en el este de Ucrania conocido como la “guerra del Donbás”, las tensiones existentes entre ambos países no han parado de aumentar de manera considerable. El conflicto en curso está generando graves repercusiones humanitarias, políticas y de seguridad, dejando miles de muertos y millones de desplazados, así como daños significativos en infraestructuras y diezmando cuantitativamente las economías locales. A pesar del tiempo ya transcurrido desde el inicio del conflicto y en contra de los deseos de la comunidad internacional parece que la tensión entre Ucrania y Rusia no para de ir en aumento.

El profesor Chehtman sostiene que “La invasión de Rusia a Ucrania constituye un flagrante acto de agresión, y por tanto una violación a una de las piedras angulares del sistema jurídico internacional. Poco después de comenzada, y con una persistencia inesperada, voces prominentes han impulsado la creación de un tribunal internacional que pueda juzgar a los máximos responsables por el crimen de agresión” (CHEHTMAN.A ,2023).

Son muchas las noticias, los testimonios, las imágenes, etc., que de manera sobrecogedora recorren todos los rincones del mundo, y a través de las cuales podemos comprobar las graves atrocidades convertidas en crímenes que se están llevando a cabo en esa región.

El Fiscal jefe de la CPI, señalaba el 14 de abril de 2022 que “existen motivos razonables para creer que se han cometido crímenes en Ucrania que entran bajo la jurisdicción del tribunal con sede en La Haya. Las evidencias hablarán por sí solas. Cuando las hayamos mirado, analizado y verificado, al final unos jueces independientes decidirán sobre la solidez de lo que encontremos”. (DW 2022 online). A su vez, el CSNU, propuso la aprobación de una resolución con la que condenar la ofensiva lanzada por el presidente ruso Vladimir Putin sobre Ucrania, en dicho documento se pedía a la Federación de Rusia “el cese inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania y que se abstuviera de toda nueva amenaza o uso ilegal de la fuerza contra cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas”.

La Federación de Rusia, al ser uno de los cinco miembros permanentes del CSNU, impidió su aprobación mediante el veto a dicha resolución, lo que imposibilita a que el Consejo de Seguridad pueda actuar en los términos en que se solicitaba en el texto. La Unión Europea y un total de 45 países se han comprometido a cooperar de forma estrecha para perseguir crímenes cometidos por Rusia en Ucrania, en una Conferencia para la Rendición de Cuentas en Ucrania celebrada en La Haya, Países Bajos.

Por su parte y como no podía ser de otra manera la CPI, amparada por su Estatuto, no se ha mantenido ausente en este asunto internacional. Hasta la fecha la CPI ha desempeñado un papel limitado en el caso de Ucrania y Rusia, uno de los principales escollos en este sentido es que Rusia no es un Estado Parte del ER, por lo que la CPI no tiene jurisdicción automática sobre los crímenes cometidos en su territorio, ni por sus nacionales. En este sentido, destaca la ausencia de jurisprudencia y la "oportunidad perdida" en el caso de Ucrania-Rusia.

Por lo que respecta a Ucrania, no es un Estado Parte del Estatuto de Roma, pero ha ejercido dos veces sus prerrogativas para aceptar la jurisdicción de la CPI sobre presuntos crímenes ocurridos en su territorio en virtud de lo establecido en el ER, y de conformidad con el artículo 12.3 del ER. En la primera de las declaraciones presentadas por el Gobierno de Ucrania, aceptaba la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos delitos cometidos en territorio ucraniano del 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014. En la segunda declaración prorrogó este período de forma indefinida para abarcar los presuntos delitos cometidos en todo el territorio ucraniano desde el 20 de febrero de 2014 en adelante. Las últimas declaraciones vertidas desde Ucrania aseguran que ratificará el Estatuto fundacional de la CPI, el ER.

Desde el 1 de marzo de 2022, la Oficina de la Fiscalía de la CPI ha recibido un total de 39 remisiones procedentes de Estados Parte, para que tome parte en el asunto que concierne a tres de los crímenes internacionales: guerra, lesa humanidad y genocidio. En base a esto último, se puede deducir que la CPI en lo concerniente a este asunto puede perseguir casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Ucrania. Sin embargo, el crimen de agresión es diferente a los otros tres crímenes del ER, ya que el crimen de agresión no puede ser procesado contra nacionales de Estados que no son parte del ER, tal y como sucede en este caso con Rusia y Bielorrusia (y la propia Ucrania, pues una cuestión es conferir competencia y otra ser parte en el ER). Una posible solución al respecto sería la de proponer una enmienda ante dicha disposición, para que la CPI pueda tomar parte en unos hechos de su competencia. No obstante, es probable que dicha solución no salga adelante o en el caso de ser aprobada, que se dilate demasiado en el tiempo, con la posibilidad de que dicha revisión no pueda ejecutarse en la práctica con carácter retroactivo.

El CSNU tampoco podría crear un tribunal *ad hoc*, como hizo durante la década de 1990 respecto de la ex Yugoslavia y Ruanda, debido a que la Federación rusa tiene poder de veto e impediría que saliera adelante. Por lo tanto y ante las limitaciones de los mecanismos existentes, la rendición de cuentas internacional por el crimen de agresión llevado a cabo contra Ucrania probablemente requiera de la creación de un nuevo tribunal internacional *ad hoc*, ya que la CPI es el único tribunal internacional permanente en materia penal y no está autorizada a investigarlos. Y, como última alternativa, siendo la menos probable y eficiente de todas debido a los problemas burocráticos que encontraría, está la posibilidad de que sean los propios tribunales nacionales ucranianos, rusos o

de otros Estados que puedan tener jurisdicción sobre el crimen de agresión, los encargados de juzgar los crímenes de agresión cometidos en Ucrania.

Por lo anterior, la opción más factible al respecto, parece ser la creación de un tribunal *ad hoc* que cuente con un amplio respaldo internacional, ya que tendría en principio mayor legitimidad y peso político para enjuiciar a altos funcionarios rusos, incluyendo a su Jefe de Estado.

No obstante, se debe tener en cuenta que existen varios impedimentos que dificultan la persecución de los delitos cometidos en dicha región, entre estos problemas se incluye el de la inmunidad diplomática con la que cuentan los representantes del Estado ruso que les permite beneficiarse de ciertos privilegios y protecciones legales, lo que dificulta su enjuiciamiento por parte de otros Estados. Los tratados de extradición existentes entre Rusia y otros países que pueden limitar y dificultar el proceso de extradición. Entre estas limitaciones se pueden incluir requisitos de doble incriminación, que implican que el delito por el que se busca la extradición debe ser considerado un delito tanto en el país solicitante como en el país requerido.

Otro de los principales escollos que se encontrarían en la práctica, sería la posibilidad muy improbable de que un tribunal de estas características pueda lograr la detención de los líderes rusos. Un ejemplo significativo en este sentido, lo encontramos en el caso del expresidente de Sudán, Omar Al Bashir, al que la CPI con el respaldo de 123 Estados parte, y actuando sobre la base de la autoridad del CSNU, no pudo sentar en el banquillo de los acusados por los crímenes cometidos en el Sudán por la falta de cooperación de este Estado, así como de varios otros países que visitó sin ser nunca detenido.

En la actualidad, son numerosas las propuestas presentadas por varios actores internacionales con el propósito de crear un tribunal *ad hoc* para juzgar el crimen de agresión en Ucrania, donde en base a nuestro ámbito geográfico, destacan la presentada por el Parlamento Europeo o la presentada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, quien a través de la Recomendación 2231, solicita a todos los miembros y Estados observadores de la Organización que establezcan urgentemente un tribunal penal internacional *ad hoc*, que debería recibir el mandato de "investigar y enjuiciar el crimen de agresión presuntamente cometido por los líderes políticos y militares de la Federación Rusa".

Un hecho relevante y referente al conflicto, fue el acontecido el pasado 23 de marzo de 2023, cuando por parte de la CPI se emitieron dos órdenes de detención, una de ellas contra Vladimir Putin, presidente de la Federación Rusa, y la otra contra Maria Lvova-Belova, comisaria para los Derechos de la Infancia de la Oficina del Presidente de la Federación Rusa, por crímenes de guerra, entre los que destacan el traslado forzoso de niños y niñas. Se trata de un importante paso adelante, a pesar de su complicada ejecución para llevarlas a cabo.

Referente al actual conflicto que se está llevando a cabo en Ucrania, podemos asemejar una de las conclusiones obtenidas de la Sentencia dictada por el TMN, donde cabe recordar que el crimen de agresión fue procesado por primera vez por un tribunal internacional a raíz de lo acontecido en la II GM, “en la guerra, el crimen de agresión es el crimen internacional del que se derivan todos los demás”. Si no fuera por la agresión ilegal contra Ucrania, no habría crímenes de lesa humanidad, ni crímenes de guerra, ni genocidio.

2.4 Actualidad y futuro

El crimen de agresión ha evolucionado de forma significativa en las últimas décadas, pasando a convertirse en una de las piedras angulares del sistema jurídico internacional, tanto es así que su abordaje en la actualidad como su visión de futuro son de suma importancia para promover la paz y la justicia a nivel mundial.

En la actualidad, dicho crimen internacional cuenta un notable fundamento jurídico, obtenido en gran medida a través de la inserción de las reformas del ER que surgieron de la Conferencia celebrada en el año 2010 en Kampala. Ello, partiendo del mandato del artículo 2.4 de la Carta de las NNUU. Los aspectos más destacables, fueron la adopción la definición legal del crimen de agresión, y la facultad jurisdiccional otorgada a la CPI para perseguir este ilícito penal, a pesar de tratarse de una capacidad bastante limitada. Este importante avance, supuso un mayor reconocimiento a nivel internacional de la gravedad que supone la agresión como un crimen que merece ser investigado, procesado y condenado.

A pesar de los avances que ha acontecido el crimen de agresión en estas últimas décadas, en la actualidad aún son varias y muy significativas las limitaciones con las que se encuentran los mecanismos internacionales encargados de perseguir y enjuiciar el crimen de agresión. El caso más evidente lo encontramos en la CPI, quien, a pesar de ser el único tribunal internacional permanente en materia penal, en algunos de los casos propuestos, no se encuentra autorizada para investigar este ilícito penal. Este es uno de los principales motivos por los nunca se ha celebrado un juicio en la CPI de estas características, a pesar de ser varios los casos internacionales en los que se evidencia una vulneración de este crimen, como ocurre en el caso actual de la “Situación en Ucrania”, lo que se evidencia en una "oportunidad perdida".

La comunidad internacional, debe buscar alternativas con las que hacer frente a esta serie de restricciones que impiden la persecución y el posterior castigo de los responsables del crimen de agresión, ya que el bloqueo actual cuenta con pocas opciones, debido en primer lugar a los privilegios burocráticos que en forma de inmunidad poseen ciertos líderes de los países involucrados en estas guerras de agresión y que de forma directa repercute sobre otros responsables. Otra de las trabas burocráticas, es la existencia de tratados ya sean internacionales, bilaterales, etc., que impiden la detención y posterior extradición de los presuntos autores. En

segundo lugar, y desde un ámbito más legalista, nos encontramos con la falta de ratificación de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Kampala y más concretamente la referida a la inclusión del art. 8 bis en el ER, que hace referencia al crimen de agresión, ya que en la actualidad de los 123 Estados que forman parte del ER, solamente ha sido ratificada por 45.

En lo que respecta al futuro más próximo del crimen de agresión, parece evidente que una de las principales soluciones, debe pasar por remediar el actual bloqueo burocrático que trae consigo la nula intervención de aquellos mecanismos internacionales que fueron creados para luchar contra estos tipos penales, como es el caso de la CPI, o la nula participación del CSNU en aquellos supuestos en los que se ven afectados sus miembros permanentes.

Por lo tanto, aquella parte de la comunidad internacional que se encuentre a favor de solucionar la situación actual de bloqueo, debe trabajar en la dirección correcta y tratar de conseguir el mayor número de apoyos posibles, ya que el crimen de agresión tal y como lo conocemos en la actualidad, no solo representa una fragante violación a una regla de derecho internacional, si no que a su vez representa una amenaza a el ordenamiento jurídico moderno. Por ello, la comunidad internacional debe afrontar dicho esfuerzo con la determinación necesaria, seguido de la persecución penal y castigo de los máximos responsables del crimen de agresión.

Otra de las cuestiones a debatir, sería la posibilidad de crear tribunales internacionales *ad hoc* para hacer frente a los crímenes de agresión que actualmente están en curso y de aquellos otros que existen evidencias de haberse cometido, justificado en la imposibilidad de actuación por parte de los mecanismos actuales. No obstante, si extrapolamos este argumento a un caso de notable actualidad como lo es la “Situación en Ucrania”, puede traer consigo cierto escepticismo, al tratar de perseguir la agresión llevada a cabo por la Federación Rusa, cuando en un pasado no muy lejano no se tomaron medidas equivalentes en casos de actos de agresión de otras potencias, como fue el caso de la invasión a Iraq en el año 2003 impulsada por Estados Unidos y el Reino Unido, quien a su vez son dos de los países más activos en la defensa de Ucrania. Este argumento es especialmente controvertido, ya que fueron precisamente estos dos Estados los que influyeron de forma decisiva para que la jurisdicción de la CPI sobre el crimen de agresión sea especialmente limitada. Es por ello, que podemos deducir que un tribunal enfocado únicamente en Rusia fortalecería la idea del doble estándar que el Derecho Internacional impone entre distintos Estados.

2.4.1 Propuestas

Son varias las propuestas y las medidas que referidas al crimen de agresión pueden ayudar a promover la paz y la estabilidad en la comunidad internacional, a prevenir futuros actos de agresión y a fortalecer la rendición de cuentas de los presuntos responsables de cometer dicho crimen internacional. Entre estas propuestas y de una manera más específica, cabe destacar las siguientes:

Se ha de trabajar en busca de aquellas medidas que posibiliten la eficaz intervención de los diferentes mecanismos que a nivel internacional fueron creados para prevenir y perseguir los considerados como crímenes internacionales del ER, y aquellos otros que buscan a su vez mantener la paz internacional. En este sentido, una de las diferentes posibilidades, puede ser la de adoptar enmiendas adicionales al ER que busquen cambiar o suprimir las diferentes limitaciones que en la práctica provocan el bloqueo actual. Otro aspecto a tener en cuenta sería el de agilizar este tipo de decisiones y adaptarlas a los casos actuales, ya que una revisión de este tipo es posible que se dilate demasiado en el tiempo y muy probablemente que solamente se pueda aplicar a casos futuros y no retroactivamente, lo que provocaría la impunidad de muchos de los responsables que han cometido dicho delito penal.

Se ha de tratar de perseguir, investigar y condenar todos los casos de agresión que se cometan en el panorama internacional, sobre todo aquellas agresiones contra terceros países que supongan una violación del artículo 2.4 de la Carta de las NNUU. Para llevar a cabo dicha propuesta, es necesario que la comunidad internacional tome medidas más resolutivas, debido fundamentalmente a la inoperatividad de los tribunales internacionales encargados de cumplir este cometido, como es el caso de la CPI, que se encuentra muy limitada para hacer frente a los casos de agresión. Entre estas medidas puede darse la de crear nuevos tribunales internacionales o tribunales *ad hoc* para cada caso concreto, y dotar a su vez a éstos con mayores partidas presupuestarias para que puedan realizar su trabajo de una manera más efectiva.

Otra de las propuestas más eficaces, sería la de intentar restringir en cierta medida la inmunidad soberana que tienen ciertos Estados, como es el caso de los países que forman parte como miembros permanentes del CSNU, o la inmunidad que ostentan ciertos líderes nacionales que impiden su detención y extradición para poder ser procesados como responsables de crímenes internacionales.

Por último, una propuesta en este caso a modo de compromiso por parte de la comunidad internacional sería el promover la adhesión y ratificación del Estatuto de Roma, ya que cuanto más amplia sea la ratificación, mayor será la capacidad de la CPI para investigar y procesar los casos de agresión. A su vez, es primordial promover que aquellos países que formando parte del ER no hayan ratificado el art. 8 bis del ER, procedan a su ratificación y activación, lo que sin duda enviaría un mensaje claro de que la comunidad internacional está comprometida a abordar y prevenir el crimen de agresión como una violación grave del derecho internacional.

En un sentido más general, podemos señalar las siguientes propuestas:

- a) Reconfigurar el rol del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ya que desempeña un papel importante en la prevención y el enjuiciamiento del crimen de agresión. En este sentido, se deberían buscar medidas más efectivas que fortalezcan su capacidad para abordar aquellos casos de agresión que se dan en todo el panorama internacional, así como

garantizar una mayor cooperación entre la CPI y el CSNU. Desde un punto de vista sensato, esta propuesta hoy por hoy es prácticamente imposible o al menos muy dificultosa, por lo que entrañaría en la Carta de las NNUU y su problemática reforma.

- b) Se ha de perseguir que la justicia universal sea lo más equitativa posible, dejando un lado la idea de justicia selectiva en función de que Estados o grupos de Estados sean los responsables de cometer ciertas vulnerabilidades de la Carta de las NNUU, o lo que es lo mismo, evitar obedecer a la lógica de las conocidas como “grandes potencias”.
- c) Fomentar la cooperación y coordinación internacional, así como la mejora de los mecanismos de prevención. Esto se basa en promover el intercambio de información, la asistencia mutua en investigaciones y la colaboración en el enjuiciamiento de los responsables.
- d) Sensibilizar y educar a la comunidad internacional respecto del crimen de agresión. Es necesario fomentar el conocimiento efectivo y la comprensión del crimen de agresión, así como informar de sus posibles implicaciones y de sus graves consecuencias.

3. CONCLUSIONES

Primera. El crimen de agresión es considerado como el crimen más antiguo de los redactados en el ER, ya que su origen lo podemos asociar al inicio de los conflictos entre las primeras civilizaciones. No obstante, no fue hasta principios del siglo XX cuando se empezó a considerar como uno de los crímenes más graves a nivel mundial. Son muchos los casos acontecidos en el panorama internacional, donde el crimen de agresión es el crimen del que se derivan todos los demás. En muchas de estas “situaciones”, la agresión ilegal inicial cometida contra un tercer Estado, provoca la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o crímenes de genocidio. A pesar de su antigüedad, su definición legal internacional y su posterior activación quedaron postergados en la confección del ER en 1998, siendo aprobadas en la Conferencia de revisión celebrada en el año 2010 en Kampala, donde sus nuevas disposiciones pasaron a integrar el ER modificado. Si bien existen similitudes con otros delitos, el crimen de agresión destaca por su naturaleza y su por su impacto en las relaciones internacionales. Este ilícito penal, representa una grave violación del derecho internacional y una gran amenaza para la paz y la seguridad global, al implicar el uso ilegal de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado.

Segunda. El camino hasta conseguir la definición actual del crimen de agresión no ha sido nada fácil, ya que han sido continuos los intentos por definirlo y codificarlo, siendo cuantiosos los esfuerzos que ha tenido que acometer la comunidad internacional para conseguir alcanzar un consenso para su redacción y posterior inclusión en el ER. La conformación y codificación del crimen de agresión representa un paso significativo en el desarrollo del derecho internacional, al establecer una base jurídica sólida para la persecución y enjuiciamiento de este crimen. No obstante, y a la vista de los problemas que se presentan en la práctica, esta codificación se presenta un tanto insuficiente al contar con una serie de limitaciones que impiden una efectiva persecución

de este ilícito. Por lo que respecta a la cronología de la codificación, no fue hasta el año 1974 cuando la AGNU, dictó la Resolución 3314, en la que se incorporaba una definición legal con repercusión internacional referente al crimen de agresión. Pero, como se ha señalado, no fue hasta el año 2010 y gracias al consentimiento obtenido en la Conferencia de Kampala, cuando esa misma definición pasó a formar parte del ER, a través de su art. 8 bis.

Tercera. El Estatuto de Roma de 1998, con entrada en vigor en el año 2002, constituye una herramienta fundamental para promover la justicia, la paz y la protección de los derechos humanos a nivel mundial, al tratarse de un acuerdo internacional que complementa el sistema jurídico de los países que lo conforman. A través del ER, se crea la CPI como un tribunal independiente y permanente, encargado de investigar y juzgar los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y más recientemente el crimen de agresión. En lo que respecta a este último crimen, la capacidad jurisdiccional otorgada por el ER a la CPI no es suficiente para investigar y enjuiciar los casos de agresión, sino que además los Estados deben aceptar y ratificar de forma expresa la jurisdicción de la CPI. En la actualidad, el ER cuenta con 123 Estados Partes, de los cuales solo 45 Estados han aceptado la jurisdicción de la CPI respecto al crimen de agresión. Pero si algo llama la atención al respecto, es que países tan influyentes como lo son EE. UU, Rusia, China, India, Turquía, Marruecos o Israel entre otros no formen parte del ER, quienes a su vez rechazan abiertamente la injerencia de la CPI en su territorio, al considerarla como una vulneración de la soberanía nacional.

Cuarta. Uno de los aspectos más destacables y que a su vez influyen negativamente en la capacidad de la CPI, es la limitación del crimen de agresión en el ER. En este sentido, y a pesar de que dicho tribunal cuenta con capacidad exclusiva para perseguir y enjuiciar los crímenes redactados en el art.5 del ER, existe una gran diferencia al respecto de lo que nos dice la teoría y de las posibilidades ciertas con las que la CPI cuenta en la práctica. Esto se debe a que dicho tribunal cuenta con una serie de condicionantes que le impiden llevar a cabo su trabajo de manera efectiva, lo que se agudiza, aún más si cabe, cuando la investigación guarda relación con “supuestos” relacionados con el crimen de agresión. La CPI es el único tribunal internacional competente para investigar hechos delictivos tipificados como crimen de agresión, contexto que extrapolado a la práctica se evidencia en algo ilógico, ya que, en muchos de los casos propuestos no se encuentra autorizada para investigar este ilícito penal debido a las limitaciones derivadas de inmunidades diplomáticas, convenios entre países, etc., que le impiden conocer el asunto en cuestión. Este es el principal motivo por el que nunca se ha celebrado un juicio de estas características en la CPI, a pesar de ser varios los casos internacionales en los que se evidencia una vulneración de este crimen internacional, lo que provoca una situación de bloqueo que impiden la persecución y posterior castigo de los responsables de este crimen.

Quinta. El crimen de agresión, a diferencia de los otros tres crímenes que se incluyen en el ER cuenta con una serie de características muy específicas que lo hacen aún más especial, y que en la práctica se traducen en más restricciones a la hora de perseguirlo y enjuiciarlo. Un aspecto significativo de este crimen es que solo puede ser cometido por aquellas personas que desempeñan roles de liderazgo y toma de decisiones dentro de un Estado o grupo de Estados, “crimen de

líderes”. Que los principales autores de este crimen sean los máximos responsables de un país, se traduce en el beneficio para ellos de una serie de inmunidades burocráticas que impiden la intervención de los mecanismos encargados de investigarlos y juzgarlos. Otros aspectos relevantes que impide perseguir dicho ilícito penal pueden ser la firma de convenios de diversa índole entre diferentes Estados y la inoperancia del CSNU para ciertas situaciones, debido a la posibilidad que tienen sus miembros permanentes de vetar las resoluciones que dicta dicho organismo con el objetivo de disuadir y perseguir estos supuestos, todo ello en virtud de sus intereses. Sin olvidar que, a diferencia de los otros crímenes fijados en el art.5 del ER, para que la CPI intervenga en los casos del crimen agresión los Estados partícipes deben aceptar la jurisdicción de dicho tribunal.

Sexta. La “Situación en Ucrania”, es un claro ejemplo de lo que supone el crimen de agresión, y de la serie de limitaciones con las que cuentan los mecanismos internacionales encargados de controlar y procesar este tipo de hechos. El actual conflicto, ha generado una crisis a nivel internacional, provocada en primera instancia por las acciones militares acometidas por la Federación rusa contra Ucrania y en segundo lugar por la inoperancia de los principales actores internacionales encargados de mitigar y condenar esta agresión. Para este caso concreto, la CPI es el único tribunal internacional con competencia para intervenir en el fondo del asunto, pero al no ser Rusia parte del ER, no se encuentra autorizada a investigarlo. Entre las posibles soluciones que puede presentar la comunidad internacional para mediar en dicho asunto, se encuentran la de crear un nuevo tribunal internacional ad hoc que investigue y enjuicie el crimen de agresión llevado a cabo contra Ucrania, o la posibilidad de que sea un Estado con jurisdicción universal el que de acuerdo con los principales implicados conozca el asunto. Por su parte, el CSNU ha tratado sin éxito de intervenir el asunto mediante la elaboración de resoluciones, siendo éstas vetadas por la Federación rusa, al ejercer su derecho a veto.

Séptima. Han sido muchos y muy significativos los esfuerzos realizados durante el siglo XX para que la comunidad internacional cuente hoy en día con una definición legal del crimen de agresión, hecho que sin duda ha supuesto un gran paso para la condena y la erradicación de este crimen tan antiguo, mandando a su vez un mensaje de compromiso por parte de la comunidad internacional. El contar con una definición legal ha supuesto un paso importante, pero tal y como se observa en la práctica, es insuficiente. Esto es debido a la cantidad de limitaciones existentes, que impiden intervenir a mecanismos que han sido creados prevenir y condenar estos supuestos. La comunidad internacional debe trabajar en busca de soluciones que permitan condenar los hechos que supongan la comisión de este ilícito. Esto pasa por la posibilidad de adoptar enmiendas adicionales y efectivas al ER, que traten de suprimir las restricciones que provocan el bloqueo actual por parte de la CPI, al no contar con libertad para intervenir. Otra medida, puede ser la de intentar restringir en cierta medida la inmunidad que tienen algunos Estados, como es el caso de los miembros permanentes del CSNU, o la inmunidad que ostentan ciertos líderes nacionales que impiden su detención y extradición para poder ser procesados como responsables de crímenes internacionales.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

- AKANDE, D., (2011). Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council, Oxford Legal Studies Research Paper. Núm. 10. Págs. 14-18
- AMBOS, K., (2011). El crimen de agresión después de Kampala. Anuario Alemán de Derecho Internacional Pág. 44.
- AMBOS, K., (2011). El crimen de agresión después de Kampala. Anuario Alemán de Derecho Internacional; vol. 53, págs. 463-509.
- AMBOS, K., (2000). Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional: un análisis del Estatuto de Roma. Sumario.
- BOSSARD GARCÍA, M.L., (2019). Aplicación del crimen de agresión ante la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. Introducción.
- BERMEJO, R., (2015). El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg. Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo. Institución Fernando el católico, 2015, págs. 217-246.
- CARVAJAL CORREDOR, I. F., (2012). El crimen de agresión en Derecho penal internacional.: Responsabilidad del individuo por acto de Estado. Editorial Universidad del Rosario. pág. 112
- CASSESE, A., (2003). International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press. Pág. 115.
- [CHEHTMAN, A., \(2023\). ¿Un tribunal especial para juzgar a Putin por la agresión contra Ucrania? Agenda Estado de Derecho. Disponible en: https://agendaestadodederecho.com/un-tribunal-especial-para-juzgar-a-putin-por-la-agresion-contra-ucrania/](https://agendaestadodederecho.com/un-tribunal-especial-para-juzgar-a-putin-por-la-agresion-contra-ucrania/)
- CROXATTO, G. L., (2016). The Crime of Aggression in International Criminal Law. Challenges in jurisprudence and doctrine. Justicia Juris [online]., vol.12, n.1, págs.7-9. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-85712016000100001&lng=en&nrm=iso
- DURANGO ÁLVAREZ, G. A., (2014). Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la Conferencia de Revisión (Kampala). Revista Colombiana de Derecho Internacional, págs. 193-218.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., (2019). Corte Penal Internacional y crimen de agresión: El levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad. Revista Española de Derecho Internacional. Disponible en: <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/539/523>
- [HATHAWAY, O., \(2022\). El caso para la creación de un tribunal internacional para procesar el crimen de agresión contra Ucrania \(Parte I\). Just security. Disponible en: https://www.justsecurity.org/83117/the-case-for-creating-an-international-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-against-ukraine/](https://www.justsecurity.org/83117/the-case-for-creating-an-international-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-against-ukraine/)
- HELLER, K. J., (2007). Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression, European Journal of International Law, volumen 18, número 3, páginas 477–497.

- KRESS, C. y VON HOLTZENDOFF, L., (2010). El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión, *Revista de Justicia Penal Internacional*, volumen 8, número 5, páginas 1179–1217. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq069>
- KRESS, C., (2018). *Estudios sobre la Parte especial del Derecho internacional penal*. Universidad externada.
- MAFFEO, A. J., (2008). El pacto Briand Kellog o la renuncia a la guerra. *Revista de Relaciones Internacionales*, n° 35. Instituto de Relaciones Internacionales (IRI). Disponible en: https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/cd%20revista%2035/Historia%20-%20pasado.pdf
- MARQUES RUEDA, E. G., (2009). El acto y crimen de agresión en el Derecho Internacional Público y su repercusión en las relaciones políticas internacionales. vol.9. *Anu. Mex. Der. Inter* [online]. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100011
- MCDUGALL, C., (2013). *El crimen de agresión bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law, págs. i-ii.
- MORENO OCAMPO, L. G., (2009). La Corte Penal Internacional en movimiento. En *La práctica emergente de la Corte Penal Internacional*. Brill Nijhoff. págs. 13-19. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004166554.i-774.8>
- NERLICH, V., (2017). The Crime of Aggression and Modes of Liability-Is There Room Only for Principals. *Harvard International Law Journal*, núm. 58, págs. 44-47.
- OROZCO TORRES, L. H., (2012). *El crimen de agresión: problemas actuales*. Universidad Internacional de Andalucía, 355 págs.
- PAULUS, A., (2009). Second Thoughts on the Crime of Aggression, 20 *The European Journal of International Law*, vol.4, págs. 1117- 1128.
- RÖLING, B. V. A. y CASSESE, A., (2019). *The Tokyo Trial and Beyond*, Traducido por IGLESIAS, M.A., *El Juicio de Tokio y más allá*. Tirant lo Blanch. pág. 62 y ss.
- SADURNÍ, JM., (2022). El final de los juicios de Nuremberg contra los dirigentes nazis. *National Geographic*. Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/final-juicios-nuremberg-contra-dirigentes-nazis_14755
- SALINAS DE FRÍAS, A. y PETIT DE GABRIEL, E.W., (2021). *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, 490 págs.
- SAYAPIN, S., (2014). *El Crimen de Agresión en el Derecho Penal Internacional: Desarrollo Histórico, Análisis Comparado y Estado Actual*. Prensa TMC Asse.
- WRANGE, P., (2016). *El Delito de Agresión, Persecución Interna y Complementariedad*. Editado por KRESS.C y BARRIGA. E, *El crimen de agresión: un comentario*. Cambridge University Press, págs. 704–751.
- WRIGHT, Q., (1947). La Ley del Juicio de Nuremberg. *Revista americana de derecho internacional*, vol. 41, núm. 1, págs. 38–72.

Legislación

Carta de las Naciones Unidas, (1945). Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

Conferencia de Moscú, (octubre de 1943). Declaración Conjunta de las 4 Potencias. Disponible en: <https://www.dipublico.org/8699/conferencia-de-moscu-octubre-de-1943-declaracion-conjunta-de-las-4-potencias/#:~:text=Declaran%20que%20desean%20ver%20restablecida,base%20para%20una%20paz%20duradera.>

International Military Tribunal for the Far East. Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; charter dated January 19, 1946; amended charter dated April 26, 1946 Tribunal established January 19, 1946. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf

Corte Penal Internacional. Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en Roma, (el 17 de julio de 1998). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-10139-consolidado.pdf>

Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (1998). Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Pacto Briand-Kellog, (1928). Disponible en: <https://www.dipublico.org/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pacto-briand-kellog-1928/>

Sociedad de Naciones. Pacto de la Sociedad de Naciones, (1919). Disponible en: <https://www.ungeneva.org/es/library-archives/league-of-nations/covenant.>

Jurisprudencia

International Military Tribunal Nuremberg. (1946). Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/>

International Military Tribunal for the Far East. (1948). Disponible en: https://crimeofaggression.info/documents/6/1948_Tokyo_Judgment.pdf

Corte Penal Internacional. Situación en Ucrania, (2022). 20 de junio 2023. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>

Otros documentos

Internacionales

1. Naciones Unidas. Asamblea General. Resoluciones

Asamblea General de Naciones Unidas, (2011). Resolución 66/246. Disponible en: <https://www.un.org/es/ga/sixth/#:~:text=La%20Sexta%20Comisi%C3%B3n%20es%20el,principales%20comisiones%20de%20la%20asamblea>

Informe de la sexta comisión. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/07/PDF/NR024007.pdf?OpenElement>

Resolución 95 (I), (1946). Disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf

Resolución 377 (V) o Unión pro Paz, (1950). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/063/41/PDF/NR006341.pdf?OpenElement>

Resolución 2131 (XX), (1965). Disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx_s.pdf

Resolución 2330 (XXII), (1946). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/07/PDF/NR024007.pdf?OpenElement>

Resolución 2625 (XXV), (1970). Disponible en: <https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/>

Resolución 3314 (XXIX). Disponible en: <https://www.dipublico.org/4071/definicion-de-la-agresion-resolucion-3314-xxix-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas/>

2. Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma

Assembly States Parties to the Rome Statute, ASP. Resolución ICC-ASP/16/Res.5. (2017). Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-SPA.pdf

Assembly States Parties to the Rome Statute, ASP. RC/Res.6. The Crime of Aggression. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 2010. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>

Corte Penal Internacional. (2010). Apertura de la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma en Kampala. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/reviewconference/pressreleaserc/es_opening-of-the-review-conference-of-the-rome-statute-in-kampala

Corte Penal Internacional. (2010). Nota informativa. ASP. ICC-ASP- 20100531-PR532. Pág. 2. Disponible en: <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/NR/rdonlyres/E864E632-CCCC-4D77-BE5D-F376B6BB8FCB/0/ICCASP20100531PR532SPA.pdf>

3. Europa

Consejo de Europa

Recomendación 2231 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa. The Russian Federation's aggression against Ukraine: ensuring accountability for serious violations of international humanitarian law and other international crimes. (2022). Disponible en: <https://pace.coe.int/pdf/4bc8a7831b0c055b84c3075c8c7b9a964f1262035f204342fd4dea431f22d365/doc.%2015510.pdf>

4. Unión Europea

Resolución del Parlamento Europeo, (19 de enero de 2023), Sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania (2022/3017(RSP), 2023. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.pdf

Webgrafía

Amnesty.org. (2023). La orden de detención contra Putin emitida por la Corte Penal Internacional, un paso hacia la justicia para las víctimas de crímenes de guerra en Ucrania. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/rusia-la-orden-de-detencion-contra-putin-emitida-por-la-corte-penal-internacional-un-paso-hacia-la-justicia-para-las-victimas-de-crimenes-de-guerra-en-ucrania/>

DW. (2022). El IPC fiscal dice que “se han cometido crímenes” en Ucrania. Online. Disponible en: <https://www.dw.com/es/fiscal-de-la-cpi-dice-que-se-han-cometido-cr%C3%ADmenes-en-ucrania/a-61483110>

Instituto Europeo Campus Stealle. (2022). Disponible en: <https://campus-stellae.com/que-es-el-crimen-de-agresion/>

KESTENBAUM, J. G., (2016). Closing Impunity Gaps for the Crime of Aggression, Chicago Journal of International Law: Vol. 17: No. 1, Article 2. Disponible en: <https://cjl.uchicago.edu/print-archive/closing-impunity-gaps-crime-aggression>

Museo conmemorativo del Holocausto de los Estados Unidos. Introducción al Holocausto. Enciclopedia del Holocausto. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/introduction-to-the-holocaust>

Museo conmemorativo del Holocausto de los Estados Unidos. Introducción al Holocausto. Enciclopedia del Holocausto. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>

Museo conmemorativo del Holocausto de los Estados Unidos. Introducción al Holocausto. Enciclopedia del Holocausto. Disponible en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/the-nuremberg-trials>

Naciones Unidas. Años preparatorios: Historia de la Carta de la ONU. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/preparatory-years>

Parlamentarios para la Acción Global. (2022). Estados Partes en el Estatuto de Roma. Disponible en: <https://www.pgaction.org/es/ilhr/rome-statute/states-parties.html>

SADURNÍ, JM. (2019). Los juicios de Tokio el Nuremberg japonés. National Geographic. Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/juicios-tokio-nuremberg-japones_14889

Segunda Guerra Mundial.es. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TPMILO). Disponible en: <https://segundaguerramundial.es/organizaciones/tpmilo/>

SHONA, M. (2022). La Corte Penal Internacional cree que la "ley no puede ser una espectadora" en Ucrania. Euronews. Disponible en: <https://es.euronews.com/my-europe/2022/07/14/la-corte-penal-internacional-cree-que-la-ley-no-puede-ser-una-espectadora-en-ucrania>

Otros

Human Rights Watch. Ukraine. (2023). Disponible en: <https://www.hrw.org/es/europe/central-asia/ucrania>

VIDEOS

IntlCriminalCourt, (2023). “La Corte en síntesis”: Crimen de agresión. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=NEk6yE4Kkj0&t=106s>

Historia Militar, (2022). ¿Cómo fueron los Juicios de Nuremberg? | Así castigaron a los nazis. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=nt740TsDsmg&t=269s>

The Marshall, (2021). “Los juicios de Tokio” | Infografía exprés | Historia y curiosidades. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=cOPpffHWagM>

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: LA INCIDENCIA DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 2006 EN LA ÚLTIMA DÉCADA

THE LAW OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN SPAIN: THE IMPACT OF THE NEW YORK CONVENTION OF 2006 IN THE LAST DECADE

Sergio Sánchez París

Investigador Área Derecho Constitucional UCLM

Coordinador Clínica Jurídica DYD

Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, sin duda alguna, es la norma de cabecera sobre: la accesibilidad, diversidad, igualdad, inclusión y no discriminación. Este texto internacional ha supuesto un auténtico hito, ya que sienta un precedente nunca antes visto. Por ello, en el presente estudio se tratará de exponer cuáles son sus bases y pilares, así como la finalidad que ostenta. El objetivo que se pretende conseguir es indicar la incidencia que ha tenido la Convención en el ordenamiento jurídico español durante esta última década. A pesar de todo, se ha incorporado y adoptado una normativa muy novedosa y transversal en el ámbito de la discapacidad. Al fin y al cabo, no deja de ser un derecho horizontal. De modo que, incide en cualquier disciplina y materia científica.

Palabras clave: Derechos fundamentales, dignidad, discapacidad.

Abstract

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities is undoubtedly the leading standard on accessibility, diversity, equality, inclusion and non-discrimination. This international text has been a true milestone, as it sets a precedent never seen before. Therefore, in this study we will try to establish its bases and pillars, as well as its purpose. With the aim of exposing the evolution and impact it has had on the Spanish legal system during this last decade. Despite everything, very innovative and transversal regulations in the field of disability have been incorporated and adopted into the Spanish legal system; after all, it is a horizontal right. So, it affects any discipline and scientific subject.

Key words: human Rights, dignity, Disability.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2.1 Origen. 2.2 Finalidad. 2.3 Breves apuntes hacia la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la convención de Nueva York. 2.4 Los retos pendientes tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. 2.5 Un antes y un después en materia de accesibilidad. a) Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo. b) Ley 11/2023, de 8 de mayo. 3. Conclusiones. 4. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad (vid. ALCARAZ y CAMPOS, 2008) fue una norma aprobada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006. Dicha norma marcó un antes y un después en todo el panorama internacional, tal fue la importancia que el que fuera vicesecretario general de la ONU afirmó que:

“Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, 2003) y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”. (SANJOSÉ, 2007).

El principal objetivo que perseguía la mencionada Convención era realizar un profundo cambio, tanto en cuanto se refería a la forma en la que se proyectaba el trato hacia las personas con discapacidad. Es decir, este objetivo podría quedar sistematizado en dos puntos: por un lado, que la Convención exigía abordar la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos y no desde un punto de vista valgame asistencial; y, por otro, que el hecho de haber orientado la Convención en el trato de la discapacidad a luz de los derechos humanos hizo que se generase la asunción del modelo social de tratamiento de la discapacidad. De esta forma, se consigue superar el modelo médico. (CUENCA, 2013). De igual modo, el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, sostiene que

“el texto constitucional, al regular en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad se inspiró en el modelo médico o rehabilitador (...)” pero a raíz de la aprobación de la Convención supera “este modelo médico asumiendo el modelo social, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social” (FERNÁNDEZ, 2011).

En suma, es en esta investigación donde se expondrá la principal incidencia que ha tenido la Convención de Nueva York de 2006 en el ordenamiento jurídico español durante la última década. Al fin y al cabo, es una norma que goza de una trascendencia indescriptible, puesto que se podría llegar a asegurar que es el eje central de cualquier normativa. La razón se sitúa en la obligación que tienen los Estados parte, entre ellos España, de adoptar su normativa, tanto la presente como la futura, a la citada Convención, de ahí que no sea baladí semejante asunto.

2. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1 ORIGEN

Para iniciar este epígrafe convendría acudir a la profesora VIVAS TESÓN, ya que en uno de sus artículos de investigación expuso que:

“De repente, como si fuera por arte de magia, las personas con discapacidad, huérfanas durante tanto tiempo de protección jurídica, se han hecho visibles a raíz de la reciente “humanización” de los legisladores internacionales, europeos y nacionales” (VIVAS, 2011).

Es decir, la sociedad puede ser testigo de cómo han ido evolucionando y consolidándose los derechos humanos, donde la denominada “fase de internacionalización” tiene su momento estelar con la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos -vid TRUYOL, 1982- (DUDH) [DE LORA, 2006]. A raíz de ello, se ha ido emprendiendo una lucha incansable hasta ostentar los derechos que hoy en día se tienen. No obstante, aún queda un largo camino con tal seguir aumentando la protección y las garantías de las personas en situación de discapacidad.

Tal y como se ha mencionado, la Convención tiene su fundamento en el modelo social. Sin embargo, también se encarga de “crear” un gran marco de derechos humanos permitiendo, de esta forma, que las barreras que puedan llegar a existir sean consideradas como violaciones de derechos. Por ello, cuando se menciona un modelo de derechos humanos implica un refuerzo jurídico, de ahí que sobrepase ampliamente al modelo social (LIDÓN, 2013). En esta línea, otro factor muy influyente es cuando en 1990 se empezó a hacer uso del IDH, el cual es usado ampliamente por las Naciones Unidas. Este índice se encarga de sintetizar, entre otras muchas más cosas, la educación en términos de escolarización (BARBÉ, 2020). Al fin y al cabo, el derecho de acceso a la educación se ha estado privando durante mucho tiempo a las personas con discapacidad. Sin ir más lejos, y según los datos aportados por UNICEF, si se compara a los niños y niñas que no tienen ninguna discapacidad, con los que sí que tienen, se presenta:

“(…) un 42% menos de probabilidades de tener conocimientos básicos de lectura, escritura y aritmética; (…) un 49% más de probabilidades de no haber asistido nunca a la escuela; un 47% más de probabilidades de no asistir a la escuela primaria, un 33% más de probabilidades de no asistir al primer ciclo de secundaria y un 27% más de probabilidades de no asistir al segundo ciclo de secundaria (...)” [UNICEF].

En esta línea, y según la OMS:

“La discapacidad forma parte del ser humano y es consustancial a la experiencia humana. Es el resultado de la interacción entre afecciones como la demencia, la ceguera o las lesiones medulares, y una serie de factores ambientales y personales. Se calcula que 1300 millones de personas, es decir, el 16% de la población mundial, sufren actualmente una discapacidad importante. Esta cifra está aumentando debido al crecimiento de las enfermedades no transmisibles y a la mayor duración de la vida de las personas (...)” [OMS].

Si se ha expuesto lo anterior es para comprender e incidir, de una vez por todas, que: la principal circunstancia por la cual las personas con discapacidad tienen más difícil una continuidad en los estudios, y, en consecuencia, de ello, una mayor tasa de abandono escolar es por la estigmatización social. A fin de cuentas, la falta de respeto y tolerancia a los demás provoca que se denigren a las personas, lo cual es una gran injusticia, pero gracias a la Convención de 2006 esto se ha podido frenar, en cierto modo. En esta línea, y en palabras de la profesora SANJOSÉ GIL, se puede afirmar que con la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad se ha dotado al Derecho internacional de una serie de instrumentos para evitar la explotación, abuso y violación de derechos a este colectivo, e incluso proteger aquellos derechos que ya ostentaban, pero no se les estaban respetando. Igualmente, y aunque la propia Convención no creó ningún “nuevo” derecho, sí que se encargó de prohibir, de forma manifiesta y tajante: la discriminación de estas personas en todos los ámbitos (SANJOSÉ, 2007).

2.2 FINALIDAD

En virtud de todo lo que precede, se desprende que uno de los objetivos elementales del referido texto internacional era: a) consolidar la visión social de la discapacidad; b) valorar a las personas con discapacidad como partícipes y como miembros activos de esta sociedad; c) reforzar la igualdad de oportunidades, y, por ende, todo lo relativo a la educación inclusiva y accesibilidad universal (URMENETA, 2010). Por tanto, resulta que un fin que se anhelaba instituir era la paz, en el sentido de frenar por completo cualquier tipo de discriminación y/o vulneración. Sin ir más lejos, el profesor CHERIF BASSIOUNI ya manifestaba, en términos genéricos, que: “la constitución de la paz mundial constituye, desde hace mucho tiempo, uno de los sueños históricos más importantes de la humanidad, aunque por desgracia se trata de un sueño cuya realización efectiva se nos escapa desesperadamente (...)” (CHERIF, 1984), y así es. Es un “sueño histórico” difícil de conseguir, pero no imposible. Gracias a la más que citada Convención se ha conseguido sentar un precedente, el cual es el origen de toda evolución y consolidación de los derechos que son objeto de estudio.

A lo largo de la historia, todas las personas con discapacidad han luchado por tener garantizada la paz social y que no fuesen “perseguidos”, maltratados o denigrados como ha estado ocurriendo, desde los tiempos más remotos hasta los días más cercanos. Así pues, cabe enunciar que verdaderamente la Convención Internacional sobre las personas con discapacidad ha supuesto el reforzamiento de los derechos humanos y el respeto hacia las personas que presentan cualquier tipo de discapacidad. Por ello, el hecho de que se haya establecido en esa Convención una configuración hacia los propios derechos humanos hace que:

“fundamentar los derechos humanos significa ofrecer -razones últimas: que no dependan de otras- que muestren que ellos integran el criterio básico de legitimidad de un Derecho positivo y que, más en general, es bueno comportarse de acuerdo con lo que prescriben” (ATIENZA, 2004).

Como se ha podido comprobar, fundamentar los derechos humanos no es cuestión baladí, puesto que configuran el eje vertebrador de cualquier Estado social y democrático de Derecho. Asimismo, también se consideran de naturaleza imprescindible, ya que son nucleares para el instante de redactar cualquier legislación y resolución. En este sentido, y sin olvidar que esta cuestión es una norma internacional, hace que se tenga que incidir en los propios Tratados Internacionales, ya que son la principal fuente de la rama del Derecho internacional. Sin embargo, aunque estas normas estén fuertemente influenciadas y sean un régimen consuetudinario (vid. (GUTIÉRREZ y CERVELL, 2022) no deja que estos se encuentren regulados y definidos en una Convención: el Convenio de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (vid. preámbulo). En este texto, se sientan las “bases” y pilares de los Tratados Internacionales (DÍEZ-PICAZO, 2020). Pese a ello, la creación y origen del Derecho consuetudinario se debe potencialmente a la naturaleza, tanto racional como social, que existe en el ser humano (PUENTE, 1998), de ahí que sea necesario citarlo en el asunto en cuestión.

Como es sabido, el derecho de las personas con discapacidad, en el ordenamiento español, es un derecho social. Así pues, cuando los derechos sociales se configuran como tales, en virtud de su planteamiento en la sección de principios rectores, hace que en numerosos casos pasen a ser tratados como si fueran meramente “derechos programáticos” (*manifest rights*) [POGGE, 2005]. No obstante, habría que apostillar un enunciado elemental, y es que gracias a la Convención Internacional se ha hecho posible que se reconozcan y garanticen plenamente los derechos de las personas con discapacidad. Esto ha hecho que los Estados parte modifiquen su legislación interna, adoptándola a lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad.

Del mismo modo, no hay que olvidar que un rasgo común y prototípico de una sociedad democrática es el propio mantenimiento de una posición de “autonomismo proteccionista”. El profesor BAYLOS es uno de los autores que expresan que “frente a la colonización ejercida por el Derecho Civil, se pretende la construcción de un campo jurídico autónomo con el fin de paliar las desigualdades sociales existentes en un universo naturalmente desigual” (BAYLOS, 1991). Ahí se sitúa la clave, porque el fin último que se pretende conseguir es paliar cualquier desigualdad social que pueda surgir, y, por ende, que sea el propio sistema democrático el que despliegue sus efectos y aplique ese “autonomismo proteccionista”. Sin embargo, no toda desigualdad que se produce de trato con la ley puede suponer una infracción del art. 14 CE, sino que esta infracción se producirá cuando la desigualdad que se introduce sea una diferencia que pueda carecer de una justificación objetiva y/o razonable, entre otras. (GÓNZALEZ, 1997).

Según se ha hecho mención, a raíz de la entrada en vigor en España de la referida Convención se han impulsado una serie de normas con el fin de romper cualquier barrera, alguna de ellas en lo relativo a los derechos políticos. Prueba de ello sería la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Fue la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad la que incidió, en cierto modo, sobre el asunto en cuestión, tal fue que:

“(…) El 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que recoge el derecho de igualdad ante la ley en su artículo 12. Este Tratado internacional tiene el propósito declarado de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1. Para ello, garantizar la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad se convierte en un elemento esencial para cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente por España. A este respecto, el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática. Así lo recoge el artículo 29 del Tratado citado, que conmina al Estado a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública. (...) Por todo ello, la regulación del derecho de sufragio vigente en España choca en este sentido con el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución (...) El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás” (LO 2/2018, de 5 de diciembre).

Por consiguiente, y en virtud de lo anterior, se decidió modificar la LOREG, a raíz de una iniciativa legislativa instada por la Asamblea de la Comunidad de Madrid amparándose en el art. 87.2 CE, y, por ende, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó esa iniciativa. La redacción del texto quedó de la siguiente forma: “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera” (Art. 3.2. LO 5/1985, de 19 de junio). Del mismo modo, otro apunte muy relevante deviene del carácter que se desprende del derecho de sufragio que está constituido en el ordenamiento jurídico español, ya que tiene una configuración, de derecho político (PÉREZ-MONEO, 2019).

El Derecho electoral, en tanto en cuanto se presenta como una parte sustantiva del ordenamiento estatal hace que se mencionen dos ideas: por un lado, al conjunto de normas jurídicas que regulan la elección de los órganos representativos; y por otro, a las distintas normas que disponen las determinaciones legales que afectan al derecho del individuo en la designación de los órganos que se han indicado precedentemente, las cuales condicionan la capacidad electoral de los ciudadanos (GONZÁLEZ, 1996). Así pues, si se realiza una investigación, de forma exhaustiva, de la configuración del Estado democrático de Derecho se dilucida que en ella se alberga, implícitamente, la ordenación legal de las elecciones (GONZÁLEZ, 1997). Esto hace que se cite,

aunque sea someramente, al Derecho electoral. En este contexto, no se ha de confundir entre sistema electoral y Derecho electoral, tal es el caso que el profesor VIDAL expresa que ha sido la doctrina la que “ha puesto de manifiesto que el Derecho electoral está constituido por el conjunto de normas que tienen por finalidad definir la cualidad del ciudadano, diferenciar los diversos tipos de elecciones y reglamentar el desarrollo del escrutinio” (VIDAL, 2006). Es decir, es este fundamento doctrinal el que acaba avalando la decisión de modificar la LOREG y, por ende, permitir que las personas con discapacidad puedan hacer uso de su derecho al sufragio. A pesar de todo, es un derecho fundamentalísimo y ostenta una especial trascendencia en cualquier Estado social y democrático de Derecho.

Igualmente, y dejando a un lado el derecho de sufragio, sería necesario exponer la gran validez e importancia que tiene la entrada en vigor en España de la citada Convención Internacional, entre ellos cabría destacar la inclusión del principio de igual reconocimiento como persona ante la ley. Hay autores, como GARCÍA PONS, que manifiestan que el art. 12 CDPD constituyen un punto clave y primordial en la Convención, lo que provocó, en términos coloquiales, uno de los mayores “quebraderos” de cabeza a los legisladores de los Estados signatarios, tanto en cuanto se hace referencia al momento de adaptar todas sus legislaciones internas al contenido del citado precepto. La discusión se centraba en la distinción que existe entre el término capacidad jurídica y capacidad de obrar, ya que “mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar”. Ahora bien, ¿cuáles eran los países que se encontraban en cada grupo? Pues en el primer grupo se situaban los países occidentales (Europa y América), mientras que en el segundo estaban los países Islámicos, así como Rusia y China (GARCÍA, 2013). Asimismo, el propio GARCÍA PONS indica que la solución al dilema radica en la redacción del texto que hizo el Comité Especial de Naciones Unidas, este fue el encargado de incluir dicha solución en una novedosa y peculiar “nota a pie de página” del artículo 12: “En árabe, chino y ruso, la expresión capacidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar” (GARCÍA, 2013).

En este orden de ideas, otro elemento muy concurrido fue la universalización de los derechos sociales. El derecho que tienen las personas con discapacidad es un derecho humano, pero también es un derecho social, como se expuso en líneas anteriores. Sin embargo, conforme ha ido pasando el tiempo y ha evolucionado la sociedad ha ido en aumento la tendencia de la universalización de los derechos sociales prestacionales (PACHECO, 2017).

El derecho de acceso a la educación es otro de esos derechos que ha sido potencialmente ensalzado por la Convención, y así ha sido por la aplicación del contenido dispuesto en el art. 10.2 CE. Como es sabido, los derechos fundamentales y las libertades que se consagran en la Carta Magna han de ser interpretadas no solamente a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también desde la esfera de los Tratados Internacionales ratificados por España, es ahí donde

entra en juego, en esta materia, la Convención citada anteriormente. No obstante, hay otros textos también objeto de aplicación, tales como el contenido del art. 13.1 (vid. instrumento de ratificación de España) o el art. 13.2 PIDESC. Asimismo, otro precepto que despliega sus efectos sería el art. 26.2 DUDH (NACIONES UNIDAS). En suma, aunque dichos artículos sean los autores materiales de ampliar considerablemente los objetivos principales, ha sido necesario acudir a otras materias con el fin de complementar el estudio (VIDAL, 2017).

Del mismo modo, y sin ir más lejos, la educación inclusiva en España no fue una realidad con “garantías” hasta en 2002 en España con la LOE (Ley Orgánica de Calidad de la Educación - disposición derogada-). De forma más explícita y desarrollada en 2006 con la Convención (art. 24 citado anteriormente) que está siendo objeto de estudio (REY, 2021). Porque, a raíz de lo que manifiesta el PIDESC, así como su respectivo Comité acerca de la educación, es que este un “medio indispensable de realizar otros Derechos Humanos (...)” (BOU y CASTILLO, 2008). Por ello, si no se producen dichas garantías y no se consigue proteger el acceso a la educación a todas las personas con discapacidad, y luchar porque sea así, se verá fracasado todo el trabajo que se ha estado llevando durante este tiempo.

En esta línea, y cambiando de texto, el PIDCP ha afirmado al Comité de Derechos Humanos que el principio de igualdad exige, en ciertas ocasiones, a que los Estados adopten una serie de disposiciones positivas para que puedan eliminar y erradicar cualquier condición que origine o provoque una discriminación tajantemente prohibida por el Pacto citado (BOU y CASTILLO, 2008). El fundamento de estos Pactos, en el tema que nos ocupa, es orientar a que su articulado consiga proteger los derechos de las personas con discapacidad, así como su plena garantía para la consecución de estos. De ello, sería susceptible exponer la principal diferencia que existe entre el PIDESC y el PIDCP, lo cual se resume en la mera terminología: el PIDESC se expresa en términos muchos más genéricos e imponen una serie de obligaciones positivas de comportamiento, los cuales dependen, en gran medida, de la existencia de recursos. Asimismo, implica una realización progresiva de estos; mientras que el PIDCP, aborda una terminología mucho más precisa, acotada y delimitada.

En definitiva, la CDPD expresa un elenco de derechos sustantivos, tales como: el derecho a la educación; el derecho a la salud; el derecho al empleo etc., pero se ha de reflejar que todos estos derechos son abordados desde la no discriminación, llegando a utilizar las herramientas del derecho antidiscriminatorio. Así pues, según BARRIFFI y PALACIOS RIZZO, el objeto primordial y fundamental que se perseguía con la aprobación y entrada en vigor de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad no fue crear nuevos derechos como tal, sino asegurar de forma real, efectiva y plena el uso debido del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. Por ello, era de vital necesidad identificar

correctamente cuáles iban a ser las necesidades extraordinarias para garantizar la adaptación de los derechos mencionados (BARIFFI y PALACIOS, 2007), de lo contrario se estarían vulnerando.

De la misma forma, otro aspecto a enunciar es que de esta Convención se desprende la constitución del Estatuto de la persona con discapacidad, en el plano internacional. Por lo que, se dilucida que gran parte del carácter que goza este texto se atiene a la fuerza obligatoria que despliega para todos los países que lo han firmado y ratificado. A diferencia de los instrumentos internacionales, que con un carácter y naturaleza de *soft law* se contemplaban, hasta ese instante en el ámbito de la discapacidad (DE SALAS, 2010). Ahora bien, no porque se consagren en una norma un conjunto de derechos humanos y, por ende, se promulguen, significa que ese país los respeta, puesto que el establecimiento en una Carta Magna de tales derechos no conlleva, de forma explícita y de forma automática, que este Estado respete los derechos humanos (DE LORA, 2006). Es sobradamente conocido que en muchos países del mundo esto se produce. Es decir, se “consagran” la protección de derechos humanos, pero luego hay dirigentes que aplican una serie de medidas autoritarias con el fin de reprimir al pueblo de los derechos que les corresponde por naturaleza, y que son inalienables.

Igualmente, a raíz de este gran “tratado”, se han visto cómo ciertas relaciones y vínculos se han impulsado y aproximando. Algún ejemplo de ello podrían ser las constantes interacciones y aproximaciones entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos. El motivo se centra en los principios que se constituyen y configuran, los cuales son comunes entre los propios derechos humanos, así como en el Derecho internacional humanitario, estos son: el principio de inviolabilidad (principio en el que se estaría incluyendo el respeto al derecho a la vida, así como respeto hacia el derecho a la integridad física y psíquica); el principio de no discriminación; y el principio de seguridad (SÁENZ, 2018).

Del mismo modo, es en este nuevo derecho donde emanan ciertas normas, encargándose de regular la conducta del individuo. Ahora bien, estas no son propias del Derecho y tampoco de la moral, sino que se conciben, según RECASENS SICHES, como las “reglas del trato social”. Estas reglas tienen un perfecto encaje con el tema en cuestión, tal y como se podrá observar (RECASENS, 1991). Así pues, si solamente se pudiera interpretar que la aceptación reviste de una justificación de tipo moral se podrá sostener que la ciencia jurídica se encuentra internamente como una ciencia comprometida con el Derecho (SASTRE, 1999). Es decir, que de estas reglas entra en juego la educación, pero no la educación de saber matemáticas, historia, derecho etc., sino una educación de valores y de principios. Las cuales se fundan primordialmente en el respeto hacia los demás seres.

El lector podrá apreciar lo que han sufrido las personas con discapacidad a lo largo de la historia de la humanidad y la cantidad de derechos que se les han privado, así como el número de discriminaciones que han padecido. Por todo ello, y a pesar de un largo camino de obstáculos, el

Derecho y la sociedad han ido evolucionando, lo que ha propiciado un cambio de modelo y de normas, haciendo que se aumente su protección, con unas mejores garantías, así como calidad de vida. En suma, los derechos humanos son derechos que gozan plenamente de un carácter jurídico, en tanto en cuanto a ninguno de ellos se les reconoce como una pretensión incondicionada (OLLERO, 2006). En estas últimas líneas, se han abordado algunos de los derechos civiles y políticos, y al igual que ellos también se han expuesto otros, como, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales. Al fin y al cabo, estos tienen la naturaleza de “reclamar” una prestación al Estado, con el objetivo de ejercitar, de forma real y efectiva, el ejercicio de la libertad (OLLERO, 2006).

Algo semejante ocurre con la construcción de una igualdad formal y material, y, en consecuencia, un aseguramiento de la no discriminación. De este modo, también se plasman unas bases fundamentales, tanto en el pensamiento político como en el moral (HÖFFE, 2003). Es decir, de lo anterior se puede esclarecer el rol que ha ostentado, en cierto modo, la moral. Si apelamos a un ejemplo, conviene hacerlo con la justicia, puesto que es una virtud que transfiere la voluntad del ser con el fin de otorgar a cada una de las personas lo que le corresponde, acorde a los acontecimientos. De forma que, ya no solamente hay que otorgar justicia, sino que también se interfiere en esta práctica el respeto, porque el hecho de respetar es otorgar lo que cada uno tiene, tanto en un sentido material como educacional (DÍAZ DE TERÁN, 2020). En suma, el derecho de las personas con discapacidad está integrado por un conjunto de valores y principios que hacen que ostente una especial relevancia desde dos perspectivas: una jurídico-constitucional; y otra ética, moral y filosófica. Finalmente, y a efectos de sintetizar, convendría citar una de las conclusiones a las que llegó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el cual brinda protección y asistencia:

“La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad proclama la dignidad y la igualdad inherentes de las personas con discapacidad, reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona, así como el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades”.

2.3 BREVES APUNTES HACIA LA LEY 26/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE ADAPTACIÓN NORMATIVA DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK

En España, la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad tuvo su respectivo despliegue a raíz de la entrada en vigor de la Ley 26/2011, de 1 de agosto. En su preámbulo se puede observar que:

“España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas

normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge” (Ley 26/2011, de 1 de agosto).

Del mismo modo, se ha de decir, que los Tratados Internacionales gozan de un valor superior a cualquier otra norma de Derecho interno (excepto, y lógicamente, de la Constitución), incluida la propia ley, aunque respecto de la ley no es que sea superior, en tanto que se refiere al principio de jerarquía (vid. art. 9.3 CE), sino al ámbito competencial. El cual, en un inicio, era regulación separada, de ahí que la aplicación preferente se tenga que traducir en la previsión constitucional de que esas disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, salvo lo que venga dispuesto en los propios Tratados que se firmen. Por tanto, los Tratados son inmunes a su reforma por cualquier otra norma de Derecho interno (COSCULLUELA, 2018).

Gracias a dicha Convención se ha conseguido declarar, de forma explícita, a las personas con discapacidad la necesaria y expresa visibilidad, en el propio sistema universal de la protección de los derechos humanos. Además, se muestra dicha protección en los sistemas de garantía regionales. A fin de cuentas, dicha Convención no deja de ser una herramienta jurídica de protección vinculante donde se despliegan sus efectos. En este contexto, se exterioriza que las personas con discapacidad son sujetos de derechos humanos y que su no discriminación es una obligación que viene impuesta por el propio Derecho internacional de los derechos humanos, ya que no es una cuestión que se deja al libre albedrío de los distintos Estados, sino que la propia Convención ha desplegado unos efectos aplicativos a los restos de instrumentos de las Naciones Unidas, en relación con la discapacidad (CUENCA, 2013).

Desde mi punto de vista, considero que habría que acudir al origen del ser humano, hay estudiosos, como Paul SHARP, que manifiestan que el “*human beings usually have individual identities of which the collective identities of the groups to which they belong are a part*” (vid. SHARP, 2019). A propósito de tal cita, y con el objetivo enlazarlo con el tema en cuestión, es cuando nace la obligación de comprender el telos de la antropología. De ello, se podrán entender las razones más elementales por las que se han acabado ejecutando estas acciones después de la transposición de la mencionada ley. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del derecho de las personas con discapacidad, hay que atender a su ubicación, ya que se sitúa en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica, lo cual hace que tengan una configuración de carácter social. Es decir, que dichos derechos han de ser disfrutados por todas las personas, porque tienen tanto un sentido individual, como uno colectivo (PIZARRO, 2020). Sin embargo, el derecho que se contiene en el art. 49 CE probablemente tenga un despliegue mucho más explícito que otros de su misma naturaleza, tal y como se ha podido estar comprobando.

Probablemente, ha sido a raíz de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, cuando se ha conseguido impulsar en España todo lo relativo a los derechos de las personas con discapacidad. Asimismo, y sin duda alguna, se han cumplido ciertos compromisos que nacieron a raíz de la ratificación de la

Convención de Nueva York de 2006, prueba de ello fue la modificación de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el desarrollo. Esta ley es la encargada de resaltar, entre las prioridades sectoriales, la necesidad primordial de incluir a las personas con discapacidad desde dos enfoques: a) un enfoque basado en los derechos humanos; b) un enfoque transversal, en todas las acciones que se lleven a cabo y se ejecuten (MARTÍNEZ, 2015). Resulta lógico que la Ley 26/2011 haya desplegado grandes efectos en el ordenamiento jurídico, entre ellos en la Ley de Cooperación Internacional para el desarrollo (vid. art. 7.c) o art. 9).

Entre otros aspectos, la CDPD ha sido crucial en el mapa legislativo, en referencia a los derechos de las personas con discapacidad, porque, aunque no haya creado muchos derechos sí que ha supuesto un gran avance en ellos. Una prueba sería el reconocimiento del derecho a la diversidad (vid. CONVENCIÓN), o también el derecho a recibir todos los apoyos que se requieran, siempre proporcionalmente adecuados. De esta forma, podrán conseguir un desarrollo de vida independiente y autónomamente (VIVAS-TESÓN, 2018). No obstante, es conveniente recalcar que la persona que presenta una diversidad funcional no puede quedar al libre albedrío de las personas que gobiernen, sino que esta protección ha de quedar plasmada y rubricada en un texto normativo, para que así quede vinculada normativamente (VIVAS-TESÓN, 2018).

En base a lo expuesto en la materia de cooperación internacional al desarrollo es ahora cuando se precisa abordar su principal naturaleza, ya que esta es la que se encarga del “conjunto de actuaciones realizadas por actores públicos y privados, entre países de diferente nivel de renta con el propósito de promover el progreso económico y social del Sur de modo que sea más equilibrado en relación con el Norte y resulte sostenible” (GÓMEZ y SANAHUJA, 1999). Con base a ello, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, junto con la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 y lo suscrito en la Convención objeto de comentario y el RDL 1/2013 de 29 de noviembre, se ha producido una serie de acciones en las que los distintos Estados parte pueden reconocer, de forma explícita, el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Lo cual, propugna la obligación de que el paradigma educativo se tenga en cuenta, en todo momento, con el objetivo de conseguir una educación de calidad, la cual sea más justa y equitativa. Esta es la denominada inclusión social (SEVILLA y SOLANO, 2020). Aunque, estimo que sería más preciso abordarlo en términos de “inclusión educativa”, el cual es un derecho público subjetivo.

Al hilo de la mención anterior, se precisa incidir, de forma más indirecta, tanto en la identificación como en la valoración de las distintas necesidades del alumnado que precisa una educación social especial, lo cual hace que se tenga que realizar lo antes posible, en virtud de lo dispuesto en las normas. Estas medidas se deben impulsar por las administraciones públicas educativas, así como por los profesionales que estén cualificados en la materia. En igual forma, hay que tener presente, que un principio primordial en el sistema educativo español es la enseñanza básica (vid. art. 27.4 CE), es el de la inclusión social. Por tanto, el fin elemental es atender a la

diversidad de las necesidades de todo el estudiantado (ALONSO-OLEA y MEDINA, 2021). Al mismo tiempo, las administraciones educativas deben velar y encargarse de desarrollar todas aquellas acciones de carácter compensatorio, en relación con las personas, grupos y demarcaciones territoriales que puedan presentar situaciones desfavorables. A raíz de ello, las administraciones se encargarían de proveer los distintos recursos económicos y apoyos que se necesiten, con tal de compensar las desigualdades que se puedan producir en el ámbito educativo (ALONSO-OLEA y MEDINA, 2021).

Retrospectivamente, se reflejó que el derecho de las personas con discapacidad es un derecho social, en función de la configuración que le da la Constitución española. Sin embargo, esta ubicación hace que también, en este capítulo, se recojan dimensiones del propio alcance del principio constitucional, el cual se consagra en el art. 9.3 CE, en alusión al de seguridad jurídica. El fundamento se sitúa en la sociedad, porque surge una cierta conexión con la seguridad jurídica y su incidencia en ese capítulo hace que se pueda conseguir luchar contra la desesperanza (PECES-BARBA, 1993). De tal relación, cabe aludir al derecho de la educación, puesto que este derecho, según sostienen ciertos estudiosos de la materia, entre ellos el profesor BELDA, comentan que ha sido el TC quien se ha encargado de pronunciar, en reiteradas ocasiones, que, aunque las enseñanzas básicas puedan ser establecidas al margen de los poderes públicos no deja que estén sometidas al cumplimiento de los pilares que son irrenunciables. Es la propia Constitución la que establece la obligatoriedad, objetivos y medios (arts. 27.2 y 27.4 CE) [BELDA, 2021]. A propósito de la cita del art. 27.2 CE es cuando conviene afirmar que los principios que se instituyen en ese precepto sirven de inspiración positiva (DÍAZ, 1997).

En definitiva, desde la transposición de la Convención en el ordenamiento jurídico español, se ha conseguido establecer un precedente, en lo que respecta a los derechos de las personas en situaciones de discapacidad. Esto significa que, afortunadamente se han conseguido una amplia protección y evolución de los referidos derechos. Por esta sencilla razón, quizás quepa lugar que desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, es cuando se ha producido un profundo cambio en el enfoque que se había tenido hasta ese instante, tanto en la forma de tratar la discapacidad como a la configuración del art. 49 CE. En esta línea, la profesora GONZÁLEZ expone que en la respectiva exposición de motivos de la Ley 26/2011 no ha dejado de lado la vertiente asistencial, en el sentido de potenciar la otra vertiente, la ciudadana (GONZÁLEZ, 2017).

2.4 LOS RETOS PENDIENTES TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

En concordancia a la Convención de Nueva York de 2006, se impulsó una de las mayores reformas en el ámbito legislativo, tanto civil como procesal, con el objetivo de adecuar el ordenamiento jurídico español, de forma real y efectiva, al derecho de las personas con discapacidad. Dicha transformación se hizo posible gracias a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio. De acuerdo con lo establecido en el art. 12 CDPD, en referencia a la “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, de ahí que en

la referida ley se adopte tal circunstancia. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que, la Convención tiene como finalidad “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”. (Ley 8/2021). Sin embargo, aunque se haya conseguido avanzar en los referidos derechos no deja que aún queden muchos retos pendientes, tal y como se podrá observar en las ulteriores líneas.

De cualquier forma, si el propósito principal es blindar, y, en consecuencia, proteger fehacientemente a los derechos de las personas con discapacidad va a ser imprescindible configurar un “núcleo irreducible de contenido intangible para el legislador”, lo cual va a hacer que funcione como garantía mínima (MORCILLO y FAJARDO, 2013). En este contexto, hay que referirse a los numerosos inconvenientes que hay al respecto, puesto que se ha podido percibir como, a lo largo del tiempo, la sociedad ha perdido derechos sociales por haber sido considerados como derechos “ideales”, en lugar de haberse categorizado como auténticos derechos (MORCILLO y FAJARDO, 2013). Como es lógico, uno de los preceptos de cabecera en el asunto en cuestión es el art. 14 CE, ahí se rubrica una auténtica prohibición constitucional de discriminación, concibiéndose como una desigualdad de trato que está injustificada (DÍEZ-PICAZO, 2013). Por esta razón, y, en primer término, la igualdad consistiría en concretar cuáles serían los criterios materiales que son necesarios para dar cumplimiento al valor de solidaridad, el cual es necesario para configurar las condiciones materiales que se precisan para un correcto ejercicio de la libertad (PECES-BARBA, 2004).

Hay autores que consideran que, aunque la Ley 8/2021 haya supuesto un auténtico cambio de paradigma en los derechos que están siendo objetos de estudio, no significa que se hubieran rubricado algunos límites, tales como la voluntad. Al fin y al cabo, las personas en situaciones de discapacidad han conseguido que se tuvieran en cuenta cuáles eran sus deseos, preferencias y voluntad, como no podría ser de otra forma. (ARNAU, 2022). No obstante, esto no deja que se pudieran haber puesto ciertos límites. En esta línea, cuando el legislador optó por realizar las mencionadas adaptaciones de la Convención de 2006, a través de la Ley 8/2021, al ordenamiento español, generó una multitud de cambios en el Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil entre otras muchas más leyes (ARNAU, 2022). De ello se deduce, que probablemente tal adaptación se pudo haber realizado empleando otras herramientas jurídicas, sin necesidad de modificar, de forma tan expansiva, todas las normas que han sufrido modificaciones.

De modo similar, habría que aludir a la dignidad humana, puesto que, la referida Ley ha estado inspirada en ella, tal y como exige el art. 10.2 CE (Ley 8/2021). A pesar de todo, la dignidad se ha constituido como un auténtico principio de la Convención del 2006, puesto que se ha erigido, según el profesor BELDA, en la columna vertebral de este texto de rango internacional, asumiendo un papel imprescindible, tanto como para que se conciba como una “posición interpretativa y/o aplicativa” (BELDA, 2019). Donde a esta concepción, se añaden otras posiciones que refuerzan

tal protección, como la del profesor DÍAZ REVORIO, que es la de sostener si hay valores más allá que los que se establecen en el art. 1.1 CE, a lo que da una respuesta afirmativa, aportada por la propia doctrina constitucional. En este sentido, es a lo que se refería con que la jurisprudencia sostiene, de forma casi unánime, que la dignidad humana goza de valor fundamental (DÍAZ, 2018).

En suma, como resultado de la más que mencionada ley, se ha conseguido realizar una profunda modificación en ciertas normas, todo ello por el contenido establecido en el art. 12 CDPD:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. (Art. 12 CDPD).

Por consiguiente, a raíz de este contenido, el ejercicio de la capacidad de obrar se va a basar en una serie de principios: a) el principio de proporcionalidad; b) el principio de adaptación; c) el principio de subsidiariedad; d) el principio de temporalidad, tanto que se puedan realizar exámenes de forma periódica, ya sea por una autoridad y/o por un órgano judicial que tenga competencia para ello, y que sea independiente e imparcial. Por ello, se considera que esta reforma ha supuesto una magnitud indescriptible, puesto que la representación de una persona con discapacidad, y la toma de decisiones por ellos, ha pasado a ser prácticamente residual. Al fin y al cabo, la regla

general es que la persona en esta situación sea representada por sí misma, y, por ende, adopte las decisiones que estime oportunas (FERNÁNDEZ, 2021).

Sobre la base anterior, se desprende que el art. 12 CDPD es el “corazón latente” de este texto internacional. Por una parte, la Convención exige a todos los Estados que son parte a que adopten su legislación, con el fin de: a) reconocer la personalidad jurídica; b) reconocer la capacidad jurídica, en igualdad de condiciones; c) adoptar medidas de apoyo; d) garantizar las salvaguardas de forma adecuada; e) adoptar las medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica para que se respete, en todo momento, los derechos, deseos y preferencias de la persona. En esta línea, se acaba concluyendo, según algunos estudiosos, que el art. 12 CDPD ha de situarse en el nivel más alto de protección de los derechos humanos con el objetivo de respetar el derecho a la igualdad y no discriminación (BARBA, 2022). Traducido en otras palabras, el objetivo elemental de la Ley 8/2021, de 2 de junio, es adaptar la legislación del ordenamiento español, teniendo como eje central y vertebrador al artículo 12 CDPD (DE VERDA, 2022).

En todo caso, lo que sí que se ha acabado produciendo con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es: a) la desaparición del procedimiento de incapacitación, y, en consecuencia, se confeccionan los procedimientos de designación de apoyos -en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (vid. ALONSO, 2015), la cual no deja de ser el contraste a la contenciosa (vid. CALAZA, 2023)-, salvo que se produzca una oposición contenciosa; b) se refuerza el oficio del defensor judicial, así como su estatuto; c) se produce un cambio de ubicación y contexto al régimen de la guarda de hecho y de emancipación (FERNÁNDEZ, 2021). Sin embargo, a pesar de estos grandes avances, aún quedan muchos por conseguir, como el relativo al internamiento de una persona en situación de discapacidad de forma no voluntaria, en virtud de lo establecido en el art. 763 LEC:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente. (Art. 763 LEC).

Es decir, el artículo que se acaba de citar es un precepto que aún sigue vigente en el ordenamiento jurídico español. Así pues, si se atiende a lo dispuesto en él, se ha de suprimir, ya no solamente por contravenir a la propia Convención, sino también por las recomendaciones que se han instado al Estado español. Fue en 2011, justo 10 años antes de la Ley 8/2021, cuando España emitió al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad el informe que se requería presentar, en virtud del art. 35 CDPD, el cual expresó su grave preocupación, porque aún el Estado español seguía teniendo vigentes medidas de internamiento. Por ello, se instaba a España a que revisara semejantes políticas. (TORRES, 2020). Como conclusión, se dilucida que aún hay tareas pendientes, tales como la que se acaba de citar, cuyo fin no es otro que seguir velando por los derechos de las personas que se encuentran en situaciones de discapacidad y lo único que se anhela conseguir es una igualdad real *inter pares*.

2.5 UN ANTES Y UN DESPUÉS EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD

Por último, quedaría exponer alguna de las normas más recientes que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico español y, por ende, están vigentes. Las cuales quedarán circunscritas esencialmente en la materia de accesibilidad, una herramienta imprescindible para garantizar el

derecho de las personas con discapacidad. Por ello, cabría citar: por un lado, al Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público; y por otro, la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios (...).

A) REAL DECRETO 193/2023, DE 21 DE MARZO

Esta norma con rango y fuerza de ley se centra en la accesibilidad y la no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios que se encuentran a disposición del público. La accesibilidad es aquella “condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todos los ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad”. (DICCIONARIO cfr. art. 22 TRLGDPD). En esta línea, el precepto por antonomasia, en referencia a la Convención de 2006, sería el artículo 9, el cual expresa que:

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. (...) [Art. 9 CDPD].

De modo que, en aplicación a la disposición final tercera del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad se impulsa el citado Real Decreto, con el objetivo de aprobar unas condiciones básicas, tanto de accesibilidad como de no discriminación. Por ello, se centra en acceder y utilizar los bienes y servicios que se encuentran a disposición del público por las personas con discapacidad. (RD 193/2023). Así pues, su fin es establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos con tal de restablecer aquellas desventajas que pueden presentar el referido colectivo, en determinadas circunstancias (art. 1 RD 193/2023).

B) LEY 11/2023, DE 8 DE MAYO

Al igual que se ha abordado en las líneas que nos preceden la accesibilidad, en este espacio también se abordará esta temática, puesto que la Ley 11/2023, de 8 de mayo tiene por objeto “establecer los requisitos de accesibilidad universal de los productos y servicios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2, necesarios para optimizar su utilización previsible de manera autónoma por todas las personas y, en particular por las personas con discapacidad” (Art. 1 Ley

11/2023). Al fin y al cabo, la sociedad avanza, así como los sistemas, lo que engloba a los campos de la industria, la tecnología, las telecomunicaciones o páginas webs, de ahí que sea imprescindible ampliar el campo de la accesibilidad, con tal de no vulnerar los derechos a aquellas personas que presentan una discapacidad (Ley 11/2023). Por consiguiente, hay autoras, entre ellas MORCILLO MORENO, que exponen que la CDPD adopta un modelo social de discapacidad, lo que se traduce en que “la condición de discapacidad de una persona se va a determinar no solo con relación a su particular e individual estado, sino también -y, sobre todo- con relación al entorno en el que se desenvuelve. Así se deriva de la propia definición de personas” (MORCILLO, 2020).

Es decir, en virtud del modelo que se configura con la Convención de Nueva York de 2006 hace que se origine un nexo entre la accesibilidad y la no discriminación, entrando en juego tanto el art. 2 como el art. 9 del referido texto de rango internacional (MORCILLO, 2020). No obstante, suscita gran recelo la posición que tiene el TC, tal y como comenta la profesora MORCILLO, en referencia a la imprecisión que se tiene, a raíz del art. 10.2 en conexión con el 49 CE, puesto que no termina el Tribunal de expandir el contenido del primero de los artículos a aquellos preceptos que se sitúan en el capítulo tercero del título primero de la Carta Magna (MORCILLO, 2019).

3. CONCLUSIONES

Del presente trabajo se puede desprender una gran conclusión: si, hoy en día, no se ha podido conseguir avanzar en la protección de los derechos sociales, como es el que se salvaguarda en el art. 49 CE, es porque se siguen considerando a estos derechos, en mi humilde opinión, de “segunda”. Es verdad que no tienen la protección que gozan los derechos fundamentales, pero no por ello significa que tengan que ser minusvalorados. Hasta que no se cambie esta percepción, y, en consecuencia, posición nunca se va a conseguir proteger real y eficazmente a los derechos y libertades de las personas que se encuentran en situaciones de discapacidad. Por consiguiente, y a pesar de que la Convención de Nueva York de 2006 haya supuesto un auténtico hito en el campo en cuestión, no deja que el rol principal lo ocupen los Estados parte, puesto que si ellos no terminan de adaptar su normativa a la Convención no se conseguirá culminar el objetivo que siempre se ha anhelado conseguir: la igualdad entre todos los seres humanos. Atendiendo, en todo momento, a las necesidades que esa persona precisa, con el fin de que no se vulneren los derechos que les corresponden por naturaleza, los cuales son inalienables a su persona.

4. REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCARAZ, E. y CAMPOS, M.Á. (2008). *Diccionario de términos de los Derechos Humanos (A Dictionary of Human Rights)*. Ariel Derecho, Barcelona, 2008, p. 239.
- ALONSO FURELOS, Juan Manuel. “La jurisdicción voluntaria ante su reforma: opciones”. *Revista de derecho UNED*, N°. 16, 2015, pp. 19-63.
- ALONSO-OLEA, B. y MEDINA, S. (2021). *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 86; 89.

- ARNAU MOYA, F. (2022). “Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. *Revista Boliviana de Derecho*, N°. 33, pp. 534-573, p. 569
- ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. (2004). Segunda edición. Ariel Derecho, Barcelona, p. 217.
- BARBA, V. (2022). El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, pp. 38-39. En: VV.AA. *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- BARBÉ, E. *Relaciones Internacionales*. (2020). Cuarta edición. Tecnos, Madrid, p. 215.
- BARIFFI, F.J. y PALACIOS, A. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, p. 56
- BAYLOS, A. (1991). *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Trotta, Madrid, p. 31.
- BELDA, E. (2021). *El derecho a la educación y la enseñanza de los derechos como llave de la ciudadanía democrática*. Tecnos, Madrid, p. 36.
- (2019). *Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos*. Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, pp. 100-101.
- BOU, V. y CASTILLO, M. (2008). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 91.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2023). La jurisdicción voluntaria, p. 640. En: VV.AA. *Derecho procesal civil. Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CHERIF, M. (1984). *Derecho Penal Internacional*. Tecnos, Madrid, p. 18.
- COSCULLUELA, L. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 89.
- CUENCA, P. (2013). “Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: avances y retos pendientes”. *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos = Yearbook of humanitarian action and human rights*, N°. 11, pp. 17-40, pp. 18-19; 23.
- DE LORA, P. (2006). *Memoria y Frontera. El desafío de los derechos humanos*. Alianza Editorial, Madrid, pp. 32; 221.
- DE SALAS, S. (2010). “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 63, N° 2, pp. 677-717, p. 681.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. (2022). Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia, p. 56. En: VV.AA. *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- DÍAZ DE TERÁN, M^a. Cruz. (2020). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2020, p. 65.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Cuarta edición. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), p. 180.

- (2020). *Ordenamiento constitucional español*. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 242.
- DÍAZ, Francisco Javier (1997). *La Constitución como orden abierto*. McGraw-Hill, Madrid, pp-83-84.
- (2018). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, p. 129.
- FERNÁNDEZ, A. (2011). “Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación” *ICADE: Revista de la Facultad de Derecho*, N° 83-84, pp. 119-155, p. 121.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (2003). *Derecho Internacional Público*. Dilex, Madrid, p.18.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 32; 37
- GARCÍA, A. “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 66, N° 1, 2013, pp. 59-147, pp. 67-68.
- GÓMEZ, M. y SANAHUJA, J.A. (1999). *El sistema internacional de cooperación al desarrollo. Una aproximación a sus actores e instrumentos*. Cideal, Madrid, p. 17.
- GONZÁLEZ, J.C. *Derecho Electoral español. Normas y procedimiento*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 13
- GONZÁLEZ, P. (2017). “Convención de derechos de las personas con discapacidad: Discapacidad intelectual, educación y autonomía personal”. *Ambiente Jurídico*, N° 22, pp. 37-74, p. 57
- GONZÁLEZ, J.J. (1997). *Derecho Constitucional*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 146; 175.
- GUTIÉRREZ, C. y CERVELL, M.J. (2022). *Derecho Internacional: Corazón y funciones*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 186.
- HÖFFE, Otfried. (2003). *Justicia política*. Paidós, Barcelona, p. 11.
- LIDÓN, L. (2013). “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos”. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, Vol. 1, N° 1, pp. 47-72, p. 48.
- MARTÍNEZ, B. (2015). *Sin inclusión no hay desarrollo: la política española de cooperación internacional y las personas con discapacidad*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, p. 279.
- MORCILLO, J. (2020). “La accesibilidad de productos y servicios en la Unión Europea: luces y sombras de una esperada regulación que deja la última palabra a los Estados”. *Revista de administración pública*, N° 213, 2020, pp. 405-438, p. 407.
- (2019). “El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria”. *Revista de administración pública*, N° 210, pp. 287-318, p. 294.
- MORCILLO, J. y FAJARDO, C.M. (2013). “Política presupuestaria y discapacidad”. *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, N° 8, p. 12.

- OLLERO, A. (2006). *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Ediciones del Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 304; 308.
- PACHECHO, M.Á. (2017). *El estado del Estado social: una culminación pendiente*. Editorial Atelier, Barcelona, p. 67.
- PECES-BARBA, G. (1993). *Derecho y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 294.
- (2004). *Lecciones de Derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid, p. 181.
- PIZARRO, E. (2020). *Instituciones de Derecho comparado, público y privado*. Dykinson, Madrid, p. 232.
- POGGE, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, pp. 93-94.
- PUENTE, J. (1998). *Lecciones de Derecho Internacional*. Vol. I.1. Edisofer, Madrid, p. 157.
- RECASENS, L. (1991). *Filosofía del Derecho*. Porrúa, México, p. 199.
- REY, F. (2021). *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*. Marcial Pons, Madrid, p. 30.
- SÁEZ, P. (2018). *Sistema de Derecho Internacional Público*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 631.
- SANJOSÉ, A. (2007). “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, N° 13, pp. 1; 25.
- SASTRE, S. (1999). *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw-Hill, Madrid, p. 245.
- SEVILLA, Y y SOLANO, N. (2020). “Inclusión educativa de la mano de steam y las nuevas tecnologías”. *Supervisión 21: revista de educación e inspección*, N° 55 (enero), p. 8.
- SHARP, P. (2019). *Diplomacy in the 21st Century: A brief introduction*. Routledge, Taylor & Francis Group, New York, p. 19.
- TRUYOL, A. (1982). *Los derechos humanos*. Tecnos, Madrid, p. 31.
- URMENETA, Xabier. (2010). “Discapacidad y Derechos Humanos”. *Norte de Salud Mental*, Vol. 8, N° 38, pp. 65-74, p. 72.
- VIDAL, T. (2006). *Sistemas electorales y Estado Autonómico. Especial consideración del Sistema electoral de Castilla-La Mancha*. Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, p. 15.
- VIDAL, C. (2017). *El derecho a la educación en España: Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*. Marcial Pons, Madrid, p. 15.
- VIVAS, I. (2011). “La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 impulsando los derechos de las personas con discapacidad”. *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, N° 1, pp. 113-128, p. 114.

- VIVAS, I. (2018). “La Convención ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la práctica judicial española: Una década de aciertos y desaciertos”. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte*, v. 18, pp. 127-150, pp. 129; 135.
- VV.AA. (2019). *Derecho electoral español*. Juruá, Porto, p. 70.

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

- Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Boletín Oficial del Estado, de 30 de abril de 1977.
- Constitución española de 1978.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado de 2 de agosto de 2011.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.
- Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- CONCLUSIÓN SOBRE LOS REFUGIADOS CON DISCAPACIDAD Y OTRAS PERSONAS DISCAPACITADAS A LAS QUE EL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS BRINDA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA. *Conclusión general sobre la protección internacional No. 110. (2010. 61º Período de Sesiones)*. [En línea]. [Consulta: 5 de febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ab8e9c2>
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. [En línea]. [Consulta: 5 de febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. Voz: *accesibilidad*. [En línea]. [Consulta: 25 de septiembre de 2023]. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/accesibilidad>
- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*. [En línea]. [Consulta: 27 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/spanish>
- OMS. [En línea]. [Consulta: 2 de febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>
- TORRES COSTAS, M^a.E. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Boletín Oficial del Estado. Colecciones de Derecho privado. Madrid, 2020, p. 424. [En línea]. [Consulta: 25 de septiembre de 2023]. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168
- UNICEF. [En línea]. [Consulta: 2 de febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/casi-240-millones-ninos-con-discapacidad-mundo-segun-analisis-estadistico>

EXTRACCION PETROLERA EN LA AMAZONIA ECUATORIANA, EL CASO CHEVRON-TEXACO EN ECUADOR

Alejandro Domenech García

Egresado en Derecho por la Universidad de Sevilla

Resumen

El Caso Chevron-Texaco en Ecuador, es considerado como uno de los casos más dañinos del medio ambiente en el mundo, y como un caso que no sólo afecta al derecho medioambiental sino a los Derechos Humanos de los pueblos originarios principalmente del Amazonas ecuatoriano. Una lucha que hoy en día sigue en marcha, con numerosas discrepancias entre los afectados y el Estado ecuatoriano, en las que éste último ha dejado mucho que desear con sus actuaciones, primando muchas veces lo económico a la protección de su territorio. Por eso, se pretende que este caso sea reconocido por la mayor población e instituciones posibles, ya que si se permite que una empresa multinacional dañe todo lo que ha dañado y quede impune, estaremos ayudando a la destrucción del mundo y dejando que lo económico prime sobre la vida humana y sobre nuestro entorno. Por último, y siguiendo con el caso, analizaremos el histórico referéndum llevado a cabo para que el pueblo decida seguir o no con la extracción petrolera en el Yasuní.

Palabras clave: Derechos Humanos, Ecuador, contaminación, población indígena

Abstract

The Chevron-Texaco Case in Ecuador is considered one of the most damaging cases of the environment in the world, and as a case that not only affects environmental law but also the Human Rights of the indigenous peoples, mainly from the Ecuadorian Amazon. A fight that continues to this day, with numerous discrepancies between those affected and the Ecuadorian State, in which the latter has left much to be desired with its actions, often prioritizing economics over the protection of its territory. For this reason, it is intended that this case be recognized by the largest possible population and institutions, since if a multinational company is allowed to damage everything it has damaged and go unpunished, we will be helping to destroy the world and letting economics prevail on human life and on our environment. Finally, and continuing with the case, we analyze the historic referendum carried out so that the people decide to continue or not with oil extraction in the Yasuní.

Keywords: Human Rights, Ecuador, pollution, indigenous people

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. 2.1. Prácticas llevadas a cabo para la extracción petrolera. 2.2. Derechos Humanos y empresas. 2.2.1. Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. 2.3. Derechos Humanos vulnerados. 3. Deber del Estado de proteger los Derechos Humanos. 3.1. Papel del Estado en el caso acontecido. 3.2. Ponderación de sentencias a raíz de los Derechos vulnerados. 4. La extracción petrolera llevada a consulta popular. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Anexos.

1. INTRODUCCION

La estadounidense empresa petrolera Texaco (más tarde comprada por Chevron, por lo que se convirtió en Chevron/Texaco) operó en Ecuador de 1964 a 1990. En este tiempo esta empresa transnacional provocó un auténtico crimen ambiental, contaminando aguas, tierras, el ambiente, la atmósfera y produciendo graves perjuicios en cualquier ser vivo cercano. Y todo esto no es fruto de un accidente o algo fortuito, fue un proceso decidido deliberadamente por la empresa transnacional para así conseguir mayores beneficios económicos en menor tiempo, sin importar lo más mínimo los daños producidos.

Esto no tiene ningún precedente, convirtiéndose en uno de los crímenes ambientales más graves de la historia. Con decir únicamente que más de 2 millones de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana fueron afectadas. Casi destrozando el corazón del mundo, y sin mencionar la catástrofe que esto fue para los pueblos originarios de la zona, que fueron tratados como si los extranjeros fueron los pueblos en sí, e incluso se llegó a decir que los que no deberían vivir allí eran ellos, atentando contra su honor y dignidad. Esta cuestión empezó a coger peso por todo lo que implicaba de daños, así que fue empezada a tomarse en cuenta en procesos judiciales.

Unos procesos que fueron intercambiando opiniones, e incluso fueron traspasando fronteras. Diferentes vuelcos que dio el caso durante el tiempo, donde la empresa transnacional ha estado llevando el caso a su terreno y jugando con el paso del tiempo y la lentitud de los tribunales, para quedar impune frente a ellos. En el cronograma⁴ del caso, se puede apreciar cómo han ido pasando los diferentes acontecimientos por el paso del tiempo.

Observamos como existe un intercambio de posiciones constante, desde el acuerdo de exploración y explotación petrolera firmado por Texaco-Gulf y Ecuador, siendo el inicio de la problemática, pasando posteriormente por tribunales nacionales e internacionales.

Empiezan a aparecer abogados e instituciones que estaban a favor y luego se ponen en contra o viceversa, y todo esto sale a la luz con una campaña de corrupción y publicidad con la que Chevron/Texaco pretendía parar los tiempos del juicio y quedar sin responsabilidad alguna. Como en el caso del buffet de abogados de los afectados, que se dice que Patton Boggs recibió amenazas y grandes cantidades de dinero para dejar de representar a los afectados y para dejar en mal lugar a estos. También observamos como en el año 2018 existe un laudo arbitral vs una sentencia constitucional, donde más adelante profundizaremos en la ponderación de ambas.

⁴ Cronograma del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador. (Ver Anexo I)

2. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Prácticas llevadas a cabo para la extracción petrolera

En primer lugar, debe hacerse una referencia obligada a las acciones de la multinacional Chevron durante su estancia en Ecuador, más concretamente en la Amazonía ecuatoriana, y sus diferentes prácticas llevadas a cabo para la extracción petrolera, como así, las prácticas llevadas a cabo después para su limpieza.

La multinacional no empleó las técnicas de extracción petrolífera más adecuadas para la ocasión, (recalcando que la misma empresa ya operaba en otros países, por ejemplo, en Estados Unidos, y ahí si llevo a cabo otras prácticas) si no que siguió deliberadamente unas técnicas más beneficiosas para el bolsillo de la multinacional, es decir, intencionadamente utilizó la forma con la que sacarían más rendimiento económico, aunque esta forma hiciese mucho más daño ambiental y social que las otras formas, sin importarles lo más mínimo lo que esto acarrearía para las poblaciones indígenas y para la flora y la fauna propia del Amazonas, únicamente importándole su beneficio. Esto que acabo de contar es muy importante para el tema que estamos llevando a cabo, ya que no es lo mismo una acción producida por accidente o por fuerza mayor que una acción producida claramente intencionadamente, sabiendo las consecuencias de ello, y aun así actuando de esa forma.

Pues bien, las técnicas utilizadas fueron la apertura de pozos para la extracción del petróleo, más de 300 de estos pozos; y la de piscinas descubiertas, en las cuales se guardaban dichos residuos, arrojando todo tipo de residuos sin filtración alguna. Y estos desechos finales, al terminar, solían ser quemados, contribuyendo esto a la atmósfera unos gases bastantes contaminantes que tanto afectaban a los pueblos y seres vivos allí presentes. O incluso, y esto es muy llamativo, vertiendo de nuevo a los ríos y cauces el agua contaminada, y ya os podéis imaginar lo que esto puede provocar, conociendo que dicha población de la Amazonia usaba esta agua para su lavado personal, su hidratación o incluso para su comida, siendo esto devastador, y dejando tierras infértiles y ganado que no pudo sobrellevar esta situación debido al agua contaminada.

Llegó a reconocer dicho error parcialmente en las técnicas utilizadas, entendiéndose así ya que alegó que limpiaría las zonas afectadas con diferentes métodos. Aunque esto quedó simplemente en palabras, ya que, si bien se intentaron limpiar algunas fosas de las numerosas creadas, y estas que fueron intentadas limpiar, se hicieron de una forma malamente y a la ligera para intentar un poco limpiar su imagen. Tal es así, que dicha limpieza no hizo efectivo que dicho petróleo siga brotando y siendo una parte más del agua contaminada de la zona.

Por lo visto anteriormente, estas técnicas y esta multinacional no pueden dejarse que actúen de una manera totalmente libre, sin importar ni una parte lo que esto pueda provocar a lo de su alrededor y al mundo en sí.

2.2.Derechos Humanos y empresas

Una cuestión fundamental por abordar es la de “empresas y derechos humanos”⁵, ya que es cierto que el Estado es partícipe del cumplimiento de dichos derechos, pero no es menos cierto que en este caso participan activamente las empresas petroleras, más concretamente la multinacional mencionada, y que estas pueden llegar a tener el mismo grado de participación en el incumplimiento de los derechos humanos aquí acaecidos o incluso tener el máximo nivel de responsabilidad.

Ya que es cierto que el Estado debe velar porque en la esfera privada no se vulneren los derechos humanos y se satisfagan de una manera libre y plena, pero en este caso hablamos de una relación existida entre un hábitat concreto del Ecuador (con sus poblaciones, su atmósfera, su fauna y flora) y la empresa petrolera, en la cual esta última no pueden dejar al arbitrio sólo del Estado la no vulneración de los derechos humanos. E incluso habrá ocasiones en que el Estado no sea el responsable de dichos actos, sino que dichos actos se encuentren afectados únicamente en la esfera privada, y no por ser en la jurisdicción propia del Estado tienen que ser automáticamente atribuidos al Estado.

2.2.1. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos

En este espacio, hay que traer a relación los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” (en adelante, principios) de las Naciones Unidas, el cual el Consejo de Derechos Humanos hizo suyo⁶. Unos principios que se hacen fuertes con unas consignas claras, que son las de proteger, respetar y remediar. Y en la que hay que tener clara la idea de que es un acuerdo que dota de esa compenetración entre Estado y empresas, en las cuales ambas tienen diferentes obligaciones, pero estas obligaciones no son excluyentes entre sí, sino que se busca esa compenetración mutua para hacer más fácil la protección a los derechos humanos.

Estos principios se podrían dividir en tres categorías: a) El deber del Estado de proteger los Derechos Humanos; b) La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos y c) El acceso a mecanismos de reparación.

En primer lugar, tenemos el deber del Estado de proteger los Derechos Humanos, si bien se tiene que decir que la empresa es responsable de estos abusos frente a los Derechos Humanos, pero sin

⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

⁶ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011.

obviar que es el propio Estado el que tiene que adoptar medidas apropiadas para el cumplimiento de dichos Derechos, ya sea previniendo, reparando, investigando o castigando dichos abusos, mediante políticas públicas que no dejen pasar por alto estos abusos. A tal efecto, el Estado debe ser claro en que en su territorio tienen que regirse a las leyes estatales e internacionales de Derechos Humanos, y que tal violación llevaría un castigo. En este caso, parece que el Estado no fue por este camino, dando vía libre a la multinacional para que operara libremente sin castigo alguno. E incluso más si cabe en este aspecto el Estado debería tener un control más exhaustivo de la causa, tratándose de un tema de interés público, y afectando a un hábitat protegida. Y un hábitat que no podemos obviar que se encuentran poblaciones no contactadas con el exterior, por lo que esto podría provocar si llegasen las petroleras sin previo aviso, como ocurrió en casos anteriores donde hubo muertes tanto de misioneros como de agentes petroleros, por lo tanto, es muy importante fomentar el respeto de los Derechos Humanos por las empresas en las zonas de conflictos.

En segundo lugar, tenemos la responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos, es decir, dichas empresas más allá de lo que digan o dejen de decir los Estados tienen la obligación de respetar los Derechos Humanos en las prácticas que lleven a cabo en sus actividades, haciendo frente a las consecuencias negativas que en consonancia con sus actos se produzcan. Todo esto independientemente del tamaño de la empresa, o de si esta empresa es nacional o no es del mismo territorio donde está llevando a cabo la actividad (como en el caso acontecido). En este caso donde opera en un espacio con una fauna y flora e incluso pueblos protegidos, se debería haber llevado a cabo auditorías para poder elegir cual era la forma más adecuada de llevar a cabo la operación con el mínimo riesgo posible, con una evaluación del posible impacto real, y su posterior seguimiento de las actividades. Incluso con una reparación si se veía que de sus actividades se producían daños frente a estos Derechos. Cosa que ni mucho menos se hizo, haciéndose únicamente la forma que más beneficios económicos extraía.

Por último, mencionar el principio de acceso a mecanismos de reparación, en los que el Estado debe poner en funcionamiento mecanismos efectivos de reparación para cuando una empresa se salte los protocolos relativos a los Derechos Humanos, por la vía judicial, administrativa, legislativa o la que corresponda, para que los afectados puedan acudir a estos mecanismos de reparación y así se comprometan a una tutela judicial efectiva. En lo que el Estado debe controlar que efectivamente se sostengan estos mecanismos de reparación y sean eficaces. Poniendo a los afectados al mismo nivel de indefensión, sin importar los millones que maneja la multinacional y los escasos recursos que manejan los afectados, los cuales esta diferencia ha sido también notable en este episodio, ya que la multinacional Chevron-Texaco ha gastado millones y millones en reunir a los mejores abogados y en montar campañas publicitarias para huir de su culpa. En cuanto a la reparación, Chevron se comprometió en hacerla pero esto quedó en una reparación que no fue para nada efectiva e incluso si se hubiera llevado a cabo esta reparación, ni siendo económica podrá pagar todo los daños producidos a nivel social y ambiental.

2.3. Derechos Humanos vulnerados

Todas estas prácticas e intenciones por la empresa mencionadas anteriormente llevan a la vulneración de diferentes Derechos Humanos de los pueblos originarios que habitan la zona explotada del Amazonas, y su zona correlativa a la cual también afecta mediante el aire y ríos.

Para empezar, dichas poblaciones que habitaban el área (un área que a priori es y debe ser protegida) ni fueron avisadas de que se iba a empezar la explotación petrolífera, por lo que las dejaron para empezar en total indefensión o manera de apelar que esto se produzca. Una vez empezadas las prácticas por la multinacional, los efectos fueron apareciendo poco a poco en la vida de estos.

Ya os podéis imaginar lo que puede afectar que las aguas sean contaminadas, ya que estos pueblos originarios, que no olvidemos que su mayoría se encuentran aislados, esta agua es fuente de su vida y la usan para todo. Pues tanto es así que muchos niños y adultos empezaron a morir repentinamente por intoxicaciones, la tierra para labrar su comida de subsistencia quedó inhabilitada debido a la mala calidad del agua, la higiene en las poblaciones provocaba graves heridas irreparables en sus habitantes, el ganado se moría igualmente al nutrirse con esta agua y estas tierras, e incluso hay que recalcar que el aire estaba igualmente contaminado debido al gas desprendido por la quema de los residuos, por lo que esto hacía aún más insostenible el día a día de los pueblos.

A todo esto, mencionado anteriormente, tenemos que mencionar que la tasa de cáncer subió notablemente, subía a ritmos disparatados, evidenciado por más de 80.000 análisis que evidencian estas sustancias tóxicas en tierra y aire. También crecen las enfermedades respiratorias, y los problemas reproductivos y circulatorios.

Con estos problemas mencionados, las poblaciones fueron disminuyendo cada vez más sus habitantes. Poniendo en contexto que cada etnia o raza indígena no cuenta con un número considerablemente alto de sus habitantes, hubo razas que incluso llegaron a desaparecer o disminuir su número en una ratio importante. Contando igualmente, que desplazaron a estas poblaciones indígenas de sus territorios ancestrales, imposibilitando totalmente su vida anterior, y perdiéndose así cultura y patrimonio del país, que fue gravemente perjudicado y pisoteado, sin importar que fueron precisamente estos pueblos los que crearon el Estado del Ecuador, y los que lucharon para que Ecuador sea un país libre actualmente.

Hay que traer a relación las palabras del abogado de la multinacional con respecto a estos pueblos originarios, en los que se refirió a ellos diciendo: “las poblaciones no deberían vivir en el Amazonas, ya que es zona petrolera”. Unas palabras denigrantes, que parece ser que son los pueblos los que estorban en este hábitat.

A raíz de esto y al ver el movimiento pasivo del Estado para parar dicha sangría, nace un movimiento de los afectados que se hacen varias preguntas: ¿Puede quedar impune todas estas

violaciones a los pueblos originarios?; ¿Dónde está la ayuda internacional frente a las violaciones de los Derechos Humanos?, ¿Puedo considerarse incluso este episodio como etnocidio en algunas poblaciones debido a su extinción por esta causa?

Por eso es importante ponderar los diferentes episodios acontecidos en este caso, y poner en duda tanto a la multinacional como al Estado, de quien actuó sin regirse al patrón reglamentario.

A continuación, estudiaremos el papel que tuvo el Estado y las diferentes sentencias judiciales que se han ido dando a lo largo del tiempo.

3. DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS

De seguida, se expondrán y analizarán aspectos importantes sobre el caso enunciado, el que se investiga la responsabilidad que le asiste a las autoridades estatales de garantizar que dentro de su territorio no se produzca acto violatorio alguno por parte de ninguna empresa, pudiéndose decir que en el caso Chevron-Texaco vs Ecuador, el Estado tiene varios apartados que dejan mucho que desear, y que hacen que el caso se convierta en un Chevron-Texaco vs Afectados, por causas que veremos más adelante.

3.1. Papel del estado en el caso acontecido

El Estado de Ecuador y la empresa petrolera, comenzaron su camino juntas en el año 1964, un camino que duraría hasta el 1990. En esta andadura, pasaron varios presidentes por el Estado, pero la relación con la petrolera no tendría muchos cambios bruscos, siendo el Estado concededor de las prácticas utilizadas por estos en la extracción y las consecuencias que tenían, sin mover ni un solo dedo para impedirlo. Este Estado queda muy marcado a lo largo de la historia de la petrolera en tierras ecuatorianas, llevando a cabo planes que poco cuidaban el suelo de su país.

Un ejemplo de ello es que no se llegaron a practicar auditorías ambientales para la perforación de los pozos ni para su cierre, sobre todo importante para esto último. Aunque Chevron tenga en su poder algunas certificaciones de los pozos cerrados de auditorías que nunca se llegaron a practicar, y aquí la pregunta es: ¿de dónde salen dichas certificaciones?, pues bien es una evidencia más de la corrupción que ha existido y sigue existiendo en el Estado ecuatoriano, y más si cabe en este caso, en el cual cada paso lleva tras de sí los intereses económicos tanto de la multinacional como del Estado, siempre dejando en un segundo o más bien tercer lugar a la población.

Uno de los episodios más negros en las relaciones Chevron-Ecuador es la firma del Acta de Liberación Final, en el que se llegó a firmar la total impunidad de la multinacional en sus actos por parte del Estado, es decir, podían operar deliberadamente de la forma que les fuera más fructífera a ellos sin importar el daño que hicieran y sin que esto les pueda ser juzgado. Un Acta que va más allá de la vulneración de los Derechos Humanos, violentando gravemente cualquier

garantía jurídica, por lo que como veremos más adelante, este Acta no puede privar sobre las vidas humanas.

A raíz de este Acta y al ver el movimiento pasivo del Estado, no hay que olvidar que este juicio es de Chevron/Texaco vs los afectados, que el Estado no forma parte de la parte actora.

También se ha de mencionar a la Procuraduría⁷ del Estado ecuatoriano, con Iñigo Salvador a la cabeza, el cual una vez sacadas a la luz tanto el laudo arbitral del tribunal arbitral de la Haya y también la sentencia del tribunal constitucional de Ecuador, parece más interesado en defender el laudo arbitral que la sentencia constitucional, y esto es muy grave, ya que se supone que debería defender sus instituciones, con sus decisiones y su constitución.

El Estado parece ponerse de parte de los afectados y demandantes, mediante una campaña que se inició, llamada “La Mano negra de Chevron”, mediante el mandato de Rafael Correa, en el que se llevaba a diferentes personalidades para que metieran la mano en los ríos contaminados por el petróleo. Pareciendo esto otro caso más de intentar evadirse del tema, poniéndose del lado de los afectados pero de forma un poco simbólica para parecer que el Estado está a su favor y así recuperar imagen y amistad con el votante.

3.2. Ponderación de sentencias a raíz de los derechos vulnerados

En este apartado, vamos a mencionar las diferentes sentencias dadas hasta el momento, y cual debería privar por encima de otra, o como los diferentes tribunales aprecian el caso de una forma u otra.

Como hemos visto en la cronología, es un caso que ha ido tomando diferentes caminos, diferentes caminos que han hecho y están haciendo del proceso que sea lento y costoso, quizás es la manera que la multinacional lo ha planteado ya que el paso del tiempo es algo a lo que pueden agarrarse. Esto es evidente, primeramente, la multinacional intenta que el caso no se lleve en New York, expresando que los tribunales ecuatorianos son los que tienen la competencia para esto. Una vez dada la razón y llevando el caso hacia Ecuador, la petrolera expresa que no está a favor de las decisiones de los tribunales ecuatorianos, al ser estos unos tribunales corruptos e ineficaces para la toma de decisiones e imparciales, por lo que nuevamente mueve sus hilos para llevar el caso al tribunal internacional de la Haya, en el cual ya deciden aceptar al darles la razón del caso. Destacar en este último laudo arbitral del tribunal de la Haya, es que no se especifica los daños morales que Ecuador debería abonar a Chevron, es decir, se deja un poco en el aire para decir que, si sigue en el caso y sigue poniéndose en contra de la multinacional, esta cuantía será superior, en cuanto si se retira y acepta, esta cuantía sería inferior.

⁷ La Procuraduría General del Estado es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por la Procuradora o Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años. Procuraduría General del Estado. República de Ecuador. Recuperado de: <http://www.pge.gob.ec/>

A raíz de estos cambios por Chevron/Texaco y sus abogados de jugar con el tiempo y con las energías y el dinero de los afectados, se ve claramente que es una estrategia de la petrolera, como lo es los diferentes casos de corrupción con jueces en los que se ha visto involucrada ésta. Aquí es donde se ve la mano negra de Chevron, que ha intentado llevar el proceso a su terreno mediante lobby, procesos arbitrales, presión política, ataque al sistema judicial ecuatoriano e incluso ataque al equipo jurídico y técnico de los demandantes.

Cosa que tampoco hay que obviar es que los afectados en su inmensa mayoría son población indígena que carece que escasos recursos económicos, por lo que se están dejando prácticamente todo lo que tienen en evitar que su pueblo sea ensuciado.

Ahora bien, llegados a este punto, tenemos un laudo arbitral en el que un tribunal internacional juzga como culpable al Estado ecuatoriano por violar el tratado de inversión⁸ firmado con la petrolera, y por otro lado tenemos una sentencia del tribunal constitucional del Ecuador que expone como culpable a la petrolera y que la obliga a hacerse cargo de los daños sociales y ambientales producidos por su mala práctica. Y aquí es donde ahora mismo está el proceso, y donde debería pararse este mismo. Han pasado ya años de estas dos decisiones, y sigue sin tomarse un camino para que esto llegue a su fin.

Traemos de nuevo a consonancia que la misma Procaduría del Estado parece más interesado en el laudo de un tribunal internacional que en una sentencia de su propio tribunal constitucional, lo cual hace que una ponderación que a priori parece clara decantarse por la soberanía del Estado, parece que se va a diluir más en el tiempo. Y ya no es solo ponderar la soberanía del Estado, llegados a este punto se está ponderando entre que tiene más valor si un laudo arbitral sobre inversiones o una sentencia constitucional sobre los Derechos Humanos, es decir, Derechos Humanos vs inversiones. Lo cual si se llega a ponderar una cosa tan básica e importante como es la protección de los Derechos Humanos, estaríamos ante un gran problema de la sociedad, y ante un episodio que podría ser marcado en negro en la historia, debido a que provocaríamos que las multinacionales por su nivel económico y de poder pudieran hacer lo que quisieran, incluso conllevando a la extinción de pueblos originarios.

4. LA EXTRACCIÓN PETROLERA LLEVADA A CONSULTA POPULAR

No podemos dejar pasar, como situación más actual, el histórico referéndum celebrado el pasado 20 de agosto de 2023, en el que se convirtió en la primera consulta popular en la que habitantes de un país votan para limitar la extracción petrolera o no en su territorio. Más concretamente, se votó

⁸ El 22 de agosto de 1993 se firma en EE.UU un tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre EE.UU y Ecuador

para frenar la explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuni⁹, en su Bloque 43, también conocido como (ITT) al ser integrado por los campos Ishpingo, Tambococha y Tiputini. Esta zona la cual tiene bastante importancia por su gran biodiversidad, fruto de esto fue declarado Reserva de la Biosfera¹⁰ por la UNESCO¹¹.

Una consulta en la que ganó el “sí” con un 58,95%¹², pero que deja un punto contradictorio y usado por algunos detractores de detener la explotación petrolera como es la victoria del “no” en la zona de Orellana y Sucumbíos, que es precisamente donde se encuentra el Parque Nacional. Esto último es muy influenciado por la costumbre que tienen estas zonas de depender del dinero que le administran las petroleras, ya que las mismas le ofrecen trabajos para los lugareños, bonificaciones económicas o incluso promesas de mejoras en las infraestructuras. Se aprovechan de la existente precariedad económica que presentan estas comunidades para “comprar su voto”. Es evidente que esto es una calamidad, que dichas comunidades tengan que depender para subsistir de destruir su entorno, por lo que debería ser analizado seriamente por parte del Gobierno de Ecuador, en busca de medidas alternativas a la extracción petrolera.

Se encontraba por un lado el interés y la necesidad de cuidar la Amazonía ecuatoriana, el pulmón del mundo, una de las biosferas más diversas del planeta, del cuidado de nuestro entorno y del evidente cambio climático al que nos estamos condenando, y al otro lado la búsqueda de una mejora económica del país en base a la extracción petrolera¹³.

Haciendo mención a la parte que está en contra de parar la extracción petrolera. Bien hay que decir a su favor que el petróleo ha significado estos últimos años un activo importante en la economía ecuatoriana¹⁴, por lo que anteponen la economía a cualquier otra característica posible. Pero también debemos mencionar que el petróleo en Ecuador económicamente hablando no ha sido del todo lo beneficioso que hubiera podido ser por diferentes circunstancias: el bajo coste que ha tenido su venta en referencia a otros países exportadores, los altos costes de producción del crudo que hacen que los beneficios no sean tan alto como mencionan algunos dirigentes y defensores de esta postura extractiva, o incluso debido a las continuas muestras de corrupción en los gobiernos y altos

⁹ Parque Nacional Yasuní se encuentra en la región amazónica ecuatoriana, en el norte del Ecuador. Está catalogada como una de las zonas con mayor biodiversidad por metro cuadrado del planeta. También posee un valor cultural excepcional. (Ver Anexo II)

¹⁰ Declarado Reserva de la Biosfera en 1989. Reserva de Biosfera Yasuní, Ecuador. UNESCO. Recuperado de: <https://es.unesco.org/biosphere/lac/yasuni>

¹¹ UNESCO= United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

¹² CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. (2023). Consulta Popular Yasuní. Recuperado de: <https://elecciones2023.cne.gob.ec/Consultas/yasuni>

¹³ Promedio diario de producción de petróleo en Ecuador es de 461,04 miles de barriles. Datos equivalentes al primer trimestre del 2023. Análisis del Sector Petrolero. Banco Central del Ecuador. [Mayo 2023] Recuperado de: <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/Hidrocarburos/ASP202301.pdf>

¹⁴ El petróleo en la economía ecuatoriana representa un 6,4 % del PIB (2021). Grupo Banco Mundial. Recuperado de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PETR.RT.ZS?locations=EC>

cargos del país, siendo esto último una constante; mencionando uno de los casos más vergonzosos de corrupción petrolera como el llevado a cargo de Howard Steven¹⁵. También se sostenía que las técnicas utilizadas para la extracción eran técnicas contrastadas para no hacer daño a la biosfera, pero esto en la realidad se queda lejos de lo previsto. Por lo que se pueden buscar alternativas que sostengan económicamente al país, y no en base a la destrucción del planeta.

También cabe mencionar que esto tiene que llevarse a cabo de una forma gradual, claro está que no se puede acabar de un día para otro la actividad (centrándonos en los presupuestos generales del Estado y en la economía del país), pero lo que está claro que es un paso importante para buscar alternativas para conseguir esa transición económica más ecológica y menos dañina.

Y, sobre todo, que no podemos poner al dinero en el centro de las decisiones, por encima de la salud, la cultura, los pueblos e incluso la vida. Sin obviar aquí el caso de que en esta zona se encuentran pueblos en aislamiento voluntario. Tenemos que mencionar en este apartado un caso de actualidad y que también tiene su roce con las petroleras y las poblaciones indígenas, en el que también se han tocado los puntos de especial protección a estas comunidades y de diferentes mecanismos que se podrían llevar a cabo y acciones que se deberían de limitar, y este es el caso “Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenae” vs. Ecuador”, en el que estos pueblos indígenas que son los últimos que quedan en aislamiento voluntario, se vieron en un conflicto entre ellos debido a la entrada cercana de petroleras cerca de su territorio ancestral, por lo que en este caso llevado a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos puede también servir de ayuda a la hora de la no vulneración de los Derechos Humanos en población indígena, más concretamente en la Nacionalidad Indígena del Ecuador, y en la que como en el caso contra Chevron, toda la población indígena se ha volcado en una sola para pedir justicia y un respeto por sus derechos y su forma de vida.

Ahora queda esperar como actuará el gobierno de Guillermo Lasso¹⁶ ante esta victoria del “sí”. Una decisión que no se ve con buenos ojos por parte de Lasso, como se ha podido comprender en unos audios¹⁷ que han salido a la luz, en el que él mismo, junto a su gabinete, discuten sobre que el parar la explotación petrolera en el Yasuní no es posible ni viable para la República de Ecuador. Más concretamente se registran las siguientes palabras: “Técnicamente tampoco es posible cerrar un pozo petrolero de la noche a la mañana. No es posible. Nos estamos yendo por el camino de es inaplicable la consulta. No es posible aplicar el sí. Comprenden que no es posible. Vamos a sostener esta posición el mayor tiempo posible”. Estas declaraciones eran de esperar, puesto que

¹⁵ Ver en las páginas 78 a 82 del libro “¿El oro del diablo? Ecuador: historia del petróleo” de RAMIRO GORDILLO G.

¹⁶ Guillermo Lasso era el Presidente de la República de Ecuador cuando se celebró dicho referéndum.

¹⁷ A dichos audios han tenido acceso CNN, a la espera de respuesta de SECOM. Cañizares, A.M. (7 de septiembre 2023). “No es posible aplicar el sí”, dice Guillermo Lasso sobre la decisión electoral de no explotar petróleo en el Yasuní. CNN Español.

la línea del gobierno era seguir explotando la zona, una línea que continuaba la misma propuesta que anteriormente llevo a cabo Rafael Correa¹⁸.

Con el mismo Rafael Correa se propuso desde el Gobierno de Ecuador que para detener esta extracción petrolera en el Yasuní era necesaria una contribución exterior, es decir, Ecuador necesitaba una compensación económica desde Organismos Internacionales a cambio de preservar el Yasuní. Una propuesta que ha sido debatida varias veces y que siguen poniendo algunos sobre la mesa como posible solución a este conflicto de intereses.

Todo hace indicar que el gobierno de Guillermo Lasso dejará que sea el próximo gobierno el que tome una decisión acerca del futuro del Yasuní, ya que se han celebrado elecciones en el país andino¹⁹, en el que Daniel Noboa²⁰ se hará cargo de la presidencia de Ecuador; pero un futuro por el que ya se ha decidido democráticamente, por lo que de una manera u otra solo queda acatarlo. Esta consulta popular puede tener un papel principal en impulsar a diversas zonas que se encuentran en la misma situación, pero eso sí, no ha sido un camino fácil, ya que se ha llevado a cabo tras iniciativa popular, más concretamente por la plataforma Yasunidos²¹, y en el que ha sido una lucha hasta llegar aquí de aproximadamente 10 años y de muchas negaciones y complicaciones para que esto siguiera adelante.

5. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del trabajo, esto es una lucha de la multinacional vs los afectados por el caso, en el que el Estado ecuatoriano ha estado dando tumbos de un lado para el otro, yendo a donde más intereses podría obtener, ya sea económicos o en forma de votos, sin importar nada la soberanía de su Estado ni los habitantes de su territorio. Lo que evidencia uno de los mayores problemas que sufre tanto Ecuador como Sudamérica hoy en día, y no es más que la corrupción existente en cada toma de decisiones, construyendo una brecha importante entre población rica y población pobre, y más si cabe con los pueblos originarios en los que cada vez más se respetan menos sus derechos y opiniones, siendo estos últimos solo valorados como simple capital humano. No hay que ver nada más que las consecuencias que todo este proyecto petrolero ha llevado tras de sí, cargándose a estas poblaciones indígenas y cargándose al Amazonas, cargándose al pulmón del mundo. Pueblos que han perdido su hábitat, población muerta, muchos otros con problemas

¹⁸ Rafael Vicente Correa Delgado es un político y economista ecuatoriano que fue Presidente de Ecuador de 2007 a 2017. Wikipedia

¹⁹ País andino al compartir la Cordillera de los Andes, junto a Bolivia y Perú.

²⁰ Daniel Noboa, elegido presidente de la República de Ecuador. Ocupará el cargo desde el 1 de diciembre de 2023 a mayo de 2025

²¹ Yasunidos es una expresión social no partidista, autónoma y autogestora. Declarándose en lucha permanente para sostener la iniciativa de dejar el petróleo bajo tierra en el Yasuní. YASUNIDOS. Recuperado de: <https://www.yasunidos.org/nosotrxs/>

graves de salud...etc; y en los que el gobierno mira hacia otro lado, primando sus intereses económicos e internacionales.

No hay que olvidar que Ecuador es un país demasiado rico, rico en cultura, en gastronomía, en naturaleza, pero a su vez es un país donde su población es pobre. Por lo que esto es fruto del mal trabajo que han hecho durante la historia sus gobernadores. No hay que obviar, ya que el tema versa sobre el petróleo, que Ecuador es y ha sido uno de los países que más ha exportado petróleo por el mundo, donde desde los años 70 la explotación petrolera se ha convertido en la base de la economía local, pero a su vez no hay que obviar tampoco que desde años atrás las petroleras en Ecuador pagaban muy poco por este petróleo (incluso mucho menos que a su vecino Venezuela), mientras acaban con la riqueza del país, el Estado recibía una miseria por esta explotación, con contratos denigrantes para el pueblo.

Al igual que, otra muestra de la corrupción petrolera del Estado ha sido el enigma de la cuantificación del volumen de las reservas de petróleo con que cuenta el país, lo que producía el manejo politiquero de las cifras, las cuales bailaban a su tenor para diferentes proyectos y beneficios.

Por lo que esto supondría dar un golpe sobre la mesa a favor de los afectados y a favor de la población indígena, que se está sumando todos a una para parar esta hemorragia permanente que sufren, ya que se trata de un tema gubernamental para que los pueblos queden indefensos, y el cual, una vez serán afectados unos pocos, pero la próxima pueden ser afectados otros, quedando igualmente sin defensa del Estado y con la multinacional provocando destrozos sin consecuencia haya por donde vayan.

Al igual que el mismo Estado del Ecuador, debería hacerse fuerte en su soberanía para no acabar siendo un país títere en el que sus tribunales no tengan eficacia alguna, y sus sentencias y jueces solo serían lícitos cuando convenga.

Esta lucha está siendo llevada a cabo por el abogado Pablo Fajardo, el cual lucha junto a la Unión de afectados por Texaco (UDAPT) y junto a las Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana. Estas últimas se dividen en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y en la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE). Pues bien, incluso intentan por parte de la multinacional quitar del medio al mencionado Pablo Fajardo, mediante amenazas o incluso mediante acusaciones falsas contra su persona, al igual que hicieron con abogados y fiscales anteriores que finalmente desistieron y abandonaron la lucha.

Ahora con el cambio de gobierno y con el “sí” ganador en la consulta popular para frenar la extracción petrolera en el Yasuní, se debería notar un cambio en este paradigma, y debe ser el inicio

hacia la transición económica menos dañina para el ecosistema, y dar un paso en frente de Ecuador para ser pionera en temas ambientales en todo el mundo, haciendo mención a que su Constitución reconoce expresamente derechos constitucionales de la naturaleza.

Antes de terminar este artículo, quisiera agradecer a las personas que, durante mi estancia en terreno en Ecuador, y en estos pueblos originarios, me han podido empapar del tema y brindado su apoyo o facilitado libros y manuales para su comprensión, al igual que sus vivencias.

Todo esto mencionando a aquellos que han formado parte con su gran ayuda y que han querido que este caso no quede en el olvido y aunque sea con esta pequeña muestra, que sea conocido por más personas y que ojalá se haga justicia con los pueblos indígenas. Ellos son Gilberto Menquino (presidente de la Nacionalidad waorani), Patricia Mencay Nenquihui (presidenta de la Asociación de Mujeres Waoranis de la Amazonía Ecuatoriana (AMWAE)), Diana (presidenta de la Asociación de Comunidades Indígenas del Ecuador (ACIA)), Cesar Cerda (alcalde del municipio de Arajuno), Erik Eduardo Tanguila López (Técnico de Comunicación del municipio de Arajuno), Franklin Qhishpi (Profesor investigador de la Universidad Nacional del Chimborazo (UNACH) en territorio waorani), Ney Jacobo Andy Aguinda (Secretario Ejecutivo del Consejo Cantonal para la Protección de Derechos del Cantón Arajuno) y todos y cada uno que con sus experiencias y sus vivencias han hecho de este proyecto un proyecto más enriquecedor y real.

También en especial mencionar a la Nacionalidad Waorani, los cuales me han brindado la posibilidad de adentrarme en su hábitat, conociendo su cultura, su forma de relacionarse y su estilo de vida propio. Al igual que al Ayuntamiento y a la población del municipio de Arajuno en Pastaza. Junto a ellos se está buscando hacer justicia con esta situación tan vulnerable de la que viven, y para frenar esto y otras posibles situaciones similares en las que los pueblos originarios estén en un escalón inferior y les sea muy difícil defenderse, se está intentando buscar la fórmula para crear un mecanismo de no afectación/cambio en los modos de vida de estas comunidades indígenas, para preservar su zona y el pulmón del mundo. Porque en contra de lo que dijo el abogado de Chevron, estos pueblos si deben y quieren vivir allí porque esta es su hábitat, por eso con los continuos cambios del mundo lo que hay que buscar es la manera de que esto sea posible, de como ellos mismos pueden autofinanciarse sin tener que recurrir a que tengan que irse de su zona por falta de recursos, por eso habría que buscar la balanza, y castigar a aquellos que con sus malas prácticas deliberadamente paguen por lo que han hecho y no se les dé la oportunidad de seguir machacando el mundo.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACNUDH. Introducción a los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Diciembre 2013.

Afanador C, M. (2002). El derecho a la integridad personal, elementos para su análisis. Reflexión Política, vol. 4, núm. 8 , 93-104

Atlas de Justicia Ambiental. Extracción de petróleo de Chevron-Texaco y caso legal, Ecuador.

Análisis del Sector Petrolero. Banco Central del Ecuador. [Mayo 2023]

Baños P. (18ª Ed.). (2021). ASÍ SE DOMINA EL MUNDO. Ariel

Becerra Mayor. T y Sánchez Arcos. C. (2015, 20 abril) El impacto de Chevron en la Amazonía ecuatoriana. Revista ANTHROPOLOGIES.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n°. 230-18-SEP-CC.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. (2023). Consulta Popular Yasuní.

Cronología de la cruda realidad del caso Chevron- Texaco. (2018, 10 septiembre) Nota de prensa de Confirmado.net.

Ecuador iniciará campaña “La mano negra de Chevron”. (2013, 1 septiembre) Nota de prensa de vanguardia.

Fajardo, P. (2022). Hilando fino, CASO CHEVRON TEXACO / Entrevistado por Páez Pérez P., Programa Hoja de Ruta. Youtube.

Grupo Banco Mundial. Rentas del petróleo (% del PIB)- Ecuador. (2021)

Hurting AK. and San Sebastian M., “Incidence of Childhood Leukemia and Oil Exploitation in the Amazon Basin of Ecuador”, International Journal of Occupational and Environmental Health, 2004 Jul-Sep;

Informe sobre el daño ambiental de Chevron en Ecuador. ¿el dinero puede remediar el daño ambiental??. Revista ECOPORTAL, (2013, 7 junio).

INREDH. Caso Tagaeri y Taromenani en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 26 octubre)

INREDH. Resumen ejecutivo, caso empresa petrolera Chevron Texaco y su contaminación en la Amazonía ecuatoriana.

Jochnick, chris. 1994 . “Violaciones de derechos en la Amazonía Ecuatoriana. Las consecuencias humanas del Desarrollo Petrolero”. Edil. CERS. Quito. Ecuador.

Johnson C. (2017). La verdad sobre el caso Chevron-Texaco. Documental por Johnson Productions.

Maldonado, A y Narváez, A. (1ª Ed.). (2003). ECUADOR NI ES NI SERÁ YA PAÍS AMAZÓNICO. INVENTARIO DE IMPACTOS PETROLEROS 1. Acción Ecológica.

Martín Beristain, C., Fernández, I. y Páez, D. (2008). Sionas, Secoyas, Cofanes, Quichuas y Waoranis

Martín, C., Fernández, I. y Páez Rovira, D., 2008 Bilbao. LAS PALABRAS DE LA SELVA. Editado por el Instituto de Estudios Sobre Desarrollo y Cooperación Internacional

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Apoyo Al Ecuador.

Paisajes YASUNI. WCS Ecuador. ecuador.wcs.org.

Ponce. I. Corte Constitucional de Ecuador exige que Chevron pague por contaminación ambiental en la amazonía. Revista MONGABAY. (2018, 13 julio).

PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas.

Procuraduría General del Estado. República de Ecuador.

Ramiro Gordillo G. (1ª Ed.). (2003). ¿EL ORO DEL DIABLO? ECUADOR: HISTORIA DEL PETRÓLEO. Corporación Editora Nacional.

Reserva de Biosfera Yasuní, Ecuador. UNESCO. Unesco.org.

SICE. Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones. 1993.

YASUNIDOS. Yasunidos.org.

7. ANEXOS

ANEXO I

Cronología caso Chevron/Texaco en Ecuador

1964: Se firma el acuerdo de concesión de exploración y explotación petrolero entre el consorcio Texaco-Gulf y la Junta Militar del Ecuador para el distrito amazónico de Ecuador, actualmente en las provincias de Sucumbíos y Orellana.

1967: Texaco-Gulf anuncia el descubrimiento de reservas en la Amazonía ecuatoriana. Durante su gestión, perforó y operó 221 pozos, construyó 22 estaciones de producción y operó 15 campos. El consorcio Texaco Gulf-Oil perfora el primer pozo comercial en la Amazonía.

1973: Texaco-Gulf perdió la mayor parte de la concesión, pero conservó el control hasta 1992; Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) entró en el consorcio con un 25% de participación.

1976: Se da un nuevo acuerdo entre el Gobierno y Texaco-Gulf. CEPE tomó el control de Gulf y se convirtió en el principal accionista del consorcio, con el 62,5%; Texaco siguió siendo el único operador de los contratos, encargado de la exploración y explotación de los campos petroleros.

1992: Texaco se retiró de Ecuador. Según los análisis realizados, la transnacional derramó alrededor de 16,8 millones de galones de petróleo 18,5 mil millones de galones de aguas tóxicas (agua de formación), 235 mil millones de pies cúbicos de gas quemados al aire libre, en los territorios que hoy ocupan las provincias de Sucumbíos y Orellana.

1993: En nombre de 30.000 personas, María Aguinda y 75 residentes de la Amazonía ecuatoriana presentan una demanda contra Texaco ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York, bajo la figura de “acción de clase”. El caso es llevado por la Corte Federal de New York que resuelve, luego de 10 años, que el proceso debe tratarse ante la justicia ecuatoriana.

1998: Bajo el gobierno de Mahuad, se Firma el “Acta final” que libera Texaco de toda obligación en el Ecuador, tras un programa de remediación muy criticado por su alcance limitado y falta de transparencia.

2001: Texaco se fusiona con Chevron Corp para formar Chevron/Texaco. Chevron asume todos los activos, pasivos y responsabilidades de Texaco.

2002: La Corte de Apelación de Nueva York envió el caso iniciado por los Afectados a Ecuador, ordenando a Texaco a someterse a la jurisdicción ecuatoriana.

2003: Afectados presentan una demanda por el daño ambiental causado por Chevron/Texaco en la Corte Superior de Nueva Loja, Sucumbíos.

2006: Gobierno ecuatoriano acusa a Chevron de fraude en su programa de remediación, mientras que el Frente de Defensa de la Amazonía pidió al Departamento de Justicia de los EEUU que investigue actos de corrupción por parte de Chevron.

2009: Chevron presentó una denuncia ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya contra el Estado ecuatoriano, en el que exigió que la sentencia de la Corte de Sucumbíos, la cual le obligaba a pagar alrededor de USD 27.000 millones a los afectados de la Amazonía, se cobre al Ecuador (Caso Chevron III).

2011: La Corte de Sucumbíos condenó a Chevron a pagar USD 9.500 millones, cifra que subió a USD 19.000 millones si la empresa no pedía disculpas públicas.

2011: Un tribunal arbitral de La Haya dictó un laudo final en el caso Chevron II, en el que ordenó al Ecuador a pagar una compensación de USD 77 millones más intereses.

2013: La Corte Suprema de los Países Bajos negó el pedido de nulidad del laudo definitivo en el caso Chevron II pedido por el Ecuador. Un juez de Corte de Columbia confirmó el fallo de La

Haya en este caso. Por otro lado, un tribunal de la Haya emitió un laudo parcial, en el que exculpó a Chevron/Texaco en el tema ambiental (Chevron III).

Noviembre 2013: La Corte Nacional de Justicia de Ecuador mantuvo la sentencia que condena a Chevron a pagar USD 9.5 mil millones de dólares para la reparación de los daños ambientales y sociales causados por sus operaciones petroleras

Diciembre de 2013: Chevron solicitó la anulación de la condena ante la Corte Constitucional.

Marzo 2014: El juez Lewis A. Kaplan, de Nueva York, dictaminó que la sentencia que condenaba a la petrolera Chevron a una indemnización multimillonaria por contaminar durante décadas una región de la Amazonía ecuatoriana fue, supuestamente, dictada de manera fraudulenta. Se trata de una decisión manifiestamente injusta, en la que el juez se extralimitó en sus competencias.

Mayo 2014: En un acto sorprendente y con mucha repercusión mediática, el buffet de abogados de los afectados, Patton Boggs, firmó un acuerdo con Chevron para terminar todo tipo de controversias entre estas entidades. Patton Boggs acordó pagar USD 15 millones por los daños causados a Chevron, su retiro de la representación a los afectados, expresar sus disculpas públicas por haberse involucrado en este caso y colaborar con Chevron para perseguir judicialmente a los afectados

Septiembre 2014: la Corte Suprema de los Países Bajos ratificó la sentencia en contra de la República de Ecuador por el caso Chevron II, determinado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, por la que el país debe abonar USD 77 millones más intereses a la petrolera Chevron por un conflicto sobre un acuerdo de concesión y explotación en la zona amazónica. El Fiscal General holandés Jaap Spier había aconsejado revertir la decisión de la Corte de Apelaciones, que en su oportunidad rechazó el pedido del Estado ecuatoriano de anular el Laudo Arbitral. Independientemente de la decisión de la Corte

Suprema del Reino de los Países Bajos, Ecuador continúa con su defensa ante la Corte de Apelaciones de Circuito del Distrito de Columbia, en donde Chevron pretende ejecutar el Laudo del caso Chevron II.

Octubre 2014: Los ecuatorianos afectados por la petrolera estadounidense Chevron-Texaco presentaron una solicitud para demandar por crímenes de lesa humanidad al gerente de esa transnacional, John Watson, y otros directivos de la transnacional ante la Corte Penal Internacional de La Haya. Se acusa que las decisiones de Watson y la compañía de no asumir sus responsabilidades causan constante sufrimiento, dolor y muerte a las víctimas de la contaminación en la Amazonía.

Noviembre 2014: El Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje, rechazó la solicitud de recusación presentada por el Ecuador en contra de los miembros del Tribunal a cargo del arbitraje de inversiones presentado por la compañía Chevron-Texaco en contra del Estado ecuatoriano, conocido como Chevron III.

Ecuador alegó que el Tribunal había tomado una serie de decisiones que violaban los derechos procesales del Ecuador y que demostraban que no estaba actuando de manera imparcial, justa y equitativa, sin embargo, se negó el pedido del Estado.

Diciembre 2014: La sentencia dictada por la Corte de apelación de Ontario el (caso Yaiguaje v. Chevron Corp.) estipula que “los demandantes ecuatorianos deben tener la posibilidad de tratar de hacer ejecutar la sentencia ecuatoriana”. Se realizó una audiencia para sustentar la posibilidad de que se ejecute en Canadá la sentencia de la justicia ecuatoriana el 11 de diciembre 2014 ante la Corte Suprema de ese país. Se espera una sentencia definitiva para la ejecución de la sentencia de Ecuador con los bienes de Chevron en Canadá durante el segundo trimestre de 2014.

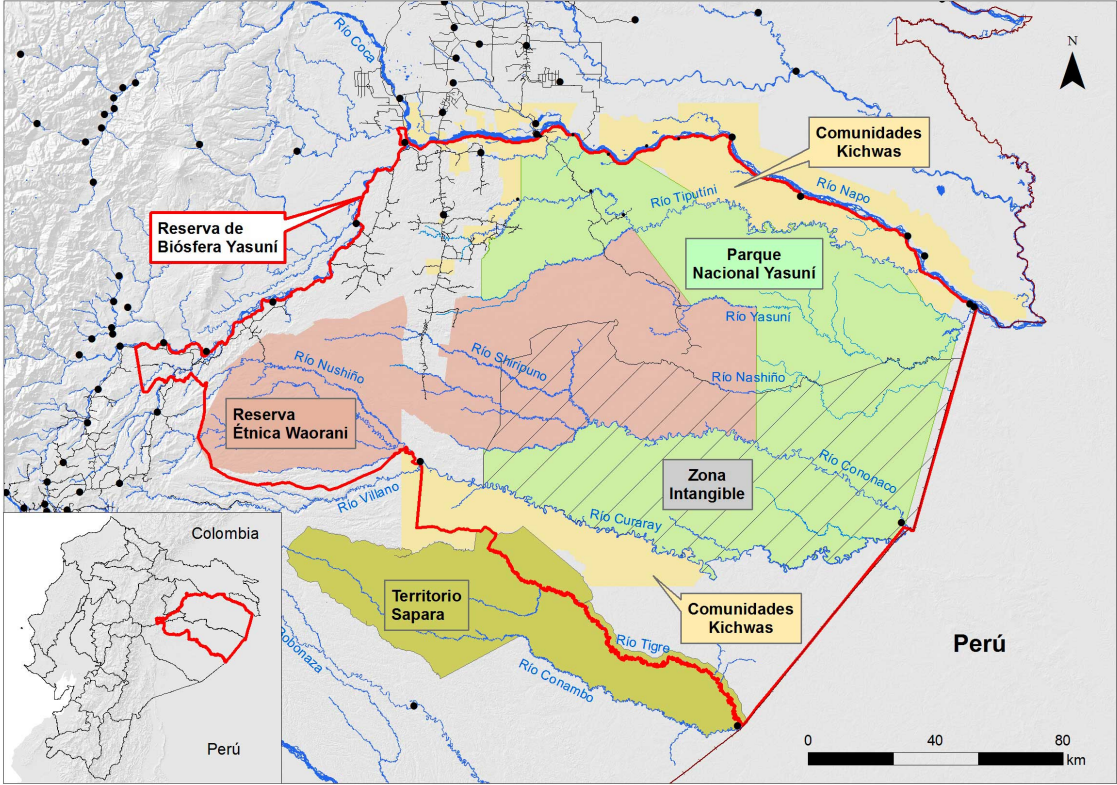
Marzo 2015: El Tribunal Arbitral de La Haya, que conoce que la demanda presentada por Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company en contra del Estado ecuatoriano, emitió una decisión concordante con los argumentos de la defensa del Estado, con respecto a la naturaleza de los reclamos presentados por los Demandantes de Lago Agrio. En su decisión, el Tribunal – constituido bajo reglas UNCITRAL– concluyó que:

1. La demanda de Lago Agrio incluye derechos individuales, lo que implica que el Acuerdo de Liberación suscrito entre el Estado ecuatoriano y Texaco en 1995, no fue impedimento para la presentación de la demanda ambiental;
2. El Tribunal de La Haya tampoco aceptó el argumento de Chevron-Texaco, relativo a un supuesto impedimento producido por el Acuerdo de Liberación de 1995 que, al constituir Cosa Juzgada, imposibilitaba el inicio del juicio de Lago Agrio; y,
3. Coincidió con el Ecuador al sostener que los reclamos en el caso Aguinda – planteado en 1993 ante las cortes de Nueva York - se refieren a derechos materialmente similares a litigados en el Caso de Lago Agrio, razón por la cual el juicio ambiental en el Ecuador es una continuación del litigio en Nueva York.

2018: Un tribunal arbitral de la Haya, dicta un laudo arbitral a favor de Chevron/Texaco, en contra del Estado ecuatoriano, diciendo que este último violó el tratado bilateral de inversiones

2018: La Corte Constitucional de Ecuador rechaza la alegación de Chevron realizada en 2013 para rechazar la sentencia de la Corte Nacional de Justicia y declara que no existe vulneración de derechos constitucionales en dicha sentencia.

ANEXO II



CONSIDERACIONES SOBRE LA TRANSPARENCIA COMO VALOR JURÍDICO AÑADIDO AL MARKETING DE LA EMPRESA ESPAÑOLA

CONSIDERATIONS ON TRANSPARENCY AS A LEGAL VALUE ADDED TO THE MARKETING OF THE SPANISH COMPANY

Manuel Palomares Herrera
Profesor Contratado Doctor
UNIR

Resumen: El presente artículo se ocupa del estudio de la transparencia en el ámbito de la empresa como valor añadido y distintivo a su plan de marketing. La transparencia se ha convertido en los últimos días en un mantra de buena administración que, a pesar de ser un concepto principalmente naciente en el sector público, ha alcanzado transversalmente al sector privado. Esta cuestión plantea algunas cuestiones importantes como: ¿debe ser obligatoria?, ¿cómo se relacionan los conceptos?, ¿Cómo se implanta?, ¿de qué y a quien informamos?, ¿Cómo lo hacemos? Obtener respuesta a estas interrogantes iniciales es elemental para que la transparencia sea realmente efectiva, un distintivo y útil para la marca. Es innegable que el potencial de la transparencia es siempre positivo, tanto para la empresa como para la sociedad, pues las empresas transparentes crean un clima de confianza, de fiabilidad, de veracidad.

Palabras clave: transparencia, marketing, sociedades, responsabilidad social, JEL: K19.

Abstract: This article deals with the study of transparency in the field of business as an added value and distinctive to its marketing plan. Transparency has become in recent days a mantra of good administration which, despite being a concept that is mainly in the public sector, has reached across the private sector. This question raises some important questions such as: should it be mandatory?, how are the concepts related ?, how is it implemented ?, what and to whom do we inform? How do we do it? Getting answers to these initial questions is essential for transparency to be really effective, a distinctive and useful for the brand. It is undeniable that the potential of transparency is always positive, both for the company and for society, as transparent companies create a climate of trust, reliability and truthfulness.

Key Word: Transparency, marketing, partnerships, social responsibility, JEL: K19.

SUMARIO.1. Introducción. 2. La previsión del cumplimiento como base jurídica que ensalza la transparencia en la empresa. 3. El valor añadido de la transparencia en la marca. 3.1 White marketing y construcción de confianza en la marca. 3.2 Desafíos y obstáculos en la implementación de la transparencia. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2011, el Ejecutivo entrante entendiendo las carencias de nuestro ordenamiento jurídico en comparación con nuestro entorno más inmediato²², promete una legislación en

²² Para comprender la influencia del Derecho Comparado en nuestro país se atienden a declaraciones internacionales, convenios europeos, directivas y legislaciones de países aledaños que llevan desarrollando esta materia desde hace

transparencia en el Sector Público que hoy entendemos puede tener bondades transmisibles a lo privado; aquello culminó con la publicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno²³ (en adelante LTBG) se marca un antes y un después en la forma de hacer las cosas. La Administración del Estado, la Autonómica y la Local ha adaptado su legislación para instalar procesos de acceso a la información. En este plano ha habilitado portales de transparencia y ha sembrado la necesidad de presentar abiertamente su gestión (retribuciones, dotaciones económicas, presupuestos etc.).

Si bien es cierta la buena fe del sector público no es menos cierta que este afán o tendencia hacia la transparencia, llamada *mainstreaming* de transparencia, viene provocada por una sucesión de casos de corrupción en el punto más álgido de la Gran Recesión Económica de 2008, lo que derivó en una exigencia social inconformista sin precedentes: la transparencia como freno a la corrupción. Aquella ley daba un plazo de 2 años para que Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) y entidades locales desarrollasen sus normativas al respecto si bien algunas CCAA ya habían tomado la iniciativa incluso antes de la ley estatal. Esta valiente disposición en afrontar una materia en la escala autonómica sin haber existido aún el debate propio en las Cortes siembra un antecedente de peso de donde se recogieron experiencias, todas ellas como avanzadilla de la LTBG. Es el caso de las Islas Baleares (Ley 4/2011 de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears), Navarra (Ley 11/2012 de la Transparencia y del Gobierno Abierto), Extremadura (Ley 4/2013 de Gobierno Abierto de Extremadura) y Galicia, aunque también posee actualizaciones al respecto tras la LTBG.

De esta última, podemos decir que fue la más antigua en abordar un concepto autonómico de “información pública” más abierto que el constitucional y que, aunque no utiliza la expresión “publicidad activa” posee formas que la asimilan²⁴. Extremadura²⁵ es la más similar a la LTBG quizás por ser de redactadas casi a la par, de las leyes, sin embargo, normas como la de Baleares se distinguen claramente de la estatal al diferenciar entre el ámbito administrativo (publicación de la su actividad, especialmente la contractual) y el ámbito político (donde entraría la prevención de conflictos de interés registro de actividades y otras medidas de buen gobierno). De las leyes Balear

más de 30 años de media, señalando el hito más antiguo en la Ley Sueca de Transparencia de 1766. (Palomares Herrera. 2017, 124).

²³ Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, páginas 97922 a 97952.

²⁴ “...somete a publicidad la programación anual y plurianual, contratos públicos, convenios de colaboración, concesiones de servicios y actividades de fomento” (*La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, 2016, p. 14).

²⁵ “En este sentido cabe mencionar la legislación de la Comunidad Autónoma de Extremadura como consecuencia de la implantación del buen gobierno y que ha tenido su plasmación en la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y en el Decreto 3/2015, de 27 de enero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la misma”. (*La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, 2016, p. 154).

y de la de Gallega comentar que recogen premisas y reminiscencias de la extinta Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas²⁶ (LRJPAC) pero no recogen un procedimiento de derecho de acceso a la información pública propiamente dicho, como sí hace la ley navarra²⁷ a pesar de que su procedimiento de revisión de resoluciones en materia de derecho de acceso no cuenta con un órgano como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno²⁸ y se basa en el sistema de recursos establecido en la LRJPAC.²⁹

A renglón seguido ha de atenderse a la ubicación del marco jurídico de la empresa a nivel general, el cual se halla en el Código de Comercio aprobado por Real decreto de 22 de agosto de 1885³⁰ y a nivel específico en la Ley de Sociedades del Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio³¹ entre otras normas tributarias³², de protección de datos³³, la Ley de marcas³⁴, ordenanzas municipales, de licencias entre otras muchas.

A partir de aquí, comienza en la sociedad el desarrollo de una serie de mecanismos que apliquen la transparencia y la rendición de cuentas más allá de lo público. Así encontramos que aparecen ONG, fundaciones, fondos de inversión, colegios y bancos con portales de transparencia y en un último paso, grandes empresas que alardean la información económica de trascendencia. Ya descrito el contexto jurídico en que se ubica el estudio, observaremos la implantación y beneficios de esta aplicación de mecanismos transparentes objeto del artículo para demostrar el valor agregado adicional que adquieren los bienes y servicios al ser transformados durante el proceso productivo con la transparencia (Courbois y Temple, 1975, p. 100).

²⁶ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, páginas 40300 a 40319.

²⁷ Se dice que es la norma que más y mejor desarrolla la LTBG en (*La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, 2016, p. 163).

²⁸ Disponible en: http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/index.html (Consultado el 4/04/2017)

²⁹ Ya, después del año 13, con la entrada en vigor de la LTBG se publicó el resto de normas autonómicas de acceso y transparencia en Andalucía (Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública), La Rioja (Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno), Aragón (Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana), Comunidad Valenciana (Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana), Canarias (Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública), Murcia (Ley 7/2016, de 18 de mayo, de Reforma de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana), Castilla y León (Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación) Cataluña (Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) y Galicia (Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno) con excepciones como Madrid que deposita las competencias de transparencia y acceso al Consejo Consultivo Autonómico²⁹ o Cantabria, Asturias y Castilla La Mancha que las tienen anteproyectadas.

³⁰ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

³¹ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

³² BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

³³ BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999.

³⁴ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

2. LA PREVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO COMO BASE JURÍDICA QUE ENSALZA LA TRANSPARENCIA EN LA EMPRESA

Si la transparencia conlleva un conjunto de actuaciones consistentes en recoger información y plasmarla de forma comprensible y accesible de cara al exterior (establecimiento de portales, responsabilidad orgánica de un Consejo, información a publicar, obligados, sanciones y otras medidas) hemos de señalar realmente el boom³⁵ de medidas similares extrapoladas a la empresa en Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³⁶ de reforma del Código Penal que instauraba la responsabilidad criminal para la persona jurídica por vez primera.

Ante el temor de incurrir en ilícitos penales³⁷ aparece de inmediato la preocupación de la persona jurídica en cumplir con la legalidad aplicable al sector en que desarrolla su actividad, donde encontramos dos instrumentos de autocontrol. En primer lugar, los denominados “*business ethics*”, “*integrity codes*”, “*codes of conduct*” o “*corporate social responsibility*” y por otro lado el establecimiento de la obligación de que las personas jurídicas contemplen nuevos sistemas de control internos, denominados “*programas de compliance*”, “*risk management*”, “*value management*” y “*corporate governance*”.³⁸

Estos programas de *compliance* han tendido a garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa cumplan con los mandatos y las prohibiciones penales y que, en caso de infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción. En consecuencia, si la mercantil ha implementado de manera efectiva todos los elementos de autocontrol tendentes a prevenir eficazmente la comisión de actos delictivos, la colaboración de la mercantil con la nueva exigencia legal supondrá la rebaja o exoneración de la responsabilidad o culpabilidad de la empresa en el hecho delictivo objeto de investigación penal.

Es decir, que si se han adoptado las medidas de control eficaces y legalmente exigibles no cabe atribuir responsabilidad penal alguna a la persona jurídica y, además, en virtud del art. 31 bis del Código Penal³⁹ (CP) cualquier responsabilidad penal será atenuada si dichas medidas de control han sido adoptadas antes del correspondiente juicio oral, y resultan eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Además, previene el art. 31. *quater* en su precepto d) que “*podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades...Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”.

³⁵ “Los negocios están operando en una era de la transparencia” Cabrera, J. (2008): Blog Innovación en la gestión. Disponible en: <http://blog.cabreramc.com/2008/10/09/la-transparencia-es-clave-para-el-futuro-de-nuestras-> .

³⁶ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176.

³⁷ Art. 31 CP “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente”.

³⁸ Wieland, J. (2005): “Corporate governance, values management, and standards: a European perspective”. *Business & Society*, nº 44 (1), p. 75.

³⁹ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Puede decirse que la transparencia en los mecanismos que asume la empresa supone esa “*medida eficaz para prevenir*” que nos indica el texto legal en el cual pueden prevenirse delitos socio económicos esencialmente (desde el art. 234 hasta el 304 CP). Es evidente que la transparencia, en lo referente a alardear y publicar documentos contractuales, tributarios, actas y otras, es un elemento disuasorio importante que afectará a todo sujeto que pretenda incurrir en defraudaciones (art. 248 CP y ss.), administración desleal (art. 252 CP y ss.) o alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP y ss.).

La transparencia no es un fin en sí misma, sino un medio para conseguir un entorno de confianza dentro de las organizaciones⁴⁰, por eso, hablamos de plan de transparencia cuando nos referimos al conjunto de definiciones corporativas que tienden a señalar el compromiso de la misma con los estándares de legalidad por medio de la publicación de información. A tenor de lo anterior, puede marcarse una política de transparencia que defina su plan de actividades al respecto, un código ético y una vía de transparencia en el organigrama como una comisión que se responsabilice de esta labor.⁴¹

El hacer más atractivo un producto o servicio garantizando la probidad como elemento que le es propio es, según Cabrera (2008), “*un intento deliberado por parte de la organización de crear un entorno de confianza en el que promocionar el acceso libre a la información, la comunicación abierta y la participación de todos los profesionales en la toma de decisiones*”. La transparencia del sector privado o corporativo que el CERSE⁴² define como aquella que “*permite a una persona razonablemente informada la toma de decisiones, generando credibilidad hacia la empresa u organización*” requiere que las empresas proporcionen toda la información relevante y relacionada con las políticas y actuaciones de responsabilidad social. La transparencia persigue dos objetivos. Así, la transparencia se vincula al marketing como medio para la rendición de cuentas. Los clientes y usuarios tienen expectativas que la empresa debe satisfacer, justificando sus acciones ante otros. En caso contrario, puede sufrir consecuencias no favorables. En segundo lugar, la transparencia permite el desarrollo, o sea, que los actores identifiquen las mejores prácticas de otros y las adapten a su propia organización⁴³. Este segundo aspecto es muy importante, porque permite que las empresas y los grupos de interés aprendan las unas de los otros.

3. EL VALOR AÑADIDO DE LA TRANSPARENCIA EN LA MARCA

Desde el márketing, la transparencia es un concepto que se utiliza para describir la cualidad de la honestidad en las acciones empresariales. Dentro del área de marketing, la transparencia es una estrategia que cada vez ha ido adquiriendo más valor, ya que se centra en la honestidad y

⁴⁰ *Op cit.*

⁴¹ Esta unidad, bien sumada al equipo delegado de protección de datos o al de asesoría jurídica y *compliance*, sería aquel encargado de la llevanza de solicitudes de información, del seguimiento del código ético y del portal de transparencia. En este, se ubican desde informes, auditorías, documentos tributarios, constitutivos, declarativos, contabilidad y otros comunicados que se preste.

⁴² CERSE. (2011): Transparencia, comunicación y standards de los informes y memorias de sostenibilidad.

⁴³ Hess, D. (2008): “The three pillars of corporate social reporting as new governance regulation: disclosure, dialogue and development. *Business Ethics Quarterly*”, 18(4), p. 14.

compromiso constante de la comunicación de una marca, ayudando así a construir marcas auténticas en un mundo donde la desconfianza es común.⁴⁴

En un mundo donde los consumidores son cada vez más críticos y desconfiados, el marketing de la transparencia puede ayudar a las marcas a ganarse la confianza y lealtad de sus clientes. La autenticidad y la honestidad son clave para construir relaciones sólidas y duraderas con los consumidores. Y es que en la era de las redes sociales y las revisiones en línea, la falta de transparencia puede dañar la reputación de una empresa en cuestión de minutos. Por otro lado, las empresas transparentes pueden aprovechar el boca a boca positivo y construir una comunidad de clientes defensores; por lo que el marketing no solo es una tendencia, sino una necesidad en la actualidad pues las empresas que la adoptan no solo ganan la confianza de los consumidores, sino que también se posicionan como líderes éticos y responsables en sus industrias.

3.1. *WHITE MARKETING* Y CONSTRUCCIÓN DE CONFIANZA EN LA MARCA

A raíz del surgimiento de la transparencia como un valor cada vez con más peso, nace un concepto denominado, *White Marketing*, un anglicismo acuñado por el publicista Roberto Blanco Brime que ayuda a los clientes a comprobar que el marketing y la publicidad que están pagando, tiene un sello de calidad, transparencia, ética, responsabilidad y eficacia publicitaria.

La construcción de la confianza es un elemento fundamental en el marketing. Es esencial para establecer relaciones sólidas con los clientes, reducir la percepción de riesgo, fomentar la lealtad y crear una marca sólida y confiable en el mercado. Esto puede traducirse en un aumento en las ventas, el éxito a largo plazo de una empresa o mejorar la comunicación interna de la empresa y estimular el espíritu de equipo y para apoyar metas corporativas comunes más allá de las fronteras. Empresas tales como Citibank, Air Canada, Marriott o Starbucks, donde personal de diferentes culturas, que habla distintos idiomas, debe trabajar en conjunto para crear niveles consistentes de servicio, y gracias a este factor, ha hecho que sea esencial para el éxito de la empresa.⁴⁵

- Fomenta las Relaciones a Largo Plazo: Cuando una marca o empresa genera confianza en sus clientes, es más probable que estos permanezcan leales a la marca a lo largo del tiempo. Esto significa ingresos recurrentes y relaciones comerciales duraderas.
- Reduce la Percepción de Riesgo: Los consumidores suelen sentir que comprar un producto o servicio conlleva un cierto nivel de riesgo, como la insatisfacción o el arrepentimiento del comprador. La confianza en la marca disminuye esta percepción de riesgo, lo que facilita la toma de decisiones de compra.

⁴⁴ El concepto de transparencia vinculado al marketing tiene mucho que ver con la responsabilidad corporativa iniciada en los años cuarenta, con los estudios de los profesores americanos Kreps y Howard Bowen. Kreps por un lado buscaba medir la contribución de las empresas en áreas como salud, educación e innovación. Bowen por otro desarrolló un sistema para evaluar el rendimiento de las corporaciones en aspectos como los salarios y las relaciones humanas.

⁴⁵ LOVELOCK CHRISTOPHER y WIRTZ JOCHEN. (2009) : Marketing de servicios: personal, tecnología y estrategia. (6ª edición). Pearson, p. 11.

- Facilita las Recomendaciones: Los clientes satisfechos y que confían en una marca son más propensos a recomendarla a amigos y familiares. Esto se traduce en publicidad boca a boca positiva, que es extremadamente valiosa en marketing.
- Incrementa la Lealtad: La confianza es un factor clave para mantener a los clientes fieles. Cuando los consumidores confían en una marca, es menos probable que se vean tentados por la competencia.
- Mejora la Percepción de Calidad: La confianza también está relacionada con la percepción de calidad. Los consumidores tienden a creer que una marca en la que confían ofrece productos o servicios de alta calidad.
- Aumenta la Tasa de Conversión: La confianza puede impulsar la tasa de conversión en el marketing digital. Los visitantes de un sitio web confiable son más propensos a realizar compras o proporcionar información personal.
- Reparación de Errores: Cuando una empresa comete un error o tiene un problema con un cliente, una sólida base de confianza puede ayudar a mitigar el impacto negativo. Los clientes confiados en la marca son más comprensivos y están dispuestos a dar segundas oportunidades.
- Construye una Marca Sólida: La confianza es un pilar fundamental para construir una marca sólida y reconocida en el mercado. Una marca de confianza atrae a nuevos clientes y refuerza su posición en la mente de los consumidores.

Además, la sinergia entre la fidelización de clientes⁴⁶ y el fortalecimiento de la reputación de marca⁴⁷ es un aspecto fundamental en la estrategia de cualquier empresa. Cuando se logra una conexión efectiva entre estos dos elementos, se pueden obtener resultados significativos en términos de crecimiento y éxito empresarial. En este sentido hemos de aludir a Patagonia, la icónica empresa de ropa *outdoor*; se ha destacado por su compromiso con la transparencia en el marketing. Su enfoque va más allá de simplemente vender productos; se trata de promover un estilo de vida sostenible y consciente del medio ambiente.⁴⁸

La empresa de ropa *outdoor*; es un ejemplo destacado de transparencia desde la perspectiva del derecho. La compañía se ha comprometido a proporcionar información detallada sobre el impacto ambiental de sus productos, incluyendo la huella de carbono y el uso de materiales sostenibles. Esta transparencia no solo cumple con las regulaciones legales, sino que también refleja los valores fundamentales de la empresa y atrae a consumidores conscientes del medio ambiente. La transparencia en el mundo empresarial es una tendencia que seguirá siendo fundamental en el futuro, y empresas como estas que decidan abrazar esta tendencia en el futuro,

⁴⁶ La fidelización de clientes se refiere a la capacidad de una empresa para retener a sus clientes existentes a largo plazo. Esto se logra a través de la creación de relaciones sólidas y duraderas con los clientes, ofreciendo productos o servicios de calidad y brindando un excelente servicio al cliente. Cuando los clientes están satisfechos y se sienten valorados, son más propensos a seguir comprando a la misma marca en lugar de buscar alternativas.

⁴⁷ El fortalecimiento de la reputación de marca se trata de construir una imagen positiva y sólida de la empresa en la mente de los consumidores y en la industria en general. Esto implica mantener una presencia positiva en los medios de comunicación, participar en actividades de responsabilidad social corporativa y garantizar que la empresa cumpla con sus promesas y valores.

⁴⁸ Disponible en: <https://www.patagonia.com/> (consultado el 17 de diciembre de 2023).

estarán en una posición sólida.⁴⁹ Aquí se detallan algunas de las estrategias y prácticas clave de transparencia utilizadas por Patagonia:

- *The Footprint Chronicles* es una iniciativa de Patagonia que rastrea y comparte abiertamente la historia de producción de sus productos. Los consumidores pueden ingresar el número de identificación de un producto en su sitio web para conocer su origen y los impactos ambientales asociados. Esta transparencia permite a los consumidores tomar decisiones informadas y contribuye a la confianza del cliente.
- Patagonia ha sido pionera en la adopción de prácticas sostenibles en su cadena de suministro. La empresa utiliza materiales reciclados y orgánicos, y se enorgullece de su compromiso con la reducción de su huella de carbono. Esta información se comparte en su sitio web y en las etiquetas de los productos, lo que permite a los consumidores respaldar sus valores de sostenibilidad al comprar sus productos.
- La empresa dona el 1% de sus ventas a organizaciones ambientales y está involucrada activamente en campañas de defensa del medio ambiente. Patagonia utiliza su plataforma y recursos para promover el activismo y llama a sus clientes a unirse a la causa. Esta autenticidad y compromiso contribuyen a su imagen de marca y a la lealtad del cliente.

Otro modelo de líneas protransparencia empresaria es Buffer, una empresa *de software* de gestión de redes sociales, es conocida por su enfoque innovador y transparente en el marketing, ha sido un pionero en la transparencia en el marketing, publican detalles sobre los salarios de sus empleados, informes de ingresos y gastos, así como las decisiones internas de la empresa en un blog de transparencia⁵⁰. Esta apertura ha ganado la confianza de sus clientes y ha establecido un estándar en la industria del *software*.⁵¹ A continuación se detallan algunas de las estrategias y prácticas clave:

- Buffer mantiene un blog de transparencia en el que comparten detalles financieros y operativos de la empresa. Esto incluye informes de ingresos y gastos, métricas de usuario, salarios de los empleados, decisiones internas y más. La información es actualizada regularmente y se encuentra disponible públicamente para cualquier persona interesada. Este enfoque se basa en la creencia de que compartir información abiertamente es beneficioso para la empresa y construye confianza.
- "Open Salaries", un concepto que implica la publicación de salarios de todos los empleados en su blog de transparencia. Esto incluye información detallada sobre cómo se determinan los salarios y las revisiones salariales. Este enfoque promueve la equidad y la confianza en la empresa y, según Buffer, ha llevado a una mayor satisfacción y retención de empleados.
- Filosofía de "Transparencia Radical", que significa que buscan compartir incluso los aspectos internos de su empresa que normalmente se mantendrían en secreto. Esto incluye discutir los desafíos, los errores y las lecciones aprendidas. La empresa ve esto como una oportunidad para aprender de la comunidad y mejorar constantemente.

⁴⁹ Chouinard, Y. (2006). *Let My People Go Surfing: The Education of a Reluctant Businessman*. Penguin, p. 7.

⁵⁰ Disponible en: <https://open.buffer.com> (consultado el 17 de diciembre de 2023).

⁵¹ Hock, D. W. (2019). *Openness: The Philosophy and Practices of Open Companies*. Greenleaf Book Group Press.

Estos dos casos demuestran cómo la transparencia en el marketing no solo construye la confianza del cliente, sino que también se convierte en un elemento central de la cultura empresarial. Las estrategias de transparencia de Patagonia y Buffer han establecido un estándar en sus respectivas industrias y han demostrado que la honestidad y la apertura pueden ser poderosas herramientas de marketing.

3.2. DESAFÍOS Y OBSTÁCULOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA TRANSPARENCIA

Las resistencias u obstáculos que plantea el actual plantel nos enfocan a delimitar los riesgos asociados del márketing a la transparencia para tener un diagnóstico inicial. Y es que la transparencia en el marketing es ampliamente reconocida como una estrategia efectiva para construir la confianza del consumidor y mejorar la reputación de una empresa. Sin embargo, la transparencia excesiva, aunque menos común, puede plantear ciertos riesgos y desafíos para las empresas.⁵² A continuación, exploramos algunos de los riesgos asociados con una transparencia excesiva en el ámbito del marketing:

- La revelación excesiva de información confidencial o estratégica puede resultar en la pérdida de una ventaja competitiva. Cuando una empresa comparte demasiados detalles sobre sus estrategias, procesos internos o próximos lanzamientos de productos, corre el riesgo de que la competencia utilice esta información en su propio beneficio.
- La transparencia excesiva puede llevar a una sobrecarga de información que confunde a los consumidores. Cuando una empresa comparte una gran cantidad de datos, detalles y métricas, los consumidores pueden sentirse abrumados. Esto puede dar lugar a una experiencia del consumidor negativa y dificultar la toma de decisiones.
- Está más expuesta a la crítica pública. Los consumidores y críticos pueden examinar minuciosamente cada aspecto de la empresa y señalar cualquier fallo. Esto puede generar una reacción exagerada en las redes sociales o en los medios de comunicación, lo que a su vez puede dañar la reputación de la empresa.
- La transparencia excesiva implica la divulgación de una gran cantidad de datos, lo que puede hacer que una empresa sea más vulnerable a ataques cibernéticos. La exposición de información confidencial o personal de los clientes puede atraer la atención no deseada de hackers y ciberdelincuentes. La pérdida de datos puede tener consecuencias graves, incluyendo sanciones legales y daño a la reputación.
- Los clientes pueden esperar un nivel constante de divulgación de información detallada, lo que puede requerir recursos significativos en términos de tiempo y esfuerzo. La incapacidad para cumplir con estas expectativas puede llevar a la insatisfacción del cliente.

Por otro lado, el cumplimiento de regulaciones y normativas en el ámbito de la tendencia de la transparencia del marketing es de vital importancia para la adhesión a las leyes y regulaciones paralelas a las buenas prácticas éticas y legales. Además, cumplir con estas regulaciones y

⁵² Smith, J. (2021). Desafíos y Obstáculos en la Implementación de la Transparencia en el Marketing Empresarial. Editorial Académica.

normativas es fundamental para evitar sanciones legales, multas y daños a la reputación como vimos *ab initio*.

Así, al abordar la transparencia en el marketing observamos anclajes jurídicos⁵³ de interés como las leyes de Protección al Consumidor como la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que requieren que las empresas proporcionen información precisa y transparente sobre sus productos y servicios. Precios, garantías, políticas de devolución y cualquier otra información relevante para los consumidores, pero también las regulaciones de publicidad establecen pautas sobre la publicidad honesta y no engañosa. Esto incluye la divulgación de relaciones comerciales, testimonios reales y representaciones veraces de productos y servicios. En España se regula a través de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁵⁴ o el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en la UE es un ejemplo destacado. Y finalmente la accesibilidad web es importante en la transparencia en línea. Las regulaciones como las Pautas de Accesibilidad al Contenido Web (WCAG) garantizan que las empresas proporcionen un acceso equitativo a sus sitios web y contenidos en línea.

Si a continuación nos referimos a las estrategias para implementar la transparencia en el marketing hemos de indicar que los usuarios demandan responsabilidad social por parte de las empresas y buscan además que haya transparencia en sus actos con la *técnica transparency marketing* o transparencia empresarial cobra aquí más importancia que nunca como muestra el Pacto Mundial de la ONU para ESG.⁵⁵

Para comenzar, adoptar una comunicación clara y directa, no solo construye transparencia, sino que también fortaleces la conexión con tus clientes al ofrecer información que les ayuda a tomar decisiones informadas. Para ello, utilizaremos un lenguaje claro, sencillo y fácil de entender, adaptando el mensaje cuando sea necesario. Centrándonos en utilizar una forma de comunicación proactiva, donde nos anticiparemos a las posibles dudas e inquietudes de las personas, con canales de comunicación abiertos y fomentando el *feedback* con los usuarios y la comunidad. En el caso de los productos o servicios, detallaremos la información lo máximo posible, desglosando sus características, beneficios y limitaciones de forma clara.⁵⁶

En segundo lugar, parece necesario poder tener un medio de medición del éxito de una Estrategia de Marketing Transparente para entender cómo impacta en la percepción del cliente y en los

⁵³ Además de las regulaciones legales, existen códigos de ética publicitaria que promueven la honestidad, la integridad y la transparencia en la publicidad. Por ejemplo, el Código de Publicidad del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR) en España.

⁵⁴ Muchas industrias tienen normas específicas para la publicidad y el marketing. Por ejemplo, la industria farmacéutica tiene pautas estrictas para la divulgación de información en la promoción de medicamentos.

⁵⁵ Disponible en: <https://www.pactomundial.org/noticia/el-valor-de-la-transparencia-empresarial-corrupcion/> (consultado el 17/12/2023).

⁵⁶ Baraibar Diez, E. P. (2013). Contextualización de la transparencia en la integración de los elementos de la comunicación empresarial y aplicaciones empíricas de la transparencia social.

resultados de tu negocio como lo son los indicadores clave de rendimiento (KPIs).⁵⁷ Finalmente, señalar el papel de la responsabilidad social corporativa que parece indicar que aquellos factores que la apliquen obtendrán a futuro resultados más positivos en numerosos ámbitos de tu negocio como indica.⁵⁸

4. CONSIDERACIONES FINALES

En primer término, a modo de conclusión, podemos afirmar que la transparencia es un mecanismo de prevención de delitos y que avala a la persona jurídica en su cumplimiento de la normativa penal en su responsabilidad criminal recientemente incorporada. Además, la incipiente transversalización de la transparencia ha llegado al sector privado de la mano del marketing para hacer un plus o un distintivo de compromiso social de responsabilidad corporativa a la *personal branding* de la empresa.

Como profesional especializada en el campo del marketing, con un enfoque particular en el marketing digital, he llegado a tres conclusiones significativas después de realizar una exhaustiva investigación sobre la legitimidad del marketing en los negocios y los beneficios derivados de la aplicación de la destacada técnica conocida como marketing de transparencia, también referido como *transparency marketing*. Asimismo, he evaluado el impacto continuo que estas técnicas tendrán en nuestra sociedad, especialmente en los consumidores de determinadas marcas.

En primer lugar, en el ámbito de las leyes y los derechos del consumidor, se ha observado un progresivo aumento en la adquisición de derechos por parte de los consumidores para acceder a información específica que, en años anteriores, parecía inalcanzable. Desde el modelo de producción utilizado por ciertas marcas hasta los porcentajes reales de las materias primas en productos alimenticios, los consumidores ahora tienen mayores prerrogativas. Este aumento de derechos impulsa una ampliación significativa en la incorporación de nuevas estrategias y estilos de comunicación por parte de los departamentos de marketing, destacándose la relevancia del *transparency marketing*, también conocido como *White Marketing*.

⁵⁷ V.G: -Índice de Confianza del Cliente: Encuestas regulares para medir la confianza del cliente en tu marca y productos. Preguntas sencillas, como "¿Confía en la información proporcionada por nuestra empresa?", pueden proporcionar datos valiosos.

-Tasa de Conversión: Mide la proporción de visitantes que realizan una acción deseada, como realizar una compra o registrarse. Una tasa de conversión sólida puede indicar que la transparencia está generando confianza y motivando a la acción.

-Participación en Redes Sociales: Analiza la participación en las distintas plataformas de redes sociales, como Instagram o Facebook, incluyendo me gusta, comentarios y compartidos. La interacción positiva puede indicar que tus mensajes transparentes están resonando con tu audiencia.

-NPS: Mide la disposición de los clientes a recomendar tu marca a otros. Un aumento en el NPS puede indicar que la percepción del cliente sobre tu marca está mejorando.

-Calificaciones y Reseñas: Examina las calificaciones y reseñas en plataformas online y en Google my business. Un aumento en las reseñas o calificaciones positivas y comentarios puede ser un indicador de una estrategia de transparencia exitosa.

⁵⁸ Retolaza, JL, San-José, L., & Ruiz-Roqueñi, M. (2016). Marketing y Responsabilidad Social Empresarial: Comunicación y Estrategias para la Sostenibilidad . Editorial UOC.

En la actualidad, vivimos en un mundo que experimenta más de 60,000 impactos diarios, lo que hace que captar la atención con anuncios o marcas tradicionales sea cada vez más difícil. Los consumidores han experimentado un cambio sustancial en sus patrones de consumo, orientándose hacia valores y emociones, especialmente las generaciones más jóvenes como los *millennials*, *la generación Z* y *la generación Alfa*. Estas cohortes demográficas buscan marcas que sean transparentes y que compartan su perspectiva de vida de una manera siempre positiva.

En este contexto, la evolución futura del marketing se centrará en la implementación de la transparencia como piedra angular de una marca, con estrategias adicionales que abracen esta filosofía de marca. Ejemplos de estas estrategias incluyen el *Inbound Marketing* y las técnicas de marketing creativo, que se aplicarán de manera integral para fortalecer la conexión entre la marca y sus consumidores. Esta evolución busca establecer una conexión más profunda y auténtica con los clientes, alineando la marca con sus valores y expectativas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Timón A. (2012): “El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27.
- Aranda Álvarez E. (2013): “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 5, pp. 214-230.
- Baraibar Diez, E. P. (2013). Contextualización de la transparencia en la integración de los elementos de la comunicación empresarial y aplicaciones empíricas de la transparencia social. Buffer: <https://open.buffer.com/> [10-11-2023]
- Byung-Chul, H. (2013): *La sociedad de la transparencia*, Editorial Esencial, Madrid.
- Cabrera, J. (2008): *Blog Innovación en la gestión*. Disponible en: <http://blog.cabreramc.com/2008/10/09/la-transparencia-es-clave-para-el-futuro-de-nuestras->
- CERSE. (2011): Transparencia, comunicación y standards de los informes y memorias de sostenibilidad.
- Chouinard, Y. (2006). *Let My People Go Surfing: The Education of a Reluctant Businessman*. Penguin.
- Cohen, E. (2014): *CSR-reporting*. Recuperado el 2015, de <http://csr-reporting.blogspot.com.es/2014/01/gri-vs-iirc-vs-sasb-round-nine-all-lose.html>
- Courbois, R.; Temple, P. (1975): “La methode des ”Comptes de surplus” et ses applications macroeconomiques. 160 des Collect”, *INSEE*, Serie C, n° 35.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 10/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor.
- García Vega, M. A. (23 de Abril de 2014). Transparencia obligada. El país.
- Garrigues Walker, A., Lizcano Álvarez, J. Sánchez Lambás, J. Villoria Mendieta, M. (2012): *La Ley de Transparencia, solo el primer paso*, diario EL PAIS, 5 de abril de 2012.
- Guichot, E.(2011): “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”. *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, N° 170.

- Hess, D. (2008): “The three pillars of corporate social reporting as new governance regulation: disclosure, dialogue and development. *Business Ethics Quarterly*”, 18(4), 447-482.
- Hock, D. W. (2019). *Openness: The Philosophy and Practices of Open Companies*. Greenleaf Book Group Press.
- Kelly, G. y Muers, S. (2002): *Creando Valor Público. Un marco analítico para la reforma del servicio público*, Cabinet Office, Londres.
- La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016
- LOVELOCK CHRISTOPHER y WIRTZ JOCHEN. (2009) : *Marketing de servicios: personal, tecnología y estrategia*. (6ª edición). Pearson.
- Lucía Alejos, C. (2015): “Transparencia: Fuente de confianza en la empresa”, *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, nº 27. <http://www.iese.edu/Aplicaciones/upload/catedralacaixavol27.pdf>
- Palomares Herrera, M. (2017): “Comparative study on transparency and right of access in the international sphere and its influence in Spain”. *Ius Humani. Law Journal*. v. 6, p. 123-153. Patagonia: <https://www.patagonia.com/> [10-11-2023]
- Perramon, J. (2013). La transparencia: concepto, evolución y retos actuales. *Revista de contabilidad y dirección*, 16, 11-27.
- Razquin Lizarraga, M. (2013): *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid.
- Retolaza, JL, San-José, L., & Ruiz-Roqueñi, M. (2016). *Marketing y Responsabilidad Social Empresarial: Comunicación y Estrategias para la Sostenibilidad*. Editorial UOC.
- Rivero Torre, P. (2005): “Responsabilidad social y gobierno corporativo: información y transparencia”. *Revista asturiana de economía*, nº 34, 9 -29.
- Smith, J. (2021). *Desafíos y Obstáculos en la Implementación de la Transparencia en el Marketing Empresarial*. Editorial Académica.
- Solimano, A., Tanzi, V. y Del Solar, F. (2008): *Las termitas del Estado: ensayos sobre corrupción, transparencias y desarrollo*. Fondo de Cultura Económica.
- Testera Fuentes, A. (2013): *Análisis de los factores determinantes de la transparencia en RSC en las empresas españolas cotizadas*. Intagible Capital.
- Villoria Mendieta, M.; Jiménez, F. (2012): “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, 2012, vol. 138, no 1, pp. 109-134.
- Wieland, J. (2005): “Corporate governance, values management, and standards: a European perspective”. *Business & Society*, nº 44 (1), 74-93.

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS HUMANOS

Paula de la Cruz Rodríguez

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Conceptos básicos. 2.1 ¿Qué es la inteligencia artificial? 2.2 ¿Qué son los derechos humanos? 3. El impacto de la inteligencia artificial en algunos Derechos Humanos de la primera generación. 3.1 Las generaciones de derechos humanos. Evolución histórica. 3.2 Derecho a la no discriminación. 3.3 Derecho a la protección de datos personales. 3.4 Derecho a la tutela efectiva. 4. La inteligencia artificial desde una perspectiva filosófica. 4.1 Ventajas e inconvenientes de la inteligencia artificial. 4.2 Aspectos éticos y morales de la inteligencia artificial. 4.3 La responsabilidad jurídica derivada de la aplicación de la inteligencia artificial. 5 Conclusión. 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La Inteligencia Artificial ha provocado grandes cambios en el modelo social y económico global, estando presente de forma cotidiana en nuestra vida. La cuestión es, ¿es una amenaza o una forma de facilitarnos soluciones a un gran número de problemas? Esta tecnología se ve introducida en cada uno de los sectores existentes y nos ha ofrecido revolucionarios avances, pero lo que nos podemos preguntar es, ¿pueden llegar a tener consciencia? ¿Seremos perjudicados por el automatismo de la IA, y por consiguiente beneficiarios de derechos para combatirlo?

Carlos Rogel Vide, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, hace una descripción sobre la conexión entre la inteligencia y la consciencia. Considera que la inteligencia es una capacidad humana, que para algunos científicos ha sido plasmada en la inteligencia artificial mediante facultades que les hemos otorgado para resolver problemas y realización de tareas. Es por ello que sean considerados como seres conscientes siendo capaces “de aprender, de entrenar y de ser enseñados, de equivocarse y de acertar, recibiendo castigos en el primer caso y premios en el segundo”⁵⁹, lo que provoca sobre ellos una “tensión prueba-error” a la espera de reacciones que provocan las facultades de realizar actos derivados de su propio razonamiento, tener emociones.

Una vez sea posible que la Inteligencia Artificial tome sus propias decisiones de forma independiente, significa que tendrá autonomía sobre sus actos, pudiendo recaer sobre las personas de una manera positiva y/o negativa. En caso de que sea negativa y atenten sobre nuestros derechos, como puede ser la dignidad, intimidad, seguridad, o protección de datos, alguien tendrá que asumir la responsabilidad.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, ofrece una serie de principios éticos y responsabilidad sobre la inteligencia artificial, como también principios generales para el desarrollo de la robótica e IA, investigación e innovación, etc. Los principios éticos aplicados por la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, busca que la IA no interfiera en los derechos humanos como los fundamentales por los riesgos que pueda

⁵⁹ ROGEL VIDE, C. “Robótica y Derecho: Primera aproximación”, *Nuevas tecnologías y derecho*, Juruá editorial, Portugal, 2019, p. 16.

causar en sus funciones. Se solicita la actualización de normas jurídicas mediante directrices éticas ya que toca cada uno de los sectores de nuestra sociedad, influyendo en nuestras vidas, también que se caractericen de transparencia, y que nos proporcionen beneficios con los que seguir evolucionando. La responsabilidad es transmitida con un enfoque en el que en un futuro se garantice la seguridad jurídica del ciudadano, desarrollando en los próximos años aspectos jurídicos para prevenir el uso sobre la robótica y la inteligencia artificial aplicando entre otros, directrices y códigos de conducta⁶⁰.

Por otro lado, para evitar que los ciudadanos se vean afectados por esta nueva era tecnológica al riesgo de haber un uso malintencionado que recaiga sobre la democracia, los derechos humanos y fundamentales será imprescindible establecer un alto de nivel de seguridad sobre nuestra privacidad y datos personales, como normas éticas⁶¹ para su aplicación. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea, en materia de inteligencia artificial y robótica, pide a la Comisión y a los Estados Miembros la aplicación de estas normas para el desarrollo de los robots e IA, centrada en el ser humano.

En palabras del profesor Rogel, lo ético no nos aportará soluciones efectivas, debiendo dar mayor hincapié a las normas jurídicas, que son las que nos aportarán las consecuencias, responsabilidades, reglas y garantías. “A fin de que las personas, libres, organizadas en Estados y titulares de derechos, no experimentan consecuencias perniciosas, resultantes de una cuarta revolución sin control, presidida por el afán desmedido por el dinero de unos pocos”⁶².

2. CONCEPTOS BÁSICOS

2.1.- ¿Qué es la inteligencia artificial?

La Inteligencia Artificial no tiene un concepto específico en sí ya que dependerá de la perspectiva o enfoque que se le dé, puede constituirse como una máquina o un aparato inteligente, al que se le ha dotado de capacidades para que nos aporte soluciones concretas a problemas que le planteamos. Dotarlo de inteligencia configura una autonomía, con la que se busca cada vez más un progreso en nuestra sociedad, que puede equivaler a que podamos movernos por la ciudad con automóviles que no requieran un conductor, es decir, coches autónomos, supermercados sin colas y sin cajeros mediante compras online o incluso una herramienta que nos aporte beneficios en la medicina.

En la Universidad de Stanford, California, que se encuentra la vanguardia mundial de la investigación sobre la Inteligencia Artificial, sus investigadores consiguieron desarrollar un algoritmo inteligente con el que examinar imágenes rayos X del tórax y poder dar un diagnóstico al paciente junto con probabilidades de otras posibles enfermedades. El científico Pranv Rajpurkar relata que se han realizado varias pruebas para ver si los resultados de la IA podían equipararse a la labor de un médico. De esta manera, añadieron un conjunto de datos de la nombrada universidad,

⁶⁰ Resolución Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica, responsabilidades.

⁶¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea, en materia de inteligencia artificial y robótica.

⁶² ROGEL VIDE, C. “Robótica y Derecho: Primera aproximación”, *Nuevas tecnologías y derecho*, Juruá editorial, Porto, 2019, p. 30.

compuesto por 200.000 mil radiografías de tórax, logrando igualar los diagnósticos realizados por radiólogos expertos con los de la IA⁶³. ¿Aún así necesitaremos el factor humano?

Con la IA se busca que la máquina pueda actuar como un ser humano, es decir, capaces de pensar como nosotros, involucrando un pensamiento racional, y al igual que en sus actuaciones, realizar funciones como un ser inteligente. En la tarea de programación para su creación se busca que sea posible que a través de un aprendizaje que incorpore cultura, idiomas, música, filosofía, derecho, ingeniería, matemáticas, y toda aquella información que le permita desarrollar un comportamiento inteligente, consiga mejores resultados que nosotros, además de facilitarnos la vida.

Según Marcos López Oneto, autor del libro *Fundamentos Para Un Derecho De La Inteligencia Artificial*, describe que una mejor comprensión y adecuación que puede darse a la IA, es mediante una distinción entre la Inteligencia Artificial General e IA Especial o IA Experta⁶⁴. La IA general configura aquellas tareas que son realizadas por la máquina, pero de forma que se equipare al hacerlo a un ser humano. Por otro lado, la IA especial o experta constituye la resolución de problemas que se le plantean con las correspondientes soluciones que resulten mejores a las que serían ofrecidas por la capacidad humana, en áreas particulares.

Sobre la IA experta, al referirnos a que aporta este tipo de actuaciones de forma limitada, es dentro del campo de resolución por el que se le ha programado. El ejemplo que ofrece López es de aquellos programas con los que jugar al ajedrez a un nivel profesional. Y es que durante el desarrollo de la jugada sólo podrá hacer los respectivos movimientos correspondientes a la finalidad del juego, pero no será capaz de jugar a las damas, siendo mucho más fácil, ya que se ha sido creado para algo en específico. Al contrario que el ser humano, teniendo ya conocimiento del ajedrez podrá jugar a las damas. No obstante, no siempre podremos conseguir resultados óptimos, pues la Inteligencia Artificial deberá respetar los derechos humanos de cada una de las personas de nuestro planeta, así como los derechos fundamentales de cada nación. Su utilización debe ser controlada, regulada, utilizada para una mejora y ser objeto de responsabilidades.

Habiendo alcanzado la cuarta generación de los derechos humanos ante la intervención en ella de las TICs, alcanzaremos la Cuarta Revolución Industrial y la Era de la Información en cuestión de muy poco tiempo al ritmo en que se progresa. Por ello, ante consecuencias éticas y morales que se podrían prever del uso inadecuado de la inteligencia artificial, debemos aplicar la filosofía del derecho, no solo dirigida a normativas que nos protejan de posibles perturbaciones hacia nuestra integridad moral e incluso física, sino también a valores básicos ante los desafíos éticos y jurídicos que influyan en la sociedad civil, en el comercio, la comunicación, intercambio de datos o seguridad jurídica.

¿A qué nos referimos con la Cuarta Revolución Industrial y la Era de la Información? Para explicarlo, acudiremos a la perspectiva de dos autores que se han referido a estas materias, en concreto el sociólogo Castells y el economista Klaus Schwab. La Tercera Revolución Industrial se introdujo en nuestra sociedad en los años sesenta, aportando tecnologías de la comunicación y de información, llegando a la creación de internet en 1990. De ahí en adelante los avances han sido

⁶³ WOLFF, T., & YOGESHWAR, R.,[DW DOCUMENTAL]. (26 de septiembre de 2019). *¿De qué es capaz la inteligencia artificial?*. [Archivo de Video]. https://www.youtube.com/watch?v=34Kz-PP_X7c.

⁶⁴ LÓPEZ ONETO, M. *Fundamentos Para Un Derecho De La Inteligencia Artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 43-44.

muy rápidos, trabajando en la fusión de las tecnologías NBIC (IA, robótica, internet de las cosas, nanotecnología) en donde estos aparatos aprenden a procesar soluciones inteligentes con un cierto grado de automatismo, punto en el que se da paso a la Cuarta Revolución Industrial⁶⁵. En palabras de Schwab, no solo está cambiando nuestra economía, las personas, los negocios, el “qué” y el “cómo” hacer las cosas, sino el “quién somos”.

Manuel Castells asegura que estamos ante la Era de la Información debido al incansable esfuerzo y progreso en el desarrollo cada vez más complejo y amplio de las tecnologías, con el objetivo de mejorar en el procesamiento de información obteniendo grandes grados de conocimiento aplicados a través de los aparatos inteligentes. Y es que tratamos de humanizarlos e incluso buscar una superación genética.

Esto nos conduce a ser la sociedad de la información, pues a los seres humanos históricamente se nos define con capacidad de comunicación a través de un lenguaje reflexivo. Es entonces que en estos tiempos, de grandes mutaciones en los tipos de comunicación entre las personas, cuando se reflexione en que habrá una transformación cuando está cambiando el tipo de comunicación entre nosotros, se reflexione en que habrá una transformación global⁶⁶.

La IA debe verse regulada hasta el punto de que las actuaciones realizadas de esta tecnología se vean limitadas por normas jurídicas y regulaciones éticas específicamente dirigidas a este campo. En caso de no interponer responsabilidad jurídica, los derechos de los seres humanos se podrán ver vulnerados, además de que atendiendo a su autonomía puede hacerse difícil decidir de quién es esa responsabilidad.

Ante el gran avance de la tecnología se está desarrollando el derecho de la Inteligencia Artificial (DIA). Su fin es prevenir que la continuidad del ser humano peligre frente al progreso de la IA, sin frenar el crecimiento tecnológico, pudiendo enlazarlo con el objetivo de la DIA, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 propone unas normas de Derecho Civil sobre la responsabilidad y principios éticos a aplicar de aquí a unos años conforme al estado de evolución de la IA y la robótica. La Resolución propone dotar de personalidad jurídica/humanizar a los robots como “personas electrónicas” a los que se les reconocerá responsabilidad a los daños que ocasionen ante las decisiones autónomas que tomen⁶⁷.

El artículo 1903 del Código Civil, describe los actos u omisiones que causan daños a terceros y que deben ser reparados por aquellas personas de quienes deben responder, la misma resolución estima que frente a las decisiones autónomas que en algún momento puedan llegar a tomar los aparatos inteligentes, las normas tradicionales no serían suficientes para marcar quién es el que debe ser el responsable por el daño causado, debiendo haber normas nuevas que sean “eficientes y actualizadas”⁶⁸. Sin embargo, jurídicamente todo ser humano, como persona física, posee derechos y obligaciones que deben cumplirse, y en caso de no ser respetados deberán de ser

⁶⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, p. 12.

⁶⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, p. 4.

reparados aquellos perjuicios que se hayan ocasionado, ocurriendo lo mismo con la persona jurídica.

Las mencionadas reparaciones derivan de responsabilidades que pueden ser penales, civiles o administrativas, siguiendo a ésta última la responsabilidad patrimonial, que teniendo en cuenta que no la poseen, pudiendo dotarles de derechos no podríamos hacer lo mismo con las obligaciones por la dificultad de declararlos como responsables⁶⁹. Si carecen de conciencia no tendrán capacidad de restaurar sus posibles actos erróneos y tampoco reflexionar sobre lo que está bien o mal para corregirlo.

Le sigue la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica. En ella, se intenta incorporar una evolución en la que cada país miembro de la Unión Europea se vea beneficiado en la innovación, con las posibilidades de desempeñar aquellos nuevos modelos empresariales, nuevas relaciones comerciales y dentro del mercado interior cumplir con el principio de respeto mutuo en la circulación transfronteriza de bienes inteligentes.

Queriendo alcanzar el nivel de Norte América y Asia proponen también un plan que integre la competitividad frente a estos continentes en la industria y pymes, promover en las empresas europeas investigaciones más atractivas para alcanzar cada vez mayores objetivos, la protección ante el uso mal intencionado de la IA incluyendo la ciberseguridad, se pide la creación de una carta ética centrada en el ser humano frente al desarrollo de esta inteligencia por parte de las empresas y otros expertos, proponer un marco jurídico que componga el pleno respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dando un mayor enfoque a los principios de protección de datos, privacidad y seguridad frente a la autonomía de la Inteligencia Artificial.

Por otro lado, utilizar la tecnología para generar un crecimiento en el ámbito “de la salud, los servicios y programas de asistencia sanitaria, el descubrimiento de medicamentos, la robótica y la cirugía asistida por robots, el tratamiento de las enfermedades crónicas, la imaginería médica y los historiales clínicos, así como para garantizar un medio ambiente sostenible y una producción alimentaria segura”⁷⁰.

Haciendo una revisión de la Resolución de 16 de febrero de 2017, la propia Resolución de la Política Industrial de 2019 indica que al incorporarles en su software seguridad y ética tendríamos cubierta la responsabilidad jurídica sobre ellos. La Comisión de Asunto Jurídicos ofreció algunas sugerencias conforme a su competencia exclusiva en las cuestiones, en este caso, de responsabilidad. Considerando fundamental que el diseño que centre el ser humano tenga en cuenta la responsabilidad a la hora de desarrollar la inteligencia artificial, acoge de manera positiva que la Comisión haya tomado la iniciativa de reunir a expertos en IA para dar un enfoque más correcto y elaborar directrices con la que se pueda adaptar la legislación conforme se siga

⁶⁹ BAYOD LÓPEZ, C. & ARGUDO PÉRIZ J.L., “Inteligencia artificial: hacia una subjetividad cibernética” *Persona y Derecho Civil: Los retos del siglo XXI (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 160.

⁷⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)).

evolucionando, regulando responsabilidades tanto sobre los derechos de las personas, como en los productos defectuosos, nuevos retos sociales y nuevas tecnologías⁷¹.

En el año 2018 comenzó la preparación de la propuesta de Reglamento sobre IA de la Comisión de Europa, siendo asesorados de la Estrategia de la IA por parte de un gran número expertos en la materia. La Comisión quería integrar la Inteligencia Artificial de manera que los ciudadanos de la Unión Europea la viesen fiable proporcionando una seguridad jurídica que integrase principios éticos y los valores de la UE, introducidos mediante unos requisitos. El Comité de Control Reglamentario no dio un dictamen favorable de esta propuesta hasta el año 2021, denominándose como propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

Para alcanzar el objetivo intencionado, primero se busca un criterio general de la IA, con el que posteriormente, entre otras cuestiones, se buscará que el mercado interior no quede fragmentado, impidiendo las restricciones entre los Estados Miembros para la correcta circulación transfronteriza de bienes y servicios dentro de un marco jurídico que proporcione fluidez en su comercialización y desarrollo. Por ejemplo, intentar que el uso de las tecnologías aporte ventajas competitivas en los distintos ámbitos económicos entre las empresas, y de conseguir ventajas para el medioambiente, garantizar los derechos humanos de las personas que protege la UE, haciendo hincapié en aquellas circunstancias que generen riesgos para esos derechos y sobre el resto del interés público. Y por último, de cara a los futuros avances de la IA, proporcionar una seguridad jurídica con la flexibilidad suficiente para adaptarse y posicionarse al nivel de estos cambios.

Ante la problemática de la “Caja Negra”, la IA debe ser transparente y fiable para que los ciudadanos confíen en ella, por ello el Reglamento denominado como “Ley de la Inteligencia Artificial” pone los cimientos para dar uso de aquellas propuestas para la introducción al mercado y la utilización de los sistemas de la IA en un enfoque que se basa en los riesgos, a partir de un marco reglamentario. La Comisión elabora unas normas jurídicas ante el alto riesgo que pueda someter los sistemas de la IA sobre la salud y los derechos fundamentales de la UE, constituyéndose así a través de unos requisitos basados en la clasificación, finalidad y modalidades de uso. Se hacen evaluaciones periódicas ante riesgos previsibles, identificándolos y estimando su posible resultado, además de otros riesgos que puedan surgir y la gestión sobre los mismos mientras estén en uso, aunque también antes de ser introducidos en el mercado son sometidos a pruebas⁷².

2.2. ¿Qué son los derechos humanos?

Cada ser humano, desde que nace, e incluso al no nacido le pertenece gozar de los derechos humanos. Son inherentes a la persona y universales, de manera que independientemente del país en el que cada uno proceda, seremos receptores de estos derechos. Los DDHH están contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, aquellos que se consideran como básicos, sobre todo los inherentes a la dignidad humana. Protegidos por un régimen de Derecho,

⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)), p. 16.

⁷² Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Artículo 9.

uno de los objetivos es que cada Nación de los Estados Miembros adscritos a la DUDH y cada uno de sus individuos respete y promueva los derechos y libertades que contiene⁷³. Son una referencia fundamental de la ética social y colectiva de nuestra cultura. También es considerada la columna vertebral de la mayoría de las Constituciones modernas, como la española.

Sin embargo, los derechos humanos, no son los únicos que tienen como finalidad proteger a las personas, también existen los derechos fundamentales, que son aquellos que se encuentran recogidos exclusivamente en el ordenamiento jurídico de un país, en nuestro caso, la Constitución española. Un derecho fundamental puede ser a su vez un derecho universal y por lo tanto un derecho humano, pero un derecho humano puede no ser fundamental. Como ejemplo tenemos el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 que garantiza la dignidad de la persona considerado como derecho humano, pero no como fundamental, ubicado en el Título I, de los derechos y deberes fundamentales. Tienen carácter nacional y se diferencian en el territorio de aplicación.

Para el Profesor Peces-Barba el concepto de los derechos fundamentales es dualista, ya que ofrece una respuesta distinta a los problemas del concepto y a los del fundamento de los derechos humanos, considerando que ambas formas de protección responden a la conceptualización de un fundamento ético específico (“el para qué”) y en respuesta al fundamento, la constitución de ética humanista de la modernidad (“el por qué”)⁷⁴.

Destaca el enfoque sobre los derechos en las diferentes perspectivas ética y jurídica, siendo integrados y desarrollando su justificación en razones de índole moral⁷⁵. En dicho dualismo se encuentran tres vertientes que ayudan a la formalización de los derechos, que son la razón e historia, el Estado social y democrático de Derecho y la ética pública. Conforme a la razón e historia, la justificación moral sobre los derechos tiene una base histórica, entender el “por qué” de los derechos nos conduce a aquellos tiempos en los que a través de la racionalización se entendió que cada persona merecía unas garantías para desempeñar su vida social, personal, como económica en planos de igualdad, libertad, seguridad y solidaridad, encontrándose estos cuatro valores conectados a la dignidad humana, fundamentando así los derechos⁷⁶. Luego la respuesta al “para qué” de los derechos será un acto de proteger el respeto de los mismos, ya sea limitando al poder, como promoverlos, tanto el pueblo como el más alto poder tenía sus derechos y deberes, actualmente los poderes públicos tienen el deber de promoverlos (art. 9.2 de la Constitución española, 1978).

Otra de las vertientes es el Estado social y democrático de Derecho, poniéndolo en relación con la significación jurídica de los derechos humanos, no puede existir Estado de Derecho si no se protegen los DDHH y viceversa; es decir, los derechos humanos no pueden protegerse en la sociedades sin un sólido Estado de Derecho, el cual cumple un papel fundamental en el arraigo de

⁷³ ULLOA CUÉLLAR A.L., “Sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos”, *Nociones De Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 15.

⁷⁴ GONZÁLEZ PIÑA, A. “Concepto y fundamentación de los derechos humanos en la obra de Gregorio Peces-Barba”, *Los Derechos Humanos en Perspectiva: el Pensamiento de Gregorio Peces-Barba*, Antonio E. Pérez Luño y Carlos s. Nino, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2015, p. 26.

⁷⁵ DE ASÍS ROIG, R. “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, *Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2008, p. 392.

⁷⁶ *Ibidem* p. 392.

los derechos fundamentales, sobre todo en derechos económicos, sociales y culturales. El Estado de Derecho y los derechos humanos guardan una relación absolutamente indivisible e intrínseca.

Como última vertiente tenemos la ética pública, que es aquella moral o ética individual que adquiere cada persona con respecto a la moral social y universal, adquiriendo de la primera los comportamientos implantados por una sociedad y que cada uno observa para formar su propia moral, haciendo lo mismo con la segunda, transmitiendo las diferentes culturas. Influyendo de la misma manera que la ética pública, lo hacen los derechos y jugando un papel importante en este caso, los usos sociales, la política y el Derecho.

Dentro del dualismo de Peces-Barba encontramos el iusnaturalismo y el positivismo, consistente en:

- **Iusnaturalismo:** el derecho natural, a diferencia del derecho divino, es creado por el hombre, realizándose mediante distintas fuentes reconocidas que influyen en un derecho superior, que se constituye de principios intrínsecamente justos. El derecho humano o natural inspira las leyes, de manera que a raíz de que no estén conforme a los valores superiores como son la justicia o la igualdad, no serán válidas. El razonamiento de los ius naturalistas consiste en que el derecho de los hombres se cumple porque está en perfecta sintonía con el derecho natural y con la idea de justicia. Una vez la ley no esté basada en la justicia, no deberá cumplirse de forma imperativa.
- **Positivismo:** surge como rechazo a la existencia de un solo e inequívoco derecho proveniente del derecho natural. Los positivistas consideran que cada grupo social crea su propio derecho, emitida una ley por quien les representa y la misma integre el respeto debido al correcto procedimiento para su producción, originará que la ley sea válida y produzca derechos y/o obligaciones.

En la teoría del derecho de Gregorio Peces-Barba, González Piña señala que podría verse con una tercera vertiente, juntando la justicia, la validez y la eficacia⁷⁷ para la comprensión del fundamento y concepto de los derechos humanos, completando así el dualismo de este haciendo un análisis de la realidad, estudiando los derechos fundamentales como norma, hecho y valor⁷⁸.

El jurista y filósofo Antonio E. Pérez Luño, desarrolló su opinión sobre el impacto de la tecnología en el Derecho y en los derechos humanos y mencionó la cuestión de que las normas tradicionales ante los importantes avances, se ven “mediablemente caducos”, teniendo que diseñar nueva normativa adaptada a esta *Sociedad de la Información*⁷⁹. A su vez, señala dos disciplinas con las que afrontar el mencionado cambio, que son el Derecho Informático y la informática jurídica. La primera dirigida a regular las nuevas tecnologías, específicamente de la información y comunicación, mientras que la informática jurídica consiste en introducir en el Derecho la tecnología de la información a través de las fuentes de conocimiento jurídico, las fuentes de producción jurídica y los procesos de organización de la infraestructura.

⁷⁷ GONZÁLEZ PIÑA, A. “El concepto de los derechos fundamentales”, *Los derechos humanos en perspectiva: el pensamiento de Gregorio Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos S. Nino*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2015, p. 27.

⁷⁸ RAMOS, J. “La teoría dualista de los derechos fundamentales”, *LegalToday Aranzadi*, 18 de junio de 2009, p. 1.

⁷⁹ PÉREZ LUÑO, A. “El impacto tecnológico en el Derecho y en los Derechos Humanos: Un nuevo marco disciplinar”, *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

Sin embargo, su visión sobre los DDHH es iusnaturalista dentro del sentido deontológico, es decir, de la idea de justicia. Posiciona a los derechos humanos como derechos naturales, teniendo como concepto de naturaleza aquellas leyes dirigidas a satisfacer las necesidades naturales y como razón, estableciendo las normas de convivencia social bajo un pensamiento racional, construyéndose así como fundamentación de los derechos humanos⁸⁰. Según Pérez Luño el derecho natural “tiene una vinculación justificativa fuerte con el derecho positivo ya que le sirve de fundamento y es su criterio de legitimidad”⁸¹.

Por otro lado, hace una distinción entre los derechos humanos y derechos fundamentales, pues Peces-Barba hace lo contrario, entiende y constituye su teoría de los derechos fundamentales como humanos. Los derechos fundamentales para Pérez Luño, son aquellos que contienen un carácter restrictivo concertados en el área territorial de forma general en la norma suprema o constitución de cada nación, cuya titularidad formará parte en mayor medida a los ciudadanos del territorio mencionado, excluyendo a los extranjeros de algunos de ellos. En cambio, la titularidad de los derechos humanos será individual para cada persona independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, religión, color, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición (artículo 2 DUDH).

2.2.1. Características de los Derechos Humanos

Conocemos que los derechos humanos se componen de aquellos derechos y libertades que cada ser humano merece y que deben ser respetados y protegidos internacionalmente, como por los Estados a los que cada uno pertenezca y por los ciudadanos. Los mismos tienen diferentes características que definen su alcance y eficacia:

- A. Intrínsecos.** Se define como aquella facultad que tiene cada persona de que por el mero hecho de serlo, le pertenece formar parte de la aplicación de los mismos. No dependerá del arbitrio de los distintos países o sociedades pues no podrán ser revocados por los mismos.

Si atendemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprobaremos que el documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, introduce un número de treinta derechos básicos y principales. El artículo dos en su segundo apartado describe que toda persona tiene los derechos y libertades que se proclaman en la DUDH no haciendo distinción “alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”⁸².

Conforme al poder del Estado y sus limitaciones sobre nuestros derechos humanos, fue en Inglaterra donde por primera vez surgió un documento sobre dichas limitaciones en su ejercicio hacia sus súbditos, denominado como “Gran Carta” de 1215 impulsado por el soberano Juan I tras ser forzado por sus súbditos debido a sus continuas vulneraciones de las leyes, consiguiendo así derechos del pueblo y constituyéndose como un precedente histórico constitucional.

⁸⁰ GONZÁLEZ PIÑA, A. “Concepto y fundamentación de los derechos humanos en la obra de Antonio-Enrique Pérez Luño” *Los derechos humanos en perspectiva: el Pensamiento de Gregorio Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos S. Nino*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2015, p.132.

⁸¹ *Ibidem*, p.132.

⁸² ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

El reconocimiento de la inherencia de los derechos viene ligado con las limitaciones al poder público, pero realmente las primeras manifestaciones de los derechos individuales en el que resalta su intangibilidad fue en las revoluciones de independencia de Norteamérica, Iberoamérica y Francesa⁸³. Como ejemplo tenemos a la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, éstos rompen sus lazos políticos con la monarquía británica, quienes poseían 13 de sus colonias, debido a que querían llevar las riendas de su propio país y evitar el enriquecimiento de la Corona que les gobernaba a su costa.

Otro de sus principales motivos relacionado con el anterior tras la continua etapa de abusos y usurpaciones⁸⁴, se menciona en el segundo párrafo del documento que establece la igualdad entre todos los hombres, siendo dotados por el creador de unos derechos inalienables, como el de la vida, libertad y búsqueda de la felicidad, para que sean garantizados se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados. Dejando claro de forma constitucional la inherencia de los derechos humanos, se puede observar que también está introducido en el primer artículo de la DUDH de 1948, el cual reconoce que los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados de razón y conciencia, debiendo comportarse fraternalmente los unos con los otros⁸⁵.

B. Indivisibles. Consiste en que cada uno de los derechos debe disfrutarse de forma plena sin prescindir de los otros. Cada uno de ellos tienen el mismo rango jerárquico, de manera que no prevalecerá uno sobre otro, los cuales siguen unos mismos principios. Y es que al encontrarse interrelacionados y vinculados en una unidad, no se podrán fragmentar, formando una interdependencia.

La evolución que han ido experimentando los derechos en la primera generación con los derechos civiles y políticos, seguido de la segunda con los derechos económicos, sociales y culturales, posteriormente la tercera junto con los derechos colectivos, de solidaridad o de los pueblos y como cuarta generación, los derechos sobre desarrollo tecnológico, las TIC, y el ciberespacio comparten el carácter interdependiente ya que realizando un derecho implica la relación de los demás, poniendo como ejemplo el derecho a la vida, que va derivada del derecho a la salud y a la alimentación adecuada, estando relacionados de manera que uno le sigue al otro para su correcta ejecución⁸⁶.

C. Universales. Se define como aquel carácter que otorga a cada ser humano titularidad en cada uno de los derechos humanos independientemente de su circunstancia, ideología, característica física, lugar de nacimiento y en cualquier momento. Cada país dentro de los derechos fundamentales que otorguen sus normas supremas, deberá incluir también el respeto y la protección de estos, incluso en aquel lugar donde en un hipotético caso no existiese institución política, deberá presumirse como obligatorios.

⁸³ NIKKEN, P. “El Concepto de Derechos Humanos”, en *Antología Básica en Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, p. 2.

⁸⁴ DELGADO, D. “Análisis de la Declaración de Independencia de Estados Unidos”, *Revista Muy Interesante*, 30 de junio de 2020, p. 1.

⁸⁵ ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

⁸⁶ MALDONADO MÉNDEZ, E. & ULLOA CUÉLLAR, A. *Nociones de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 19.

D. Inalienables. Ninguna persona podrá enajenar sus derechos, ni negociar con ellos, incluido el Estado⁸⁷. Sin embargo, hay ocasiones en las que algún derecho puede verse suspendido por causas imputables al individuo bajo normativas estatales o internacionales, como puede ser el derecho a la libertad.

En el ordenamiento del derecho procesal penal español, aquella persona que se encuentre acusado ante la presunta realización de un delito penal, podría verse obligada a cumplir una responsabilidad de carácter personal en caso de la efectiva realización, la cual afecta a la libertad del individuo como medio de control sobre el mismo durante el proceso penal, denominado como “medidas cautelares” reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

E. Irrenunciables. Seguido de la característica de que los derechos son inalienables, va de la mano con su carácter también irrenunciable, que como la palabra indica, no podremos renunciar a los derechos humanos. Ya sea por propia voluntad o por medio de coacciones o influencias, pues además se constituyen como individuales y no podrán transferirse.

F. Imprescriptibles. Poder gozar de nuestros derechos no tiene fecha de caducidad, es decir, aún con el paso del tiempo seguiremos siendo titulares de los derechos humanos en las mismas circunstancias.

2.2.2. *La dignidad de la persona como valor fundamental de los derechos humanos*

La dignidad humana es el referente fundamental de los derechos humanos junto con la igualdad y la libertad; es el valor fundante de todos los derechos humanos⁸⁸. A través de ella conseguimos la autorrealización de nosotros mismos y la garantía de no ser objeto de ofensas. Como menciona Antonio-Enrique Pérez Luño, la dignidad del hombre ha sido en la historia, y es en la actualidad el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona⁸⁹.

Es reconocido para todos los seres humanos como parte de los derechos básicos que forman parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En el preámbulo del mismo dispone que mediante el reconocimiento de la dignidad intrínseca, como de los derechos iguales e inalienables, se constituye como base para la consideración de la libertad, justicia y paz. La dignidad, por la representación fundamental que ostenta de los derechos humanos, se encuentra reflejada en el Estado de Derecho o Estado Democrático de Derecho, los cuales están obligados a la protección e implicación de garantías para su funcionamiento, pues la nación que no intervenga este tipo de reconocimiento, no será un Estado de Derecho sólido lo que afectaría a la democracia del mismo.

En nuestra Constitución española, en el artículo 10.1, se menciona a la dignidad humana, junto con los derechos que le son inherentes, y estableciendo también el libre desarrollo de la personalidad, respeto de la ley y la fundamentación de los derechos bajo el orden político y paz social. De esta manera es reconocida por la mayoría de las naciones y por la nuestra nación y la mayoría de ellas, no sólo como derecho humano, sino como derecho fundamental.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 18-19.

⁸⁸ MIRANDA GONÇALVES, R., “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Justiça do direito*, v. 34, n.º. 2, 2020, pp. 148-172.

⁸⁹ PÉREZ LUÑO, A. “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, pp. 280-281.

Por otro lado, cabe destacar que la dignidad humana para Kant emergente de la propia libertad y autonomía de la persona⁹⁰, considerada como derecho de la personalidad al igual que todos aquellos que derivasen de aquel, pues junto a la libertad y la igualdad se concentran como valores jurídicos individuales. Los valores jurídicos individuales afectan sobre los intereses de los individuos, ya explicada la dignidad como valor fundamental de los derechos humanos, tenemos a la libertad que se corresponde como un valor superior en el artículo 1.1 de la Constitución Española, junto con la justicia, igualdad y pluralismo político, desarrollados en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Como concepto básico e introductor a lo que es la libertad, podemos decir que son aquellas acciones realizadas por parte de cada persona, y que expresadas o realizadas desde su enfoque moral, puede generar responsabilidades. Desde el punto de vista de la filosofía política, los autores Félix Oppenheim e Isaiah Berlin, distinguían diferentes términos para la definir la libertad, dando hincapié a especificar *de qué cosas, para qué actividades o respecto a quién* se es libre, para su mejor entendimiento⁹¹, consistente en tres supuestos que son, libertad negativa, libertad positiva y la dimensión social y comunitaria de la libertad.

- A. Libertad negativa. Es aquella facultad que ostenta cada ciudadano para poder actuar y gozar de sus derechos sin el peligro de que se creen coacciones en su contra por parte de cualquier otro individuo, de los poderes públicos, o del Estado.
- B. Libertad Positiva. Consiste en la participación libre y racional en la vida social.
- C. Dimensión social y comunitaria de la libertad. En ella se dan las relaciones interpersonales o de integración intersubjetiva⁹². Va dirigida a asegurar la participación política, en el artículo 21 de la DUDH, concentrando las participaciones en el gobierno del país de cada persona, las funciones públicas, y votos por sufragio universal, igual y secreto. También se reconoce en nuestra norma suprema, el sufragio activo y pasivo en el artículo 23, situado como conjunto de los derechos fundamentales.

La igualdad es otro valor superior reconocido en el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978, es aquel valor que representa a los derechos económicos, sociales y culturales de la segunda generación, buscando el acceso de los ciudadanos de la Nación unas condiciones de vida adecuada. Se diferencia en dos dimensiones, la igualdad formal, consiste en el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico que se proporciona al individuo, sujeto a igualdad de trato ante la ley⁹³ y relacionado con el artículo 14 de la Constitución, en donde se expresa que los españoles son iguales ante la ley sin que medie discriminación alguna. Mientras que en la igualdad material, consiste en la idea de equiparación y equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales⁹⁴,

⁹⁰ GRANDE YÁÑEZ, M. “La autonomía como la dignidad de la voluntad egoísta”, *Ampliando la dignidad humana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 24.

⁹¹ PÉREZ LUÑO, A. “Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos”, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, p. 282.

⁹² *Ibidem*, p. 283.

⁹³ CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, n° 84, 1994, p. 1.

⁹⁴ PÉREZ LUÑO, A. “Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos”, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, mayo 1989, p. 285.

como consideración de igualdad formal en el Estado social de Derecho, pudiendo ser enlazado con el artículo 9.2, derecho que los poderes públicos reconocen y deben proteger.

3. EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN ALGUNOS DERECHOS HUMANOS DE LA PRIMERA GENERACIÓN

3.1. Las generaciones de derechos humanos. Evolución histórica.

En la historia de los derechos humanos su origen está guiado a través del texto de los Diez Mandamientos del Antiguo Testamento, imponiendo una serie de prohibiciones por la maldad que va unida de esas actuaciones no permitidas y no caer en el pecado, todos debemos cumplirlas, un de los mandamientos es “no matarás”, considerando la vida humana como sagrada. Dios protege nuestros derechos, los cuales todo discípulo posee, reconociendo la dignidad humana mediante unos valores que impone.

En la época del imperialismo en Roma, el cristianismo supuso un hito histórico en el desarrollo de los derechos humanos debido a que se reconoció la igualdad entre las personas, algunos derechos a los esclavos y rechazo a la violencia. En relación con los derechos debidamente otorgados al pueblo, siendo indiferente la clase social, en el año 1215 se creó la Carta Magna, o la “Gran Carta” del monarca Juan I de Inglaterra, conducido por la revolución tomada por sus ciudadanos para imponer límites sobre el poder del Estado frente a ellos. Junto con la Carta Magna, se encuentra el Habeas Corpus y la Declaración de Derechos de 1689 como antecedentes de las declaraciones modernas de derechos⁹⁵.

John Locke aportó ideas que ocasionarían una gran influencia en las declaraciones de los derechos humanos del siglo XVIII, quien consideraba que el papel del Estado debía ser disminuido y la posesión de derechos de los ciudadanos irrenunciable. Como padre del liberalismo moderno, buscaba un espacio de acción entre el gobierno y los individuos frente al respeto o incumplimiento de lo denominado como “contrato”, en donde ambas figuras son representadas por derechos y poderes. Otro filósofo influyente fue Rousseau, sobre la igualdad entre los hombres ante la ley y la crítica en la desigualdad económica.

Los derechos humanos individualizados aparecen en la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776) y en la Revolución Francesa. En la primera, dotando a la estructura social de desarrollo y fortalecimiento y, en la segunda, en contra de los feudales o diputados y la monarquía absoluta. En 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano concede una serie de derechos introducidos en una visión positivista caracterizados de universalidad y actualidad.

Los derechos humanos se ven sumergidos en una realidad que va unida al momento histórico en el que aparecen, por ello durante la historia del ser humano en la sociedad, en la creación de su cultura, el comportamiento y la reflexión los derechos se han ido incorporando conforme a las necesidades desarrolladas en nuestra evolución social, económica, política y cultural. También se puede dotar de esta observación al porqué del nacimiento de las distintas generaciones de los derechos humanos.

⁹⁵ TORRES, J.L. “Naturaleza e historia de los Derechos Humanos”, *Revista Espiga*, n°. 5, 2002, p. 4.

La primera generación de los derechos humanos también se puede identificar como aquella etapa de los derechos civiles y políticos, fueron conseguidos durante la Revolución Francesa por la burguesía, y con los consecutivos movimientos revolucionarios liberales del siglo XVIII en contra del Estado absolutista. Durante el siglo XVI las bases de los derechos se localizan en la libertad individual y la dignidad humana, siendo establecidas por los representantes de la Escolástica Española, Vázquez de Menchaca, La Casa, Vitoria y Suárez. Sin embargo, estos derechos no alcanzan su articulación moderna con la que integrarlos en la formación de una nueva sociedad hasta la llegada del iusnaturalismo moderno y la teoría de los derechos naturales de Locke⁹⁶.

Algunas de las revoluciones con las que se consigue construir un Estado Liberal de Derecho y un contrato social fueron la Declaración de Independencia de EEUU (1776), la Declaración del Buen Pueblo de Virginia (1776), Bill of Rights (Revolución Inglesa, 1689) y la Declaración del hombre y del Ciudadano (Revolución Francesa, 1789). En conjunto implantan en esta primera generación que el hombre posea la garantía y protección de que sus derechos les sean de utilidad para desarrollar en una esfera privada su vida sin interferencias del Estado. De manera que por el carácter individual de esta generación consagra los derechos de igualdad, libertad, seguridad, propiedad, etc.

Tras la constitución de los derechos civiles y políticos nace un Estado en donde los derechos adquieren una concepción formal dirigida a una clase social, la burguesía. No obstante, en el siglo XIX ante el crecimiento del capitalismo y su intervención en el fomento de las diferencias entre las clases sociales, se origina una nueva clase social, el proletariado. Al existir una gran desigualdad económica y el disfrute de los derechos sólo por la burguesía, se reivindican con el objetivo de ser titulares de unos derechos que satisfagan sus intereses y escapar del carácter formal de los mismos, incorporando una concepción material de la democracia, etapa denominada como segunda generación de los derechos humanos o derechos económicos, sociales y culturales.

El Profesor Pérez Luño indica que mediante la influencia del movimiento de la ideología socialdemócrata hay una transformación del Estado liberal a un Estado social debido a la integración en la praxis política⁹⁷. Algunos de los derechos incluidos tienen por objeto favorecer la igualdad y la garantía de acceso al bienestar social y económico como puede ser en la educación, el trabajo, la salud, la seguridad social, la cultura, la vivienda, además de desarrollar los antiguos derechos de sufragio universal, asociación y reunión. Es necesaria la intervención del Estado para el acceso de los ciudadanos a los derechos, conocidos como derechos colectivos al beneficiar a grupos de seres humanos, y no a un particular⁹⁸.

A finales del siglo XX en la sociedad y en los foros internacionales se dan transformaciones que requieren en el Estado social un cambio en la organización de los derechos ya reconocidos de las anteriores generaciones ajustadas a las nuevas necesidades, exigencias sociales, económicas y políticas, añadiendo nuevos derechos teniendo como base la solidaridad o fraternidad, como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, a la paz, o el

⁹⁶ BETEGÓN, J. LAPORTA, F.J. DE PÁRAMO J.R. & PRIETO SANCHÍS, L. “Las generaciones de los derechos humanos”, *Constitución y derechos Fundamentales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 413.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 414.

⁹⁸ TORRES, J.L. “Naturaleza e historia de los Derechos Humanos”, *Revista Espiga*, n° 5, 2002.

medioambiente. Entre las transformaciones que abordaba la vida de los ciudadanos en los años ochenta fue la tecnología, en aquel momento innovador y posiblemente peligroso para la seguridad principalmente de los derechos de libertad e igualdad, incluido como un derecho humano adicional con el fin de progresar en el desarrollo humano y superar desigualdades⁹⁹, introduciendo los derechos de libertad informática y autodeterminación informática.

La titularidad de estos derechos tiene un carácter difuso debido a que no hay claridad en sus concretos destinatarios, por ello son denominados como derechos difusos pero también se les reconoce como derechos colectivos que ante la dificultad de titular específico, implica a un gran número de personas como colectivos. Ante las reivindicaciones sociales y múltiples exigencias conforme a las necesidades concretas de los individuos, estos derechos también se calificarán como *derechos cotidianos*, teniendo como fundamento la voluntad, deseo y arbitrio del individuo¹⁰⁰, actualizando así la nueva y tercera generación de los derechos humanos de la época.

En la cuarta generación de derechos humanos se sigue progresando en la tecnología a través de las TIC, instrumentos internacionales de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, suponiendo la interconexión con respecto a la información o conocimiento, que con un uso inadecuado de dichas herramientas podrá poner en peligro entre otros derechos, la privacidad de las personas. Con el rápido avance en la programación y creación de la tecnología, también se ve introducida en la cuarta generación las tecnologías NBIC, integrada por la inteligencia artificial, nanotecnología, robótica o BigData, siendo una etapa aún en construcción sin un concepto sólido con que definirlo. Proporciona derechos como a acceder y emplear las tecnologías de la información y la comunicación, derecho a formarse de las nuevas tecnologías, uso de aspectos radioeléctricos y de la infraestructuras para los servicios en línea, etc.

Sin embargo, se produce una injusticia social de forma mundial debido a que el acceso del uso de las tecnologías puede no ser igualitario ya sea por la posición económica de la persona, cultura, falta de conocimientos técnicos o cualquier dificultad en la participación de los mismos incluyendo por ejemplo la libertad de expresión, lo que ocasiona la vulneración de derechos humanos¹⁰¹, incluso pudiendo condicionar su forma de vivir e impedimento para el desarrollo pleno de cada individuo¹⁰².

Con anterioridad a la llegada de la cuarta generación, los profesores Antonio Pérez Luño e Ignacio Ara Pinilla expresaban en diferentes obras sus opiniones acerca de las generaciones de los derechos humanos situando los derechos civiles y políticos como primera generación, los derechos sociales, económicos, y culturales como segunda generación, y los derechos solidarios como tercera generación. La razón de su mención es una comparación con las teorías de la época sobre

⁹⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, M.R. & REYES AÑORVE, J. “Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, n.º. 5, 2014, p. 7.

¹⁰⁰ BETEGÓN, J. LAPORTA, F.J. DE PÁRAMO J.R. & PRIETO SANCHÍS, L. “Las generaciones de los derechos humanos”, *Constitución y derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 426.

¹⁰¹ MIRANDA GONÇALVES, R. “Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura”, *Artificial intelligence and human rights*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2021, p. 60.

¹⁰² GARCÍA SÁNCHEZ, M.R. & REYES AÑORVE, J. “Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, n.º. 5, 2014, p. 7.

razones por las que justificar la separación de los derechos civiles y derechos políticos en diferentes generaciones, teniendo en cuenta en este caso la teoría de María Eugenia Rodríguez Palop.

La teoría de M^a Eugenia consta de la separación de los derechos de la primera generación con la colaboración del elemento histórico formado por las diferentes exigencias de justificación, fundamento y características, con gran interés en la incidencia que provocan los derechos en el espacio temporal en el que son reconocidos. Pero destacar sólo el elemento histórico no sería suficiente para identificar la idea de generación de derechos, hace falta añadir una perspectiva que integre la consideración del origen y los fundamentos de los derechos¹⁰³ para poder diferenciar el lugar de los mismos en cada una de las generaciones.

Conforme a la evolución de los derechos humanos, han sido materializados tanto nacional como internacionalmente durante el paso de los años. La primera generación es reflejada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) estableciendo mecanismos para su protección y garantía y en el Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), que tiene por objeto la protección de los DDHH y libertades fundamentales además del respeto de los derechos individuales. En la segunda generación encontramos la normativa del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (PIDESC) y la Carta Social Europea del Consejo de Europa. Ya llegados a la tercera generación la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) hace una actualización de los derechos de la misma, y establece la necesaria protección los derechos y libertades de las personas sin distinción alguna, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

Los antecedentes de la DUDH se remontan al siglo XVIII, durante los acontecimientos históricos ya descritos en la redacción de la Ilustración y Revolución Francesa en donde se garantizó los derechos de los ciudadanos frente al Estado, redactando textos como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Declaración del de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Tras la finalización de la II Guerra Mundial, existía la necesidad de establecer un conjunto de derechos fundamentales dirigidos a las personas con independencia de su raza, nacionalidad, ideología política o religiosa, etc. Con ello surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos, su redacción fue liderada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, participaron 48 países y es actualmente considerada como un hito histórico en la promoción y protección de los derechos humanos internacionalmente¹⁰⁴.

La cuarta generación sigue un proceso de construcción por lo que podemos encontrar varias normas ajustadas a la protección de los derechos humanos ante la intervención de la tecnología en nuestra vida cotidiana, algunos ejemplos son la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos) (Texto pertinente a efectos del EEE) y el Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018,

¹⁰³ MIRAUT MARTÍN, L. “El sentido de las generaciones de derechos humanos”, *Revista Cadernos de Direito actual*, n°. 19, 2022, p. 436.

¹⁰⁴ Red Española del Pacto Mundial, *Empresas y derechos humanos: acciones y casos de éxito en el marco de la Agenda 2030*, Madrid, 2019, p. 7.

relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE).

3.2. Derecho a la no discriminación

El derecho a la no discriminación se encuentra como un aspecto fundamental de los derechos humanos, recogido en el artículo 21 dentro del capítulo de la igualdad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohibiendo su uso sobre las personas por su raza, ideología política o religiosa, nacionalidad, origen, lengua, orientación sexual, entre otras. Dicha Carta es creada para dotar de una mejor protección de los valores de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad, junto con los principios de la democracia y Estado de Derecho¹⁰⁵, a través de unos valores comunes, conforme a las evoluciones sociales y avances tecnológicos que se experimenten, debiendo ser respetados por aquellas naciones y particulares que se encuentren adheridos a ella. Mientras tanto, en la regulación nacional española es regulado por la norma fundamental del ordenamiento jurídico, introduce en el capítulo de derechos y libertades la promoción de la igualdad entre todos los españoles ante la ley.

Se trata de un derecho que deriva del principio de igualdad, y en caso de ser vulnerado afectaría de forma directa a la dignidad de las personas tratándose este del fundamento de los derechos humanos. La Inteligencia Artificial (IA) nos está conduciendo a facilidades en el momento de realizar funciones como por ejemplo para contratar empleados, hacer reconocimientos faciales, o incluso resolver procedimientos judiciales mediante su juicio que cuestionablemente es moral, ya que son programados con la intervención de una serie de algoritmos y numerosos datos que les enseñan a dar una solución objetiva para el ámbito o materia en la que se usan.

Su utilización puede desencadenar problemas éticos o repercusiones negativas sobre la vida de las personas, por ejemplo, en la contratación de trabajadores en la empresa Amazon, a costa de un algoritmo programado para ello provocaron que se vulnerase el derecho a la igualdad y discriminación hacia las mujeres, debido a que lo que hacía era seleccionar a aquellos trabajadores de sexo masculino, de esta forma posteriormente fue retirado. Otro ejemplo son los sistemas de análisis facial, concurriendo discriminación interseccional al no identificar a aquellas mujeres de determinado origen racial¹⁰⁶. La vulneración de nuestra intimidad y por consiguiente la protección de datos puede ser ocasionada por los mecanismos utilizados en la IA, aumentando cada vez más la futura posibilidad de discriminación sobre las personas.

La discriminación por parte de la IA puede surgir de diversas maneras:

- **Sesgo algorítmico:** Conceptualmente se trata de introducir valores humanos en el sistema de aprendizaje automático de las tecnologías por quien desarrolla su codificación o recolección de datos, existiendo la posibilidad de la vulneración de derechos o ir en contra de ciertos colectivos.

Ante el peligro de la discriminación algorítmica se deberán introducir nuevos instrumentos jurídicos de análisis y entrenar a los algoritmos para evitar las decisiones contaminadas de sesgos

¹⁰⁵ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), Preámbulo, p. 3.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, A. “Discriminación y tecnología (geolocalización, inteligencia artificial, teletrabajo, ciberacoso)”, *Revista Catalunya*, n.º. 11, 2022, p. 2.

automatizados o humanizados mediante la calidad de los datos. El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial lo menciona en su artículo 10 como aquellos criterios de calidad que se usarán para las prácticas adecuadas de gobernanza y gestión de altos riesgos atendiendo entre otros, al examen de los posibles sesgos, es decir, actuando de manera previsor a los resultados consecuentes de los mismos¹⁰⁷. De forma continuada, se procurará garantizar su corrección a través de los proveedores.

Al contemplar el posible riesgo de la discriminación e injusticia, Reuben Binns pone de manifiesto qué ocurriría si se pone en práctica contra personas con características protegidas por raza, género o religión “Esto puede resultar en que a ciertos grupos se les deniegue injustamente un préstamo, un seguro u oportunidades laborales. Con la conciencia de este problema, un floreciente paradigma de investigación de «minería de datos consciente de la discriminación» y «aprendizaje automático justo» ha emergido, con el objetivo de detectar y mitigar la injusticia»¹⁰⁸. Debiendo destacar que, importando datos en su sistema de aprendizaje que estén viciados o en los que se incluya la discriminación, éste las aplicará como resultado y por ello habrá que reflexionar acerca del nivel sesgado de nuestras decisiones¹⁰⁹.

- **Falta de diversidad en el diseño y desarrollo de la Inteligencia Artificial:** Aquellas personas encargadas de la programación que implique la introducción de sesgos algorítmicos, deberán evidenciar las necesidades y perspectivas de cada colectivo, con lo que no conducir a una discriminación involuntaria y minimizar los riesgos de cualquier tipo de vulneración.

Por ejemplo, en el ámbito del mundo laboral la falta de diversidad puede afectar a personas con discapacidad a adquirir un puesto de trabajo. En el caso de las personas con discapacidad, estadísticas de la Organización Internacional del Trabajo señalan que un 80% se encuentra bajo el desempleo por dificultades para acceder al mundo laboral¹¹⁰ ya sea por sus dificultades, falta de información o ayudas que puede aportar el Estado o por el simple rechazo de las empresas a contratar personas con esta condición.

La Comisión Europea ha intervenido en este caso con la Estrategia de la UE para los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030, su objetivo es que atendiendo a la diversidad de los tipos de discapacidades se les puede dotar de mayor calidad de vida entre los ciudadanos de los Estados Miembros de la UE, como los que no. Algunos de los avances implicados en los que no cabrá distinción por origen racial o étnico, sexo, religión, edad u orientación sexual será velar por los derechos humanos, la libre circulación de personas en la UE con independencia de la ayuda que necesiten y la no discriminación¹¹¹.

¹⁰⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Artículo 10.

¹⁰⁸ BINNS, R.: “Fairness in machine learning: Lessons from political philosophy” *Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, PMLR, 2018, p. 1.

¹⁰⁹ BRAVO BOLADO, A. “El sesgo algorítmico, el sesgo humano, y su impacto en nuestros derechos procesales”, *La justicia en la sociedad 4.0: Nuevos retos para el siglo XXI*, Editorial Colex, S.L., A Coruña, 2023, p. 473.

¹¹⁰ International Labour Organization, *Facts on Disability in the World of Work*, Switzerland, 2007.

¹¹¹ Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, COM(2021) 101 final, Bruselas, 2021.

El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial también apoya la inclusión de las personas con discapacidad. En el Título II, artículo 5 se describen las prácticas de inteligencia artificial que deben estar prohibidas, como la utilización de la IA por parte de las autoridades públicas como medios de vulnerabilidad de un grupo específico como este para alterar de manera sustancial su comportamiento y como consecuencia provocar perjuicios físicos o psicológicos¹¹². Los sistemas de IA deben diseñarse y ser utilizados de forma que garanticen la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la inclusión, contando con la diversidad de las personas. La propuesta también establece la obligación de garantizar que los sistemas de inteligencia artificial sean evaluados periódicamente para detectar y abordar el sesgo y la discriminación (artículo 9 LIA).

- **Falta de transparencia:** Se debe tomar en cuenta que los sistemas de la Inteligencia Artificial deben ser comprensibles ya que si son opacos sus decisiones pueden llegar a ser discriminatorias sobre ciertos grupos de personas. Por ejemplo, si ocurriese en un algoritmo programado para la selección de candidatos a un empleo, la empresa no podría identificar si el resultado está favoreciendo o no a las personas que presentan su currículum, además de que se puede desarrollar la dificultad para su corrección.

Con la mención de la opacidad, se hace referencia a los sistemas de Inteligencia Artificial “que no se pueden abrir y entender de manera completa” conocido como la “Caja Negra”¹¹³. Para poder hacerlos frente la Ley de Inteligencia Artificial, en su artículo 13 sobre la transparencia y comunicación de información a los usuarios (apartado 1 y 2) precisa que los sistemas IA deberán estar diseñados y desarrollar un nivel de transparencia que los ciudadanos vean garantizada suficientemente para el uso e interpretación de la información de salida. Dotando a los sistemas de unas instrucciones de uso que incluirán información completa, breve, clara, correcta, accesible y comprensible para los usuarios¹¹⁴. En conclusión, el derecho a la no discriminación en el ámbito de la Inteligencia Artificial es crucial para garantizar y proteger una sociedad justa e igualitaria. Es necesario seguir trabajando para crear sistemas de IA que sean justos, inclusivos y respetuosos¹¹⁵ con los derechos humanos.

3.3. Derecho a la protección de datos personales

La creciente evolución de la tecnología ha llevado a la aparición de nuevas formas de tratamiento de datos personales a través del uso de la IA. En este aspecto, es considerable destacar el impacto que la IA tiene sobre el derecho a la protección de datos personales, ya que su uso puede vulnerar este derecho fundamental. Es reconocido por la Constitución española siendo mencionado

¹¹² Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Artículo 5.

¹¹³ BAYOD LÓPEZ, C. & ARGUDO PÉRIZ J.L., “Inteligencia artificial: hacia una subjetividad cibernética” *Persona y Derecho Civil: Los retos del siglo XXI (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 342.

¹¹⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Artículo 13.

¹¹⁵ PARDO DE VERA, M.M., *Innovación, privacidad e igualdad*, 2021, p. 1.

como el tratamiento de los datos personales¹¹⁶, en el artículo 18 apartado cuatro, como también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (8.1).

Las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (NTIC) sugieren una evolución de la era anterior de las TIC, y forman el conjunto de almacenamiento, procesamiento y transmisión, digitalizados de la información, así como de los procesos y productos que derivan de las innovaciones del *hardware* y *software*¹¹⁷. En relación con el hardware, este posee un papel fundamental en la evolución tecnológica, ofreciéndonos a medida que ha avanzado la programación durante los últimos años, una mayor capacidad para almacenar información además de rapidez y eficiencia en el análisis de los mismos. También está dotado de la conectividad, desprendiendo diversas formas de comunicación y colaboración entre los dispositivos y sistemas, como por ejemplo en el uso de las redes sociales en la difusión de sus contenidos¹¹⁸. Mientras tanto, el software es responsable de controlar el hardware, realizar tareas específicas a través de un conjunto de programas y rutinas, automatizar tareas y procesar y analizar información.

El derecho a la protección de datos personales protege la intimidad y privacidad de las personas, siendo los propietarios de la mencionada información quienes controlen sus datos, su recopilación, el tratamiento, almacenamiento y divulgación. La combinación de los dispositivos hardware y software hacen que sea posible la existencia de la Inteligencia Artificial, es este sistema el que recopila y analiza los datos, así como, también, automatiza las tareas. Por consecuencia de ello se refleja, por ejemplo, la transmisión de unas empresas a otras de los datos personales cuyo acto puede no haber sido aceptado por el individuo o lo haya hecho de forma inconsciente por la falta de información o claridad en la aceptación de la transferencia a terceros. También pueden utilizarlo para personalizar su publicidad y servicios, uno de los medios puede ser las redes sociales, que hoy en día según Hootsuite y We Are Social a inicios de julio de 2022, los usuarios de las redes sociales, comprendió un total de 4,700 millones de personas, y se estima que llegará a un 60% de la población global en julio de 2023.

Una red social como *Instagram*, proporciona la visita de imágenes y vídeos compartida por los propios usuarios, con la posibilidad de dar “like” a las publicaciones, compartirlas o comentar en ellas. Sin embargo, el algoritmo utilizado en este tipo de redes sociales para generar mayores visitas en la publicidad de las empresas es a través de un proceso denominado como *segmentación de los públicos*¹¹⁹ que, mediante los datos sobre su localización geográfica, edad, nacionalidad o religión del usuario y sobre todo en las interacciones como, por ejemplo, los “like” en las fotos o vídeos, las cuentas a las que sigue y los perfiles que visitan, crea un perfil de la persona sobre sus intereses. Esta recopilación de información es posible a través de diferentes tecnologías, como las cookies, los cuales conforman el seguimiento en tiempo real de la actividad del usuario, su comportamiento u orientación publicitaria. Existen dos tipos, las cookies propias y las cookies de terceros.

¹¹⁶ Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

¹¹⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ SÁEZ, M. “Las NTIC y su papel en la sociedad actual”, *Una revisión de derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 27.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

¹¹⁹ GALPERIN, L. “Cómo los algoritmos modificaron la concepción de la segmentación de públicos en las campañas de comunicación digital en el contexto de Big data”, *Revista ComHumanitas*, n° 2, 2022, p. 7.

- **Cookies propias:** son aquellas involucradas por la creación y almacenamiento de la página web que se esté visitando, es decir, son generadas por el nombre de dominio de esa dirección web. Algunas de sus funciones son recordar los datos de inicio de sesión, que pueden derivar, por ejemplo, de guardar la contraseña de un correo electrónico desde navegador web con el objetivo de facilitar inmediatez en las acciones involucradas. Otro ejemplo, es el mismo acto de guardar información de una tienda online cuando has añadido en el “carrito” un producto y posteriormente al entrar de nuevo en ella, se encuentra aún guardado y disponible para producir el pago.
- **Cookies de terceros:** se encarga de la recogida de datos terciarios¹²⁰. Es capaz de recopilar información o datos de una variedad de páginas web con la que poder crear perfiles publicitarios que se ajusten al individuo por el que es utilizado, incluyendo los procesos de automatización y microsegmentación¹²¹. A diferencia de las cookies propias, las búsquedas son almacenadas bajo el nombre de dominio de terceros, un ejemplo podría ser el de una persona que entre en la página web de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria a la espera de decidirse por entrar en esa universidad o en otra. La función de las cookies de terceros es detectar que la mencionada persona está entrando posteriormente en otra página web, como la de la Universidad de la Laguna, es decir, detecta que está cambiando los nombres de dominio. Cabe destacar que al ser de uso generalmente publicitario y que el dominio corresponde a terceros, es habitual que aquella persona que estuvo buscando universidades donde estudiar, reciba anuncios de universidades del resto del país.

Sin embargo, *Google* tiene la novedosa opción de poder borrar, permitir, bloquear o establecer preferencias de las cookies en el navegador Chrome, con la que se podrá borrar también todos los datos y permisos que aceptamos en su momento, con la finalidad de proteger la privacidad de los usuarios. Como alternativa, ha empezado a utilizar un sistema publicitario llamado *FLoC* (Federated Learning od Gohorts) aunque actualmente se busca sustituirlo por *Topics*. A través del historial de búsqueda del usuario se observarán una serie de temáticas que representan sus intereses, por ejemplo de las últimas tres semanas, sin la intervención de un dominio externo con lo que garantizar mayor control y transparencia.

Recordando una de las características de la IA como es la capacidad de recopilación de un gran número de datos, incluida la información personal y su utilización, este sistema se encuentra cada vez más omnipresente en nuestras vidas, ocasionando una preocupación por el impacto que pueda ocasionar en los derechos fundamentales, sobre todo en la protección de datos personales. Que la IA como instrumento nos proporcione eficacia y facilidad para la realización de ciertas tareas, conlleva hacer tambalear la correcta coexistencia de la raza humana y de su dignidad, en caso de que el legislador no regule la protección del derecho de protección de datos personales ante los riesgos existentes.

Existe en Europa una regulación precisa sobre la protección de los datos de carácter personal, el Reglamento General de Protección de datos (RGPD de 27 de abril de 2016), 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo objetivo es proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales y la

¹²⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, I.J & SÁNCHEZ COBARRO, P.H “Smart Advertising: Innovación y disrupción tecnológica asociadas a la IA en el ecosistema publicitario”, *Revista Latina de Comunicación Social*, n°. 80, 2022, p. 71.

¹²¹ *Ibidem*, p. 83.

libre circulación de estos. Introduce como definición de <<datos personales>> aquella información de una persona física identificada o identificable, es decir, el contenido por el que se podrá conocer la identidad de una persona directa o indirectamente, por ejemplo su nombre, DNI, datos de localización o incluso de su actividad profesional, artículo 4.

El ámbito territorial en el que las empresas estén ubicadas será independiente a la aplicación del RGPD, siempre y cuando estén sujetas a que el tratamiento de los datos personales en la actividad de un establecimiento del responsable o del encargado se encuentre en la Unión, aunque el tratamiento (cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, artículo 4) concorra dentro o fuera de la Unión. De la misma manera ocurrirá cuando el tratamiento de usuarios miembros de la Unión Europea sea por parte del encargado o responsable no ubicado en la Unión (estando implicado la oferta de bienes y servicios y el control de su comportamiento) y el tratamiento se localice en un lugar en donde el Derecho de los EEMM sea de aplicación en vista de el Derecho Internacional público, artículo 3.

Las condiciones del consentimiento del uso de los datos personales del individuo deben ser aceptadas por este mismo pudiendo utilizar dos sistemas: el sistema opt-out, que se refiere al consentimiento del que si no se dice nada, se entiende que el usuario consiente la intromisión, y el sistema opt-in que se entenderá el no consentimiento al no decir nada¹²², siendo este último utilizado por el RGPD en su artículo 7. Dicho artículo menciona el deber de probar el consentimiento por parte del responsable, la posibilidad de una declaración escrita que lo contenga, el derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento y la posibilidad de evaluar si el consentimiento se ha dado de forma libre. El tratamiento de los datos personales estará regido por los principios del artículo 5 que son los principios de licitud, lealtad, limitación de la finalidad, transparencia, minimizaron de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación de los datos, integridad y confidencialidad y responsabilidad coactiva.

En el artículo 17 se encuentra el derecho al olvido que se remite a eliminar los datos personales del interesado sin dilación indebida por parte del responsable del tratamiento en ciertas circunstancias, algunas de ellas son: cuando los datos ya no son necesarios para los fines por los que fueron recopilados, o retirar el consentimiento para fines específicos (artículos 6.1 apartado a y 9.2 apartado a) y no se base en otro fundamento jurídico. También los datos personales que hayan sido tratados de forma ilícita, la supresión de datos personales por cumplimiento de una obligación legal o cuando se hiciesen públicos los datos personales que si se han transmitido a terceros, los controladores de datos deben tomar medidas razonables, incluyendo medidas técnicas, para informar a los responsables en su tratamiento de la solicitud de supresión y solicitar la eliminación de los datos personales. El derecho a la supresión no es absoluto pero incluye unas excepciones, no se aplicará cuando sea necesario el ejercicio de la libertad de expresión e información o si impidiese el cumplimiento de una obligación legal.

En España la protección de datos en el ámbito internacional está regulada por el Reglamento General de Protección de datos (RGPD), mientras que en el nacional está regulado por la Ley de protección de Datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) que es aplicada a cualquier tratamiento de datos personales que se realice en España, atribuyendo reglas y

¹²² ROBERT GILLÉN, S., CASTELLS I MARQUÈS, M., CAMACHO CLAVIJO, S., NAVAS NAVARRO, S., MATEO BORGE, I., & GÓRRIZ LÓPEZ, C. “Consentimiento del titular de los datos personales”, *Inteligencia Artificial Tecnología Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 67.

requisitos específicos dirigidos a las empresas y organizaciones que tratan datos personales. Incluso también se establecen los derechos de las personas en relación con sus datos personales y las obligaciones de las empresas y organizaciones que tratan sus datos.

Por otro lado, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), es una autoridad independiente de control encargada de la supervisión y correcto cumplimiento de la normativa de protección de datos. La AEPD también tiene funciones como informar acerca de la elaboración de normas y su difusión, cooperación con las agencias internacionales, representación de España en reuniones con respecto a la protección de datos, detectar irregularidades o imponer sanciones.

3.4. Derecho a la tutela judicial efectiva

En la Constitución española de 1978 (CE) hay un conjunto de derechos y libertades de los ciudadanos situado en los artículos 14 a 29 y 30.2, Título I, que gozan de una superprotección en el marco de garantías que en la misma se establecen para lograr su vigencia efectiva¹²³ con la intervención del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional. Se recurre ante él debido a la lesión provocada en los derechos fundamentales, tras las interposición en los ulteriores procedimientos ordinarios que hayan sido agotados y no se hubiese podido conseguir.

El artículo 53.1 CE refleja el nivel de protección concedido a los derechos y libertades constituidos en el Título I, Capítulo II, en donde además se encuentran vinculados los poderes públicos y se sigue el principio de reserva de ley tutelados ante el recurso de inconstitucionalidad. Por otro lado, el segundo apartado del artículo 53 reconoce la tutela reforzada de los derechos y libertades (artículo 14 y de la Sección primera del Capítulo II), entre los que se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva, que, ante la situación de llegar al recurso de amparo se deberá de haber sido parte de procedimientos que incluyan los principios de preferencia y sumariedad.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental situado en el artículo 24 de la Constitución española, el cual además de proporcionar a las personas una serie de principios, también les hará receptores de un conjunto de garantías jurisdiccionales frente a los procesos judiciales y aquellos órganos que se encargan de su ordenación.

La Inteligencia Artificial (IA) ha supuesto una revolución que ha introducido en los diferentes sectores de la sociedad, incluido el ámbito jurídico una tecnología disruptiva. Su uso puede ser muy beneficioso y genera mucho interés ante la mejora la eficiencia como puede ser de la toma de decisiones, la automatización de las tareas, análisis de información legal e incluso el acceso a la justicia. La letrada de Administración de Justicia, Cristina Lorenzo desarrolla un número de aplicaciones de la IA sobre algunos casos de la Administración de Justicia:

- **Ámbito de la tramitación procesal:** Para el correcto desarrollo de un procedimiento judicial se tendrán que realizar una serie de actividades que les doten de orden, tiempo y forma, por ello la IA es recomendable para ejecutar aquellas tareas repetitivas, mecánicas o aquellas que no necesiten el razonamiento humano, con el que liberar al personal de la Administración de Justicia (Jueces, Fiscales o Letrados de Administración de Justicia).

El Ministerio de Justicia ha desarrollado un proyecto para el uso de la IA que es, la *cancelación automática de antecedentes penales*, que cumpliendo con los requisitos del artículo 136 del Código Penal sobre plazos, penas impuestas a personas jurídicas o inscripciones en el

¹²³ FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 19.

Registro Central de Penados y Rebeldes cuenta con rapidez y una condición resolutive ya que además no se tendría que hacer solicitud previa. Mediante estas técnicas de robotización e IA, mantienen el Registro de Penados actualizado y sin intervención humana, que supondría mayor retraso. Otro proyecto es el llamado “Calculadora 988” es aplicado para la organización de aquellas múltiples condenas imputadas a un reo en las que se realizará un orden cronológico de cada una con la finalidad de hacer un análisis de su acumulación conforme al artículo 76 del Código Penal y el “Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27/06/2019”. Con ello, la robotización crea un formulario resultado del análisis de combinaciones posibles ajustadas a la normativa en bloques de acumulación de forma automática¹²⁴. Cabe destacar que la tecnología implantada tiene probabilidades de ser objeto de error, por ello se menciona el debido control humano por parte de la Administración de Justicia característico de permanencia y rigurosidad.

- **Ámbito de la aplicación penal:** La aplicación de la Inteligencia Artificial en la investigación penal debe ir aparejada del respeto hacia los derechos fundamentales, como de los límites y garantías con los que el Estado está autorizado a introducirse en la esfera personal del individuo mediante el ius puniendi.

La CE, adelantándose a la evolución de la tecnología que existe hoy en día para la protección de sus ciudadanos, aplica un precepto con el que prevenir ciertos riesgos, señalando para el uso de instrumentos tecnológicos en la investigación del delito las siguientes limitaciones descritas en su artículo 18.4 “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”¹²⁵.

La aplicación de la IA en la investigación penal ha supuesto el uso de un sistema de inteligencia forense que se encarga de llevar a cabo un almacenamiento de datos que procesa las diferentes soluciones de sucesos o casos criminales que con la capacidad del uso de un algoritmo para el aprendizaje de los mencionados datos, construye la más óptima resolución, integrando no solo datos personales, sino materiales y electrónicos¹²⁶. Un ejemplo puede ser el sistema de IA, utilizado por la policía española denominada *VeriPol*, la cual detecta denuncias falsas, recopilando denuncias interpuestas en el año 2015 que se dividían en 534 verdaderas y 588 falsas. Haciendo un análisis del lenguaje más frecuente utilizado en cada una de las denuncias falsas, pudiendo obtener la probabilidad de falsedad, con un acierto del 91% siendo objeto aquellas que se interpusieron a delitos contra el patrimonio¹²⁷.

- **Ámbito de decisión judicial:** La decisión judicial en el ordenamiento jurídico español pertenece a los Jueces y Tribunales en todo tipo de procesos, así es reconocido en el artículo 117 de la CE, que en su tercer apartado describe, “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde*

¹²⁴ LORENZO PÉREZ, C., “Inteligencia artificial en la Administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”, 2022, p. 7.

¹²⁵ Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

¹²⁶ MARCHENA GÓMEZ, M. “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional” *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas Apel SL, Gijón, 2022, p. 20.

¹²⁷ QUIJANO-SÁNCHEZ, L., LIBERATORE, F., CAMACHO-COLLADOS, J., CAMACHO-COLLADOS, M., “Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police”, *Knowledge-Based Systems*, Volume 149, 2018, p. 155-168.

*exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*¹²⁸. Y en los dos apartados que le preceden se hace mención de su independencia, sometimiento único al imperio de la ley, o la prohibición de ser suspendidos, separados y entre otros factores sino por las causas y garantías que se prevea en la ley, este artículo encuentra eco en los artículos 12, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ante la no tan futura resolución de conflictos por jueces robots, los ciudadanos se pueden ver amenazados o incluso encontrarse en una incertidumbre por averiguar si la IA estará a la altura de un ser humano tomando las decisiones correctas para su interpretación y protección sobre ellos, no concluyendo en determinaciones unívocas.

Como ejemplos actuales de la decisión judicial de estos dispositivos está una aplicación de Reino Unido para poder formalizar y resolver procedimientos de divorcio, penales o incluso reclamaciones civiles en cantidades inferiores a 10.000 libras esterlinas¹²⁹. Por otro lado, el Banco Interamericano de Desarrollo, con la ayuda de profesionales en programación de la dispositivos de IA, diseñó un asistente virtual llamado PROMETEA, cuya finalidad es analizar los expedientes recibidos por la Fiscalía sobre amparo habitacional con el que determinar una solución jurídica de forma automática a través de las palabras clave usadas repetitivamente en precedentes judiciales de cada expediente mediante una inferencia probabilística, aquellos precedentes se encuentran en el almacenamiento de datos para una eficiente solución. PROMETEA no se utiliza como un sistema caracterizado por la caja negra, sino que mantiene una explicación clara y sencilla de lo que el usuario necesita. Además el dictamen jurídico que resuelva será inspeccionado por el fiscal a cargo antes de ser firmado y enviado al Tribunal Superior de Justicia, de esta manera sigue habiendo un factor humano¹³⁰.

En relación con el derecho de la tutela judicial efectiva, el artículo 24 de la CE, no solo refleja dicha garantía, también reconoce que el individuo sea beneficiario de la defensa de sus intereses legítimos, de la prohibición de la indefensión, de la intervención de un juez ordinario predeterminado por la ley y de un proceso con todas las garantías (generales, específicas y determinadas)¹³¹. Sin embargo, si la IA tomase el papel de los jueces, ¿se cumplirían las mencionadas garantías? Lorenzo Pérez describe que la decisión judicial debe ser un proceso completamente humano y que este sistema sea utilizado para el auxilio o apoyo en relacionar hechos con mayor facilidad, buscador de datos, realización de comparaciones, etc¹³².

La actuación de la inteligencia artificial sustituyendo la labor de un órgano jurisdiccional para unos autores puede ser positiva, un instrumento con el que agilizar los procedimientos, ofrecer soluciones que carecen de sesgos cognitivos, como también una menor probabilidad de cometer

¹²⁸ Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

¹²⁹ MARCHENA GÓMEZ, M. “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional” *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas Apel SL, Gijón, 2022, p. 13.

¹³⁰ ESTÉVEZ, E., FILLOTTRANI, P., LINARES LEJARRAGA, S., *Prometea: Transformando la Administración de Justicia con herramientas de inteligencia artificial*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2020. p. 22.

¹³¹ SAAVEDRA GALLO, P., OSORIO ACOSTA, E., RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R. & RIVERO SANTANA, V., “La garantía de justicia penal” *Derecho Procesal Penal: Lecciones + Practicum*, EmpydeaPublishing, España, 2020, pp, 14-15.

¹³² LORENZO PÉREZ, C., “Inteligencia artificial en la Administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”, 2022,, p. 13.

decisiones erróneas. Por otro lado, otros autores consideran que la IA nunca deberá sustituir al ser humano, ya que por ejemplo en el ámbito penal la valoración de dictámenes periciales debe ir de la mano del juez, más altas probabilidades de algoritmos que provoquen discriminación por razón de sexo, raza, nacionalidad, entre otros.

Bonet Navarro describe la necesidad de asociar la justicia robótica a una justicia sin errores¹³³, en donde razona que se debe naturalizar la imperfección de las resoluciones judiciales que se basan en la intuición, como aquel margen de error que estará derivado de la IA, que irá disminuyendo a medida en que se perfeccione los avances técnicos de los sistemas de investigación y enjuiciamiento¹³⁴.

Nieva Fenoll y Belloso Martín, hacen una reflexión sobre la programación de los algoritmos en el momento de tomar la decisión actual. Como es descrito a lo largo de los capítulos, el sistema de IA incorpora unos algoritmos representados por un número de datos con los que desarrolla una solución, en este caso, los datos son las sentencias que durante años se ha construido jurídicamente como jurisprudencia. La reflexión que ellos toman se basa en la fosilización de las decisiones¹³⁵ debido a no poder adaptar a la evolutiva jurisprudencia, y cerrándose a los cambios sociales del futuro y a los argumentos traídos por las partes del proceso, objeto de interpretación jurídica¹³⁶.

Sin embargo, Susskind ofrece una postura más alejada a la negativa del uso de la IA. Razona acerca del acceso de las máquinas a un conjunto de datos más grandes de los que nosotros tengamos alcance, con respecto a los datos y experiencia del pasado, considerando que con los propios avances técnicos de los mismos sean capaces de resolver casos más difíciles actualizándose aquellos datos de manera habitual¹³⁷. Por otro lado Marchena Gómez considera que *“hacer justicia es algo distinto a constatar en términos estadísticos cómo se ha resuelto un problema similar en ocasiones precedentes. De hecho, no son pocos los casos en los que la insatisfacción sobrevenida ante la mecánica aplicación de una jurisprudencia no renovada empuja al Tribunal a un cambio de criterio que se aparta de decisiones anteriores”*¹³⁸. Reflexiona en que al desarrollar estos dispositivos no sea con vistas a imitar la actuación de un juez en su razonamiento y pensamiento, sino de interrelacionar su gran capacidad para procesar datos y sus propias capacidades computacionales con los que ofrecer soluciones aceptables en términos jurídicos¹³⁹, debiendo ser utilizados en los casos que no requieren la auténtica necesidad de

¹³³ MARCHENA GÓMEZ, M. “Inteligencia Artificial y función decisoría en el ordenamiento jurisdiccional penal: una reflexión crítica acerca del entusiasmo sobrevenido por el juez-robot” *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas Apel SL, Gijón, 2022, p. 64.

¹³⁴ BONET NAVARRO, L. “Algunas reflexiones sobre la viabilidad de la inteligencia artificial en el proceso penal”, *Revista Inmexius, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, año IV, n.º. 40, 2020, p. 20.

¹³⁵ NIEVA FENOLL, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Edit. Marcial Pons, 2018, p. 99.

¹³⁶ BELLOSO MARTÍN, N. “Inteligencia artificial en la resolución de asuntos judiciales. Reflexiones desde el paradigma de la justicia predictiva”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2021 Consejo General del Poder Judicial, p. 17.

¹³⁷ SUSSKIND, R., *Tribunales online y la Justicia del futuro*, Edit. La Ley, Wolters Kluwer España, 2020, pp. 333-334.

¹³⁸ MARCHENA GÓMEZ, M. “Inteligencia Artificial y función decisoría en el ordenamiento jurisdiccional penal: una reflexión crítica acerca del entusiasmo sobrevenido por el juez-robot” *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas Apel SL, Gijón, 2022, pp. 71-73.

¹³⁹ SUSSKIND, R., *Tribunales online y la Justicia del futuro*, Edit. La Ley, Wolters Kluwer España, 2020, p. 332.

interpretación del órgano jurisdiccional. Por ejemplo aquellas resoluciones jurisdiccionales que requieran ser objeto de motivación (artículo 24.1, derecho a la tutela judicial efectiva) no podrán ser resueltas de forma automatizada en su plenitud, como pueden ser dictámenes periciales que deben estar sujetas a la valoración judicial del juez, no obstante IA en un futuro podría ofrecer algo más que lo que hoy está enriqueciendo la tarea jurisdiccional¹⁴⁰.

4. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE UNA PERSPECTIVA FILOSÓFICA

4.1. Ventajas e inconvenientes de la inteligencia artificial.

Actualmente se ha experimentado grandes logros y avances para la humanidad con los que se ha podido introducir una mejora en la medicina, la ingeniería, la educación, la comunicación, o la economía. Pero en el análisis de la aplicación de la IA de los diferentes sectores y elementos que completan nuestra vida cotidiana, cabe destacar las ventajas e inconvenientes que provoca el impacto de esta tecnología:

En primer lugar se examinarán las ventajas de la IA, el cual es un instrumento que ha aumentado la productividad y eficacia en diferentes sectores, por ejemplo, en el proceso de producción de las empresas que adquiere una mayor rapidez reduciendo los tiempos de inactividad del trabajador, o aquellas tareas que sean peligrosas para la integridad física de las personas.

También, los avances que se han conseguido en ámbito de la salud respecto de diagnósticos precisos o la posibilidad de mejorar la vida de las personas con su aplicación en los procedimientos quirúrgicos, ya sea dándoles una nueva oportunidad de vivir o mejorando su calidad de vida. El primer ejemplo está basado en un algoritmo programado para dar un diagnóstico de posibles enfermedades mediante la realización de una radiografía del tórax, fundamentada su programación con numerosas imágenes de rayos X del tórax de diferentes pacientes con sus respectivos diagnósticos, dicha herramienta es elaborada por la Universidad de Stanford, California¹⁴¹. El segundo ejemplo es de un hombre que hace 10 años sufrió un accidente que le provocó una condición de tetraplejía producida por una lesión medular. La lesión mencionada tiene consecuencias en la capacidad motora, poseída por cada uno de los seres humanos, de esta manera, mediante la IA se introdujo un interfaz que conecta el cerebro con la médula espinal, con ello existe una comunicación transformando sus pensamientos en la acción de movimiento. La programación de la IA se produjo con la conexión de un conector y un ordenador que recoge los estímulos cerebrales pertinentes a la acción motora “y los traduce en datos digitales tras una fase de aprendizaje tanto del humano como de la máquina”¹⁴².

En el ámbito educativo, la IA en las formas de aprendizaje ha supuesto el cambio en el material y métodos de enseñanza, con atención a las necesidades de cada alumno e incluso ayudando al medioambiente, por ejemplo, reemplazando los libros de texto por tabletas o

¹⁴⁰ MARCHENA GÓMEZ, M. “Inteligencia Artificial y función decisoria en el ordenamiento jurisdiccional penal: una reflexión crítica acerca del entusiasmo sobrevenido por el juez-robot”, *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas Apel SL, Gijón, 2022, p. 78.

¹⁴¹ WOLFF, T. & YOGESHWAR, R., [DW DOCUMENTAL]. (26 de septiembre de 2019). *¿De qué es capaz la inteligencia artificial?*. [Archivo de Vídeo]. https://www.youtube.com/watch?v=34Kz-PP_X7c.

¹⁴² “Un hombre tetrapléjico logra caminar gracias a un implante que conecta cerebro y médula”, LaSexta, 2023.

portátiles, o acceder a clases online mediante el uso de los mencionados dispositivos para aquellos alumnos que geográficamente no puedan acudir de forma física o por motivos socioeconómicos.

Por otro lado, no es correcto descartar los inconvenientes de la IA ya que nos afecta si vulnera los derechos humanos. En primer lugar, las dificultades que está ocasionando en los puestos de trabajo ya que muchas de las actividades que solían hacerse a cargo de seres humanos, actualmente son las máquinas las que las realizan. Por ejemplo, el uso de robots que hacen la labor de un camarero en funciones como preparar la comanda o llevar los platos a la mesa correspondiente, siendo utilizado cada vez en más partes del mundo. En segundo lugar y como siguiente ejemplo, es el de la empresa Amazon conocida como la líder global en el comercio electrónico. Esta empresa ha desarrollado tiendas con alta tecnología que cuenta con autoservicio y su propio reconocimiento inteligente de imágenes. Dicho reconocimiento podrá detectar los productos que cogemos y volvemos a poner en las estanterías, que, a través de una aplicación instalada en los dispositivos conectada a la tienda va añadiendo o eliminando los productos en un carrito de compra online, enviando automáticamente al salir el ticket de compra. Amazon lo denomina como Amazon Fresh, sin cajeros ni fricciones, “Just Walk Out”¹⁴³. Esta situación provoca una preocupación legítima sobre el impacto de la IA en el mercado laboral y la necesaria puesta en marcha de desarrollo de nuevos puestos de trabajo adaptados a los continuos cambios.

No sólo se plantean preocupaciones en el ámbito laboral, también existen sobre la ausencia de la ética y privacidad en el mal uso de los datos personales de los individuos, los sesgos algorítmicos, y la discriminación que éstos puedan aportar, además de la falta de seguridad y utilización mal intencionada de las vulneraciones que puedan atentar en sus sistemas, provocando desafíos de ciberseguridad. Se considerará también otro inconveniente la responsabilidad no regulada de forma correcta, por ejemplo, ante casos de decisiones automatizadas erróneas o dañosas, y que plantean dilemas morales e interrogantes éticos. Por tanto estos actos son deducibles de desconfianza en los sistemas de IA y los consecuentes resultados negativos en la sociedad y en el individuo en su esfera personal.

4.2. Aspectos éticos y morales de la inteligencia artificial

Es preciso definir los conceptos de la ética y la moral para hacer una correcta comprensión de su implantación en el contexto de la IA. La ética es el estudio o análisis aplicado en la reflexión que se basa la moral. La moral no puede clasificarse en un único modelo, ya que consiste en el desarrollo personal de la persona, en el cual influye la sociedad, la cultura, el tiempo en el que se experimenta y los usos sociales de forma universal. Para su comprensión más detenida, Ara Pinilla los divide en moral individual, que confiere el comportamiento de una persona sobre qué es lo correcto a través de unas convicciones personales resultado de las experiencias en su vida social. Moral social, el conjunto de reglas que revelan los modelos de comportamiento establecidos en una sociedad determinada que se ajustan a la idea de bien colectivo. También la moral universal, siendo difícil precisar una moral en común que englobe a cada una de las personas ante por ejemplo la existencia de un gran número de culturas, pero podría ajustarse a aquellas reglas o leyes que la mayoría de los individuos acepta y sigue¹⁴⁴.

¹⁴³ WOLFF, T. & YOGESHWAR, R., [DW DOCUMENTAL]. (26 de septiembre de 2019). *¿De qué es capaz la inteligencia artificial?*. [Archivo de Vídeo]. https://www.youtube.com/watch?v=34Kz-PP_X7c.

¹⁴⁴ ARA PINILLA, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2006, p. 138.

Como es anteriormente mencionado, la ética hace un análisis de los principios y reglas objeto de una realidad social, haciendo de ello una reflexión racional o valorativa. No obstante bajo el punto de vista de la filosofía jurídica, se encuentra la ética dentro de las ciencias normativas que tiene como finalidad verificar en qué medida las normas jurídicas se ajustan o no a los valores morales¹⁴⁵. Para relacionarlo con la IA se escogerá la estructura utilizada para el estudio del acto moral, que se identifica como aquella actuación realizada por un sujeto de manera voluntaria que es valorada bajo las normas morales previamente aceptadas por una colectividad y libremente aceptadas por la persona¹⁴⁶.

1. **Motivo o fin.** Los motivos por los que se ha desarrollado rápidamente la IA han sido porque nos proporciona facilidades y resoluciones en nuestra vida cotidiana, como la automatización de tareas rutinarias o peligrosas, la mayor precisión y fiabilidad, el desarrollo de nuestras oportunidades de negocios y el aumento de eficacia y productividad.
2. **La intención con la que es realizada.** Siguiendo los motivos por los que se utiliza la IA, está dotará de una agilización de tareas, optimización de procesos de producción o de tomar decisiones con menor margen de error que las que podría dar un ser humano.
3. **Las circunstancias y medios para su obtención.**
 - Se buscará definir la resolución de un problema ante las necesidades que el usuario tenga, además de determinar cómo el sistema hará efectiva su solución.
 - Se llevará a cabo una recopilación de datos con el que el sistema aprenderá y tomará decisiones de forma autónoma, ya sea con datos existentes u otros recopilados mediante dispositivos.
 - El desarrollo de algoritmos, tras la recopilación de datos necesarios para el resultado que se pretende desarrollar será utilizado aquel algoritmo adecuado para resolver el problema, atendiendo a su naturaleza y datos disponibles.
 - El entrenamiento del modelo de IA creado, con el que ajuste y evalúe su propio rendimiento a través de métricas o patrones.
 - La actualización y mantenimiento del sistema, que implica la actualización del modelo con nuevos datos, continua corrección de errores, adaptación a los requisitos del usuario, etc.
1. **Obtención del fin.** En este caso el juicio de lo que es correcto bajo la moral del individuo y estudio de la ética sobre el mismo es difuso. Es considerado por muchos un instrumento que puede derivar al incumplimiento de derechos fundamentales y a desventajas sociales que lo conducen a una perspectiva negativa y pensamiento de que su uso no es correcto. Su estudio o análisis se hará sobre las consecuencias que acarrea tanto de manera beneficiosa como desventajosa y determinará lo que se deberá o no hacer.

¹⁴⁵ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, J. & BUENO OVILLA, T.F. “Nociones Generales de la Deontología Jurídica”, *Ética profesional del jurista*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 16-17.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 19.

2. **Consecuencias de la acción.** Con la obtención del fin, por ejemplo, en el uso de procedimientos selectivos en la IA, puede vulnerar el derecho a la no discriminación como consecuencia del sesgo introducido en el algoritmo. Si se requiere que esto no ocurra deberá programarse de manera objetiva y con datos que representen una total transparencia para su uso. Otras de las consecuencias pueden ser la intromisión en la intimidad, privacidad y seguridad de los usuarios, provocando en las personas grandes inseguridades y desconfianza para quien los utilice, por ello es necesario concretas normativas para cada uno de los ámbitos.

En resumen los seres humanos deberían usar la IA como un medio que les beneficie pero que no les entorpezca ningún aspecto de su vida, ya que si esos desafíos éticos y morales no son subsanados otorgando seguridad jurídica; transparencia; valores éticos; bienestar humano; responsabilidad; respeto de los derechos humanos y fundamentales, nunca le será otorgada una perspectiva positiva que poder adoptar en la tecnología de manera justa, sostenible y responsable.

La Comisión Europea publicó un Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)), desarrollando que en el uso de la IA debe haber una base de los valores fundamentales europeos, incluyendo principios de transparencia, explicabilidad, equidad, rendición de cuentas, responsabilidad y fiabilidad¹⁴⁷. Para su correcta implementación debe ser considerado el deber de centrarse en el ser humano para complementarse en él y proporcionarle unos beneficios para su bienestar, incluyendo ofrecer sostenibilidad como instrumento auxiliar como para intervenciones o asistencia sanitaria. De esta manera, aumentará el grado de confianza de los ciudadanos si se pone en práctica los principios y requisitos éticos en la totalidad de ámbitos de aplicación de la IA.

Actualmente existen algunos casos que pueden ser ejemplo de la necesidad de establecer principios éticos en los sistemas de la IA, uno de ellos es el caso de *Facebook* una red social que utilizó un algoritmo viciado de sesgos que culminó la vulneración de los derechos humanos, al ofrecer unos anuncios de vivienda y empleos dirigidos a los usuarios en función de su raza, género y religión. Fue demandada por Estados Unidos ya que esta red social permitió dirigir los anuncios para que diesen ese tipo de servicio, de forma desigualitaria. Otro caso es del reconocimiento facial de la empresa *Clearview AI* que se encargaba de cotejar imágenes de búsqueda con numerosas imágenes extraídas de las redes sociales, provocando lo que muchos criticaron como una violación de la privacidad de las personas¹⁴⁸. En contrastación del caso de *Clearview AI*, se encuentra la campaña de igualdad lanzada por el Ministerio de Igualdad español en el año 2022, donde se reivindicaba la diversidad de cuerpos para evitar los estereotipos y la violencia estética. Lo que ocurrió fue que una de las modelos que se refleja en la imagen de la campaña se quejó debido a que su imagen fue utilizada sin su permiso.

4.3. La responsabilidad jurídica derivada de la aplicación de la inteligencia artificial

Se hace referencia a la responsabilidad jurídica cuando un sujeto por la acción u omisión de un hecho jurídico provoca un daño sobre una persona física o jurídica, o un bien, transgrediendo la prohibición o mandato de la norma jurídica. Existen tres tipos de responsabilidad jurídica, penal, administrativa y civil. En el nacimiento de la responsabilidad jurídica existen cuestiones que la

¹⁴⁷ Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)).

¹⁴⁸ HASKINS, C., “La tecnología de reconocimiento facial conlleva implicaciones éticas negativas y viola los derechos humanos, dicen expertos”, *Revista Business Insider México*, 2021.

responsabilidad penal y administrativa comparten, como la figura sancionadora con forma de “pago”¹⁴⁹, impuesta a quien ha ocasionado el daño, a través de un castigo o retribución. Por otro lado se ven sujetos al principio de legalidad (artículo 25 CE y LRJSP, 40/2015) en el que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento¹⁵⁰. También coinciden en las garantías del proceso, aunque con distinto alcance, son consagradas bajo el límite de la potestad punitiva del Estado siendo una de ellas la prueba de los hechos, integrada en el derecho la presunción de inocencia.

Mientras tanto, la responsabilidad civil representa la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por quien es responsable de un daño, restituyendo aquello que se ha dañado en el estado en el que se encontraba con anterioridad al suceso o compensando su valor. Hay dos tipos de responsabilidad, la contractual y la extracontractual, sus obligaciones se encuentran reconocidas por el artículo 1089 del Código Civil. La responsabilidad contractual se basa en el incumplimiento ocasionado a las obligaciones acordadas en un contrato, destacar que contienen fuerza de ley una vez perfeccionado el mismo (artículo 1091 Código Civil), y la responsabilidad extracontractual se trata de reparar un daño ocasionado por un acto ilícito o negligente, al margen de cualquier vínculo contractual.

Ante la inseguridad de lo que la IA podría ocasionar en nuestra sociedad no se puede afirmar que definitivamente genere riesgos, por lo que se debe tomar las precauciones o prevenciones necesarias sobre la responsabilidad jurídica de estos sistemas, evitando un desarrollo descontrolado de su programación y que incluya un control normativo. Entre los ámbitos de nuestra vida cotidiana en los que pueden afectar los riesgos hallados en ellos pueden ser, en el empleo, la protección de datos, la igualdad, la discriminación, la seguridad, el medio ambiente, y el algoritmo utilizado para tomar las decisiones.

En este último ámbito, ¿quién o en qué recaerá la responsabilidad jurídica por los daños ocasionados sobre personas o bienes? Quienes se encargan del desarrollo de un aparato de IA, son sus programadores, pero no sólo ellos se encuentran ligados a una posible responsabilidad, también están los sujetos que se constituyen como fabricante de la máquina, usuario, propietario u operador. Sin embargo, para el desarrollo que desenvuelve su razonamiento y actuaciones es necesaria la integración de dos sistemas, el hardware y el software. Estamos sumergidos en la reivindicación de un derecho de los robots sujetos a las dificultades y singularidad de actuación de estos, debiendo alimentarse de nociones capaces de hacer frente a desafíos disruptivos que todavía hoy no podemos imaginar¹⁵¹.

Ante esta circunstancia la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)), propuso dotar a los robots de personalidad jurídica o electrónica para reparar

¹⁴⁹ GARCÍA AMADO, J.A., “Responsabilidad jurídica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, León, 2012, p. 126.

¹⁵⁰ Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

¹⁵¹ MARCHENA GÓMEZ, M., “Responsabilidad-personalidad robótica”, *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas APEL SL, Gijón, 2022, p. 81.

los daños que puedan causar y para aquellos supuestos en que tomen decisiones de forma autónoma o cuando interactúen con terceros de forma independiente¹⁵².

El apartado de responsabilidad, en su respectivo número 59 de la resolución tiene como petición a la Comisión de realizar una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo que explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, dividiéndose en:

- A. Implantar un régimen de seguro obligatorio en los casos que sea oportuno y necesario para categorías específicas de robots, similar al existente para los automóviles, en donde los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots.
- B. Implantar un fondo de compensación que no solo garantice la reparación de los daños o perjuicios causados por un robot ante la ausencia de seguro;
- C. Permitir al fabricante, al programador, al propietario o al usuario beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a un fondo de compensación o bien si suscriben conjuntamente un seguro que garantice la compensación de daños o perjuicios causados por un robot;
- D. Decidir si conviene crear un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o crear un fondo individual para cada categoría de robot, así como la elección entre un canon único al introducir el robot en el mercado o pagos periódicos durante la vida del robot;
- E. Crear un número de matrícula individual que figure en un registro específico de la Unión que asegure la asociación entre el robot y el fondo del que depende y que permita que cualquier persona que interactúe con el robot esté al corriente de la naturaleza de fondo, los límites de su responsabilidad en caso de daños materiales, los nombres y las funciones de los participantes y otros datos pertinentes;
- F. Crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Se estaría dando un paso a la humanización de los robots al dotarlos de personalidad jurídica, lo que constituirá la titularidad de derechos y obligaciones, cuestiones que pertenecen al ser humano siendo aquellos quienes les dirigen. No obstante, puede ser un problema en el momento de que origine daños en gran medida y de mucho coste en consecuencia del sesgo algorítmico o de su descontrolada programación.

Para afrontar esta situación sería conveniente atribuirles la categoría de *cosas* estando más acorde a sus rasgos definidores, cuya responsabilidad quede ligada a los sujetos que tengan su titularidad. Y ofrecer una solución frente a las lagunas encontradas en la determinación del sujeto al que debe exigirse la responsabilidad en el ámbito de los daños que provoque la IA, la

¹⁵² Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)).

fundamentación o la naturaleza del mismo, mediante los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil¹⁵³.

5. CONCLUSIÓN

La Inteligencia Artificial es un sistema en el que no cabe un único concepto definitorio, pero presenta ciertas características con las que poder conceptualizar, pues es una herramienta que cada vez está más actualizada y por consiguiente logra llegar a cada uno de los sectores que engloba nuestra vida diaria. Es capaz de desarrollar una autonomía a través de su programación configurada de numerosos datos que proporcionen el resultado buscado y, a raíz de ello, realizar tareas equiparadas al ser humano, pero con mayor precisión y menor margen de error, y también un aprendizaje automático, mejorando así su rendimiento. Sobre las consecuencias negativas que puedan provocar los actos desde su autonomía para tomar las decisiones debe exigirse una responsabilidad jurídica y definir qué sujetos son los responsables de los hechos, que, tomando como reflexión de la petición del Parlamento Europeo a la Comisión en la Resolución de 16 de febrero de 2017 sobre otorgar personalidad jurídica a la IA, esta responsabilidad debe imputarse sobre quienes tengan su titularidad con lo que afianzar de seguridad jurídica a los ciudadanos.

Actualmente, con la rápida evolución de la tecnología es considerada entre muchos autores el detonante de la Cuarta Revolución Industrial, basada en la Era de la Información por el complejo desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones entre los seres humanos como una transformación global. No obstante, las actividades realizadas por estos sistemas deben verse limitados por normativas adaptadas a este campo y que además ante cualquier daño ocasionado sobre las personas o los bienes, recaiga responsabilidad jurídica. Con el objetivo de dar un comienzo en su regulación, el Parlamento Europeo publicó la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, en el que propone unas normas de Derecho Civil sobre la responsabilidad y principios éticos a aplicar conforme al estado de evolución de la IA y la robótica; la Resolución de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

Sin embargo, las actuaciones también pueden perjudicar a los derechos humanos los cuales se dotan de ser intrínsecos, universales, irrenunciables, indivisibles, inalienables e imprescriptibles, contribuyendo como su referente fundamental, la dignidad humana, con la que se alcanza la autorrealización de cada persona y la garantía de no ser objeto de ofensas. Por ello, ante el impacto que está teniendo la tecnología sobre el Derecho y los derechos humanos, estos se ven en una situación precaria en la que se tendrá que diseñar una nueva normativa adaptada a la *Sociedad de la Información*¹⁵⁴.

La Cuarta Revolución Industrial no es el único evento histórico que podrá verse reflejado en nuestros tiempos, también se ha reflexionado sobre la cuarta generación de los derechos humanos tras el progreso de los instrumentos internacionales de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Generación que nos ofrece derechos como acceder y emplear las

¹⁵³ MARCHENA GÓMEZ, M., “Responsabilidad-personalidad robótica”, *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas APEL SL, Gijón, 2022, pp. 84-85.

¹⁵⁴ PÉREZ LUÑO, A. “El impacto tecnológico en el Derecho y en los Derechos Humanos: Un nuevo marco disciplinar”, *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014 p. 17.

tecnologías de la información y comunicación, o el derecho a formarse de las nuevas tecnologías, pero con un uso inadecuado de las mismas muchos derechos pueden verse vulnerados.

Por ejemplo, el derecho a la no discriminación ha sido vulnerado hoy en día por sistemas empleados en empresas que programan la IA a su servicio con la poca consciencia, de que, su funcionamiento no esté viciado de sesgos algorítmicos que provoquen que sistemas de reconocimientos faciales discriminen por el sexo u origen racial desencadenando así problemas éticos o repercusiones negativas. Otro ejemplo es la protección de los datos personales cuya vulneración supone la indefensión frente a nuestra intimidad y privacidad, por ello para su correcta protección deben estar asegurados por normativas como el Reglamento General de Protección de datos del Parlamento Europeo y del Consejo, de transparencia evitando los sistemas opacos, diversidad en el desarrollo y diseño y ser los propios individuos quienes controlen y permitan la utilización de sus datos por terceros.

Otro ámbito importante que destacar en la aplicación de la IA son las decisiones judiciales tomadas por el mismo en procedimientos judiciales que afectan al derecho de la tutela judicial efectiva. Es constitucionalmente protegido para que los Jueces y Tribunales sean quienes resuelvan estos procesos, en donde las personas son beneficiarios de la defensa de los intereses legítimos o a un proceso con todas las garantías, pero no hay exactitud de que la IA puede realizar una labor que requiere la conciencia humana y de que pueda respetar las mencionadas garantías. Que un sistema como la IA tome el papel de un juez deberá ir ligado de interrelacionar su gran capacidad para procesar datos y sus propias capacidades computacionales con los que ofrecer soluciones aceptables en términos jurídicos¹⁵⁵, debiendo ser utilizados en los casos que no requieran la interpretación del órgano jurisdiccional.

La IA aborda implicaciones éticas y morales considerables que deben plantearse de manera integral. Poniendo en marcha el desarrollo y uso de la IA de una manera responsable y siguiendo los principios éticos, garantizando la transparencia, equidad, privacidad y dotar de importancia el impacto económico-social. Para poder aprovechar el potencial de este sistema los desafíos tendrán que ser afrontados de forma reflexiva y ética para conseguir el verdadero beneficio que puede aportar a la humanidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARA PINILLA, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2006, p. 138.

BAYOD LÓPEZ, C. & ARGUDO PÉRIZ J.L., "Inteligencia artificial: hacia una subjetividad cibernética" *Persona y Derecho Civil: Los retos del siglo XXI (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 160.

BELLOSO MARTÍN, N. "Inteligencia artificial en la resolución de asuntos judiciales. Reflexiones desde el paradigma de la justicia predictiva", *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 3, 2021 Consejo General del Poder Judicial, p. 17.

BETEGÓN, J. LAPORTA, F.J. DE PÁRAMO J.R. & PRIETO SANCHÍS, L. "Las generaciones de los derechos humanos", *Constitución y derechos Fundamentales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 413.

¹⁵⁵ SUSSKIND, R., *Tribunales online y la Justicia del futuro*, Edit. La Ley, Wolters Kluwer España, 2020, p. 332.

BINNS, R.: “Fairness in machine learning: Lessons from political philosophy” *Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, PMLR, 2018, p. 1.

BONET NAVARRO, L. “Algunas reflexiones sobre la viabilidad de la inteligencia artificial en el proceso penal”, *Revista Inmexius, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, año IV, n°. 40, 2020, p. 20.

BRAVO BOLADO, A. “El sesgo algorítmico, el sesgo humano, y su impacto en nuestros derechos procesales”, *La justicia en la sociedad 4.0: Nuevos retos para el siglo XXI*, Editorial Colex, S.L., A Coruña, 2023, p. 473.

CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, n° 84, 1994, p. 1.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), Preámbulo, p. 3

Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

DE ASÍS ROIG, R. “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, *Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2008, p. 392.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, J. & BUENO OVILLA, T.F. “Nociones Generales de la Deontología Jurídica”, *Ética profesional del jurista*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 16-17.

DELGADO, D. “Análisis de la Declaración de Independencia de Estados Unidos”, *Revista Muy Interesante*, 30 de junio de 2020, p. 1.

Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, COM(2021) 101 final, Bruselas, 2021.

ESTÉVEZ, E., FILLOTTRANI, P., LINARES LEJARRAGA, S., *Prometea: Transformando la Administración de Justicia con herramientas de inteligencia artificial*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2020. p. 22.

FERNÁNDEZ GARCÍA, A. “Discriminación y tecnología (geolocalización, inteligencia artificial, teletrabajo, ciberacoso)”, *Revista Catalunya*, n°. 11, 2022, p. 2.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 19.

GALPERIN, L. “Cómo los algoritmos modificaron la concepción de la segmentación de públicos en las campañas de comunicación digital en el contexto de Big data”, *Revista ComHumanitas*, n°. 2, 2022, p. 7.

GARCÍA AMADO, J.A., “Responsabilidad jurídica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, León, 2012, p. 126.

GARCÍA SÁNCHEZ, M.R. & REYES AÑORVE, J. “Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, n°. 5, 2014, p. 7.

GONZÁLEZ PIÑA, A. “Concepto y fundamentación de los derechos humanos en la obra de Gregorio Peces-Barba”, *Los Derechos Humanos en Perspectiva: el Pensamiento de Gregorio*

- Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos s. Nino*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2015, p. 26.
- GRANDE YÁÑEZ, M. “La autonomía como la dignidad de la voluntad egoísta”, *Ampliando la dignidad humana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 24.
- HASKINS, C., “La tecnología de reconocimiento facial conlleva implicaciones éticas negativas y viola los derechos humanos, dicen expertos”, *Revista Business Insider México*, 2021.
- Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)).
- International Labour Organization, *Facts on Disability in the World of Work*, Switzerland, 2007.
- LÓPEZ ONETO, M. *Fundamentos Para Un Derecho De La Inteligencia Artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 43-44.
- LORENZO PÉREZ, C., “Inteligencia artificial en la Administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”, 2022, p. 7.
- MALDONADO MÉNDEZ, E. & ULLOA CUÉLLAR, A. *Nociones de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 19.
- MARCHENA GÓMEZ, M. “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional” *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*, Gráficas Apel SL, Gijón, 2022, p. 20.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, I.J & SÁNCHEZ COBARRO, P.H “Smart Advertising: Innovación y disrupción tecnológica asociadas a la IA en el ecosistema publicitario”, *Revista Latina de Comunicación Social*, n°. 80, 2022, p. 71.
- MARTÍNEZ LÓPEZ SÁEZ, M. “Las NTIC y su papel en la sociedad actual”, *Una revisión de derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 27.
- MIRANDA GONÇALVES, R. “Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura”, *Artificial intelligence and human rights*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2021, p. 60.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén, “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Justiça do direito*, v. 34, n°. 2, 2020, pp. 148-172.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén, “Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030”, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 2, 2023, pp. 352-378.
- MIRAUT MARTÍN, L. “El sentido de las generaciones de derechos humanos”, *Revista Cadernos de Dereito actual*, n°. 19, 2022, p. 436.
- NIEVA FENOLL, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Edit. Marcial Pons, 2018, p. 99.
- NIKKEN, P. “El Concepto de Derechos Humanos”, en *Antología Básica en Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, p. 2.
- ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

PÉREZ LUÑO, A. “El impacto tecnológico en el Derecho y en los Derechos Humanos: Un nuevo marco disciplinar”, *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

PARDO DE VERA, M.M., *Innovación, privacidad e igualdad*, 2021, p. 1.

QUIJANO-SÁNCHEZ, L., LIBERATORE, F., CAMACHO-COLLADOS, J., CAMACHO-COLLADOS, M., “Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police”, *Knowledge-Based Systems*, Volume 149, 2018, p. 155-168.

RAMOS, J. “La teoría dualista de los derechos fundamentales”, *LegalToday Aranzadi*, 18 de junio de 2009, p. 1.

Red Española del Pacto Mundial, *Empresas y derechos humanos: acciones y casos de éxito en el marco de la Agenda 2030*, Madrid, 2019, p. 7.

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)).

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)).

ROBERT GILLÉN, S., CASTELLS I MARQUÈS, M., CAMACHO CLAVIJO, S., NAVAS NAVARRO, S., MATEO BORGE, I., & GÓRRIZ LÓPEZ, C. “Consentimiento del titular de los datos personales”, *Inteligencia Artificial Tecnología Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 67.

ROGEL VIDE, C. “Robótica y Derecho: Primera aproximación”, *Nuevas tecnologías y derecho*, Juruá editorial, Portugal, 2019, p. 16.

SAAVEDRA GALLO, P., OSORIO ACOSTA, E., RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R. & RIVERO SANTANA, V., “La garantía de justicia penal” *Derecho Procesal Penal: Lecciones + Practicum*, EmydeaPublishing, España, 2020, pp, 14-15.

SUSSKIND, R., *Tribunales online y la Justicia del futuro*, Edit. La Ley, Wolters Kluwer España, 2020, pp. 333-334.

TORRES, J.L. “Naturaleza e historia de los Derechos Humanos”, *Revista Espiga*, nº. 5, 2002, p. 4.

ULLOA CUÉLLAR A.L., “Sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos”, *Nociones De Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 15.

WOLFF, T. & YOGESHWAR, R., [DW DOCUMENTAL]. (26 de septiembre de 2019). *¿De qué es capaz la inteligencia artificial?*. [Archivo de Vídeo]. https://www.youtube.com/watch?v=34Kz-PP_X7c.

LA VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

Julia Gutiérrez Cabrera
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen: El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal el estudio tanto en el marco constitucional, como su regulación en distintas normativas de la vulneración de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales durante el estado de alarma en España, declarado el 14 de marzo del 2020 mediante la promulgación del Real Decreto 463/2020, como gestión para poder hacer frente a la crisis sanitaria que estaba aconteciendo en el país debido a la pandemia mundial provocada por el Covid-19. Asimismo, se analizan las diferencias del estado de alarma con el estado de excepción y sitio, así como también las consecuencias del estado de alarma y sus prórrogas a nivel jurídico. Por último, se hace una distinción entre limitación, suspensión y prohibición, así como también se analiza la afectación que han provocado las restricciones y las posibles limitaciones en los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

Palabras clave: Estado de alarma, dignidad humana, Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, crisis sanitaria.

Abstract: The main objective of this research work is the study both in the constitutional framework, and its regulation in different regulations of the violation of the dignity of the human person and fundamental rights during the state of alarm in Spain, declared on March 14, 2020 through the promulgation of Royal Decree 463/2020, as management to be able to face the health crisis that was happening in the country due to the global pandemic caused by Covid-19. Likewise, the differences between the state of alarm and the state of emergency and siege are analysed, as well as the consequences of the state of alarm and its extensions at the legal level. Finally, a distinction is made between limitation, suspension and prohibition, as well as the affectation caused by the restrictions and possible limitations on the fundamental rights contained in our Constitution.

Keywords: State of alarm, human dignity, Fundamental Rights, Human Rights, health crisis.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La dignidad humana como base de los derechos humanos y los derechos fundamentales. 2.1 Concepto de dignidad de la persona humana. 2.2 Regulación de la dignidad de la persona humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 2.3 Regulación de la dignidad de la persona humana en la Constitución Española. 3. Derechos humanos y derechos fundamentales. 3.1 Regulación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. 3.2 Regulación en la Constitución Española. 4. Los estados de alarma declarados en España debido a la pandemia del COVID- 19. 4.1 Concepto de estado de alarma. 4.2 Diferenciación con el estado de excepción y sitio. 4.3 Los estados de alarma declarados durante la pandemia en España. 4.4 La suspensión de los derechos fundamentales durante el estado de alarma. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Tras la crisis sanitaria debido a lo que conocemos como Covid-19 que aconteció no solo en España si no a nivel mundial y tras la declaración de la OMS de pandemia mundial, los gobiernos de los diferentes países tuvieron que adoptar ciertas medidas para poder frenar el número de contagios y fallecidos y así hacer frente a la situación que estaba ocurriendo.

En España, tras la declaración de la OMS de emergencia sanitaria, el Gobierno adoptó un estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo del 2020, en el cual se establecieron las medidas para frenar esa crisis sanitaria con su correcta aplicación, sin contar que algunas de ellas pudiesen vulnerar algún precepto constitucional de los derechos fundamentales y, a su vez, afectando a la dignidad humana.

En la primera parte de este trabajo se hace un estudio del concepto de dignidad de la persona humana, el cual es considerado como un valor que le pertenece a todo ser humano, por el simple hecho de serlo. Asimismo, ponemos en contexto ese concepto desde los antiguos filósofos hasta la actualidad, reflexionando las diferentes definiciones que le han ido dando a lo largo del tiempo, como también el valor que tiene. Por otro lado, comentamos el concepto de dignidad humana en su regulación en la Constitución y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La segunda parte del trabajo hace alusión al concepto de derechos humanos y derechos fundamentales, destacando sus similitudes, así como los límites que tienen cada uno de ellos y su regulación tanto en la Constitución como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La tercera parte del trabajo analizará el Título V de la Constitución española, llamado “De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales” concretamente el artículo 116, donde se establece el concepto de estado de alarma y sus diferencias jurídicas con el estado de excepción y sitio. Asimismo, recurriremos a la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio donde también se ha hecho una pequeña aclaración de cómo y cuándo deben ser declarados y en qué condiciones para que ningún derecho fundamental se vea afectado.

En la misma línea de este capítulo, se abordará de la suspensión de ciertos derechos fundamentales durante el estado de alarma en España, como ocurrió con el derecho a la salud, el derecho a la libertad de circulación, que haciendo hincapié en éste, fue el que más medidas restrictiva sufrió. También se hará referencia al derecho sobre la inviolabilidad del domicilio, al derecho a la educación, al derecho de manifestación y reunión y, por último, al derecho a la libertad de culto.

En definitiva, con este trabajo se pretende llevar a cabo un pequeño análisis sobre las medidas adoptadas por el Gobierno como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, así como también sobre la legalidad jurídica de las mismas y el mecanismo para llevarlas a la práctica, ya que ha habido bastantes controversias acerca de la constitucionalidad de estas medidas debido a la vulneración de los derechos fundamentales, así como también de la dignidad humana, entrando esta parte dentro de las conclusiones finales.

2. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BASE DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Concepto de dignidad de la persona humana

El concepto de dignidad humana alude a un valor intrínseco y absoluto de la persona siendo el fundamento de los derechos humanos. Por tanto, su respeto y tutela en las relaciones sociales pasó a considerarse primero como un deber moral y posteriormente como un deber jurídico.

Etimológicamente proviene del latín, del vocablo *dignitas*, que además deriva de *dignus*, cuyo significado hace referencia a valioso, con honor o merecedor. En el Diccionario de la Lengua Española, podemos encontrar diferentes acepciones, entre ellas “calidad de digno”, “cargo o empleo honorífico y de autoridad”. Dicho esto, existe un modelo clásico de dignidad ambientado en la antigüedad cuyas características son la naturaleza humana y el modo correcto para usarlas con el fin de desarrollar unos ideales morales y virtudes sociopolíticas. El concepto de dignidad se le designaba a aquellas personas que merecían un estatus, pasando a convertirse en personas dignas por una posición privilegiada en la sociedad o de autoridad. Con lo cual, la dignidad era una característica atribuida de manera externa para aquellos individuos con un comportamiento acorde con el reconocimiento o aprecio social, cuya conducta tenía que ser al mismo tiempo, virtuosa¹⁵⁶.

Para Platón, uno de los autores más importantes en la filosofía clásica, el ser humano posee una fuerza inherente para estimular sus facultades y ejercer sus más altas capacidades. En realidad, en el alma de cada uno, existen el poder de aprender y el órgano para ello¹⁵⁷. Con esto, se busca asemejarse a lo divino mediante la naturaleza humana, primero, celebrándose una dignidad propia de la naturaleza humana y, segundo, el ser humano se tiene que actualizar y desarrollar para poder cumplir esas funciones en la sociedad¹⁵⁸.

Por otro lado, nos encontramos a Aristóteles que, en la misma línea que Platón, señala en su libro titulado *Del alma*¹⁵⁹, la especificidad del ser humano, dándole importancia a la racionalidad como la expresión de su origen divino siendo este dotado de capacidad de lenguaje, a diferencia de los otros animales, en el sentido moral del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto¹⁶⁰.

Tanto Platón como Aristóteles defendían los modos de existencia necesarios y legítimos para la consolidación de la comunidad política, pero no realizaban esas construcciones de la naturaleza humana a partir de valores inherentes u otros que ayudasen a modificar y a reestructurar la *polis*.

Dentro de la concepción jurídica se postula dentro de la corriente iusnaturalista, donde se garantiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales, y que por el solo hecho de tener esa condición nacen dotados de dignidad. El Estado tiene el deber de proteger a los individuos para que no se vulnere su dignidad, brindándoles así respeto, reconocimiento y protección a sus derechos humanos¹⁶¹.

¹⁵⁶ TAPIA TORRES, Jorge, “La dignidad humana, parte esencial de los derechos sociales”, *Revista Derechos Fundamentales a debate*, n° 2, 2016, p. 69.

¹⁵⁷ PLATÓN, República (518c). *Diálogos* (IV), trad. C. Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1997, p. 343.

¹⁵⁸ PLATÓN, Timeo (90a-b). *Diálogos* (VI), trad. M.A. Durán & F. Lisi, Madrid, Gredos, 1997, p. 258.

¹⁵⁹ ARISTÓTELES, *Del alma*, trad. T. Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994, p. 155.

¹⁶⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, trad. J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1995, pp. 281-397.

¹⁶¹ TAPIA TORRES, Jorge, “La dignidad humana, parte esencial de los derechos sociales”. *Revista Derechos Fundamentales a debate*, n° 2, 2016, pp. 71-72.

La dignidad humana es la base axiológica¹⁶² de los derechos humanos y posee una legitimación ética encausada y dirigida necesariamente hacia los seres sociales. Se suele definir de dos formas que se complementan, en primer lugar, como el valor de todos los seres humanos, siendo este inherente y absoluto a todo ser humano y, en segundo lugar, como principio de los derechos fundamentales, teniendo su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de esta.

Ambas dimensiones propician un entendimiento claro que de una forma u otra la dignidad es una atribución de valor intrínseco a cada individuo, sin la dependencia de una conducta para su adquisición y sin la justificación de esa consolidación para el desarrollo de los derechos fundamentales.

Para entender estas posturas se hará alusión a varios autores. Según Gregorio Peces-Barba, la dignidad humana “es el fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios que derivan de esos valores”¹⁶³. En consecuencia, esos valores de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad tendrían como fin la protección y el desarrollo de la dignidad humana.

Hay que mencionar, además, la postura del profesor Javier Ansuátegui, pues para él, el concepto de dignidad aparece como la “referencia axiológica básica de los derechos, la dimensión moral que les da sentido”¹⁶⁴, con esto se refiere a que es la razón de ser de los derechos que consistirían en la defensa y desarrollo de estos.

En palabras del profesor Ernesto Garzón Valdés, la dignidad humana la define como un concepto *adscriptivo*, pues expresa una evaluación positiva de tipo moral¹⁶⁵. Predicar la humanidad de un individuo implica en sí predicar su dignidad; asimismo establece que “adscribirle dignidad al ser humano es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, eliminable e inviolable” confiriéndole al ser humano un estatus de moral privilegiado.

En este sentido, el autor afirma que “la dimensión social de la dignidad humana es el punto de partida para toda reflexión acerca de las reglas de convivencia humana que pretendan tener una justificación moral”¹⁶⁶.

En definitiva, los modelos clásicos de dignidad tenían como finalidad que el individuo tuviese que conquistar y conservar ese valor adquirido como un deber moral; sin embargo, en los modelos actuales, es un valor inherente y absoluto de todo ser humano.

De igual modo, los conceptos y fundamentos de la dignidad de la persona humana deben buscarse en el derecho canónico. En palabras del profesor Rubén Miranda Gonçalves, de acuerdo

¹⁶² La axiología es una rama de la filosofía que estudia los valores. Procede del francés *axiologie*.

¹⁶³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, Madrid, Dykinson, 2003.

¹⁶⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Derechos fundamentales y dignidad humana*, “Papeles el tiempo de los derechos”, n.º. 10, 2011, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, UC3M, p. 3.

¹⁶⁵ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Tolerancia, dignidad y democracia*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Nuevos Tiempos, 2006, p. 260.

¹⁶⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El carácter adscriptivo del concepto de dignidad humana*. Conferencia pronunciada el 05.10.06 en la Fundación Juan March. Ciclo IX: Seminario de Filosofía “La dignidad humana”.

con Santo Tomás de Aquino, las facultades del alma, inteligencia y voluntad son la base de la libertad humana que es el fundamento de la dignidad¹⁶⁷.

En relación con lo anterior, varios filósofos entre los que destaca Immanuel Kant¹⁶⁸, hace una distinción con respecto a personas y a cosas, afirmando que las primeras gozan de dignidad, por lo que son un fin en sí mismo, mientras que las segundas sirven como medio para alcanzar otros fines, basándola, así como la esencia de la persona siendo esta inherente a la misma.

Así mismo, en la misma línea utilitarista encontramos a Peter Häberle que, a diferencia de Kant, señala que la dignidad no es un concepto con un contenido absoluto¹⁶⁹, sino que es más bien un concepto jurídico indeterminado.

Actualmente la doctrina mayoritaria sigue este concepto utilitarista coincidiendo con la postura de Kant. Dicho lo anterior nos encontramos a Antonio Millán que sostiene que “es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre los que carecer de razón es lo que se llama dignidad de la persona humana”¹⁷⁰.

Se trata de un valor inviolable, inherente e intangible de la persona, considerada como derecho fundamental en varios ordenamientos jurídicos. Como apunta Nipperdey, “un valor intrínseco e independiente, lo esencial, la naturaleza del hombre por antonomasia”¹⁷¹.

Para concluir, según Dürig, la dignidad es “un valor propio siempre presente, como algo perenne e irrenunciable, y que todo hombre es hombre en virtud de su espíritu, el cual le distingue de la naturaleza impersonal y le hace capaz de sus propias decisiones, de ser consciente de sí mismo y de determinarse y formarse con respecto al entorno”¹⁷².

2. Regulación de la dignidad de la persona humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Los setenta y cuatro años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷³, nos ofrecen una ocasión privilegiada para reflexionar sobre un documento que ha sido declarado como “una de las expresiones más altas de la conciencia humana de nuestros tiempos”¹⁷⁴ y “un verdadero hito en el camino del progreso mundial de la humanidad”¹⁷⁵.

El motivo de dos guerras mundiales produjo un gran sufrimiento para la población llevando así a que las naciones creasen una organización internacional que remplazara a la Sociedad de Naciones, con el fin de promover al interior de los países y a las relaciones internacionales, un

¹⁶⁷ MIRANDA GONÇALVES, Rubén, “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Justiça do direito*, v. 34, n°. 2, 2020, pp. 148-172.

¹⁶⁸ KANT, Immanuel, “Fundamentos de la metafísica de las costumbres”, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 192, pp. 47-48.

¹⁶⁹ VON MUNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n°. 5, 1982, pp. 9-34.

¹⁷⁰ MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Madrid, Rialp, 1973, p. 15.

¹⁷¹ NIPPERDEY, Hans Carl, *Dignidad humana*. En: Die Grundrechte. Manual de teoría y práctica de los derechos fundamentales, Vol. II, Neumann, Nipperdey & Scheuner, editores, Berlín, Duncker & Humblot, 1954.

¹⁷² DÜRIG, Günter, *Comentario a la Ley Fundamental*, art. 1, En, Grundgesetz Kommentar, Maunz, Dürig, Herzog (directores), Múnich, C. H. Beck, 1976, nota n° 2 y 11.

¹⁷³ PACHECO-ZERGA, Luz, “La Dignidad Humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *La Dignidad Humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2008, pp. 3-19.

¹⁷⁴ JUAN PABLO II, *Discurso a las Naciones Unidas* (2.X.1979), p. 7.

¹⁷⁵ JUAN PABLO II, *Discurso a las Naciones Unidas* (5.X.1995), p. 2.

profundo respecto a la dignidad humana, como también a los derechos fundamentales, a la igualdad fundamental de todos los seres humanos y al valor de la persona humana¹⁷⁶.

Por esta razón, la Comisión de Derechos Humanos designada en 1948 por este nuevo organismo, preparó una serie de derechos derivados de la dignidad humana que, por su especial naturaleza, siendo estos indivisibles e interdependientes, así como anteriores al Estado, debían ser correctamente interpretados por la comunidad internacional para alcanzar los objetivos de convivencia pacífica y desarrollo humano¹⁷⁷.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el catálogo que además de incorporar los derechos civiles y políticos, contenía los derechos económicos y culturales. Desde aquel entonces, ese documento pasaría a ser un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros, como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”¹⁷⁸.

La Declaración identificó el fundamento “dignitario” de los derechos fundamentales¹⁷⁹ y, en ese momento, los países occidentales fueron incluyendo el concepto de dignidad como fundamento de los derechos y en sus respectivas Constituciones, como ya habían sido aprobados en ese documento¹⁸⁰. En nuestro país, la defensa de la persona humana y como el respeto de su dignidad, son las bases que estructuran el orden jurídico tanto al nivel normativo como al nivel de jurisprudencia.

Si bien la dignidad humana ha dejado de tener un sentido unívoco en los últimos años, mientras unos defienden que, bajo el argumento de la dignidad, la eutanasia, la equiparación de derechos de las uniones homosexuales con las del matrimonio heterosexual, otros se oponen esos principios en base al mismo argumento de la dignidad. De ahí, la importancia de analizar realmente cuál fue el concepto de dignidad humana empleado en la Declaración Universal, así como cuál fue el compromiso de las naciones al proclamarlas como el fundamento de los derechos en 1948, para poder llegar a la conclusión tras el análisis si avanzamos en la dirección propuesta o existen puntos de quiebre en la misma.

¹⁷⁶ Preámbulo, Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos.

¹⁷⁷ Un breve resumen de la génesis de este documento se encuentra en HAKANSSON NIETO, Carlos, "El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones Iberoamericanas", *Jus. Doctrina & Práctica*, 2008, n.º. 7, pp. 267-269.

¹⁷⁸ Preámbulo Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁷⁹ GLENDON, Mary Ann, "El crisol olvidado: la influencia de América Latina en la idea de los Derechos Humanos Universales," *Ecclesia XV*, 2001, n.º. 4, pp. 511-514.

¹⁸⁰ SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea, Tratados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 199. Este autor ofrece una visión panorámica de la incorporación de la dignidad humana en el Derecho internacional y constitucional de los países europeos, con especial referencia a los de la UE en *Ibidem*, pp. 194-205. Para un estudio detallado de este proceso en las Constituciones iberoamericanas y su relación con la Constitución española de 1978, ver ROLLA, Giancarlo, "El principio de la dignidad humana," *Persona y Derecho*, 2003, n.º. 49, pp. 227-262. Para comprender el influjo que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 ha tenido en este proceso, es útil el estudio realizado por SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público," *Derechos y Libertades*, 1995, n.º. 4, pp. 287-306.

Consideramos que la dignidad es la base de todos los derechos humanos, poseyendo cada uno un valor inherente. Como bien dijo el ex Alto Comisionado de derechos humanos de la ONU, Zeid Ra'ad Al Hussein, “los derechos humanos no son una recompensa por el buen comportamiento, si no el derecho de todas las personas en todo momento y en todos los lugares”¹⁸¹.

La ex Alta Comisionada de derechos humanos, Mary Robinson, de igual manera, le da cierta consideración a la dignidad humana en un sentido interno de autoestima, siendo un concepto que “evoca una empatía con el otro y nos conecta unos con otros”¹⁸², dando así cabida a unas nuevas interpretaciones de los derechos humanos, ya que la empatía debe expandirse para poder afrontar aquellas grandes desigualdades que pueden llegar a promover problemas de justicia en nuestro mundo interconectado.

Con respecto a las referencias que aparecen sobre la dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, podemos encontrarla en primer lugar, en el preámbulo, que determina que la paz, la justicia y la libertad en el mundo tienen el reconocimiento como base de la dignidad intrínseca y de los derechos de todos los individuos.

En segundo lugar, también en el preámbulo, se dispone que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su confianza en los derechos fundamentales, la dignidad y el valor de la persona humana, así como la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como también han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida en un concepto de libertad.

En tercer lugar, en el artículo primero, se afirma que, todos los individuos nacemos libres e iguales en derechos y en dignidad, además de estar dotados de razón y conciencia como el deber de comportarnos de forma fraternal los unos con los otros. Por último, en el artículo veintitrés de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente en el inciso tres, se establece que todo individuo que trabaje tiene derecho a una remuneración equitativa y favorable que le asegure tanto de forma individual, como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será complementada con otros medios de protección social.

Dicho lo anterior se podría concluir con una pequeña síntesis de la cual destacaríamos que toda sociedad busca vivir en libertad, justicia y paz, siendo estas satisfechas en la medida en que se reconozca la dignidad y los derechos iguales e inalienables de cada persona, así como el papel que realizan conjuntamente los Estados para que sea eficaz y se pueda promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales de cada individuo. Con esto se pone de manifiesto la “urgente necesidad de prevenir conflictos, identificar las causas subyacentes de los conflictos, la desigualdad, exclusión, discriminación y, sobre todo, la inversión en la construcción de una paz mundial y resolución de conflictos”¹⁸³

La dignidad humana en la Declaración Universal oscila en una doble dimensión, donde encontramos que las referencias a la misma en los textos transcritos se mueven en el plano ontológico o del ser y en el plano moral o del deber ser.

¹⁸¹ *Artículo 1: Libres e iguales en dignidad*, (2021b, octubre 11). Noticias ONU.
<https://news.un.org/es/story/2018/11/1445521>

¹⁸² *Artículo 1: Libres e iguales en dignidad*, (2021b, octubre 11). Noticias ONU.
<https://news.un.org/es/story/2018/11/1445521>

¹⁸³ MIRANDA GONÇALVES, R. “Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030”, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 2, 2023, p. 364.

Con respecto al plano ontológico o del ser, confirmamos que la Declaración percibe el concepto de dignidad como un atributo intrínseco ciertos derechos inalienables, con lo cual, se trataría de un rasgo de la condición humana con un carácter real y objetivo, sin depender de la imposición que pudiesen efectuar los Estados o los operadores jurídicos, ya que la dignidad es inherente a todo ser humano por el hecho de serlo, convirtiéndola en la fuente de todos los derechos.

En consecuencia, en el ejercicio de la libertad, para que haya un respeto a la dignidad hay que partir de la base que existen unos bienes básicos a los que todo ser humano tiene derecho para alcanzar su plenitud. Estos se podrían clasificar en seis¹⁸⁴, y su correlación la podemos encontrar en la Declaración, salvo aquellos con referencia a Dios. En primer lugar, la vida, su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad¹⁸⁵. En segundo y tercer lugar, el conocimiento y experiencia estética¹⁸⁶, y la excelencia en el trabajo y en el juego¹⁸⁷. En cuarto y quinto lugar, la amistad, paz y fraternidad¹⁸⁸ y la paz interior, la autointegración y autenticidad¹⁸⁹. Y en sexto y último lugar, la armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural¹⁹⁰.

La Declaración consolida su fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y en el valor de la persona. Sin embargo, no precisa cuál es el fundamento de esa fe, así como tampoco señala cuál es el origen de la dignidad, únicamente reconoce que viene implícita en cada uno, ya que al ser todos los individuos igualmente dignos, libres e iguales en derechos.

Es necesario poder identificar un fundamento con carácter absoluto que permita garantizar el respeto *erga omnes et omnia* de la dignidad de todos los seres humanos y así como el deber de obrar fraternamente los unos con los otros.

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 no existían dudas sobre el fundamento de la dignidad y los derechos fundamentales. Sin embargo, en 1948 sí se dieron estas dudas hasta el punto de que no se hizo referencia de este, poniendo de base en la misma naturaleza humana sin llegar a acudir a lo metafísico¹⁹¹. En cambio, sí se exige un respeto absoluto y unos derechos inalienables sólo un fundamento que reúna esas características puede ser acreedor de un respeto de las mismas características¹⁹².

La dignidad humana es un concepto trascendental que tiene su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una filosofía de lo absoluto¹⁹³. Al ser el hombre imagen de Dios, su dignidad se

¹⁸⁴ FINNIS, John, *Absolutos morales: tradición, revisión y verdad*, Trans. Juan José García Norro, Barcelona, EIUNSA, 1992, pp. 278-281., citado por MASSINI, Carlos Ignacio, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos" en *El derecho a la vida*, ed. C.I. Massini y P. Serna, Pamplona, EUNSA, 1998, p. 191.

¹⁸⁵ Arts. 3, 22 y 25.1.

¹⁸⁶ Arts. 26 y 27.

¹⁸⁷ Arts. 23 y 24.

¹⁸⁸ Art. 1.

¹⁸⁹ Arts. 18 y 19.

¹⁹⁰ Arts. 28 y 29.

¹⁹¹ APARISI, Ángela; M, José Justo, "Fundamento y justificación de los derechos humanos" en *Manual de Derechos Humanos*, ed. José Justo M. Quirós (Coord.), Pamplona, Cátedra Garrigues, Universidad de Navarra & Thomson Aranzadi, 2006, pp. 186-187.

¹⁹² MASSINI CORREAS, Carlos, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", op cit., pp. 16-218, SERNA BERMÚDEZ, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", p. 55.

¹⁹³ SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana," *Persona y Derecho*, 1988, n°. 19, p. 33.

vincula con lo sagrado, siendo una realidad metafísica – religiosa¹⁹⁴. Es esa presencia divina la que le otorga cierto matiz de excepción y de respeto¹⁹⁵.

Como consecuencia de que a medida que se vaya perdiendo esa relación con lo divino, la dignidad y sus derechos inherentes, dejan de ser una realidad heterónoma a la voluntad de los individuos y pasan a convertirse en autónomas y, en esa medida, pasarían a ser vulnerables.

Por lo que se refiere al concepto de dignidad humana, la Declaración no la define, pero se puede decir que cuando se afirma, se está haciendo un juicio sobre el valor de la estructura específica del ser humano¹⁹⁶.

Desde un enfoque filosófico – jurídico, este concepto consta en tres planos dentro de la naturaleza del ser humano, en su fundamento y en sus exigencias jurídico – naturales. No se puede negar tampoco que tiene un carácter axiomático¹⁹⁷ que dificulta su expresión conceptual, aun cuando se perciba intuitivamente, ya que hace referencia a una característica simple¹⁹⁸, es decir, que es evidente por sí misma. Se encuentra relacionada con la capacidad de conocimiento y libertad del ser humano, siendo estos atributos específicamente humanos¹⁹⁹. Sin embargo, esa autodeterminación no es el criterio para delimitar quienes tiene dignidad y quienes no la tienen²⁰⁰.

En conclusión, asumir ese criterio supondría el desconocimiento de que la dignidad humana es un atributo heterónimo a la voluntad de la sociedad que forma parte de todos los individuos sin discriminación alguna²⁰¹. Con lo cual, ese concepto de dignidad de la persona humana se origina en una visión trascendente de la vida, que se mueve en el dualismo del ser y del deber²⁰².

3. Regulación de la dignidad de la persona humana en la Constitución Española

La consagración de la dignidad humana y de los derechos que le son vinculados como fundamento del orden político y de la paz social, no aparece en muchas de nuestras Constituciones históricas de forma reconocida. Sin embargo, en la Constitución de 1812, más concretamente en

¹⁹⁴ SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, p. 373.

¹⁹⁵ PIEPER, Josef, ¿Qué significa "sagrado"? Un intento de clarificación, Madrid, Rialp, 1990, p. 21, En la fe cristiana reconocer “la imagen de Dios” en los demás exige, por tanto, promover una vida acorde con esa dignidad, que sólo se consigue en base al “respeto de los derechos y de las necesidades de todos, especialmente de los pobres, los marginados y los indefensos”, BENDICTO XVI, *Deus caritas est*, Madrid, Palabra, 2006, n°. 30.

¹⁹⁶ MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, Ed, Rialp, 1976, pp.97-98.

¹⁹⁷ Axiomata, dignitates, son en el orden lógico -no en el psicológico- las verdades objetivamente irreductibles, las que valen en sí, sin posibilidad de mediación.

¹⁹⁸ SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana" en *Límites, Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, EIUNSA, 2003, p. 107.

¹⁹⁹ El valor sustantivo, mensurante de la específica dignidad del ser humano, se llama "libertad", sea cualquier su uso. Lo que hace que todo hombre sea un axion (concretamente, el valor sustantivo de un auténtica dignitas de persona) es la libertad humana". MILLÁN PUELLES, Antonio, *Sobre el hombre y la sociedad*, p. 100.

²⁰⁰ “Caracterizar la dignidad humana en términos de autonomía no pasa de ser una verdad o un error filosóficos si no pretende constituirse, a la vez, en criterio para determinar quién es un ser humano y quién no lo es, es decir, en criterio para el reconocimiento de la humanidad y de los derechos”. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", p. 44.

²⁰¹ Preámbulo de la Declaración.

²⁰² SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana", p. 106. Este carácter dual es igualmente admitido desde el positivismo, ver por todos, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Ed, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, 2a Ed., Cuadernos "Bartolomé de las Casas", n°. 26, Madrid, Dykinson, 2003, p. 68.

su artículo 4, podríamos encontrar un precedente, ya que dispone que la Nación tiene la obligación de preservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos que les pertenece a todos los individuos de forma legítima que componen esa Nación.

Otro antecedente sin valor jurídico, pero más claro, se podría encontrar en el Proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873, que recoge en su Título Preliminar una serie de derechos, anteriores y superiores a toda legislación positiva, reconocidos a toda persona, sin que ningún poder tenga facultad para cohibirlos, ninguna ley facultad para mermarlos, entre los que se encuentran el derecho a la dignidad de la vida.

Durante la dictadura franquista podemos encontrar referencias en dos de las Leyes Fundamentales: el artículo 1 del Fuero de los Españoles y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado. Por otro lado, en la Constitución Española de 1978, más concretamente en su artículo 10.1, se establece que “la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”²⁰³.

La norma jurídica que instaura las reglas básicas de la convivencia social en España determina como fundamento de las relaciones humanas, la dignidad de la persona y los derechos que le son intrínsecos, denominándolos como inviolables²⁰⁴.

La Constitución entiende por dignidad humana en el orden jurídico de la convivencia de los españoles que viene dado por la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Constitucional, más concretamente en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985, sobre la ley de parcial despenalización del aborto, donde reflexiona la dignidad de la persona como un valor moral y como un valor jurídico, pudiendo destacar de la misma, que la dignidad es un valor moral y espiritual intrínseco a toda persona, manifestándose de manera consciente y responsable de la propia vida y llevando consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. Asimismo, junto al valor de la vida humana relacionado con esa dimensión moral, nuestra Constitución ha elevado a un valor jurídico fundamental la dignidad de la persona²⁰⁵, convirtiéndolo así en el libre desarrollo de la personalidad, del propio artículo 10 de la Constitución, que reconoce a su vez la total disposición, de cada ser humano, sin interferencias o impedimentos externos²⁰⁶.

Entrando al debate sobre el derecho al aborto con respecto a la dignidad humana, se podría hacer referencia al derecho comparado entre los diferentes ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el estadounidense, donde en su Constitución al igual que en la española, no utiliza de forma expresa el término de dignidad. No obstante, la Corte Suprema hace referencia a este término al explicar las garantías constitucionales²⁰⁷, aludiéndose al significado de la dignidad

²⁰³ Constitución Española.

²⁰⁴ ENRIQUE MORA, José, “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 2000, pp. 523–541.

²⁰⁵ Fundamento Jurídico 8º.

²⁰⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio, ob. cit., p. 318. Citado por este autor y obra, p. 215, 1. KANT, Immanuel, "Sobre el dicho común: Esto puede ser correcto en teoría, pero no es adecuado para la práctica".

²⁰⁷ Ver Maxine D. Goodman, Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence, 84 NEB. L. REV. 740 (2006); Gerald Neuman, Human Dignity in United States Constitutional Law, en ZUR AUTONOMIE DES INDIVIDUUMS 271 (Dieter Simon & Manfred Weiss, eds. 2000); Erin Daly, Constitutional Dignity: Lessons from Home and Abroad (7 de junio de 2007) Widener Law Sch. Legal Studies Res., Paper No. 08-07, junio de 2007),

humana en otros órdenes constitucionales, así como también en el régimen internacional de los derechos humanos.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer distingue que “la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana”²⁰⁸, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer alude cierta preocupación porque “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana”²⁰⁹.

La sentencia *Roe vs Wade* de los Estados Unidos legalizó el aborto en toda la nación en 1973. La Corte estableció que el derecho a la privacidad, no mencionado en la Constitución, “es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de poner fin a su embarazo o no”. Asimismo, estableció que el estado puede prohibir el aborto a menos que lo considere necesario para proteger y preservar la vida o salud de la madre²¹⁰.

En cambio, este año 2022, la Corte Suprema de Estados Unidos deroga el derecho al aborto emitiendo en su sentencia²¹¹ esclareciendo que es una decisión que le compete de forma exclusiva a los estados. Esto generó un debate entre quienes defienden el derecho al aborto y entre quienes no.

Hay un debate en cuanto a la dignidad humana en el derecho al aborto, ya que unos defienden y argumentan con fuerza que el feto es una vida humana y toda clase de vida debe ser protegida como una cuestión de dignidad humana, mientras que otros defienden que la decisión debe y tiene que ser tomada por la mujer ya que es su derecho.

Asimismo, el Tribunal lo que plantea con esta sentencia es que la Constitución no abarca y tampoco hace referencia, sobre el derecho al aborto, lo que sí hace es proteger los derechos que están arraigados en la historia y la tradición de la nación, así como los que están implícitos en el concepto de libertad. Sin embargo, el derecho al aborto no está arraigado en la historia y tradición del país dejando claro que la Constitución presenta un papel neutral en cuanto si está a favor o

disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991608; ver, por ejemplo, *Kennedy v. Louisiana*, 128 S. Ct. 2641, 2649 (2008) (sosteniendo, en el contexto de la Enmienda Octava, que “[l]os estándares de decencia en desarrollo deben abarcar y expresar respeto por la dignidad de la persona, y el castigo de quienes delinquen debe adecuarse a dicha regla”); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706, 715, 749 (1999) (sosteniendo que los Estados “retienen la dignidad ... de la soberanía” y que “[l]as demandas de particulares contra Estados que no han prestado su consentimiento ... representan la indignidad de someter a un Estado al proceso coercitivo de tribunales judiciales a instancias de los particulares” (cita interna y entrecomillado omitidos); *Skinner v. Ry. Labor Executives’ Ass’n*, 489 U.S. 602, 613-14 (1989) (afirmando que “[l]a [Cuarta] Enmienda garantiza la privacidad, dignidad y seguridad de las personas contra determinados actos arbitrarios e invasivos por parte de funcionarios del Estado o de quienes actúen a sus órdenes”); *McKaskle v. Wiggins*, 465 U.S. 168, 177 (1984) (sosteniendo que la Sexta Enmienda garantiza el derecho a representarse a uno mismo ante los tribunales pro se a fin de “afirmar la dignidad y la autonomía del imputado”).

²⁰⁸ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, A.G. res. 34/180, preámbulo, ONU Doc. A/34/46 (18 de diciembre de 1979).

²⁰⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 9 de junio de 1994.

²¹⁰ [Roe-v-Wade-Q-and-A-Spanish.pdf \(uscab.org\)](#)

²¹¹ Sentencia *Dobbs, state health officer of the Mississippi department of health, et al. v. Jackson women’s health organization*.

en contra del aborto, dejando al pueblo y a sus respectivos representantes la elección mediante el proceso democrático de decidir si es legal o no.

Para el Tribunal Constitucional español, la dignidad de la persona humana tiene un valor espiritual y moral elevado a un valor jurídico fundamental por la propia Constitución, donde este último se deduce como consecuencia de los derechos humanos fundamentales, “indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”²¹².

Por otro lado, también la Sentencia 120/1990, de 27 de junio de 1990, sobre huelga de hambre reivindicativa de presos terroristas, donde se altera a su vez ambas consideraciones de la dignidad humana, la moral y la jurídica, que expresa que “La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (...) no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable-, ni que los que se califican como fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga, devenga un estado de indignidad”. Por ende, es decisivo saber cuándo se produce una limitación de un determinado derecho fundamental que tenga como consecuencia el paso de dignidad a indignidad personal, teniendo abierto los criterios que determinará, expresará y diferenciará lo digno de lo indigno de todo ser humano.

Dicha sentencia establece a su vez que, si hacemos la proyección sobre los derechos individuales, siguiendo la regla del artículo 10 de la Constitución, supone que con el valor espiritual y moral inherente a la persona, esa dignidad tiene que permanecer inalterada sea cual sea la situación en que dicha persona se encuentre, en la cual, todo estatuto jurídico tiene que asegurar que cualquier limitación que se imponga en el disfrute de los derechos individuales, no pueden conllevar un menosprecio para la estima que merece la persona por ser humano²¹³.

En la Sentencia 57/1994, de 28 de febrero de 1994 se establece que los artículos 15 y 18.1, son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el artículo 10.1 Constitución española²¹⁴. Con lo cual, con respecto a las sentencias mencionadas anteriormente, se podría decir que únicamente en ellas, el Alto Tribunal se acerca a un concepto de dignidad de la persona humana sin referirse como el fundamento de los derechos humanos que le son intrínsecos como se refiere en otros textos destacando la incompatibilidad de una norma legal sin llegar a mencionar su significado o concepto.

En relación con la doctrina constitucional se puede destacar que la dignidad que tiene cada individuo tiene un valor espiritual y moral que le es inherente, además de tener también un valor jurídico fundamental considerablemente relacionado con la dimensión moral de la vida humana, que se tiene que manifestar de forma individual con una autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Finalmente, es un *minimum* vulnerable con lo cual, tiene que

²¹² F. J. 3°.

²¹³ F. J. 4°.

²¹⁴ F. J. 4°.

permanecer inalterada, preservándola de esas posibles limitaciones que se puedan imponer en el disfrute de los derechos individuales.

Dado que la Constitución española no define lo qué es la dignidad de la persona, es el TC quién la interpreta como el valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable o inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.

A tenor de lo señalado, destacaríamos que el concepto de dignidad tiene una dimensión más espiritual, ya que no va unida a una definición clara del concepto de persona humana. Por otro lado, hay que referirnos notablemente a la libertad, así como lo importarte que es el merecer de los demás ese respeto máximo, para el ejercicio de la inteligencia y la voluntad ya que, al contrario, la persona carecería de ese valor o esa dignidad que le esta inherente.

Podríamos hacer alusión al derecho comparado entre las siguientes Constituciones sobre el concepto de dignidad humana. En la Constitución de la República Italiana del año 1947, destacaríamos los artículos 2 y 3; por otro lado, en la Ley Fundamental de Bonn del año 1949, resaltaríamos en su artículo 1 los apartados 1 y 2; y su artículo 2.1, que inspiró al constituyente español, y, por último, en la Constitución Portuguesa de 1976, que incorpora en su artículo primero una referencia a la dignidad humana.

Referente a la interpretación de los derechos y libertades conforme a los tratados internacionales, podemos encontrar en la Constitución Portuguesa de 1976 una disposición similar al artículo 10.2 de la CE, concretamente el artículo 16, apartado 2, que establece que los preceptos Constitucionales y legales referentes a los derechos fundamentales deberán de ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Definitivamente, las características como valor superior de la dignidad de la persona son las siguientes: en primer lugar, destacaríamos que la dignidad humana es superior de forma cualitativa con respecto a la de otros seres vivos. Por otro lado, y en consecuencia del punto anterior, la dignidad no admite grados, con esto se quiere decir que todos los seres humanos son iguales en dignidad, sin que se pueda devaluar, ni considerarlos de inferior condición con respecto a los demás. En tercer lugar, la dignidad es el fundamento de todo Derecho positivo, tanto de forma estatal como internacional, siendo necesario adaptar cualquier norma del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad humana. Por último, hay que señalar que es irrenunciable, indisponible y se conserva hasta el mismo momento de la muerte.

Haciendo alusión con los Derechos Humanos en la Constitución Española, en las actuales teorías surgidas del iusnaturalismo racionalista del filósofo Samuel Puffendorf²¹⁵, se parte de la idea de *dignitas* del hombre como un ser éticamente libre²¹⁶, enlazándolo con la doctrina kantiana, en la cual, la dignidad es una dimensión moral de la personalidad fundamentada en la libertad y autonomía del individuo.

Sin embargo, lo expuesto en el artículo 10.1 de la Constitución española, se compone en cierta manera de una base iusnaturalista, ya que según lo que dice el jurista austríaco Johannes Messner, “el hombre posee la dignidad de la persona como ser capaz de responsabilidad, por virtud

²¹⁵ PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et Gentium*, “De iure naturae et Gentium,” Editor, Johann Nikolaus, Ed, Knochius, 1716.

²¹⁶ PÉREZ-LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed, Tecnos, 1986, p. 49.

de su libertad y capacidad de autodeterminación, y por esta razón, la libertad es el rasgo distintivo de su naturaleza”²¹⁷.

En este sentido, el jurista y filósofo Pérez Luño afirma que la declaración del citado artículo tiene un claro matiz iusnaturalista. En palabras de Basile, este precepto “recuerda a modelos franceses del s. XVIII, pero recibe influencias más recientes sobre todo de alemanas e italianas”²¹⁸. Con lo cual, esta afirmación para Pérez Luño supondría un reconocimiento implícito de esa base iusnaturalista que comentábamos anteriormente, del artículo 10 de la Constitución española²¹⁹.

Hay que aceptar que en el concepto constitucional de la dignidad humana existe un rechazo a una visión totalizadora de la vida social, ya que no se concibe la idea que existan organismos colectivos con fines o vida superiores a aquellos individuos que lo componen²²⁰, admitiendo de esta forma el autor italiano que el principio constitucional de dignidad humana podría esconder un potencial subversivo con cierta relación al sistema económico del Estado social y democrático de Derecho, recordando a lo que conocemos como “poder renovador”²²¹ o “carácter revolucionario” del Derecho Natural, o a la idea de “el Derecho Natural como ideología”²²².

De la misma manera, el neomarxista Ernst Bloch²²³ señala que la dignidad tiene un trasfondo iusnaturalista, estando dirigidas predominantemente a la dignidad y que el derecho natural está dirigido a la eliminación de la humillación humana.

Desde una dirección existencialista, el catedrático Werner Maihofer le da importancia a la dignidad humana como un principio guía del Estado de Derecho, en la cual afirma que la dignidad constituye hasta el momento una “tesis no interpretada”²²⁴.

El Tribunal Constitucional afirma que su función interpretadora acerca de la dignidad, en el que se encuentra el fundamento de los derechos humanos constitucionales, no se sujeta a ninguna concepción previa, quedando recogido en la Sentencia 150/1991, del 4 de julio de 1991, sobre las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, si bien integran mandatos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. En consecuencia, esta afirmación es un poco ambigua ya que se ignora lo que entiende el Tribunal por construcción dogmática, sin poder evitar así la polémica iusnaturalismo-positivismo, considerando una exclusión de esa visión dogmática, en el reconocimiento del Derecho Natural, aunque, de cualquier forma, la dignidad humana es el valor básico fundamentador de los derechos humanos.

²¹⁷ MESSNER, Johannes, *Ética social política y económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, 1967, p. 147.

²¹⁸ BASILE, Silvio, *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en la obra colectiva, “La constitución española de 1978”*, Civitas, 1981, p. 273.

²¹⁹ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Sin embargo, desde una postura que él llama dualista, acerca de la fundamentación de los derechos humanos, intentando superar iusnaturalismo y positivismo, sostiene que uno es el ámbito de los valores, y otro el de su consagración positiva, de modo que sería “un poder democrático y una sociedad democrática”, lo que funda la validez de las normas constitucionales. R. Spaemann denomina a tales proclamaciones de derechos, “edicto de tolerancia revocable”.

²²⁰ BASILE, Silvio, cit. p. 273.

²²¹ MESSNER, Johannes, cit. p. 444.

²²² FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio y DE CASTRO CID, Benito, *Lecciones de Teoría del derecho y Derecho Natural*, Ed. Universitas, Madrid, 1995, p. 291.

²²³ BLOCH, Ernest, *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, 1980, p. 209.

²²⁴ MAIHOFFER, Werner, *Rechtstaat und menschliche Würde*, 1968, p. 10, cit. por PÉREZ LUÑO, ob. cit. p. 318.

3. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Regulación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Los derechos humanos son la consecuencia de un proceso largo durante la evolución del ser humano en el ámbito de lo social, lo político y lo jurídico. Sin embargo, estos derechos tienen una relevancia bastante importante ya que suponen un logro para el hombre en su relación frente al poder de la Monarquía y también con el Estado, así como con las relaciones entre los propios individuos. Los derechos humanos tienen una notoria importancia, de tal forma que se conciben²²⁵ como prerrogativas que poseen todos los individuos sin importar su condición.

Durante toda la historia de la evolución y la construcción de los derechos humanos, para poder explicar la conceptualización de estos, se llegó a la conclusión que cada uno respondía a un modelo filosófico determinado, es decir, podían encuadrarse dentro del modelo iusnaturalista²²⁶ o dentro del modelo iuspositivista²²⁷.

Con respecto al primer modelo filosófico, el iusnaturalismo se origina con la existencia de un derecho natural proveniente de la propia naturaleza humana, de la cual surgen libertades para el hombre que le son inherentes por su condición de persona humana y además están limitados por aquellos que dotan a otros miembros de la sociedad el poder disfrutar de los mismos²²⁸.

Al contrario, el modelo iuspositivista se basa en que la existencia de los derechos humanos proviene del reconocimiento en una norma jurídica, cuya decisión es tomada por un órgano estatal determinado. Con esto se determina que los derechos se crean y no se declaran, estableciendo así aquellos fenómenos sociales que se deban considerar como libertades o como derechos, aparte, se requiere determinar el contenido, su titularidad y los límites que tenga cada uno con la idea de poder garantizarlos²²⁹.

Dicho lo anterior, esas libertades se pueden ejercer frente al Estado, el cual tiene la obligación de respetarlas, promoverlas y de garantizarlas. Estas prerrogativas están a su vez reconocidas en el ámbito internacional²³⁰ como derechos humanos y provienen de la idea de la dignidad humana frente al Estado²³¹, tal es esto que el filósofo y jurista Robert Alexy formula que los derechos humanos representan el núcleo de la justicia²³².

²²⁵ BERNAL BALLESTEROS, María José, y DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac, *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos*, primera edición, Comisión de los Derechos Humanos del Estado de México, México 2016, p. 9.

²²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos humanos*, Madrid, Reus, 1992; MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 1980.

²²⁷ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Derechos y derechos fundamentales”, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993 y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta Ed, Madrid, Tecnos, 1995.

²²⁸ Artículo 4 de la DDHC, disponible en http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Edición de Miguel CARBONELL, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p.72.

²³⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²³¹ NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. I, CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA Rafael, San José, 1994, p. 15.

²³² ALEXY, Robert, “Law, morality and the existence of human rights”, *Ratio Juris*, Vol. 25, No. 1, marzo de 2012, p. 9.

Tales derechos se podrían definir como el conjunto de facultades que concretan las exigencias de libertad, dignidad e igualdad humanas que deben ser reconocidas de forma positiva por los ordenamientos jurídicos tanto internos como por los internacionales²³³.

Los derechos humanos pertenecen a la persona humana protegiéndola en los diferentes ámbitos en los que interactúa, destacando la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad personal²³⁴. Además, poseen un contenido amplio en el que se incluye un conjunto de derechos que poseen todos los seres humanos sin importar su origen, su color, su sexo, su idioma o su religión²³⁵. Son derechos humanos todos los atributos que tiene la persona humana como ser físico, psíquico y social, suponiendo esto unas cualidades que el ser humano puede exigir frente al Estado²³⁶.

Dicho lo anterior, los derechos humanos presentan un conjunto de características en la cual varios autores hacen una distinción explicando sus criterios, aunque todos parecen coincidir en que estos derechos tienen carácter universal. En primer lugar, Robert Alexy²³⁷, planteaba que las propiedades que caracterizan a los derechos fundamentales son la universalidad, lo fundamental, la abstracción, la moralidad y la propiedad. Sin embargo, para Pedro Nikken²³⁸, los derechos se caracterizan a su vez por ser transnacionales, irreversibles y progresivos. Otros autores coinciden en que las características de estos derechos son la imprescriptibilidad, la inalienabilidad, la irrenunciabilidad, la inviolabilidad, la efectividad, la complementariedad y la interdependencia.

En conclusión, los derechos humanos los poseen todas las personas humanas por el simple hecho de serlo, debiendo respetarse por todos.

2. Regulación en la Constitución Española

En el siguiente punto hacemos referencia a la regulación de los derechos humanos y derechos fundamentales en la Constitución española, del cual podríamos hacer alusión al contexto histórico del neoconstitucionalismo por el que las constituciones establecían y fijaban los contenidos materiales que están vinculados a la actividad de los poderes del Estado, siendo estos derechos un pilar esencial de esta corriente doctrinal donde reconoce que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales suponen la base del bien común en una comunidad política²³⁹.

Los Derechos Fundamentales están reconocidos y atribuidos a cada ciudadano mediante las normas de rango constitucional, como representa el neoconstitucionalismo en la Constitución española reflejando así, la responsabilidad que tienen los poderes públicos para protegerlos y la

²³³ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 7ma, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 48.

²³⁴ CASTILHO, Ricardo, *Direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 12.

²³⁵ Artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²³⁶ RUSSO, Eduardo Ángel, *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, p. 36.

²³⁷ ALEXY, Robert, "The existence of human rights", *Law, Science, Technology, Frankfurt am Main*, 2011, pp. 10 y ss.

²³⁸ NIKKEN, Pedro, "El concepto de derechos humanos", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, 1994, pp. 25 y ss.

²³⁹ ALVARADO CUTILLAS, Martín, "Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales", *Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales*, Universidad Miguel Hernández De Elche, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas del Elche, 2020/2021, p.8.

obligación de reorganizar la sociedad, con el fin de poder lograr de forma plena la función real y efectiva de los mismos (artículo 9.2 CE)²⁴⁰.

Por otra parte, en cuanto a los DDF, son derechos subjetivos inherentes al ser humano por el hecho de ser persona y que a su vez se encuentran en función de su titular; sin embargo, estos derechos entran en una dimensión institucional según la cual estos derechos expresan un orden objetivo de valores previo al derecho legislado, los cuales tienen y deben ser respetados y la base sobre la cual se legisle²⁴¹.

Robert Alexy, plantea que “el hecho de ser poseedor de un derecho subjetivo consiste en ocupar una posición jurídica, otorgada por una norma mediante la cual el titular de un derecho (a) tiene frente al destinatario (b) un derecho”²⁴². De este modo, la forma de comprender los derechos subjetivos se centra en las cuestiones analíticas y permite a su vez, entender y distinguir entre “(a) las razones para los derechos subjetivos, (b) los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos”, ya que según la consideración el autor, es importante ya que la confusión de estas tres dimensiones mencionadas anteriormente, es una de las principales causas de polémica en relación con el concepto de derecho subjetivo y entre las diferentes modalidades de la teoría del interés y la voluntad²⁴³.

Con respecto a lo anteriormente comentado, es importante destacar la definición de Derecho Fundamental que Tomás de Domingo realiza en su libro “Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas” el cual lo define como aquel “ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel. Consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos -especialmente el legislador-, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido jurídicamente. Se desprende de esta definición que los DDF son primariamente bienes jurídicos, y que las facultades de las que disponga el titular para lograr la protección de dichos bienes, siendo importantes, ocupan un papel subordinado, en tanto su concreción dimana de los perfiles que se atribuya a tales bienes”.

A su vez, Gregorio Peces Barba señala que los Derechos Fundamentales “reúnen la moralidad legalizada que comprende los valores, principios y derechos que ninguna norma puede contradecir y que normalmente aparecen en la Constitución y en las leyes orgánicas de desarrollo, que forman el bloque de constitucionalidad, interpretado por el Tribunal Constitucional. Actúan como normas básicas de identificación de normas que cumplen una función perspectiva consistente en definir, a priori la moralidad legalizada siendo en este sentido guía de producción y aplicación de normas y límite de las normas y una función descriptiva y que consiste en comparar

²⁴⁰ DE DOMINGO, Tomás, MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, pp. 6-14.

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio de 1981 contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución.

²⁴² DE DOMINGO, Tomás, MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 22.

²⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008, p.178.

a posteriori dichos criterios para ver si las normas los cumplen realizada por la jurisdicción y muy específicamente por el Tribunal Constitucional”²⁴⁴.

Así como se dispone en la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio de 1981, “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)”.

En consecuencia, los Derechos Fundamentales se pueden definir como los elementos básicos que forman la estructura tanto del orden jurídico objetivo como el de cada una de las ramas que lo conforman. Asimismo, como establece el artículo 10 de la Constitución española, es el fundamento del orden jurídico y de la paz social²⁴⁵, que podemos encontrar citados en el Título I del artículo 14 al 52.

4. LOS ESTADOS DE ALARMA DECLARADOS EN ESPAÑA DEBIDO A LA PANDEMIA DEL COVID-19

1. Concepto de estado de alarma

El Estado de alarma es un mecanismo constitucional que le concede al Estado unos poderes extraordinarios para aquellas situaciones que hicieran imposible poder mantener la normalidad. Es el primero de los estados excepcionales regulados en el artículo 116.2²⁴⁶ de la Constitución española, se establece que para ser declarado por el Gobierno mediante Real Decreto tiene que ser acordado primeramente en el Consejo de Ministros en un plazo máximo de quince días, así como para poder prorrogarlo es necesario la autorización previa del Congreso de los Diputados.

Una vez acordado, dicho decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de su declaración y entrará en vigor desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado²⁴⁷. La Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, regula en España el Estado de Alarma en los artículos del 4 al 12, dotando al Gobierno plenas facultades para declararlo en todo el territorio nacional o parte de este, como bien se establece en el artículo 4 LOEAES.

Según lo dispuesto en su artículo siguiente (art 5 LOEAES), la legitimación activa para poder declararlo le corresponde al Gobierno, adoptándolo mediante Real Decreto acordado en

²⁴⁴ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, N.º 1 edición. 1995, p. 347.

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, del 11 de abril de 1985.

²⁴⁶ Constitución Española de 29 de diciembre de 1978, BOE, p. 31.

²⁴⁷ Capítulo primero, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y sitio, BOE, pp.134-198.

el Consejo de Ministros, aunque cabe mencionar que la iniciativa de la solicitud también le puede corresponder a su vez al presidente de una Comunidad Autónoma.

La figura normativa que se adoptará por parte del Gobierno es la de Real Decreto, debiendo figurar en su contenido la autoridad competente, el ámbito territorial que se ha visto afectado, es decir, ya sea todo el Estado o una parte de este. Además, tiene que establecer la duración del ámbito de aplicación el cual no puede exceder de los quince días, aunque, esto no quiere decir que no se pueda prorrogar. Por último, tiene que figurar los efectos que se deriven como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma en cuestión, ya sea por su aplicación en un territorio concreto o a nivel nacional.

Los presupuestos de hecho en los que se puede llevar a cabo la declaración del Estado de Alarma quedan recogidos en el artículo 4 de la LOEAES donde se establecen cuatro supuestos en los que es posible declararlo.

El primero de ellos, habla de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, es decir, se refiere a situaciones derivadas como consecuencias de fenómenos naturales o de desastres causados por comportamientos humanos carentes de connotación política o social²⁴⁸.

Según lo anterior mencionado, cuando se habla de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, se refiere a cuando hay un gran número de ciudadanos afectados para ser consideradas públicas²⁴⁹ como bien lo menciona el profesor Juan Carlos Sandoval. Así como él mismo aclara que hay que destacar la conjunción “tales como”²⁵⁰ que se utiliza en el propio artículo, para interpretarla como una forma de enumeración formada por ejemplos, en el cual se indica que todo ello se podría dar en diferentes situaciones que también podrían declarar el estado de alarma.

El segundo apartado del artículo hace alusión a las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves, las cuales pueden ser originadas ya sea por causas naturales o por los seres humanos.

Por otra parte, en el apartado tercero, se puede declarar un Estado de Alarma cuando ocurre una paralización de servicios públicos esenciales para esa comunidad o a nivel nacional, es decir, cuando no se garantice los servicios con respecto a lo dispuesto en los artículos 28.2 y

²⁴⁸ SANDOVAL, Juan Carlos, “Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales: A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 11.

²⁴⁹ SANDOVAL, Juan Carlos, “Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales: A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 11.

²⁵⁰ SANDOVAL, Juan Carlos, “Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales: A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 11.

37.2 de la CE, y además cuando concurra alguna las otras circunstancias o situaciones contenidas en dicho artículo. Se llega a la conclusión de que no se puede declarar un estado de alarma²⁵¹ por sí solo, si no que se tiene que dar alguna de los supuestos anteriormente mencionados.

Por último y cuarto lugar, cuando ocurren situaciones de desabastecimiento de productos de necesidad que se pueden desarrollar debido a fenómenos naturales como una alteración del orden público como consecuencia de un conflicto social.

Con respecto a los efectos que tiene declarar un Estado de Alarma, nos encontramos en primer lugar, con su regulación en los correspondientes artículos del 9 al 12 de la LOEAES. En concreto nos encontramos en los artículo 9 y 10 con respecto al desarrollo del principio de concentración de competencias²⁵².

El artículo 9 establece que las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por el Estado de Alarma, así como los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, junto con los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, estarán sujetos a las órdenes de la Autoridad competente, esto quiere decir, que se puede tratar tanto del Presidente del Gobierno como del Presidente de una CCAA cuando afecte sólo a ésta o cuando también sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares²⁵³.

Hay que destacar que el Estado de Alarma tiene una importancia en nuestra Constitución, ya que es el único mecanismo constitucional que no trata de suspender ningún derecho, a diferencia de los Estados de Excepción y Sitio²⁵⁴ que, si lo hacen, aunque sí que el estado de alarma puede permitir la limitación de ciertos derechos entre los que destacan, la libre circulación, practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

Por otro lado, pueden intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ellos a los Ministerios interesados, así como limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

Por último, se impartirán las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados.

²⁵¹ LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”, *Revista de Derecho Político*, nº3, 2014, p. 31.

²⁵² LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”, *Revista de Derecho Político*, nº3, 2014, p. 34.

²⁵³ Capítulo II, Ley Orgánica 4/198, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, BOE 134 § (1981).

²⁵⁴ LAFUENTE, BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”, *Revista de Derecho Político*, nº3, 2014, p. 35.

Considerando lo anterior, hay que destacar cuál es la diferencia entre la afectación, la limitación y la suspensión de un derecho fundamental, pues bien, con respecto a la afectación, podríamos hacer referencia a que cuando un derecho fundamental se ha visto amenazado ya sea porque no se haya respetado su contenido esencial, por la primacía de otro derecho fundamental, atendiendo a cada circunstancia en concreto o bien, porque su ejercicio se ha visto condicionado por establecer límites o suspensiones.

La suspensión implicaría la derogación ya sea de forma temporal o la eliminación total o parcial de los requisitos constitucionales de las limitaciones de los derechos fundamentales y, en sentido opuesto, la limitación, establecida en el artículo 53.1 de la CE no permite ninguna derogación temporal, ni la eliminación de requisitos.

Cabe mencionar que una de las afirmaciones que más puede aclarar esa distinción entre suspensión y limitación de los derechos fundamentales, es la que realiza el profesor de derecho Constitucional Carlos Garrido López, que afirma que “las limitaciones no pueden implicar embargo, suspensión de derechos, sino como señaló Cruz Villalón, un tercer estado de los derechos fundamentales que no es el de su plena vigencia, pero tampoco el de la anulación de su contenido esencial que supone la suspensión cercena su habitual función de garantía”²⁵⁵.

En la misma línea el catedrático de derecho constitucional Francisco José Bastida Freijedo dice que suspender un derecho “es excluirlo temporalmente del catálogo de derechos de la Constitución y desde ese momento sólo existirá en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende. Dicho en otras palabras, con la suspensión el derecho fundamental desaparece y, si vuelve a nacer, es como un derecho no fundamental, delimitado en los términos y con el alcance dispuestos en el derecho declarativo del estado de excepción o de sitio”²⁵⁶.

Por otro lado, el abogado del Estado Guillermo Leiva Escudero afirma que “conceptualmente, para que un derecho esté suspendido como tal es preciso que haya perdido su vigencia, hace falta que la norma jurídica que establece el derecho haya perdido temporalmente su vigencia. Es decir, que de forma temporal el ordenamiento jurídico haya dejado de reconocer la existencia misma del derecho en cuestión. Si por el contrario el derecho sigue existiendo, si la norma que establece el derecho sigue en vigor, no puede hablarse propiamente de suspensión del derecho. Y por ello por mucho que las limitaciones que se hayan establecido para su ejercicio sean intensas y afecten al contenido esencial. La suspensión del derecho no conlleva únicamente el establecimiento de restricciones al contenido esencial del derecho, sino que supone una autentica extinción (temporal) del derecho. Supone la pérdida

²⁵⁵ GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos”. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n° 46, 2020, pp. 389-390.

²⁵⁶ BASTIDA FREIJEDO, Francisco José, “A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales” *Revista, Almacén de Derecho*, 2020.

de vigencia de la norma que establece el derecho en plano objetivo, y en el plano subjetivo supone la pérdida del derecho del patrimonio jurídico de sus titulares”²⁵⁷.

Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, del 21 de diciembre, para analizar esas limitaciones, en la cual se establece que “la exigencia de que los límites de los Derechos Fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”²⁵⁸.

Por último, el artículo 12 de la LOEAES declara que la Autoridad competente podrá adoptar normas para la lucha de enfermedades infecciosas, también la protección del medioambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales en los supuestos de catástrofes, calamidades o desgracias públicas y crisis sanitarias. Así como también menciona a la movilización del personal de empresas y servicios intervenidos, como en el caso de la paralización de servicios públicos esenciales y del desabastecimiento de productos de primera necesidad, acordado por el Gobierno con el único fin de poder asegurar su funcionamiento²⁵⁹.

2. Diferencias con el estado de excepción y sitio

El Estado de Excepción queda regulado en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio²⁶⁰, el cual se propone como una medida para poder hacer frente a situaciones que provoquen una alteración grave del orden público.

Las circunstancias que pueden generar una crisis del orden público son tres, en primer lugar, encontramos la grave alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos²⁶¹; grave alteración en el normal funcionamiento de las instituciones democráticas²⁶² y por último encontramos la grave alteración en el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad.

Como bien establece el artículo 116 de la CE en su apartado tercero²⁶³, para que el estado de excepción sea declarado por el Gobierno, tiene que, en primer lugar, solicitar una

²⁵⁷ LEIVA ESCUDERO, Guillermo, “Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19”, *Diario la ley*, n° 9642, Sección Doctrina, 2020.

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, del 21 de diciembre.

²⁵⁹ SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos, “Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales: A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, Alicante, 2012, p. 18.

²⁶⁰ Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la CE, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

²⁶¹ Ante esta circunstancia el ejercicio de los derechos y libertades se suspende con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades. Es decir, el orden público es el presupuesto necesario para el libre ejercicio de los DDFF y cuando se produce una alteración grave contra este se atenta también contra el ejercicio de los DDFF.

²⁶² Las instituciones democráticas son los órganos que expresan la voluntad popular. Por lo tanto, una situación de normalidad es el presupuesto inexcusable para un normal funcionamiento de estas instituciones.

²⁶³ Art 116.3 CE.

autorización al Congreso de los Diputados donde se debatirá la misma para poder otorgarlo. En esa autorización se acuerda de forma expresa los efectos que va a producir, el ámbito territorial en el que se va a extender, así como su duración, la cual no puede exceder de los treinta días. No obstante, puede ser prorrogada por el mismo periodo y con los mismos requisitos, además el Gobierno podrá poner fin al Estado de Excepción antes que finalice el período para el que fue declarado como bien se establece en el artículo 15.2 de la LOEAES²⁶⁴.

Por último, los efectos que provoca el estado de excepción son aquellos en los que hay una clara suspensión de derechos y libertades, los cuales quedan enumerados en el artículo 55.1 de la CE²⁶⁵, en los que encontramos el artículo 17,18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2. Exceptuando el apartado tercero del artículo 17.

Con respecto al estado de sitio, regulado en el artículo 32.1 de la LOEAES donde este concurre cuando se produzca o se amenace con producirse una insurrección o un acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o en el ordenamiento constitucional que no se pueda resolver por otros medios²⁶⁶.

Para poder declarar el estado de sitio tiene que haber una mayoría absoluta por el Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, donde es el Congreso quién determinará su ámbito territorial, su duración y las condiciones de este, como bien queda establecido en el artículo 116 de la CE.

Al igual que en el Estado de Excepción, la Constitución establece una coincidencia con el Estado de Sitio ya que en ambos se permite la suspensión de los mismos derechos y libertades, aunque hay que mencionar que en este último se puede suspender, además, las garantías jurídicas del detenido, regulado en el artículo 17.3 CE.

Entrando a las diferencias que hay entre el Estado de Alarma, de Excepción y de Sitio que son bastante relevantes y notorias además de evidentes, el Estado de Alarma nace de circunstancias naturales o materiales, no como los otros que nacen por naturaleza política.

Por consiguiente, el régimen previsto para los estados de alarma es diferente en cuanto a los medios con los que el Gobierno contará para hacerle frente, como en la suspensión de los derechos fundamentales de la población, que, a diferencia con los otros dos estados, no supone la suspensión de derecho alguno, únicamente permiten la adopción de determinadas medidas de limitación e intervención.

Asimismo, es el más ambiguo e impreciso por las situaciones que determinan su declaración como las medidas para poder adoptarlo. Nos sitúa ante situaciones de catástrofe naturales o generadas por la acción humana, sin olvidarnos también de aquellas situaciones

²⁶⁴ Art 15.2 LOEAES.

²⁶⁵ Art 55.1 CE.

²⁶⁶ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, BOE, Nº, 134, 1981.

que, aunque no estén previstas en la Ley, pueden llegar a justificar la declaración de un Estado de Alarma.

3. Los estados de alarma declarados durante la pandemia en España

En diciembre del 2019, en la ciudad china de Wuhan se detectó por primera vez lo que sería el inicio de la epidemia del coronavirus (SARS-CoV-2) también conocido como Covid-19²⁶⁷. Tras la falta de información por parte del gobierno chino, más la poca protección que ofreció la Organización Mundial de la Salud, también conocido como la OMS, provocó a su vez una incertidumbre en la forma de gestión de los gobiernos, así como también las decisiones tan desiguales entre los países, tuvo como consecuencia una situación sanitaria muy complicada ya que no habían precedentes cercanos como modelo de gestión convirtiéndose en un desafío en todos los ámbitos así como también se vio afectado el ordenamiento jurídico.

La propagación tan rápida del virus a nivel mundial tuvo como consecuencia un incremento considerado de contagios, así como el aumento del número de fallecidos, provocando una situación tan incontrolable que la OMS lo declaró pandemia global el 11 de marzo del 2020²⁶⁸.

En España, el aumento de contagios y fallecidos empezó a generar un desbordamiento sanitario, fue tan incontrolable la situación que el Gobierno de Pedro Sánchez adoptó un Estado de Alarma en todo el territorio nacional durante 15 días²⁶⁹ para la gestión de la situación de crisis sanitaria que estaba sufriendo el país y así poder hacer frente a la pandemia que estaba ocasionando el Covid-19, declarándolo por Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo.

Debido a la situación que estaba aconteciendo en el país, se aplica el apartado b) del artículo 4 de la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio ya que nos encontrábamos ante una crisis sanitaria que trajo consigo una grave alteración de la normalidad afectando a todo el territorio nacional teniendo una duración de quince días, es decir, que el estado de alarma tendría como duración hasta el domingo 30 de marzo.

Este Real Decreto aprobado por el Congreso sufrió una serie de modificaciones en los artículos 7,10 y 14, además de modificarse y aplicarse también la Disposición Adicional tercera, tres días después de haberse declarado el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, entre las que destacan las siguientes²⁷⁰: en primer lugar, la limitación de la libertad de circulación de las personas, aplicando una serie de excepciones a la prohibición de salir a la calle, el uso de vehículos y el cierre de carreteras. Por otro lado, encontramos las prestaciones personales obligatorias y requisas. En tercer lugar, encontramos dentro del sector educativo la suspensión de las clases presenciales.

²⁶⁷ COALLA ESPEJO, Sara, “El Estado de Alarma”, *El Estado de Alarma*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, 2019/2020, pp. 27, 28-29.

²⁶⁸ CARNICER MUÑOZ, Laura, “Afección a los Derechos Fundamentales durante la vigencia del Estado de Alarma” *Afección a los Derechos Fundamentales durante la vigencia del Estado de Alarma*, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2020, p. 23.

²⁶⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19, *Documento de Opinión*, 43/2020.

²⁷⁰ CARNICER MUÑOZ, Laura, “Afección a los Derechos Fundamentales durante la vigencia del Estado de Alarma”, *Afección a los Derechos Fundamentales durante la vigencia del Estado de Alarma*, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2020, p. 23.

Por otro lado, se vio afectada la actividad comercial, cultural, el ocio y la hostelería, así como también sufrieron modificaciones los transportes, los servicios esenciales, el sistema nacional de salud y el abastecimiento alimentario.

El régimen sancionador también sufrió esas modificaciones, así como también se suspendieron los plazos tanto procesales como los administrativos de prescripción y caducidad. Por último, el Gobierno contó con la capacidad para dictar posteriores decretos que pudiesen modificar o ampliar las medidas establecidas en el mismo.

Debido a la situación tan grave que se estaba viviendo en el país, el Gobierno decidió prorrogar el estado de alarma hasta seis veces del Real Decreto 463/2020²⁷¹, en primer lugar, dictó el Real Decreto 476/2020, del 27 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, en el que se añadió la Disposición Adicional sexta.

En segundo lugar, el Real Decreto 487/2020, del 10 de abril, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, el cual modificó los artículos 7 y 10.6 del reglamento original.

En tercer lugar, el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, que modificó otra vez los artículos 7 y 10.6 del anterior.

En cuarto lugar, el Real decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, añadió el párrafo 1.bis al artículo 7 del primigenio reglamento que aprobó el estado de alarma, así como también añadió una nueva Disposición Adicional Séptima.

En quinto lugar, el Real Decreto 537/2020, del 22 de mayo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, deroga las Disposiciones Adicionales Segunda, la Tercera y la Cuarta del Real Decreto 463/2020.

Por otro lado, además de las prórrogas anteriormente mencionadas, el Acuerdo del Consejo de Ministros del 28 de abril del 2020 donde se aprobó una Plan para la Transición²⁷² hacia una nueva normalidad, también conocido como Plan de Desescalada que no fue publicado en el B.O.E, pero sí que se derivó al Congreso para el cumplimiento de la obligación informativa establecido en el apartado uno del artículo octavo de la Ley Orgánica 4/1981 del 1 de junio de la LOAES, así como también estaba prevista en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo.

En último lugar encontramos la sexta prórroga establecido en el Real Decreto 555/2020, del 5 de junio, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, por el que este día fin al estado de alarma el día 21 de junio a las 00:00 horas.

²⁷¹ ALVARADO CUTILLAS, Martín, “Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales”, *Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales*, Universidad Miguel Hernández De Elche, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas del Elche, 2020/2021, pp. 28, 29.

²⁷² ALVARADO CUTILLAS, Martín, “Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales”, *Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales*, Universidad Miguel Hernández De Elche, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas del Elche, 2020/2021, p. 29.

4. La suspensión de los derechos fundamentales durante el estado de alarma

Durante la pandemia del Covid-19, cada gobierno de los respectivos países de la Unión Europea tomó las medidas que consideraban adecuadas para poder hacer frente a la crisis sanitaria que estaba aconteciendo en cada continente. Sin embargo, esas medidas quizás no fueron las más acertadas en el ámbito de los derechos fundamentales.

Es por ello, que el Parlamento Europeo manifestó su preocupación ante el impacto que tuvieron esas medidas en los derechos fundamentales como la libertad de circulación, de expresión o de libertad religiosa, además de aplicarse medidas represivas de una forma desproporcionada para hacer cumplir esas restricciones, cuya consecuencia además fue que los sistemas judiciales se vieron afectados, implicando esto un mayor riesgo de exclusión social y económica. Por lo que ha insistido a los Estados miembros a “plantear la posibilidad de abandonar el estado de emergencia o, de no ser posible, la opción de limitar su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales”.

Esto lo ha hecho en la resolución 2020/2790, publicada el 13 de noviembre en la cual el Parlamento Europeo ante la situación de emergencia sanitaria que estaba provocando el Covid-19 y las medidas restrictivas que se estaban implantando para poder detener el número de casos, cita a los Estados miembros para enumerarles una serie de peticiones en esa resolución para que esas medidas que limitan derechos se adopten de forma proporcionada²⁷³ y temporal, que no resulten discriminatorias.

A su vez recuerdan lo importante que es tener en cuenta un control parlamentario y judicial apropiado, ya sea de forma externa como de forma interna, teniendo a su vez controles dirigidos a limitar el riesgo de que esas medidas se utilicen como un pretexto para cambiar el equilibrio de poderes, ya que los Gobiernos no deben aprovecharse de la legislación de emergencia para imponer restricciones a los derechos fundamentales, teniendo como obligación adoptar otras decisiones para reducir ese posible efecto negativo de tales medidas en la población del país.

El Parlamento Europeo hace hincapié en que siempre debe prevalecer los principios fundamentales del Estado de derecho, la democracia y el respeto de los derechos fundamentales, aun habiendo un estado de emergencia pública, ya que todas las medidas de emergencia, excepciones y limitaciones tienen que estar sujetas a las condiciones de necesidad, proporcionalidad y temporalidad, respetando el Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la igualdad de trato de las personas.

Como hemos analizado al inicio del trabajo, los Derechos Fundamentales son aquellos que le son inherentes a la persona humana, además en la Constitución se establece una serie de protecciones que el Estado debe de respetar, ya que con ellos se logra el bienestar de la persona como individuo y a un nivel social se mantiene el orden y la convivencia, es por esa razón que si se provocase una pequeña alteración de estos se generaría una inconformidad social.

Por otro lado, la gestión del Gobierno español durante el estado de alarma en la aplicación del Real Decreto 463/2020 del 14 de marzo, provocó bastantes disconformidades entre la población, así como numerosos debates en cuanto a esa suspensión de derechos como medida para

²⁷³ Sobre la proporcionalidad de los derechos ya se ha pronunciado el profesor Miranda en MIRANDA GONÇALVES, R.; “Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva”, *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 2, 2021, pp. 1-18.

hacer frente a la crisis sanitaria. Un ejemplo de debate lo dio el profesor de Derecho Constitucional Joaquín Urías citando y recordando que “los derechos son espacios de libertad ciudadana frente al poder. Son facultades que los poderes públicos no pueden limitar ni restringir”²⁷⁴.

Con esto, Urías quiere decir que en la democracia los derechos tienen un contenido que es esencial e intangible, es decir, no cabe el tener restricciones porque, o se tiene ese derecho o no se tiene. Es por esa razón, que durante los estados de alarma no se puede suspender ningún derecho, a diferencia del estado de sitio que si cabe esa posibilidad de que algunos derechos puedan limitarse o pierdan esa vigencia provisionalmente.

Sin embargo, en el preámbulo del Real Decreto por el que se dictó un estado de alarma en España, establece que “las medidas que se contienen en el mismo son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de esta y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución española”²⁷⁵.

Ahora bien, a continuación, analizaré aquellos derechos recogidos en el Capítulo primero de la Sección Segunda del Título I, que además gozan de una especial protección y son aquellos que se han visto más afectados y han sufrido alguna vulneración durante el estado de alarma por la crisis sanitaria del Covid-19. Entre ellos destacaré el derecho a la salud, el derecho a la libertad de circulación. También hablaré sobre la inviolabilidad del domicilio y sobre el derecho a la educación y por último comentaré acerca del derecho de manifestación y de reunión y del derecho a la libertad de culto.

En primer lugar, el derecho a la salud viene establecido en el artículo 43 de nuestra constitución, la cual se encuentra en el Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica del Título I de la Constitución.

En el artículo se reconoce el derecho a la protección de la salud cuya responsabilidad les atañe a los poderes públicos con respecto a la labor de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, así como también de las prestaciones y los servicios necesarios²⁷⁶ para la misma.

El derecho a la salud no es un derecho fundamental ya que es la propia CE la que no lo sitúa en esa posición normativa, aun así, es un principio activo de parte de conductas de otros DDF, es decir, es la propia salud la que da la condición necesaria para que se construyan derechos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal²⁷⁷.

²⁷⁴ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo, “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”, blog, *Al revés y al derecho*, 2020.

²⁷⁵ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

²⁷⁶ DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, “Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectivos en tiempos de pandemia”, *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021.

²⁷⁷ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (1): el derecho a la salud” *El derecho y el revés*, n° 43, 2020.

De esta forma, el TC le otorga protección en numerosas sentencias, como por ejemplo 120/1994, del 25 de abril; 57/1994, del 28 de febrero; 35/1996, del 11 de marzo; 91/2000, del 30 de marzo y 5/2002, del 14 de enero entre otras.

De la vulneración de este precepto constitucional podemos afirmar que el derecho a la salud constituye otros derechos fundamentales como bien mencioné anteriormente que son el derecho a la vida, a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal, ya que es muy importante porque sin vida no se puede tener ningún otro derecho. Asimismo, debido a la crisis sanitaria que vivió el país y el estado de alarma aplicado, la protección de la salud es la base por la cual se adoptaron todas y cada una de las medidas que se llevaron a cabo con respecto a la limitación de ciertos derechos fundamentales, ya que con la situación de pandemia mundial debía prevalecer el interés general que lo forma la salud de los ciudadanos.

Por otro lado, el derecho a la libertad de circulación, recogido en artículo 19 de la CE reconoce dos libertades: en primer lugar la libre elección de residencia y, en segundo lugar la libertad de desplazamiento. Además, está reconocido en el artículo 2 CEDH y en el artículo 13 DUDH.

En la primera de ellas, este derecho le otorga al individuo la posibilidad de elegir el lugar geográfico para establecerse. Por otro lado, la libertad de desplazamiento se compone a su vez de la libertad de circulación dentro del territorio nacional y también por la entrada y salida del territorio español.

El artículo 19 CE está relacionado con el artículo 139.2 de la misma, donde se impide que los poderes públicos adopten medidas que puedan dificultar el establecimiento y la circulación de las personas, así como también la circulación de bienes en el interior del territorio nacional. Este artículo junto con el 138 y el 139.1 establecen unos límites para el reconocimiento y la regulación del hecho y de la autonomía local, es decir, la organización del estado en municipios, provincias y CCAA debe respetar el equilibrio y la solidaridad territorial (artículo 138.1), para así evitar cualquier privilegio social y económico (artículo 138.2), así como respetar la igualdad de derechos y obligaciones en todo el territorio nacional (artículo 139) y por último, impedir que se restrinjan las libertades del artículo 19 de la Constitución española (artículo 139.2)²⁷⁸.

Debido a la crisis sanitaria que aconteció al país, el Gobierno en la aplicación del estado de alarma confinó a la población durante tres meses amparándose en el artículo 7 del RD, teniendo como consecuencias la limitación de la libertad de circulación por vías y espacios públicos.

Para el catedrático de derecho penal Francisco Javier Álvarez García sí hubo una suspensión de derechos fundamentales durante el estado de alarma por la prohibición que hacía de forma expresa el artículo 7 del RD, sobre la libre circulación bajo la amenaza de sanciones tanto administrativas como también de carácter penal. Asimismo, afirma que “nos hallamos ante una situación de limitación o restricción del derecho no constituye más que una grosera manipulación del texto constitucional”²⁷⁹.

De la misma manera, el catedrático de derecho constitucional Lorenzo Contino Hueso, hace una reflexión acerca de lo que supuso el aplicar un confinamiento en todo el territorio nacional

²⁷⁸ BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, “Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento ” *Parlamento y Constitución*, nº 1, 1997.

²⁷⁹ ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier, *Estado de alarma o de excepción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

tratándose de una suspensión de derechos derivado de un estado de excepción encubierto o de un estado de alarma extralimitado, con lo cual, inconstitucional.

En definitiva, el derecho a la libre circulación es uno de los derechos que se ha visto afectado en mayor medida y del que los restantes derechos se han visto afectados de forma directa a consecuencia de las restricciones aplicadas al derecho de libre circulación.

En tercer lugar, la inviolabilidad del domicilio, establecido en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales”, recogido en el artículo 18.2 de nuestra constitución.

Es un derecho cuya función es la de proteger el desarrollo de la personalidad en el espacio, vinculado al derecho de intimidad de las personas, ya que el domicilio debe ser considerado como ese espacio en el que el individuo desarrolla su vida privada al margen de los demás tal y como se establece en la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional 137/1985 del 17 de octubre de 1985.

El artículo 11 de la LO 4/1981 sobre el estado de alarma, recoge que se podrá “intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con la excepción de domicilios privados, dando cuenta de ellos a los Ministerios interesados”. Con esto añadido que la afectación que haya podido tener este derecho, no ha supuesto la suspensión de este, ni de forma técnica ni materialmente ya que las garantías procesales y normativas no se han visto afectadas.

Con respecto a las entradas a los domicilios por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad, ha sido como consecuencia de las medidas que se adoptaron para poder superar la crisis sanitaria que estaba abordando al país, cuya entrada era para corroborar y comprobar el cumplimiento de estas por parte de la autoridad competente para ello.

Asimismo, hablaré del derecho a la educación regulado en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales” concretamente en el artículo 27 de la Constitución española.

El RD 463/2020, de 14 de marzo, en su artículo 9 regula las medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, estableciendo la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros, etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación donde se incluye también a la enseñanza universitaria, como también cualquier otra actividad educativa o de formación impartidas en otros centros públicos o privados, manteniéndose las actividades educativas de forma online siempre que resulte posible.

El debate resulta que el derecho a la educación tiene que ser de forma inclusiva; sin embargo, la crisis sanitaria del Covid-19 provocó una inclusividad²⁸⁰ entre el alumnado debido a las desigualdades que podrían surgir, ya que no todo el estudiantado disponía de equipos informáticos o internet para poder seguir las clases.

²⁸⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Pandemia y sistema educativo”, BIGLINO CAMPOS, Paloma, DURÁN ALBA, Juan Fernando, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 3.

Por otra parte, el derecho de manifestación y de reunión viene regulado en el capítulo segundo, sección 1ª del Título I “De los derechos y deberes Fundamentales” concretamente en el artículo 21 CE, al amparo del artículo 81 de la misma, cuya regulación y desarrollo se debe realizar por la Ley Orgánica 9/1983 del 15 de julio²⁸¹, que regula el derecho de reunión, entendiéndola como “la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas, con finalidad predeterminada”, así como que “el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa”²⁸². Asimismo, requiere que haya comunicación previa a la autoridad sobre la realización de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, donde estas no podrán ser prohibidas, salvo por razones de alteración del orden público y/o porque pueden poner en peligro personas o bienes.

El derecho de reunión y de manifestación es un derecho fundamental que está reconocido a su vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸³ en su artículo 20, así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁸⁴ en el artículo 12.

El estado de alarma, en su Real Decreto 463/2020 no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho; sin embargo, en su artículo 7 si hace referencia a la prohibición de la libre circulación dificultando el poder de ejecutar ese derecho²⁸⁵.

Dicho lo anterior, el derecho fundamental de manifestación y de reunión se vio afectado por la restricción del derecho fundamental a la libre circulación, pero no fue suspendido, ya que sus garantías normativas y procesales se mantuvieron intactas en todo momento.

Por último, comentaré sobre el derecho a la libertad de culto, reconocido en el artículo 16 CE, así como también en el artículo 18 de la DUDH, consiste en la decisión que tiene cada individuo para elegir de forma libre su religión o para no elegir ninguna, así como para creer o no creer en la existencia de ningún tipo de Dios.

De esta manera, la LO 7/1980, de 5 de julio reconoce que el Estado debe garantizar el derecho fundamental a la libertad de culto ya que las creencias religiosas no pueden suponer un motivo de desigualdad o discriminación ante la ley, como tampoco lo podría ser en ningún otro ámbito. Ahora bien, el Gobierno español, a través del artículo 11 limitó ese derecho el cual permitía la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas con el condicionante de respetar las medidas de seguridad del Covid-19, respetando la medida de separación de un metro entre personas en función del lugar, así también como respetar las medidas de organización para evitar las aglomeraciones.

En resumen, el Gobierno ante el estado de alarma no suspendió ni prohibió este derecho, únicamente aplicó determinadas medidas para limitarlo, aunque en relación con el artículo 7 del RD, puede generar ciertas dudas debido a que no estaba especificado como una de las medidas por

²⁸¹ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

²⁸² Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

²⁸³ Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁸⁴ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁸⁵ CIERCO SEIRA, César, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, BLANQUER CRIADO, David, GONZALEZ GARCÍA, Julio, PIÑAR MAÑAS, José Luis, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, SANTAMARÍA, Ana, TRAYTER, Joan Manuel, VELASCO CABALLERO, Francisco, *COVID-19 y Derecho Público: (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

la cual podrías desplazarte y al no estar previsto debe ser entendido como “ese supuesto tiene su regulación en el artículo 11 del RD 163/2020”²⁸⁶.

5. CONCLUSIONES

A lo referente con el concepto de dignidad humana del que hago referencia en el capítulo primero, destacaría que la dignidad es un valor intrínseco y absoluto que le pertenece a toda persona por el simple hecho de serlo, además es el fundamento principal de los derechos humanos.

Asimismo, destaco que no hay una definición concreta de lo qué es la dignidad, pero sí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos la proclama como el fundamento principal de los derechos humanos. En su artículo primero, establece que todos los individuos nacen iguales en derechos y en dignidad, con lo cual, esta se podría encuadrar a su vez como el objeto principal de los derechos que determinan la paz, la libertad y la justicia.

La regulación de la dignidad humana en la Constitución Española no aparece directamente en ella, sin embargo, es el Tribunal Constitucional el que hace referencia interpretándola en alguna de sus destacadas sentencias, como un valor espiritual y moral con relevancia jurídica.

En lo que concierne a los derechos fundamentales y los derechos humanos del capítulo dos del presente trabajo, concluyo que estos son la consecuencia de un proceso de evolución bastante largo. Asimismo, estos derechos le corresponden a toda persona siendo universales, inalienables, indivisibles e interdependientes, por el hecho de su naturaleza y condición.

Los derechos fundamentales son derechos humanos recogidos por la legislación del Estado que, en nuestro caso, quedan garantizados en la Constitución, a lo que le denominamos rango constitucional, siendo esenciales para el sistema político. Con lo cual, todo individuo gozará de esos derechos fundamentales establecidos en la Constitución pudiendo ejercer la acción judicial en caso de que fuese necesario ante la vulneración de estos.

Entrando al análisis más detallado del objeto del presente trabajo, en el capítulo tres destacamos el estado de alarma declarado en España por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para poder hacer frente a la crisis sanitaria y poder proteger el derecho fundamental a la vida durante la pandemia del Covid-19 donde, a su vez, se adoptó una medida de suspensión al derecho a la libre circulación que provocó que otros derechos fundamentales se viesan limitados, como por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio, a la educación, al derecho de manifestación y de reunión, así como también a la libertad de culto.

Con lo referente a la limitación y suspensión de los derechos fundamentales, cabe destacar con una notoria importancia que no existen derechos ilimitados ni absolutos, únicamente, existen derechos que se encuentran sujetos a determinados límites expresos por la misma Constitución. Estos se encuentran recogidos en el artículo 55 de la mano del artículo 116 de la CE, en donde se determinan mecanismos de protección para aquellas situaciones de extrema gravedad que pueden perturbar el orden público como bien ocurrió con el Covid-19, que son los estados de alarma, de excepción y de sitio.

Por último, comparto la opinión de numerosos autores considerando que el estado de alarma aplicado en España para hacer frente a la crisis sanitaria del Covid-19, no fue lo más acertado ya

²⁸⁶ RAMÍREZ NAVALÓN, Rosa, “Acceso a los lugares de culto y ceremonias religiosas durante el estado de alarma decretado por la epidemia del COVID-19”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº12 bis, 2020, p. 24-31.

que esas medidas que se tomaron parecían más bien una suspensión que una limitación a los derechos fundamentales, como el ejemplo más destacado que fue el derecho a la libre circulación, con lo cual, bajo mi juicio era más idóneo aplicar como instrumento de gestión un estado de excepción que camuflar el mismo con un estado de alarma, justificándose cada medida tomada por el Gobierno sin llegar a caer en la inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008.
- ALEXY, Robert, "Law, morality and the existence of human rights", *Ratio Juris*, Vol. 25, No. 1, marzo de 2012.
- ALEXY, Robert, "The existence of human rights", *Law, Science, Technology, Frankfurt am Main*, 2011.
- ALVARADO CUTILLAS, Martín, "Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales", *Estado de alarma y vulneración de derechos fundamentales*, Universidad Miguel Hernández De Elche, Facultad de Ciencias, 2021.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Estado de alarma o de excepción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Derechos fundamentales y dignidad humana*, "Papeles el tiempo de los derechos", n°. 10, 2011, Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", UC3M.
- APARISI, Ángela; M, José Justo, "Fundamento y justificación de los derechos humanos" en *Manual de Derechos Humanos*, ed. José Justo M. Quirós (Coord.), Pamplona, Cátedra Garrigues, Universidad de Navarra & Thomson Aranzadi, 2006.
- ARISTÓTELES, *Del alma*, trad. T. Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, trad. J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1995.
- BASILE, Silvio, *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en la obra colectiva*, "La constitución española de 1978", Civitas, 1981.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José, "A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales" *Revista, Almacén de Derecho*, 2020.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, "Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento". *Parlamento y Constitución*, n° 1, 1997.
- BERNAL BALLESTEROS, María José, y DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac, *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos*, primera edición, Comisión de los Derechos Humanos del Estado de México, México 2016.
- BLOCH, Ernest, *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, 1980.
- CARNICER MUÑOZ, Laura, "Afección a los Derechos Fundamentales durante la vigencia del Estado de Alarma", *Afección a los Derechos Fundamentales durante la vigencia del Estado de Alarma*, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2020.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos humanos*, Madrid, Reus, 1992; MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 1980.
- CASTILHO, Ricardo, *Direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.
- CIERCO SEIRA, César, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, BLANQUER CRIADO, David, GONZALEZ GARCÍA, Julio, PIÑAR MAÑAS, José Luis, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, SANTAMARÍA, Ana, TRAYTER, Joan Manuel, VELASCO CABALLERO, Francisco, *COVID-19 y Derecho Público: (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- COALLA ESPEJO, Sara, “El Estado de Alarma”, *El Estado de Alarma*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, 2019/2020.
- DE DOMINGO, Tomás, MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, “Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectivos en tiempos de pandemia”, *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021.
- DÜRIG, Günter, *Comentario a la Ley Fundamental*, art. 1, En, Grundgesetz Kommentar, Maunz, Dürig, Herzog (directores), Múnich, C. H. Beck, 1976, nota n° 2 y 11.
- ENRIQUE MORA, José, “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 2000.
- FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio y DE CASTRO CID, Benito, *Lecciones de Teoría del derecho y Derecho Natural*, Ed. Universitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19, *Documento de Opinión*, 43/2020.
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Edición de Miguel CARBONELL, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- FINNIS, John, *Absolutos morales: tradición, revisión y verdad*, Trans. Juan José García Norro, Barcelona, EIUNSA, 1992, pp. 278-281., citado por MASSINI, Carlos Ignacio, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos" en *El derecho a la vida*, ed. C.I. Massini y P. Serna, Pamplona, EUNSA, 1998.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Tolerancia, dignidad y democracia*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Nuevos Tiempos, 2006.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El carácter adscriptivo del concepto de dignidad humana*. Conferencia pronunciada el 05.10.06 en la Fundación Juan March. Ciclo IX: Seminario de Filosofía “La dignidad humana”.
- GLENDON, Mary Ann, "El crisol olvidado: la influencia de América Latina en la idea de los Derechos Humanos Universales," *Ecclesia XV*, 2001, n°. 4.
- JUAN PABLO II, *Discurso a las Naciones Unidas* (5.X.1995).
- JUAN PABLO II, *Discurso a las Naciones Unidas* (2.X.1979).
- KANT, Immanuel, “Fundamentos de la metafísica de las costumbres”, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 1992.
- LAFUENTE BALLE, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio (II)”, *Revista de Derecho Político*, n°3, 2014, p. 31.
- LEIVA ESCUDERO, Guillermo, “Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19”, *Diario la ley*, n° 9642, Sección Doctrina, 2020.
- MAIHOFER, Werner, *Rechtstaat und menschliche Würde*, 1968.
- MASSINI CORREAS, Carlos, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", op cit., pp, 16-218, SERNA BERMÚDEZ, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo".
- MESSNER, Johannes, *Ética social política y económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, 1967.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Madrid, Rialp, 1973.

- MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, Ed, Rialp, 1976.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén, “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Justiça do direito*, v. 34, n.º 2, 2020.
- MIRANDA GONÇALVES, R.; “Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva”, *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 2, 2021, pp. 1-18.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén, “Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030”, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 2, 2023, pp. 352-378.
- NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. I, CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA Rafael, San José, 1994.
- NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, 1994.
- NIPPERDEY, Hans Carl, *Dignidad humana*. En: *Die Grundrechte*. Manual de teoría y práctica de los derechos fundamentales, Vol. II, Neumann, Nipperdey & Scheuner, editores, Berlín, Duncker & Humblot, 1954.
- PACHECO-ZERGA, Luz “La Dignidad Humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *La Dignidad Humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 2008.
- PLATÓN, República (518c). *Diálogos (IV)*, trad. C. Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1997.
- PLATÓN, Timeo (90a-b). *Diálogos (VI)*, trad. M.A. Durán & F. Lisi, Madrid, Gredos, 1997.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, N.º 1 edición. 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, Madrid, Dykinson, 2003.
- PECES BARBA, Gregorio, “Derechos y derechos fundamentales”, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993 y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta Ed, Madrid, Tecnos, 1995.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 7ma, Madrid, Editorial Tecnos, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed, Tecnos, 1986.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (1): el derecho a la salud” *El derecho y el revés*, n.º 43, 2020.
- PUFENDORF, Samuel, *De iure naturae et Gentium*, “De iure naturae et Gentium,” Editor, Johann Nikolaus, Ed, Knochius, 1716.
- RAMÍREZ NAVALÓN, Rosa, “Acceso a los lugares de culto y ceremonias religiosas durante el estado de alarma decretado por la epidemia del COVID-19”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º12 bis, 2020.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *Pandemia y sistema educativo*, BIGLINO CAMPOS, Paloma, DURÁN ALBA, Juan Fernando, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.
- RUSSO, Eduardo Ángel, *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001.

- SANDOVAL, Juan Carlos, "Presupuestos del Estado de Alarma y repercusiones penales: A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 14, 2012.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea, Tratados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990.
- SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana," *Persona y Derecho*, 1988, n°. 19.
- SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana" en *Límites, Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, EIUNSA, 2003.
- TAPIA TORRES, Jorge, "La dignidad humana, parte esencial de los derechos sociales". *Revista Derechos Fundamentales a debate*, n°. 2, 2016.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo, "Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión", blog, *Al revés y al derecho*, 2020.
- VON MUNCH, Ingo, "La dignidad del hombre en el derecho constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n°. 5, 1982.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, garantizar el derecho fundamental a la libertad de culto

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

Real Decreto 5147/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19

JURISPRUDENCIA

Resolución del Parlamento Europeo 2020/2790, del 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con COVID-19 en la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985, sobre la ley de parcial despenalización del aborto

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero de 1994, sobre la vulneración del derecho a la intimidad.

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1994, del 25 de abril

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, del 28 de febrero

Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1996, del 11 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, del 30 de marzo

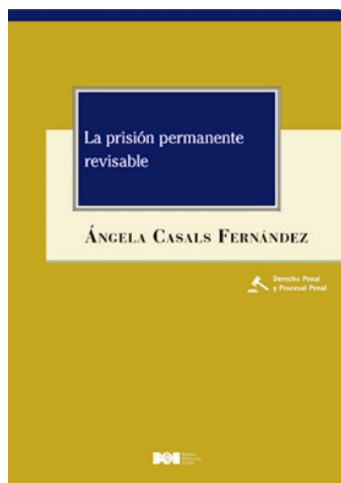
Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2002, del 14 de enero

SECCIÓN II. RECENSIONES

Recensión: Casals Fernández, Á. (2019). *La prisión permanente revisable*. BOE. Madrid, 282 páginas. ISBN: 978-84-340-2554-7.

Review: Casals Fernández, Á. (2019). *The revisable permanent prison*. BOE. Madrid, 282 pages. ISBN: 978-84-340-2554-7.

Manuel Palomares Herrera
Profesor Doctor de la UNIR



La profesora Casals, docta en derecho y polifacética virtuosa en otras disciplinas de humanidades y ciencias sociales, presentó una de sus obras consideradas *operas primas* por la repercusión alcanzada que es la que venimos a recensionar en esta REHISDEHU en donde supone una buena oportunidad de acercar una materia penal y socialmente tan sensible y paralela a los derechos humanos.

Todos conocemos las controversias que ofrecen asuntos penitenciarios o punitivos, pero si le añadimos el escenario que deja una nueva norma como lo fue la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁸⁷ por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se comprenderá la utilidad de dar a la doctrina argumentos de peso sobre esta nueva figura penal tan cuestionada constitucionalmente como necesaria penalmente.

En cuanto a la forma podemos ver desde el primer párrafo un academicismo impecable, una metodología ordenada y completa y una elegancia poco común pues a pesar de tener, como todo académico, una opinión acerca de la institución estudiada, no adultera sus líneas con la misma, sino que se limita a argumentar con criterio para finalmente dar el resultado que arroja la propia metodología.

Podrá el lector percatarse del espíritu de vocación pública de la obra y es que el mismísimo BOE ha dado cobijo en su colección “Derecho Penal y Procesal Penal”²⁸⁸ con una estructura madura, lógica, bien secuenciada y justificada en cinco grandes capítulos. Como buena profesora, acerca la materia desde los prolegómenos (pp. 38 y ss.), los antecedentes legislativos de la norma en el proceso formativo de nuestro ordenamiento penal desde el Código Penal de 1822.

En este apartado destaca una interesante reflexión como la paradoja de que sea en plena democracia donde se haya normado una figura que ni siquiera en los regímenes de Primo de Rivera y de Franco Bahamonde (Decreto de 11 de octubre de 1961) se había experimentado al llegarse en ellos a un indulto a los 20 años.

Qué duda cabe que la didáctica es una parte esencial de su línea discursiva, por lo que todo lo referido a los anteproyectos, el espíritu de la norma, el contexto en el que nace, la aplicación de la pena está ampliamente desarrollada, así como la propuesta *de lege ferenda*.

Continúa Casals con un ambicioso estudio de derecho comparado (pp. 57 y ss.) - algo que mi compañera siempre recomienda a sus alumnos de TFE por lo que predica con el ejemplo - y en esta obra lo hace desde las experiencias legislativas europeas más contrastadas como lo son las de

²⁸⁷ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439 (consultado el 13/08/2023).

²⁸⁸ Dirigida por Luis Rodríguez Ramos, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?lang=en&id=PUB-DP-2019-109&modo=2&tipo=L (consultado el 13/08/2023).

Alemania, Italia, Francia y Reino Unido con una revisión jurisprudencial de las sentencias obligadas en la materia de sus correspondientes cortes jurisdiccionales superiores.

Como la práctica de la norma en derecho penal, es el escenario penitenciario en la ejecución de la norma, se centra seguidamente en la misma y finaliza con un interesante análisis de la revisión, segundo apellido de la prisión permanente y que le da esa ventana de reinserción, de credibilidad, de cumplimiento ejecutivo con el *stándar mínimo* del Código de Derechos Humanos.

Y es que quizás la expectativa de liberación al condenado es el *mainstream* que incorpora la norma para justificar que no solo se pretende un alejamiento punitivo del entorno social o un aislamiento para proteger a la sociedad, sino que se centra en la ilusión, meta y objetivo de integración a través de una conducta que será evaluada durante el presidio lo cual no es materia monotemática de un solo capítulo, sino que también lo tenemos en los capítulos tercero (pp. 121 y ss.) y cuarto (pp. 170 y ss.).

En este punto volvemos al inicio de la recensión donde apuntábamos a los debates constitucionales sobre la norma, pues bien, estos debates inciden esencialmente en que el proceso de revisión no adquiera independencia y autonomía en la norma punitiva, además de contener unos requisitos para poder optar a la revisión de la pena.

Llega a una conclusión final la profesora Casals de que sin previamente estudiar la historia normativa europea al respecto no se puede tratar con rigor la prisión permanente revisable. Y en este sentido, como no es esta una obra desapercibida he de aludir aquí a un comentario que comparto del profesor García Valdés que ya la reseñó²⁸⁹ donde destaca que “*No existe una reglamentación penitenciaria, de cualquier época, que no contemple la rebaja de condenas y, en consecuencia, la más pronta salida de los establecimientos, sin distinción de delitos*” por lo que podemos finalizar la recensión señalando que no es esta obra un argumentario de autoconvencimiento sino la ratificación lapidaria y con argumentos de que es una institución mejorable, lo que constituye un aporte humanístico a la academia española.

²⁸⁹ García Valdés, C. (2020). Reseña del libro «La prisión permanente revisable» de Ángela Casals Fernández. *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES*, 1107-1109.

Recensión: Palomares Herrera, M. (2019). *Prolegómenos al discurso del odio. Especial atención a la reforma penal de 2015*, Publicia, Mauritius, 133 páginas. ISBN: 978-3-639-64711-2.

Review: Palomares Herrera, M. (2019). *Prolegomena to hate speech. Special attention to the 2015 penal reform*, Publicia, Mauritius, 133 pages. ISBN: 978-3-639-64711-2

Ángela Casals Fernández

Profesora Doctora Adjunta de Derecho Penal y Penitenciario
Universidad CEU San Pablo



El profesor Palomares Herrera, doctor en Derecho y abogado, además de una notable proyección política, presenta esta obra publicada en 2017 referente a un tema de plena actualidad como es el discurso de odio o *hate speech*, amparada en la jurisprudencia y utilizando la doctrina más relevante. Teniendo en cuenta la controvertida modificación penal del año 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁹⁰ por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde, entre otras cuestiones, se eliminó el libro de faltas y se introdujo la pena de prisión permanente revisable, contó con una nueva regulación del artículo 510.

La obra cuenta con un minucioso estudio jurídico- penal del discurso de odio. Inicia con el marco normativo de protección ante el discurso de odio en el ámbito internacional, haciendo referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Decisión Marco 2008/913/JAI. Prosigue con un extenso capítulo dedicado al análisis pormenorizado de la regulación española, donde se puede observar la dedicación y esmero de Palomares Herrera a la docencia, con una metodología ordenada y completa, haciéndonos cuestionar de la importancia del derecho a la libertad de expresión y el valor de la ética. El capítulo siguiente lo dedica a la jurisprudencia, a través del caso Friedman y la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Finaliza esta obra con unas reflexiones finales de gran brillantez y profundidad, poniendo énfasis en la necesidad de mejorar la tipificación del articulado en el Código Penal. Señala que la libertad de expresión debe estar sometida a ciertas formalidades, siempre que se persiga una finalidad legítima y proporcional. Concluye con una sintetización de las conductas sancionadas en el artículo 510 del Código Penal: la negación, la trivitalización grave y el enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o de sus autores. Siempre que estos se realicen de forma pública y puedan llegar a genera un estadio previo de odio, discriminación u hostilidad hacia un grupo o persona concretas. De manera muy certera señala que no existe justificación del discurso de odio, ya que pone en peligro la dignidad y el derecho a vivir en igualdad tanto formal como material.

Es una obra cercana, ágil, pero con profundidad, donde un docto en la materia, un aprendiz y un curioso sobre el *hate speech* se enriquecen por su dedicada minucia y su lectura amena. Además, es un tema al que invita, en cada una de sus páginas, a reflexionar sobre la sociedad en la que

²⁹⁰ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439 (consultado el 5/09/2023)

vivimos, sus necesidades y lo que debe protegernos nuestra legislación para avanzar en nuestra sociedad democrática.

Habiendo superado más de dos décadas del siglo XXI, seguimos teniendo encima de la mesa la discriminación, la hostilidad y el odio, y toda obra que busque aproximarnos y contestar cuestiones tan fundamentales siempre será enriquecedora y muy recomendada de dedicarle tiempo a su lectura. Y, como dijo el célebre político, sociólogo, jurista y ensayista español, Enrique Tierno Galván, «más libros, más libres».