



Claves y retos de una justicia del siglo XXI: derechos, garantías y procedimientos

Cristóbal Torres Fernández

Wilbemis Jerez Rivero

Juan Moisés de la Serna Tuya (Coords.)

Dykinson, S.L.

Claves y retos de una justicia del siglo XXI: derechos, garantías y procedimientos

Cristóbal Torres Fernández

Wilbemis Jerez Rivero

Juan Moisés de la Serna Tuya

(Coords.)

© Cristóbal Torres Fernández, Wilbemis Jerez Rivero y Juan Moisés De la Serna Tuya(coordinación) 2022.

© De los textos, las personas autoras 2022.

El presente libro ha contado con el asesoramiento de profesionales en el tema objeto de estudio y ha seguido un proceso de revisión por pares ciegos antes de su publicación.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970 / 932720407

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1122-231-0

Índice

Prólogo	6
Capítulo 1. La asistencia jurídica gratuita en Cuba: nuevos derroteros legales y prácticos.....	9
Capítulo 2. La salud mental: el próximo reto de la justicia.....	32
Capítulo 3. Amnistías y la justicia transicional: límites en el sistema interamericano de los derechos humanos.....	47
Capítulo 4. Lectura y revisión de la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia en clave actual	73
Capítulo 5. Reflexiones sobre la normativa vigente y el derecho proyectado en materia de digitalización de sociedades mercantiles	102
Capítulo 6. Problemática jurídico-actual en torno al tradicional carácter ganancial de los bienes obtenidos en juegos de azar ante una separatio o divortium de hecho.....	129
Capítulo 7. Los derechos reconocidos a las víctimas del delito en la Ley 4/2015, de 27 de abril	143
Capítulo 8. Los fines de la pena de prisión en el siglo XXI	162
Capítulo 9. Tribunales Internacionales: Aproximación a la interacción jurisprudencial euroamericana como perfeccionamiento de la justicia pro-Derechos Humanos	184
Capítulo 10. El estatuto personal de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un análisis comparativo con los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	199
Capítulo 11. Una aproximación al enfoque restaurativo en la justicia penal juvenil en España y su efecto preventivo en la reincidencia	221
Capítulo 12. Los derechos humanos en la era digital.....	241

Capítulo 13. Privados de la libertad decapitados en las cárceles del Ecuador y el derecho fundamental a la vida.....	255
Capítulo 14. Los métodos alternativos de resolución de conflictos como respuesta a la crisis del sistema judicial.....	273
Capítulo 15. El acceso a la justicia ambiental en Cuba. Apuntes para una reflexión sobre el presente y futuro previsible.	291
Capítulo 16. Constitución y contrato en Cuba. Una relación basada en la libertad.....	306
Bionota de las personas coordinadoras del libro.....	321

Prólogo

Nos encontramos, en la actualidad, en tiempos muy convulsos no solo a nivel social, sino también a nivel legislativo. El mundo inmerso en una pandemia ha tenido que dirigir su actuación a las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) y ello ha supuesto una nueva perspectiva, y también, cómo no, un reto.

Vamos a referirnos a claves, a través de distintos temas o áreas a desarrollar, y a retos, y también a los derechos, garantías y procedimientos. Son, por tanto, muchos los temas a tener en cuenta, por ejemplo, la justicia, su acceso y su futuro; los derechos de las víctimas, las competencias digitales; las medidas de salud pública y el cumplimiento por parte del ciudadano; la naturaleza de las ganancias obtenidas en el juego y su relación en el ámbito económico del matrimonio; los derechos humanos; los derechos fundamentales en el derecho comparado; la propiedad de la vivienda; los sistemas de resolución alternativa para los conflictos más allá del sistema judicial, en el que se privilegia la mediación y el arbitraje; la digitalización y su implicación en los derechos humanos; el enfoque restaurativo de la justicia y, por último, las relaciones contractuales y el derecho a la libertad, y a la autonomía de la voluntad.

Los retos a los que nos enfrentamos en el ámbito jurídico en el futuro más inmediato gira en torno a la digitalización, a las competencias digitales, a los derechos digitales y al respeto de los derechos de los sujetos. La necesidad de que la tecnología y la informática no se convierta en un sesgo discriminatorio de los derechos personalísimos, y que los algoritmos no provoquen esa merma de los derechos mediante una aplicación aleatoria y descontrolada. Es preciso una legislación coherente y cohesionada no solo a nivel nacional, sino internacional para evitar situaciones de violación de los indicados derechos.

No podemos obviar la situación a la que el mundo se ha enfrentado por la COVID-19, en el que la tecnología también ha posibilitado que la justicia no se haya detenido, de que a través de las plataformas digitales se hayan resuelto conflictos, hablamos de mediación electrónica, y yendo más allá, nos referimos a la robótica, a la posibilidad de que la justicia sea impartida

mediante máquinas. No hay que olvidar que uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 contempla en el número 16 “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas” nos posiciona en la necesidad de relacionar las sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, y que el acceso de la justicia sea para todos, sin distinción, lo que nos hace reflexionar sobre los colectivos especialmente vulnerables (infancia, víctimas de violencia de género, discapacitados, personas de la tercera edad, entre otros), en el que en pleno siglo XXI debemos todos los ciudadanos procurar que la justicia se imparta para todos.

No obstante, también esta justicia no debe entenderse sin tener en cuenta los nuevos derechos digitales, derechos de tercera generación, neoderechos, vinculados a la privacidad y a la libertad de expresión y que se positivizan a raíz de los cambios sociales y cambios tecnológicos.

Las medidas que se adoptan en determinadas situaciones en las que se produce una restricción de derechos (a la vida, a la protección de la salud) puede discutirse si se han vulnerado los mismos. Es preciso establecer una relación entre estos derechos y determinar si se produce o no una suspensión de los derechos constitucionales. Es decir, hay que adoptar el procedimiento adecuado (nos estamos refiriendo al estado de alarma) para garantizar los derechos. De hecho, los derechos reconocidos en los artículos siguientes de la Constitución española: 17 (derecho a la libertad y seguridad), 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), artículos 19 (derecho a libre elección de residencia y circulación) y 20 , apartado 1, a (y d) (derecho a la libertad de expresión, y derecho a comunicar o recibir libremente la información veraz) y 5 (secuestro publicaciones, grabaciones y medios de información en virtud de resolución judicial), artículo 21 (derecho de reunión), artículo 28 (derecho de huelga), artículo 37, apartado 2 (derecho trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, pero no un estado de alarma.

Vemos que las medidas adoptadas eran restrictivas de la libre circulación de personas, y se justificaban en la necesidad de evitar una propagación de la enfermedad que conllevara también el colapso del sistema público de salud.

Nos planteamos si las medidas adoptadas durante la crisis sanitaria han contemplado y no han infringido el derecho a la vida y a la protección de la salud. Una de las consecuencias que se ha producido durante la pandemia ha sido el alto número de fallecimientos. Un gran número ha sido de personas de avanzada edad y colectivos vulnerables. Los motivos, entre otros, han sido la falta de una atención médica y sanitaria por el colapso de los servicios hospitalarios.

Precisamente, la justicia se pronunció en la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio de 2021. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020 declaró la inconstitucionalidad de distintas medidas por considerar que vulneraban derechos fundamentales contenidos en la Constitución, y que las constricciones extraordinarias que se adoptaron, aunque estaban orientadas a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes y ajustadas a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, excedían el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el citado texto constitucional. Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, indicó que lo que merece censura constitucional no es la duración de la prórroga del estado de alarma, sino el carácter no razonable o infundado de la decisión por la que se fijó tal plazo.

Por todo ello, la justicia del siglo actual en el que nos encontramos no es una justicia que deba olvidarse de unos procedimientos adaptados a la evolución social, además de salvaguardar los derechos que se han denominado derechos humanos de cuarta generación, que se relacionan con las tecnologías, el desarrollo científico, la inteligencia artificial y la futura digitalización de la sociedad, en la que se han elaborado textos como es la Carta de Derechos Digitales, como un marco de referencia para garantizar los derechos en un escenario de ciudadanía marcado por la era digital, y con la finalidad precisamente de que dicho escenario no suponga una infracción de los derechos fundamentales de los sujetos.

Francisca Ramón Fernández
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat Politècnica de València

Capítulo 1. La asistencia jurídica gratuita en Cuba: nuevos derroteros legales y prácticos.

Dr. Cristóbal Torres Fernández

Universitat de Valencia

Wilbemis Jerez Rivero

Universidad de Sevilla

I. Introducción

La vulnerabilidad por motivos económicos constituye una realidad palpable que trasciende a las sociedades modernas y, en consecuencia, se alza como tópico de especial relevancia para las agendas nacionales e internacionales.

Según informe de la CEPAL (2022, p.16):

En 2021, la tasa de pobreza extrema habría alcanzado el 13,8% y la de pobreza llegaría al 32,1%. Por tanto, en comparación con las cifras de 2020, el número de personas en situación de pobreza extrema pasaría de 81 a 86 millones, mientras que el número total de personas en situación de pobreza disminuiría ligeramente de 204 a 201 millones [...]. La crisis también ha puesto en evidencia la vulnerabilidad en que vive buena parte de la población en los estratos de ingresos medios, caracterizados por bajos niveles de cotización a la protección social contributiva y muy baja cobertura de la protección social no contributiva.

Asimismo, en el Informe Mundial de la ONU sobre Objetivos para el Desarrollo Sostenible (2021) se expone que la tasa mundial de pobreza extrema aumentó por primera vez desde 1998, pasando del 8.4% en 2019 al 9.5% en 2020. En este orden, entre 119 y 124 millones de personas sufrieron condiciones de considerable pobreza en 2020 y el número de personas que padecen hambre se incrementó entre 83 y 132 millones.

Así pues, la crisis sanitaria internacional ha acentuado nuevos desafíos para los operadores jurídicos e impuesto la obligatoriedad de respetar, aun en tiempos de pandemia, los derechos fundamentales como garantía del Estado de Derecho. Vinculado a la temática examinada, los ordenamientos

jurídicos modernos han logrado introducir una serie de derechos y garantías en sus constituciones y normas complementarias que permiten paliar el estado de indefensión que se genera cuando, producto a la carencia de medios económicos o dinerarios, determinadas personas no pueden acceder a los sistemas de justicia. Así, resaltan con carácter especial el denominado derecho a la defensa y, relativo al mismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Respecto al primero de ellos es necesario destacar su reconocimiento como uno de los derechos fundamentales con más dinamismo en la esfera internacional, en tanto se hace eco en la mayoría de los instrumentos globales en materia de protección de los Derechos Humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6), la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica (art. 8), la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7). De la lectura de estos se infiere que su regulación aparece vinculada al derecho genérico dado a los ciudadanos de ser escuchados ante los tribunales, contando, además, con un abanico de garantías mínimas de defensa.

Obando (2021, p.6) sostiene que:

El derecho constitucional a la defensa en el marco del proceso penal mantiene un rol significativo, puesto que, por un lado, se ejercita juntamente con las otras garantías procesales y; por otro lado, es el derecho fundamental que operativiza los demás derechos del imputado. Es por ello, que el referido derecho no deberá ser puesto en el mismo nivel que las demás garantías procesales. La inviolabilidad de este es una garantía constitucional que mantiene todo procesado, puesto que será el único que permitirá que las demás garantías mantengan vigencia plena en el proceso penal.

Establecido el primer acercamiento, debe advertirse que el derecho a la asistencia jurídica asume al derecho a la defensa como presupuesto básico. Tales ideas se asientan con las enarboladas con autores como Santis (2020), quien señala que:

La asistencia jurídica gratuita, es un elemento esencial dentro del acceso a la justicia, asociándose a una garantía del debido proceso, y a la obligación positiva del Estado de brindar los medios para que las personas puedan a

través de esta asistencia jurídica ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico les confiere.

Igualmente, Castro (2021) argumenta que el derecho a la asistencia gratuita está anudado a la tutela judicial efectiva, participando de ese modelo sacro en la justicia el llamado “derecho a la defensa”. Refiere, además, que el instituto de justicia gratuita se encuentra asociado a la búsqueda de la efectividad práctica, traduciéndose entonces en una garantía real y efectiva.

No puede soslayarse, entonces, el vínculo práctico que une a los derechos fundamentales examinados, ni la importancia que desempeñan en el aseguramiento efectivo de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los justiciables. Particularmente, entendemos que estas garantías procesales constituyen vértebras jurídicas para la obtención de una justicia precisa y de calidad, en tanto nos preguntamos si podrá alcanzarse una verdadera tutela judicial efectiva cuando no se le permita al justiciable contar con la defensa material que las normas le franquean o cuando cumpliendo todos los requisitos legales establecidos en ley, no se le prevea de asistencia jurídica gratuita (defensa jurídica o técnica) para la consecución de determinada pretensión procesal y lo colocan en un evidente estado de indefensión.

Vislumbradas estas ideas, el presente capítulo tiene por objeto central realizar una aproximación al estudio del derecho a la asistencia jurídica gratuita en Cuba, además de fundamentar los beneficios que genera la adopción de una normativa jurídica de Asistencia Jurídica Gratuita o Defensa Pública.

1.1. El derecho a la asistencia jurídica gratuita. Breve aproximación conceptual desde la vulnerabilidad

Las reivindicaciones sociales de las dos últimas décadas se han enfocado en alcanzar la plena satisfacción de los derechos subjetivos e intereses legítimos de todas las personas sin distinción. Para la consecución de tal meta, se ha puesto en marcha una serie de políticas públicas, proyectos, programas, normativas sociales y reformas jurídicas que buscan paliar las desigualdades que enfrentan algunas personas y grupos vulnerables, reconociéndose así la existencia multifactorial de diversos tipos de

vulnerabilidades que acentúan la exclusión social y jurídica de determinados segmentos de la ciudadanía.

Cuando se examinan las causas o circunstancias en torno a la vulnerabilidad, se advierte la inexistencia de un concepto unitario o unívoco sobre qué entender por vulnerabilidad o cuáles son las causas que la aglutinan. Llegado a ese punto y dada la multiplicidad de criterios y definiciones en correspondencia al autor que se estudie, traemos a colación la postura asumida en las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad (en adelante, Reglas)

Las Reglas (2018) reconocen como condiciones de vulnerabilidad la edad, el género, el estado físico o mental, así como circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales que impiden ejercitar con plenitud los derechos reconocidos. Asimismo, se introduce con especial acierto, la posibilidad de incluir otras observadas puntualmente en cada país como resultado de su realidad sociológica, entre las que podemos citar: la población afrodescendiente y la comunidad LGTBIQ+, las personas con VIH-SIDA, los involucrados en el derecho a la vivienda, la población sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados.

En este orden, no puede afirmarse a cabalidad que las personas y grupos históricamente protegidos siempre sean vulnerables, pues el reconocimiento ha de estar acompañado de circunstancias particulares que los coloquen en estado de susceptibilidad efectiva o potencial.

Pereña (2021, p. 33) caracteriza de manera general a la vulnerabilidad como “aquella situación en la que, por la concurrencia de factores personales, sociales o económicos, la persona se encuentra en una posición de indefensión o desprotección que le impide el pleno ejercicio de sus derechos, especialmente los fundamentales”.

Por la estrecha relación que guarda con los derechos analizados en la investigación, haremos expresa referencia a la vulnerabilidad económica y su trascendencia a la obtención de una justicia de calidad para todas las personas. Del mismo modo, afirmamos con hincapié que la condición de pobreza puede estar vinculada a la existencia de otras vulnerabilidades, llegando a potenciarlas o ser inclusive su causa remota. En tal caso, se

admite que “la pobreza es un eje transversal que se interrelaciona con las demás condiciones de vulnerabilidad y cuando concurre con otra u otras condiciones de vulnerabilidad, se genera una situación de extrema necesidad” (Ribotta, 2012, p.16).

La precariedad, vista como un fenómeno social planetario tangible, incide transversalmente en el aprovechamiento y goce de los derechos de las personas, grupos, comunidades o pueblos que viven en situaciones de pobreza y extrema pobreza. Así, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014, p. 12) resalta su incidencia en el menoscabo de la dignidad y de la calidad humana y, por ende, la consecuente limitación sustantiva en el ejercicio de todos los derechos afirmando que:

La pobreza no sólo es expresión de la violación a los derechos humanos, sino que también es causa de la misma, ya que reduce la capacidad de las personas y los colectivos para defender, por sus propios medios, tanto sus derechos civiles y políticos como sus derechos económicos, sociales y culturales.

La vulneración de un derecho o interés legítimo genera la posibilidad de poner en marcha las maquinarias jurisdiccionales en busca de una solución efectiva a la pretensión o interés alegado por el peticionante. Sin embargo, este derecho material de acceso a la justicia en su sentido genérico (Schiavi, 2017), se ve cercenado cuando la persona vulnerada carece de medios económicos para contratar los servicios jurídicos de un abogado y la norma establece la obligatoriedad de la asistencia técnica para el asunto o trámite que se pretenda incoar. Ello genera entonces, conforme a los principios constitucionales reconocidos, que se ofrezcan soluciones garantistas, siendo así, la asistencia jurídica gratuita ese derecho y garantía idónea que favorece potencialmente la defensa e igualdad entre las partes.

Deben analizarse, cuando de inaccesibilidad de los más vulnerables a los sistemas de justicia se refiere, las denominadas olas de acceso a la justicia que fueron enarboladas por Cappelletti y Garth (1996). La primera de ellas estuvo relacionada con el asesoramiento legal y se enmarca en la búsqueda de mecanismos gratuitos de asistencia y representación ante los tribunales para la defensa de las personas con bajos niveles de ingresos, entendiéndose necesaria la supresión de los obstáculos para la obtención de la igualdad. Del mismo modo, la segunda ola abogaba por reformas a los

sistemas de justicia para la obtención de mejoras estructurales y funcionales en los tribunales. Además, se trataba de dar mayor visibilidad a la tutela colectiva y a la legitimación de los derechos difusos o colectivos. Finalmente, la tercera fase apareció bajo la rúbrica del acceso a la justicia y ofrecía una panorámica sistematizada sobre los problemas del acceso. Las principales ideas se enfocaban en la promulgación de leyes procesales que cuenten con configuren garantías efectivas de acceso a la justicia sin restricciones de ningún tipo.

Conteste a las nociones deducidas, reiteramos la necesidad de configurar mecanismos que garanticen la entrada efectiva a los sistemas jurisdiccionales de resolución de controversias y siguiendo este orden, asentimos el pensamiento de Rodríguez (2018), quien considera que el derecho a asistencia jurídica gratuita se encuentra estrechamente relacionado con el acceso a la justicia, siendo fundamental para el ejercicio de los restantes derechos reconocidos. Dicho pensamiento se refuerza en las voces de Macena y Da Silva (2021), cuando reconocen que la asistencia jurídica gratuita se erige como beneficio que contrarresta los obstáculos en el acceso a la justicia y la falta de acciones concretas para potenciar este derecho genera ineficiencia en el sistema jurídico y vulneración de los derechos de los más vulnerables.

II. Modelos de representación legal

La adopción de políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia legal y la defensa pública en todos los ámbitos jurisdiccionales es un reto en formación que obedece a la necesidad de proteger a aquellos individuos que se encuentran en estados de vulneración económica y que requieren de asesoramiento y/o representación letrada para garantizar sus derechos.

Sin lugar a duda, la carencia de medios económicos para contratar los servicios jurídicos de un abogado o sufragar los costos que se generan durante el *iter* procesal, suelen ser motivos suficientes para que las personas desistan de entablar el proceso. Por consiguiente, contar con mecanismos de asistencia jurídica gratuita posibilita el acceso a la justicia de las personas que por su posición económica no pueden hacerlo o les resulta difícil.

En la experiencia comparada destacan como herramientas de apoyo a este derecho fundamental: la creación de oficinas especializadas en la protección y asistencia gratuita a los grupos vulnerables (consultorios o clínicas jurídicas), las Defensorías Públicas, las Casas de Justicia, y la intervención de colegios o barras de abogado, entre otras.

A modo ilustrativo, a continuación, se expondrán los tres principales modelos que rigen en la actualidad para la protección de las personas con bajos recursos que requieran de representación jurídica.

En algunos sistemas jurídicos se encuentran los denominados *staff attorney model* o abogados empleados por el Estado (que obedece al designado sistema de defensa oficial o modelo estratégico de servicio social) (Regan, 2003). En ellos se contratan a abogados para que presten servicios jurídicos gratuitos en instituciones gubernamentales con especialidad por materia o con un criterio de división geográfica. La remuneración se corresponde con el ejercicio de las funciones asignadas, mas no con el número de casos asumidos (abogados asalariados). Este tipo de modelo es empleado en países como Estados Unidos vertebrándose en dos tipos: por un lado, el Sistema de Defensa de Oficio, cuando el abogado privado interviene como resultado de las disposiciones de Defensa Pública y, por otro, el Sistema de Defensa Oficial, en el cual el letrado pertenece a la Defensoría Pública (caso particular del modelo cubano que se explica posteriormente).

En otros aparecen los sistemas de contratación de abogados (*contracting model* o *judicare*), en el cual se abonan honorarios predeterminados a profesionales privados para que estos asuman los casos de las personas elegibles para recibir el servicio. A su vez, este modelo utilizado en países como España se subdivide en dos tipos: el *judicare* en sentido estricto, en el cual se analizan las personas aptas para la satisfacción del derecho de asistencia mediante un programa, pudiendo en todo caso el abogado ser escogido por el solicitante. Por otra parte, aparece el de turno o por días, siendo el órgano juzgador o el de asistencia los encargados de establecer los turnos pertinentes para que los abogados asesoren y representen a personas carentes de recursos económicos.

Finalmente, aparece el modelo mixto, que agrupa características de ambos sistemas de representación legal, implementado en ordenamientos como el de Suecia o Inglaterra (Santis, 2019).

III. Regulación normativa de las Leyes de Asistencia jurídica gratuita o Defensa Pública

El presente epígrafe analiza las leyes de asistencia jurídica o de defensa pública de tres países iberoamericanos, concretamente España, Portugal y Chile. Como elementos objeto de análisis se han determinado el origen constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita, su regulación específica, los requisitos para su acceso, el procedimiento y el ámbito de competencia. Estos cinco descriptores configuran el análisis comparativo que se realiza en aras de que puedan ser considerados como novedosos para una futura normativa jurídica en Cuba en esta materia.

3.1. Ley de Asistencia jurídica gratuita en España

La Constitución española en su artículo 119 establece el derecho a la asistencia jurídica gratuita para quienes acrediten la insuficiencia de recursos necesarios para litigar conforme establece la ley. De este modo, Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (reformulada por la Ley 16/2005), regula los aspectos relativos a la concesión de este derecho constitucional. El primer elemento de interés de la normativa es el carácter *sui generis* en cuanto a la tipología procesal, siendo posible solicitar la asistencia gratuita para cualquier tipo de proceso judicial establecido e incluso disfrutar del asesoramiento y orientación previo a la incoación del proceso.

El artículo 3 (modificado por Ley 42/2015, de 5 de octubre) de la norma *in comento*, establece una serie de requisitos básicos para adquirirse tal beneplácito cuando lo solicita una persona natural o jurídica. Puntualmente, analizaremos los relativos a la persona física, observando que será concedido cuando producto a la carencia de recursos e ingresos económicos brutos, no superen dos veces o dos veces y media el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar o se encuentren integradas en alguna de las modalidades de

unidad familiar con menos de cuatro miembros respectivamente. Además, se requiere el triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.

El otorgamiento de este derecho, conforme a lo establecido en el artículo 27, activa la designación de un abogado o de un procurador de oficio que se encargará de los trámites pertinentes a realizar en correspondencia al tipo procesal y a la situación de la parte representada.

Se reconoce también la posibilidad de ampliar el derecho a personas que respondan a intereses ajenos, ya sea en su función como padres, tutores legales u otros supuestos que fundamenten la representación legal.

En cuanto al ámbito de competencia, el artículo 9 establece que en cada capital se constituirá una Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita como órgano responsable para efectuar el reconocimiento del derecho regulado en ley, sin perjuicio que en las Comunidades Autónomas el órgano competente pueda determinar un ámbito territorial distinto para la Comisión. Las solicitudes pueden presentarse mediante cualquier medio físico o electrónico.

Recientemente se aprobó el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita que deroga el contenido del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio e introduce 4 reformas necesarias conteste a las adecuaciones realizadas a la ley en su devenir normativo. Entre estas destacan la actualización de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita y de las remisiones de leyes normativas vigentes; se incorpora a los anexos un nuevo formulario de autorización o revocación expresa de la persona solicitante de dicha prestación para consultar y recabar información económica, fiscal, patrimonial y social que resulte pertinente para el otorgamiento del trámite en cuestión. Como elemento positivo palpable, se crea el Consejo Estatal de Asistencia Jurídica Gratuita que estará integrado por abogados y procuradores representados por los respectivos Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España.

La normativa española analizada vive sus 28 años de implementación y durante este período se han vislumbrado pequeños cambios estructurales que han protegido los derechos de las personas económicamente vulnerables, así como los derechos de las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, los menores de edad y de las personas con discapacidad que requieran de protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones, de maltrato habitual o de otras acciones delictivas contra su libertad e indemnidad sexual.

Pese a las garantías ofrecidas, desde el ámbito académico y práctico se ha instado a la promulgación de una nueva ley que elimine las lagunas y deficiencias que tantos problemas interpretativos se generan desde los propios órganos judiciales y que provocan inseguridad jurídica para los ciudadanos solicitantes.

3.2. Ley de Asistencia jurídica gratuita en Portugal

La Carta Magna portuguesa regula en su artículo 20 el acceso a la ley y a los tribunales para la defensa de los derechos o intereses legalmente protegidos de todas las personas, haciéndose referencia de forma tácita al analizado derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La norma específica de garantía, Ley Nº 34/2004, de 29 de julio, sobre el régimen de acceso a la ley y a los órganos jurisdiccionales, establece una serie de normas mínimas en materia de justicia gratuita para el marco de dichos litigios. Así pues, se reglamenta que la protección jurídica abarcará tanto la consulta jurídica como la asistencia jurídica en el proceso. Ello genera eficiencia para el conocimiento del derecho que le asiste o le ha sido vulnerado al interesado y permite que desde el primer momento se conozca las posibles vías para encauzar el proceso más viable.

En este orden, la protección legal se otorga para garantizar problemas legales específicos, graves o reclamos que generen interés para el propio promovente que se encuentre perjudicado o amenazado con lesiones. Además, se regula la posibilidad de solicitarse la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos cuando la persona esté indirectamente afectada o amenazada de daño (artículo 6).

La insuficiencia económica constituye el requisito prioritario para la atribución de la protección. Por consiguiente, al momento de realizar el análisis, se toman en consideración los ingresos medios mensuales del hogar del solicitante, a fin de determinar la incapacidad total o parcial para afrontar tales gastos.

En tal caso, de probarse la carencia económica general y no estando sujeta a motivos voluntarios, el beneficio se extenderá no solo a las costas procesales, sino también a la asignación de agentes de ejecución y de la consulta jurídica gratuita. Por otra parte, teniendo en cuenta la solvencia monetaria del solicitante y sus condiciones objetivas, puede darse el supuesto donde este pueda sufragar los gastos de la consulta jurídica previa, no así los costes generados de un proceso determinado. Para este motivo, se asigna la asistencia jurídica gratuita en las modalidades de pago escalonado (artículo 8 A.).

A tenor de la normativa portuguesa, aparecen protegidas igualmente las víctimas del delito de violencia doméstica previsto en el artículo 152 del Código Penal, lanzándose así una presunción *juris tantum* de insuficiencia monetaria para solicitar la protección judicial (añadido por la Ley N° 2/2020, de 31 de marzo).

De la lectura del artículo 17 y en correspondencia al artículo 7 del Decreto N° 46/2015 se colige que la asistencia jurídica gratuita se podrá solicitar para litigios que se susciten en todos los órganos jurisdiccionales, en los juzgados de paz, en los sistemas de resolución alternativa de litigios, en los procedimientos registrales, en los inventarios notariales y en los procedimientos de infracción.

Se estipula, también, que la tramitación podrá correr a cargo del propio interesado, del Ministerio Público o del abogado, abogado en prácticas o procurador en nombre del interesado. La presentación se efectuará a través de la plataforma informática proporcionada por el sitio web de la Seguridad Social (artículo 22).

Respecto a la decisión de la protección jurídica, la misma corresponde al máximo jefe de los servicios de seguridad social de la zona de residencia o del lugar de residencia del solicitante y se resuelve en un plazo de los 30 días siguientes (artículos 20 y 25).

Como aspectos de interés, aparecen, primeramente, la posibilidad para supuestos de urgencia, de presentar un documento que acredite la solicitud de asistencia jurídica gratuita previa. El trámite en cuestión estará motivado por la falta de resolución definitiva respecto a la petición del solicitante y la llegada del momento del pago de la tasa judicial o demás gastos del proceso (artículo 29). Con igual trascendencia, resulta el transcurso de 30 días y la inexistencia de resolución sobre la solicitud de asistencia jurídica gratuita, considerándose, por lo tanto, un silencio administrativo de aceptación que legitima el derecho requerido (artículo 25).

Conteste a las ventajas que genera el establecimiento de un sistema de comunicación efectivo que permita el conocimiento de la ley por quienes pueden solicitar el acceso a la justicia gratuita, resalta lo estipulado en el artículo 4 de la norma (modificada por la Ley N° 47/2007, de 28 de agosto), en la que el Estado debe realizar, de manera permanente y planificada, acciones que permitan conocer esta normativa y el orden jurídico, con miras a generar mayor conocimiento de los derechos y deberes establecidos. La modificación estableció que la información legal estaría asistida por el Ministerio de Justicia, en colaboración con las entidades pertinentes.

3.3. Asistencia jurídica gratuita en Chile

La Constitución Política de la República de Chile consagra, en su artículo 19, apdo. 3, el derecho a asistencia jurídica gratuita de forma implícita, al contemplarse la igualdad procesal para todas las personas en el ejercicio de sus derechos, inclusive fuera del ámbito judicial.

El ordenamiento jurídico chileno no cuenta con una normativa unitaria en materia de asistencia jurídica gratuita, dependiendose en todo caso, del tipo de prestación que se requiera.

La materia penal se rige por Ley N° 19.718/ 2001, de 27 de febrero, que regula desde el tipo de asuntos pertinentes de solicitud hasta sus beneficiarios y los aspectos orgánicos- funcionales de la Defensoría Penal Pública. El artículo 35 establece que serán beneficiarios de la defensa penal pública todos los imputados o acusados que carezcan de abogado y requieran de un defensor. Este aspecto genera un cambio de concepción respecto a las nociones precedentes, en tanto se entiende como único requisito la inexistencia del abogado.

Sin embargo, puede generar confusión lo reglamentado en el artículo 36, al determinar que la Defensoría podrá cobrar total o parcialmente al solicitante que cuente con recursos monetarios suficientes para afrontar los gastos. Para el cálculo del monto referente, se estudia su nivel de ingreso, capacidad de pago y el número de personas del grupo familiar que de ellos dependan, análisis que puede ser asociado desde la posibilidad parcial de recibir este privilegio.

Es plausible argüir, cuando se realiza una interpretación literal de la norma, la imposibilidad de conocer asuntos cuyo ámbito de competencia corresponda a los tribunales militares, civiles, laborales o los de menores. Para dar solución a esta exclusión expresa de litigios, se analizará el tratamiento que reviste en el ámbito no penal.

En atención a lo expuesto, las materias civiles, familiares y laborales, así como algunos procedimientos especiales, son asistidas por las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ, creadas al amparo de la Ley 17.995), utilizándose para el ejercicio de la prestación de este servicio público, normativas internas que regulan los requisitos, formularios, procedimiento y supuestos de interés para la aplicación de este privilegios de pobreza (término que no consentimos si tenemos en cuenta el carácter prestacional del derecho en sí y el deber del Estado de crear los mecanismos para alcanzar la igualdad material entre todas las personas, sin que ello suponga, un privilegio o regalo para los que requieran acceder a la justicia y se encuentren en situación de precariedad).

Uno de los puntos novedosos asumidos por las CAJ es la posibilidad de utilizar Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) como la mediación, la negación y la conciliación. Todos ellos representan válvulas de escape que permiten la solución pacífica o, al menos, voluntaria de determinados conflictos, sin que se produzca la llegada a la vía judicial.

IV. Regulación normativa en Cuba

La aprobación de la constitución cubana en el año 2019 supuso el reconocimiento formal de una serie de derechos fundamentales y la consecuente reformulación jurídica de normas complementarias que dieran expresión adjetiva a estos derechos y garantías invocadas. Así, el país inició una ferviente reforma normativa judicial y procesal que pone en el epicentro los derechos de los ciudadanos y aspira a alcanzar una sociedad más justa, inclusiva e igualitaria.

El Código de Procesos, la Ley del Proceso Penal, la Ley de Procedimiento Militar, la Ley del Proceso Administrativo y el Proyecto de Código de Familia son algunos de los instrumentos jurídicos de reciente data que pretenden armonizarse al contenido constitucional y dar riendas efectivas a los derechos fundamentales consagrados. Concretamente, el texto constitucional dedica su capítulo VI a establecer las garantías pertinentes para la salvaguarda de los derechos e intereses legítimos reconocidos. Referente a ello, el artículo 94 apdo. b, normativiza el derecho de las personas a recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene y, subsiguientemente, el artículo 94 dirigido al proceso penal dispone como garantía procesal, la asistencia letrada desde el inicio del proceso.

Si bien pudiera debatirse la inclusión de este derecho en el capítulo dedicado a las garantías o la carencia de mención expresa a la necesidad de solventar las necesidades jurídicas de las personas faltos de recursos económicos, en esta ocasión, nos limitamos a ovacionar la trascendencia de este derecho en el texto y la posibilidad de invocarlo como palanca o elemento de acceso a la igualdad formal y procesal.

A todas luces, la noción introducida por el legislador reconoce el impacto del derecho a la asistencia jurídica (visto como garantía) en el componente del

debido proceso. Es opinión de los autores que este último forma parte de una de las tríadas categoriales más efervescentes de los últimos años: acceso a la justicia – debido proceso – ejecutabilidad. Estas, a su vez, son elementos integrantes de la denominada tutela judicial efectiva (Arias, 2022), mega principio de configuración legal que emerge como salvavidas de los derechos vulnerados de los justiciables.

Pese al reconocimiento del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica en el texto constitucional, no existen hoy en Cuba pronunciamientos legislativos, ni jurídicos hacia la elaboración de una ley (en sentido amplio) de Defensa Jurídica o de Asistencia Jurídica Gratuita. Del estudio comparado que se realizó en la presente investigación, se deducen los beneficios que genera esta ordenación normativa en un solo cuerpo legal que sirva de referente para los ciudadanos y los operadores del Derecho.

Grosso modo, los principales referentes orientativos de los derechos referidos aparecen reflejados en los artículos 2.1, 9.3, 82 y 83 del Código de Procesos, así como en los artículos 12, 278.1, 459, 461, 462, 463, 464, 538 de la Ley de Procedimiento Penal. Ambos instrumentos se muestran de acuerdo en concederle a la defensa material y técnica el valor que representan para conquistar la igualdad procesal de las partes en el proceso. Ligado a ello, se reconoce que, ante la ausencia de representación letrada (ya sea en materia penal o civil) y existiendo la preceptividad de tal requisito, se deben crear soluciones que excluyan situaciones de indefensión hacia las partes.

Sin embargo, el tratamiento suele ser práctico en los asuntos penales, dado que cuando el acusado o sus familiares por cuestiones económicas u otros motivos de otra índole no contratan los servicios jurídicos un abogado, el tribunal nombra uno de oficio para las diligencias que son pertinentes, a fin de asegurar la representación técnica estipulada en ley. Esta actuación automática *per se*, materializa el acceso efectivo a la justicia y técnicamente, aspira a dinamizar una de las garantías principales que suponen el debido proceso.

Empero, en el ámbito civil la dinámica resulta diferente, puesto que, para obtener la asistencia jurídica gratuita de un abogado, el Director del Bufete

ante el cual se solicite la rebaja o exención del servicio jurídico deberá autorizarlo conforme a determinados requisitos. El Acuerdo 1487/2021, de 8 de febrero, “De la exención o rebaja de la tarifa del servicio jurídico por carencia o insuficiencia de recursos económicos del cliente”, establece esta prerrogativa que podrá rebajar parcial o total la tarifa establecida cuando sea excesivamente gravosa y pueda generar una lesión o perjuicio a los derechos de las personas de no contratar los servicios jurídicos.

Asimismo, en cuanto a los requisitos establecidos en el artículo 2, procede la exención si el interesado demuestra carencia o insuficiencia de ingresos personales para asumir sus necesidades básicas a través de los siguientes supuestos: que la persona esté imposibilitada para incorporarse al empleo por situaciones de salud, discapacidad u otras causas que lo justifiquen; que no cuente con familiares legalmente obligados a asistirlo que dispongan a su vez de ingresos personales suficientes; o que concurra otra concurre cualquier circunstancia extraordinaria que merezca la aplicación de este beneficio en evitación de un perjuicio irreparable al cliente o los titulares del derecho.

Hemos de señalar el avance de la norma sobre la protección de las personas vulnerables o potencialmente vulnerables, en tanto el derogado Acuerdo No.1689/2010 de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) contenía un marco más estrecho de protección y solamente mediante la aplicación el apartado 6, se podían solventar otros tipos procesales, aunque la autorización estaba supeditada al conocimiento del Director Provincial de Bufetes Colectivos. En este orden, el vigente acuerdo reconoce la posibilidad de interponer procesos donde se ventilen derechos o puedan resultar lesionados intereses de personas en situaciones de vulnerabilidad, generando esto que se puedan presentar procesos particulares alejados de los numerados taxativamente en el propio artículo 3.

Tal cual se consagra en el apdo. 6, se pueden representar en la interposición de los medios de impugnación relativos a cualquier tipo de asunto. A modo informativo, debe conocerse que en materia penal no existe la designación de oficio para la presentación de esos recursos, salvo cuando la parte recurrente sea el fiscal o para supuestos de apelación por el asegurado con medida de seguridad predelectivas o postdelictivas.

En cuanto al documento expedido por Asistencia Social y su papel trascendente al otorgamiento del derecho, nos saltan varias interrogantes prácticas que pueden suscitarse perfectamente en la realidad cubana. Así, pensemos en una persona a la que sobrevenga una circunstancia particular como el despido laboral, la interrupción o una licencia sin sueldo retribuida por motivos personales y que, unido a ello, en tal período, sin ostentar el carácter de asistenciado, sea demandado y no cuente con los medios económicos suficientes para dedicarlos a contratar a un abogado. ¿Qué debe hacer? ¿A caso debe esperar a que sea declarado asistenciado para recibir tal beneficio con las implicaciones que la demora generaría para la defensa de sus derechos? O, ¿sería más prudente contar con una normativa que regule las circunstancias para acceder a la asistencia jurídica gratuita entre las cuales pudiese estar el ser asistenciado? Consideramos que el burocratismo es un mal endémico de nuestro país que puede obstaculizar el acceso a la justicia y si buscamos soluciones a la obligatoriedad de tales prácticas estaremos potenciando nuevas vías para la satisfacción del derecho.

Amén de las valoraciones que se esgrimirán posteriormente, sería conveniente determinar cuándo comienza la obligación de asegurar la asistencia jurídica gratuita. En cuanto a ello, comentan Montero y Salazar (2013, p.118) lo siguiente:

El derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, por lo que el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.

Siguiendo este criterio y asociado a la garantía del derecho a la defensa en Cuba, se coloca al abogado de oficio como primer contacto en los órganos de instrucción cuando la persona no ha contratado los servicios del abogado, siendo útil para el asesoramiento de sus derechos y las respectivas posturas procesales que respecto a su detención pudieran desencadenarse. Además, se hace necesario preguntarnos si con ese único encuentro inicial se satisface el derecho en cuestión, dado que las acciones que discurren desde que se toma declaración hasta que se elevan las conclusiones provisionales

del fiscal el imputado o acusado estará solo sin representación letrada, salvo que sea asistido por designación.

Uno de los aspectos más interesantes relacionado con la asistencia jurídica gratuita en Cuba lo constituye la creación del Bufete Colectivo de Oficio de La Habana, órgano encargado del 80% de los asuntos de oficio de la capital del país en los que se requiera la presencia del abogado para alcanzar la igualdad procesal, dígase en la toma de declaración del acusado (abordada anteriormente), la práctica de una prueba anticipada y el juicio oral.

A pesar de que el Bufete de Oficio solo asiste las cuestiones anteriormente descritas, no puede obviarse la controversia generada al amparo de la interpretación de la nueva Ley Penal Militar, en tanto los fiscales militares entienden que el acusado podrá participar en todas las diligencias del proceso y al hacerlo deberá estar acompañado de un abogado designado o, en su defecto, de oficio. Esta situación genera inconvenientes para el Bufete de Oficio que cuenta con no más de una veintena de abogados para hacer frente a la demanda de toda la provincia.

Sin lugar a duda, consideramos que cuestiones como estas son desproporcionadas y factas de realidad práctica para la propia viabilidad del proceso y ciudadano de los abogados. De tal suerte que, a tenor de la consulta realizada en el mes de marzo de 2022 a la Junta Directiva Nacional, se determinara que la asistencia de oficio en la primera toma de declaración será únicamente para las personas que se encuentren detenidas con medida cautelar de prisión provisional o presos por otra causa. Además, se estipuló que cuando la persona no cuente con la cuantía dineraria del servicio total, podrá contratar solo la fase preparatoria del proceso o contratar al letrado para diligencias específicas, por ejemplo, la asistencia a la primera toma de declaración.

V. Conclusiones, retos y prospectiva

Conteste a las ideas analizadas, se hace necesario la elaboración de una normativa jurídica relativa a la asistencia jurídica gratuita que establezca los elementos que configuran el derecho, su conceptualización, caracteres, los requisitos de forma y de fondo para la presentación de la solicitud, los ámbitos de aplicación y competencia, los aspectos formales y materiales de

la designación de oficio, plazos para el otorgamiento, el procedimiento de concesión, la estructura y el funcionamiento del ente público adscrito al Ministerio de Justicia o de los Bufetes colectivos (siguiendo la funcionalidad de la ONBC como entidad autónoma y autofinanciada) que garantizará este derecho, los recursos y el sistema de responsabilidad.

Debe entenderse que la regulación del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica gratuita, por la dimensión material que reviste sobre el propio acceso a la justicia y al debido proceso, requiere de un mayor grado de especificación y normatividad que debe ir más allá de la percepción de un director de una entidad o un organismo municipal. Sería prudente nutrirse de las legislaciones comparadas y aplicar los elementos de interés a nuestra propia normativa, dado que los beneficios vislumbrados comparativamente, permiten apostar por un diseño regulador que provea un efectivo desenvolvimiento de este derecho prestacional.

Una de las discusiones más polémicas en cuanto a la temática recae en determinar si el derecho a la asistencia jurídica gratuita ha de ser garantizada en todos los supuestos posibles o si, por el contrario, debe estar sujeto a determinados requisitos.

Si recordamos las palabras de Cappelletti y Garth (1996), al menos en su concepción vinculada a los más vulnerables, no será difícil elucidar que el derecho a la asistencia jurídica gratuita potencia el derecho a la defensa y sus garantías materiales. No obstante, conforme a esta regla, asentimos que los motivos para la invocación o el goce de este derecho han de circunscribirse al hecho de no contar con medios económicos para sufragar los costes del contrato de servicios jurídicos y del proceso judicial o extrajudicial, no así cuando la persona voluntariamente y teniendo medios económicos para hacer frente, opta por no contratar y recibir el beneficio de la defensa de oficio.

Francamente, posicionarnos no ha sido una tarea fácil dado que en Cuba se protege constitucionalmente el denominado derecho a la defensa como una garantía fundamental de todas las personas sin distinción (artículo 94). Entonces, alegar que la defensa de oficio deberá ser otorgada a aquellas personas que por causa ajenas a motivos económicos no deciden contratar

los servicios jurídicos de un abogado, apriorísticamente, estaría justificado por esta regla general.

Sin embargo, consideramos que el análisis ha de estar en consonancia con el espíritu del legislador y las normas internacionales relacionadas con la materia tratada. En tal caso, asentimos que la asistencia jurídica gratuita sea destinada para las personas vulnerables económicamente al momento de requerir la representación letrada. Yendo más lejos, si realizamos una interpretación extensiva del artículo 93: “El Estado garantiza, de conformidad con la ley (...)”, este margen nos permite suponer que una normativa específica en materia de Asistencia jurídica Gratuita o de Defensa Jurídica podría resolver los inconvenientes teóricos generados por el precepto constitucional.

Relacionado a lo anterior, en la constitución se hace referencia a la asistencia letrada, no así a la asistencia jurídica gratuita, por lo cual, *stricto sensus*, no puede utilizarse este precepto como contrapartida a la tesis que venimos sosteniendo. No obstante, independientemente, a este fundamento aspiracional, si vemos congruente que se regule el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pero se establezcan los requisitos para gozar de su otorgamiento.

Igualmente, se podría alegar que el ejercicio del derecho no puede ser abusivo ni constituir una carga adicional a la Administración Pública. Nótese que venimos protegiendo la obligación del Estado hacia el sujeto vulnerable, pero la colocación voluntaria en estado de indefensión (por la no contratación) puede enmarcarse en los supuestos del abuso arbitrario de derechos que condena el artículo 90 del texto constitucional.

Las condiciones socio-jurídicas que se suscitan en la realidad cubana suelen ser inteligibles de resolución cuando se piensa en la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Aclamamos una normativa necesaria, no por el sinsentido de tener otra disposición normativa más en el proceso legislativo, sino por el afán de crear un marco específico, garantista, legal, y sobre todo adecuado a las necesidades objetivas de la sociedad cubana del Siglo XXI.

Referencias

- Arias Rodríguez, J. A. (2022). Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Diario La Ley*, 9982,1-7.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica.
- Castro Jover, B. (2021). Justicia gratuita, designación letrada y abuso del derecho. Consideraciones, balances y contrapesos. *Otrosí: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, (9), 6-8.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2022). Panorama Social de América Latina. (LC/PUB.2021/17-P). CEPAL.
- Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019. Ministerio del Justicia, número 5, de 10 de abril de 2019. GOC-2019-406-EX5.
- Constitucion española (1978). «BOE» núm. BOE-A-1978-31229
- Constitución Política de la República de Chile, de 21 de octubre de 1980. Diario Oficial, de 24 de octubre de 1980.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Jefatura del Estado «BOE» núm. 11, de 12 de enero de 1996. BOE-A-1996-750.
- Ley 141/ 2021, de 7 de diciembre de 2021. Código de Procesos. Ministerio de Justicia, número 138, de 7 de diciembre de 2021. GOC-2021-1071-O138.
- Ley 143/2021, de 7 de diciembre de 2021. Del Proceso Penal. Ministerio de Justicia, número 140, de 7 de diciembre de 2021. GOC-2021-1073-O14.
- Ley 17.995, de 8 de mayo de 1981. Concede personalidad jurídica a los servicios de asistencia jurídica que se indican en las regiones que se señalan. Ministerio de Justicia, 8 de mayo de 1981.

- Ley 19.718, de 27 de febrero de 2001. Crea la Defensoría Penal Pública. Ministerio de Justicia, 10 de marzo de 2001.
- Ley 35/2004, de 29 de julio. Regula la Ley 99/2003, de 27 de agosto. Diario de República. Serie A, número 177, de 29 de julio de 2004.
- Macena de Araújo, J. y da Silva Dias, C. F. (2021). Acesso à justiça como instrumento de promoção do direito humano ao desenvolvimento: reflexões à luz das teorias das ondas renovatórias de Cappelletti e Garth. *Quaestio Iuris*, 14(2), 837-856.
- Obando Castro, L.E. (2021). El Testigo con Reserva de Identidad y el Derecho de Defensa del Imputado en el Perú. *Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional*, 6(11), 412-431.
- Organización para las Naciones Unidas. (2021). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. ONU.
- Pereña Vicente, M. (2021). Vulnerabilidad y Derecho. *OTROSÍ: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 8, 30-33.
- Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. BOE-A-2021-3698.
- Regan Hirks, F. (2003). *The swedish legal services policy remix: The shift from public legal aid to private legal expense insurance*. Soc Publisher.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 4 a 6 de marzo de 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Recuperado de http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/Regla_sdeBrasilia-2008.pdf
- Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, Pobreza y Acceso a la Justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6(2), 1-37.

Rodrigues Silva, G. (2018). O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos. *Cadernos de direito actual*, (9), 353-370.

Santis Poblete, A. (2020). El acceso a la justicia y la asistencia jurídica gratuita de los grupos vulnerables en Chile: diseño jurídico constitucional, adecuación convencional e institucionalidad [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca].

Schiavi, M. (2017). *Direito processual do trabalho*. LTr.

Capítulo 2. La salud mental: el próximo reto de la Justicia

Dr. Juan Moisés de la Serna Tuya
Universidad Norbert Wiener

I. Delimitando la salud mental en el ámbito de la Justicia

Hablar de salud es hacerlo de un concepto amplio tal y como lo enuncia la Organización Mundial de la Salud (1948) “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”; por tanto, la salud abarca aspectos tanto físicos como mentales. Es por ello por lo que cabría esperarse que, en el ámbito de la justicia, un bien tan importante como es la salud, tanto la física como mental, debería de estar igualmente protegida por el ordenamiento jurídico, aunque la realidad es bien diferente.

Así, si bien tradicionalmente a la hora de establecer las compensaciones por daños físicos está claramente establecido, como en el caso de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, que reforma el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; en cambio, en el ámbito de la salud mental esta valoración suele quedar a criterio de jueces y tribunales para entender sobre la gravedad del trastorno mental con lo que determinan el nivel de imputabilidad, por ejemplo como un elemento de la culpabilidad en la comisión de delitos.

Es importante destacar la ausencia de una legislación clara al respecto, a pesar de que en el Código Penal se puedan encontrar algunos artículos en cuanto a eximentes o atenuantes se refiere. Así sobre los hechos que están exentos de responsabilidad criminal se establece:

El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (Apartado 1 del Artículo 20, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Estableciéndose el límite a dicha exención de responsabilidad si la alteración se presenta de forma transitoria:

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión (Apartado 1 del Artículo 20, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Aunque la atención a la salud mental no solo se aplica al momento de dictar sentencia si no que incluso se tiene en cuenta a la hora de hacerla cumplir:

Quando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa (Apartado 1 del Artículo 60, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Hay que tener en cuenta que la determinación del trastorno mental queda a expensas del informe pericial correspondiente, debiéndose de ajustar este a los criterios de clasificación internacional sobre la salud mental de cada momento, es decir, ante las mismas normas de aplicación, la determinación de los trastornos van a ir evolucionando de forma independiente, ya sea que se siga el manual de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud en su onceava edición, CIE-11 (O.M.S., 2018); o el denominado Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales en su quinta edición, DSM-V (A.P.A., 2018).

Es importante indicar que a medida que se van actualizando los manuales internacionales de clasificación de la salud mental, van surgiendo nuevos trastornos mentales y desapareciendo otros. Así ante una misma configuración de la persona, hace unos años podía no considerarse un trastorno mental y actualmente sí; como en el caso del trastorno de atracón relacionado con la conducta alimenticia (A.P.A., 2018).

Y, al contrario, lo que hace años podía considerarse un trastorno mental hoy en día puede que no tenga esa consideración, por ejemplo, la Asociación de Psiquiatría Americana en su manual de diagnóstico en la edición anterior, DSM-IV-TR, recogía el Trastorno de la Identidad de Género, el cual no está incluido en la versión actual del DSM-V (A.P.A., 2018).

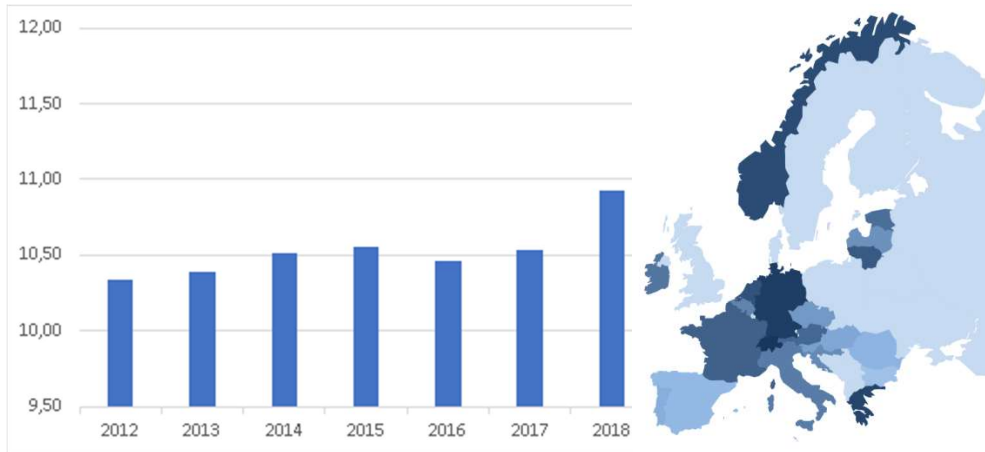
Una realidad que afecta, como vemos a aspectos tan importantes como la imputabilidad del acusado, así como al cumplimiento de la sentencia en el ámbito penal. Pero no es este el único ámbito de la justicia que se ve afectado por la atención a la salud mental, así cabe destacar el especial tratamiento que se le da a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Es decir, ya no sólo se tiene en cuenta a la salud mental para determinar el criterio de imputabilidad de un delito, si no que se presta especial atención a la protección de la salud mental de la víctima, promoviendo que reciba tratamiento terapéutico en vistas a recuperar del daño sufrido.

En los supuestos de delitos contra la libertad sexual que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por ella, en la cuantía máxima que reglamentaria se determine (Apartado 4. del Artículo 6, sobre Criterios para determinar el importe de las ayudas, de la Exposición de motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual).

A pesar de la especial protección que se le da, la salud mental durante muchos años ha estado relegada dentro del sistema sanitario, en cuanto a capacitación de especialistas se refiere, esto ha llevado a España a tener ratios de profesionales de la psiquiatría muy inferiores comparados con otros países europeos, en concreto en el 2019 España contaba con 5.582 psiquiatras lo que equivale a 11,84 cada 100.000 habitantes, y a pesar que supone un avance significativo con respecto a años anteriores, todavía está muy por detrás de países como Alemania, Grecia o Noruega, con proporciones de 27,71; 26,20 y 25,75 psiquiatras por cada 100.000 habitantes respectivamente (ver figura 1).

Figura 1.

Representación de la proporción de psiquiatras por cada 100.000 habitantes en España desde el 2012 al 2019 (izquierda) y comparación con la proporción en Europa en el 2019 donde a mayor intensidad de color mayor ratio de psiquiatras (derecha).



Fuente: elaboración propia basado en datos de EuroStat.

II. Salud mental entre el personal de justicia

Si bien la salud mental es considerada un tema tabú en muchas empresas e instituciones, sobre todo cuando esta afecta a mandos intermedios o superiores, dicha circunstancia se reproduce también en el caso de la administración de justicia. Esto es indudablemente por que dicho personal lo conforman hijos/as, esposos/as o padres y que estos van a estar igualmente expuestos a sufrir los mismos trastornos que en la población general, con lo que inevitablemente se van a producir casos de trastornos mentales.

Para ejemplificarlo, basado en la Encuesta Europea de Salud en la que participaron cerca de 40.000 mayores de 15 años, en el 2020 en España un 12,73% de los entrevistados padeció depresión lo que equivaldría a 5.151.820 habitantes, siendo en grado leve un 8,46%; moderado un 2,51%;

moderado grave en un 1,19% y grave un 0,58%, lo que supone 234.148 habitantes. En cuanto a género la presencia en mujeres fue del 16,32% lo que equivale a 3.394.698 y de ellas 183.047 graves; y en hombres del 8,94%, lo que equivale a 1.757.122 y de ellos 51.101 graves; es decir, se esperaría la presencia de depresión entre el personal de justicia en la misma proporción que en el resto de la población, y lo mismo con otros trastornos mentales.

Este personal suele ser apartado de sus puestos cuando ya no pueden seguir desempeñando sus funciones, pero en el caso de los jueces o magistrados ellos están protegidos con la inmovilidad de sus puestos por el apartado 2 del artículo 117 de la Constitución Española “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, si no por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”, salvo sanción o suspensión cautelar, en donde la evidencia de un trastorno mental puede llevar a la incapacidad permanente:

El concepto de incapacidad permanente para el ejercicio de funciones judiciales, como una de las causas de jubilación, solo puede entenderse referido a la existencia de una dolencia, padecimiento, proceso o estructura patológica -de orden físico o mental- o condicionamiento psíquico que, determinados pericialmente, estabilizados clínicamente presumiblemente irreversibles, incidan gravemente en la capacidad o aptitud profesional del Juez o Magistrado de que se trate, impidiéndole de ese modo cumplir adecuadamente las obligaciones y deberes propios de su cargo (Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1992).

Es decir, de forma excepcional a los jueces y magistrados pueden ser apartados de sus puestos aun cuando sufran algún trastorno mental leve o transitorio.

III. Cambio en la Justicia debidos al COVID-19

A pesar de que muchas veces este aspecto ha sido ignorado, los profesionales que trabajan en el ámbito de la justicia no dejan de ser hombres y mujeres con sus propias preocupaciones, es por ello por lo que se han visto igualmente afectados por los cambios producidos por la pandemia actual, que además ha dejado en evidencia que la administración de justicia no estaba preparada para realizar sus funciones de manera

telemática como sí ha sucedido en otras administraciones cuyos trabajadores y funcionarios han seguido trabajando desde sus domicilios, sobre todo durante el período de limitación de la movilidad de los ciudadanos, trabajadores y empresas que se vivió en España durante los meses de marzo a octubre del 2020 en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma; y de autoconfinamiento entre aquellos contagiados o con un contagio próximo.

La Administración de Justicia sufrió una ralentización significativa como consecuencia de la crisis del COVID-19 por lo que se hizo necesario adoptar el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que tuvo como finalidad, entre otras, procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produjera el levantamiento de la suspensión.

Asimismo, se adoptaron medidas en previsión del aumento de litigiosidad como consecuencia de las medidas extraordinaria adoptadas y de la propia coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria (Preámbulo de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia).

Cabe señalarse que algunas de las tareas de la administración de justicia siguieron siendo presenciales a pesar de que el resto de la población estaba confinada en sus domicilios, como en el caso de los jueces de guardia, donde estos funcionarios tenían que abandonar a su familia y la seguridad de sus hogares, para atender los casos que se presentasen, exponiéndose a contagiarse y cuando regresasen a su casa, a contagiar al resto de su familia.

Todo ello unido a la presión que ya venían sufriendo los profesionales y funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, lo que ha mermado en sobremanera a estos profesionales a los cuales se le ha dado una escasa atención psicológica al respecto, a diferencia de otros colectivos como el personal sanitario que ha contado con la colaboración de los Colegios

Oficiales de Psicología para ser atendidos por profesionales de la salud mental de forma gratuita.

Además, la pandemia ha surgido en medio del proceso de digitalización iniciado por el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2012, de donde surgieron importantes modificaciones como la introducida por la Ley 18/2011, de 5 de julio, donde se regula el uso de las TIC en la Administración de Justicia, por lo que los problemas originados no han sido más graves gracias a los avances que se habían incorporado hasta ese momento, con hitos como la aprobación del sistema LexNET mediante el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre. Proceso de modernización que se ha visto acelerado por las circunstancias actuales y que se enmarca en el Plan de Transformación Digital de la Justicia.

El Capítulo III regula medidas de carácter organizativo y tecnológico destinadas a seguir afrontando las consecuencias, ya expuestas, que ha tenido la crisis sobre la Administración de Justicia... Así, se establece la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio, salvaguardando los derechos de todas las partes del proceso (Exposición de motivos de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia).

Actualmente a través de la Sede Judicial Electrónica se pueden realizar trámites de procedimiento monitorio; cita previa; Lexnet; apoderamiento Apud Acta; solicitud de copia de expediente judicial electrónico y tablón edictal judicial único. Al respecto cabe señalar que algunas Comunidades Autónomas gestionan su propio sistema de Justicia Electrónica por lo que los servicios que ofrece pueden variar. Y todo lo anterior basado en la identificación digital del usuario, ya sea mediante DNI electrónico o Certificado Digital, entre los sistemas de validación más empleados.

Pero la incorporación de esta tecnología ha supuesto un aumento en la presión sobre los trabajadores lo que ha propiciado el incremento de casos con síndrome de burnout, caracterizado por una sensación de estar quemado, agotamiento físico y mental; y pérdida de interés por el trabajo;

síndrome que se ha visto incrementado entre los profesionales y funcionarios como los relacionados con la educación, y que ha dado como consecuencia en algunos casos al abandono prematura de la carrera funcionaria, al considerar que estaban exponiendo sus vidas al peligro de contagiarse de COVID-19 cuando acudían al centro escolar y estaban durante horas en clase con distintos grupos de niños o adolescentes.

Un miedo fundamentado en conocer cómo otros docentes del propio centro o de otros centros se habían contagiado o habían tenido que autoconfinarse por ser contacto estrecho de alguien de la clase contagiado.

Este aumento de abandonos de sus puestos de trabajo entre los profesionales de carrera, unido al número de bajas médicas por contagiarse o por ser un contacto cercano de un contagiado; por ser ingresado hospitalariamente o por haber fallecido, todo ello ha dado como consecuencia al incremento de puestos vacantes dando con ello la oportunidad a incorporarse a personal sin experiencia o recién licenciados. En cuanto a la realidad vivida desde la administración de Justicia cabe indicarse:

De este modo, se prevé la creación de unidades judiciales para el conocimiento de asuntos derivados del COVID-19 y se establece la posibilidad de que los letrados de la Administración de Justicia puedan, durante el periodo de prácticas, realizar funciones de sustitución o refuerzo, entre otras medidas. Con ello se pretende atender la urgente necesidad de regularizar la situación de juzgados y tribunales para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas (Exposición de motivos de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia).

Con respecto al número de miembros del personal de justicia contagiados o fallecidos, hasta la fecha no se ha emitido ningún informe por parte del Consejo General del Poder Judicial ni desde el Ministerio de Justicia informando sobre ello.

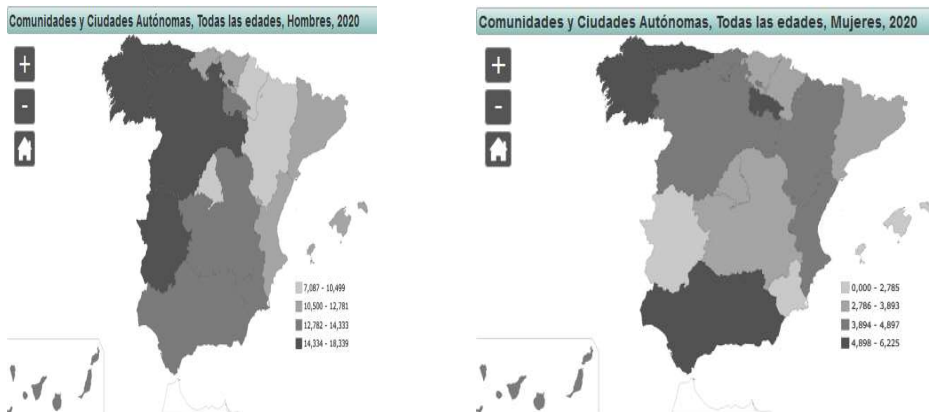
IV. El impacto de la pandemia en la Salud Mental y su implicación en la Justicia

La OMS lleva tiempo advirtiendo sobre que la próxima pandemia a nivel mundial sería sobre la salud mental, de ahí que surgiesen iniciativas como la del Atlas de Salud Mental (O.M.S., 2017) para determinar cuál era la realidad de cada país en cuanto a los problemas, recursos y prevención de la salud mental se refiere; de cuyos resultados surgió el Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2020 (O.M.S., 2013) para reducir la brecha en el ámbito de la salud mental de los países. Así es de especial interés por parte de la OMS tanto los trastornos de depresión, como la prevención del suicidio; el primero por ser el trastorno con mayores niveles de prevalencia en la población general; y el segundo por sus consecuencias en la vida de la persona.

Con respecto a la depresión en España ya ha sido comentado en el apartado anterior por el que a continuación se presentarán los datos relativos al suicidio, teniendo en cuenta, que según la OMS por cada suicidio consumado se producen entre 10 a 20 intentos de suicidio (O.M.S., 2009); y en el caso de la ideación suicida esta alcanza hasta al 10% de la población mundial (Stanley et al., 2016). Así y basado en los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, se puede afirmar que se ha producido un incremento en la tasa de mortalidad por suicidio, pasando de tasas del 7,53%; a un 7,79% a hasta un 8,32% por cada 100.000 habitantes en 2018, 2019 y 2020 respectivamente; siendo en este período los hombres los que muestran tasas más elevadas, del 12,62% frente a las mujeres del 4,18% por cada 100.000 habitantes en 2020, siendo la distribución geográfica muy diferente (ver Figura 2).

Figura 2.

Representación de la tasa de mortalidad por suicidio durante el 2020 separada por comunidades, a la izquierda con datos de hombres y a la derecha de mujeres.



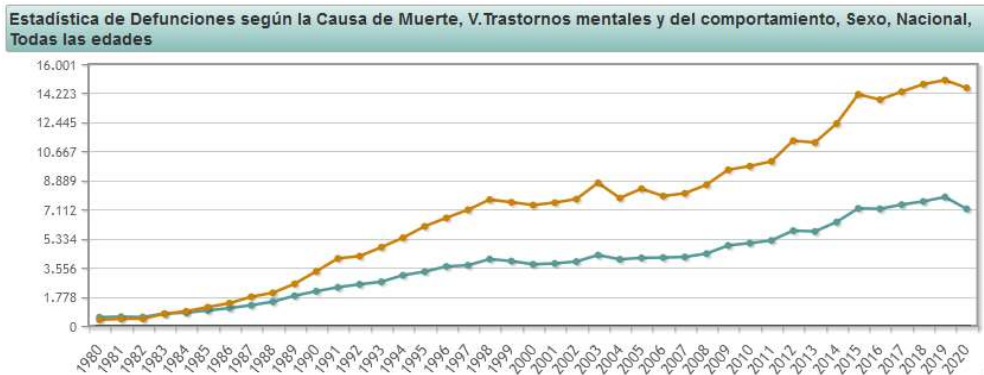
Fuente: elaboración propia basado en datos del INE.

Tal y como se puede observar las comunidades del noroeste son las que tienen mayores tasas de suicidio de España por cada 100.000 habitantes tanto para hombres como para mujeres durante el 2020, lo que podría estar informando de una demanda social sin cubrir en cuanto a la prevención del suicidio se refiere, con lo que poder reducir estas cifras a niveles próximos a la media nacional.

A este respecto y para ver una panorámica amplia del problema de la salud mental cabría también añadir a las tasas de suicidio, el número de defunciones debidas a Trastornos Mentales y del Comportamiento siguiendo los criterios del CIE-11 (I.N.E., 2022), así y con datos del INE se puede afirmar que se producen casi el doble de casos en mujeres frente a hombres, así en 2020 el número de fallecidos fue de 14.547 entre mujeres frente a los 7.150 entre hombres (ver Figura 3).

Figura 3.

Evolución histórica del número de defunciones debidas a Trastornos Mentales y del Comportamiento en España separado por género siendo la línea superior la correspondiente a mujeres.



Fuente: elaboración propia basado en datos del INE.

Es decir, y según lo expuesto, el número de personas que sufren trastornos mentales se ha visto incrementado en los últimos años, lo cual no solo afecta al número de defunciones, sino también en el número de casos que se presentan en los juzgados, ya sea en cuanto a demandantes como demandados; número que se espera crezca aún más en los próximos años.

A todo lo anterior hay que señalar tres impactos en la salud mental causados por la pandemia actual, primeramente, debido a la limitación de movilidad durante meses; segundo por trabajar en ambientes con altos niveles de contagio; y por último y no por ello menos importante por el padecimiento del COVID-19.

Con respecto al primero se ha producido un incremento de niveles de sintomatología y trastornos de depresión y ansiedad asociadas a la situación de limitación de la movilidad, así personas que con anterioridad no habían sufrido problemas psicológicos han experimentado ataques de pánico ante la incertidumbre del contagio (Farooq et al., 2020), especialmente se han visto afectado por ello los adolescentes que lejos de experimentar la vida como es propio de su edad han sido limitados en su movilidad e

interacciones sociales (Guessoum et al., 2020). La gravedad de esta sintomatología asociada a la limitación de la movilidad ha ido progresivamente reduciéndose a medida que la situación ha ido recuperando la normalidad.

Sobre los empleados que a diario se han visto enfrentados a situaciones en las que tenían que trabajar con un contagiado o un contacto próximo de un contagiado como en el caso del personal sanitario o de los cuerpos y fuerzas de seguridad (Stogner et al., 2020), estos además de las consecuencias psicológicas anteriormente descritas son los más expuestos a padecer un trastorno de estrés postraumático, cabe incluir en esta categoría al personal de justicia que ha tenido que atender cara a cara a los casos cuando no ha sido posible desempeñar su labor de forma telemática, con la incertidumbre de si se iba a contagiar o no.

Este trastorno que afecta entre el 7% al 8% de los soldados que regresaban de la guerra, se presenta con dificultades en la adaptación a la vida social, con pesadillas recurrentes, hipersensibilidad y flashbacks de las experiencias vividas. Este trastorno si no se trata adecuadamente puede llegar a ser crónico y cuyas consecuencias abarcan desde la comisión de delitos, consumo de drogas e incluso el suicidio (Restauri y Sheridan, 2020).

Con respecto a lo que se denomina COVID largo (Raveendran et al., 2021), en referencia a las consecuencias físicas y psicológicas de haber padecido esta enfermedad, hoy en día todavía se está investigando sobre sus implicaciones, habiéndose detectado la permanencia hasta seis meses después de la infección de síntomas como la neblina mental, por el cual la persona tiene dificultades en concentrarse y a la hora de tomar decisiones, es decir, todavía se desconoce las implicaciones que haber padecido esta enfermedad va a tener entre los pacientes, y sus implicaciones jurídicas.

IV. Conclusiones sobre el impacto de la Salud Mental en la Justicia

En este capítulo se ha tratado de ofrecer una visión amplia y actualizada sobre las implicaciones de los Trastornos Mentales en el ámbito jurídico destacando las implicaciones que supone tanto entre el personal de Justicia como en la población general.

A pesar de los grandes avances que se han realizado en materia de legislación en áreas como la igualdad de género o del uso de la tecnología en la justicia, la regulación en materia de Trastornos Mentales es prácticamente inexistente, quedando en manos de los peritos el valorar la gravedad de los trastornos y proponer medidas según sus propios criterios.

Con respecto a los trastornos mentales más habituales entre la población general de España se han hecho varios incisos sobre la depresión y el suicidio, destacando cómo se ha ido incrementando en casos en los últimos años, y dado que existen diferencias de género esto tendría que verse reflejado en una protección especial a los que sufriesen en mayor número estos trastornos.

Así y en el caso de la depresión y otros trastornos mentales, las medidas de prevención y tratamiento deberían de ser atendidas especialmente en el caso de las mujeres; mientras que la prevención e intervención ante la conducta suicida debería de ir encaminada principalmente a hombres; y en paralelo al desarrollo de estas políticas encaminadas a la protección de la salud se debería tener un ordenamiento jurídico que tuviese en cuenta estas peculiaridades.

Igualmente se ha comentado sobre la pandemia actual y cómo ha impactado de forma desigual en la población, según su nivel de exposición al contagio, y sobre las consecuencias en la salud física y mental de dicho contagio, en donde los pacientes que hayan superado la COVID-19 deberían de ser evaluados periódicamente para determinar su estado de salud física y psicológica y en caso de que se requiera debería de conllevar la inhabilitación jurídica para los casos más graves en donde la persona no sea capaz de recuperar su estado de salud mental precedente o cuando la merma de sus capacidades interfiera con su adecuado desempeño.

Cabe concluirse que la salud mental va a ser un aspecto a tener en cuenta cada vez más frecuente en la administración de justicia que al igual que ha hecho un esfuerzo por realizar una modernización en el ámbito tecnológico, debería de prestar especial atención a este ámbito para delimitar lo más preciso posible las implicaciones, consecuencias e incluso exenciones que

podiese suponer el padecer un trastorno mental grave, teniendo en cuenta las consideraciones planteadas.

Referencias

- A.P.A. (2018). *DSM-5, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Panamericana.
- Farooq, R., Rehman, S., Ashiq, M., Siddique, N., Ahmad, S., Habersaat, K. B., Betsch, C., Danchin, M., Sunstein, C. R., Böhm, R., Falk, A., Brewer, N. T., Omer, S. B., Scherzer, M., Sah, S., Fischer, E. F., Scheel, A. E., Fancourt, D., Kitayama, S., Titanji, V. P. K. (2020). Repurposing antiviral protease inhibitors using extracellular vesicles for potential therapy of COVID-19. *Journal of Medical Internet Research*, 22(4), 1–30. <https://doi.org/10.2196/24445>
- Guessoum, S. B., Lachal, J., Radjack, R., Carretier, E., Minassian, S., Benoit, L., y Moro, M. R. (2020). Adolescent psychiatric disorders during the COVID-19 pandemic and lockdown. *Psychiatry Research*, (291). <https://doi.org/10.1016/J.PSYCHRES.2020.113264>
- I.N.E. (2022). *Lista reducida de causas de muerte CIE-10 y su correspondencia con la CIE-9*.
- O.M.S. (2009). Prevención del suicidio, un instrumento para policías, bomberos y otros socorristas de primera línea. En *Asociación Internacional para la Prevención del Suicidio IASP. Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias*.
- O.M.S. (2013). *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2020*.
- O.M.S. (2017). *Mental Health Atlas*.
- O.M.S. (2018). *CIE-11 - Estadísticas de morbilidad y mortalidad. Clasificación Internacional de Enfermedades*,. <https://icd.who.int/browse11/l-m/es>

- Raveendran, A. V., Jayadevan, R., & Sashidharan, S. (2021). Long COVID: An overview. *Diabetes & Metabolic Syndrome*, 15(3), 869–875. <https://doi.org/10.1016/J.DSX.2021.04.007>
- Restauri, N., & Sheridan, A. D. (2020). Burnout and Posttraumatic Stress Disorder in the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic: Intersection, Impact, and Interventions. *Journal of the American College of Radiology: JACR*, 17(7), 921–926. <https://doi.org/10.1016/J.JACR.2020.05.021>
- Stanley, I. H., Hom, M. A., & Joiner, T. E. (2016). A systematic review of suicidal thoughts and behaviors among police officers, firefighters, EMTs, and paramedics. *Clinical Psychology Review*, 44, 25–44. <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2015.12.002>
- Stogner, J., Miller, B. L., & McLean, K. (2020). Police Stress, Mental Health, and Resiliency during the COVID-19 Pandemic. *American Journal of Criminal Justice: AJCJ*, 45(4), 718–730. <https://doi.org/10.1007/S12103-020-09548-Y>

Capítulo 3. Amnistías y la justicia transicional: límites en el sistema interamericano de los derechos humanos

Dr. Víctor Luis Gutiérrez Castillo
Universidad de Jaén

I. Algunas consideraciones sobre la noción de amnistía

Uno de los principales desafíos de los procesos de paz que se inician tras conflictos armados internos es alcanzar la reconciliación, pero también lo es la de determinar responsabilidades por los crímenes cometidos. En este contexto las amnistías constituyen instrumentos jurídicos-políticos admisibles (e idóneos) para la consecución de la Paz y el cese de hostilidades. Sin embargo, los Estados no pueden desconocer a la hora de proclamar amnistías sus obligaciones internacionales en relación con el respeto al derecho internacional de derechos humanos y el derecho humanitario, entre las que se encuentran la obligación de investigar, identificar y sancionar los responsables materiales e intelectuales de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra

La amnistía deriva de la palabra griega *amnestia*, que es también la raíz de *amnesia*, la cual connota el olvido más que el perdón de un crimen que ya ha sido objeto de una condena penal (Orentlicher, 1991). En el derecho internacional, no existe una definición jurídica consensuada de la amnistía, pero puede ser entendida como un acto legislativo, ejecutivo o constitucional oficial por el cual la investigación o el procesamiento penal de una persona, un grupo o clase de personas y/o ciertos delitos son anticipada o retroactivamente bloqueados, quedando anulada cualquier sanción. En dichos casos, la amnistía puede detener juicios inminentes o en curso, anular condenas ya dictadas y/o levantar sentencias ya impuestas. Pudiendo evitar el enjuiciamiento penal en un periodo de tiempo e incluso, en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal «específica» cometida

antes de la aprobación de la amnistía (Naciones Unidas. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2009).

Las amnistías se justifican por la utilidad que pueden tener para la sociedad el olvido de ciertos hechos, teniendo también como finalidad crear condiciones propicias para alcanzar acuerdos de paz o bien, favorecer la reconciliación nacional. Entre sus objetivos se encuentran alentar la reconciliación social y contribuir al restablecimiento de las relaciones normales en la vida de una nación que ha visto afectada por un sistema dictatorial o por un conflicto armado interno.

Al articularse las amnistías a través de actos jurídicos emanados del poder legislativo, una pluralidad de individuos declarados culpables pasa a ser inocente gracias a la desaparición de la figura delictiva. De este modo, se pretende borrar la existencia de un delito, situando al autor en la misma situación de no comisión del mismo. Es por ello que las amnistías suelen tener efectos retroactivos, extinguiendo toda responsabilidad penal o civil y anulando los antecedentes penales existentes. Por el mismo motivo, sus efectos son generales, dado que actúa sobre todos los que cometieron ese delito y no sobre individuos concretos.

La concesión de amnistías suele abrir un debate sobre la conveniencia de prohibir o sancionar una conducta. Esto explica que las leyes o actos de amnistía sean más frecuentes en momentos de cambios sociales o de regímenes políticos, asociándose en ocasiones al perdón de presos políticos. Las leyes de amnistía constituyen uno de los planteamientos más recurridos por los Estados para la puesta en marcha de mecanismos de justicia transicional, la cual, en palabras del Secretario de Naciones Unidas:

Abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la

verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos (ONU, 2004).

Cualquiera que sea el “proceso” de transición, éstos cubren, en definitiva, la necesidad existente en algunos países de resolver la problemática derivada de los crímenes cometidos en un pasado de abusos. Los planteamientos varían de un Estado a otro. Y es que estos procesos de amnistías pueden conjugarse con una reforma democrática de las instituciones, con reparaciones económicas y morales a las víctimas, con juicios penales a los responsables de los derechos humanos, comisiones de la verdad, etc.

En este orden de ideas, como hemos expuesto, el mecanismo de la amnistía se traduce, por propia definición, en impunidad a través del olvido. La infracción se olvida, la acción penal se elimina y la pena se condona. El crimen queda sin castigo porque los hechos dejan de ser punibles y su autor impune. Es por ello por lo que estamos ante una fórmula que escapa de toda racionalidad jurídica, sólo explicable desde razones políticas que se compadecen mal con la propia noción de “justicia de transición”, cuando - como adelantábamos- se supone que esos procesos buscan “que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.

Sin embargo, el recurso a las amnistías (y especialmente las generales) son objeto de polémica, ya que pueden esconder otras intenciones, como la de garantizar la impunidad de quienes cometieron graves hechos durante un régimen anterior o un conflicto armado interno. Y es que, como afirma la doctrina, toda amnistía genera un conflicto moral –o de obligaciones- que desde la filosofía política, jurídica o moral nunca se ha resuelto de modo unívoco. Es por esta razón que, inevitablemente, su proclamación abre todo un conjunto de interrogantes: ¿Cuál es el “bien” a priorizar en las circunstancias excepcionales que facilitan la emergencia de propuestas de amnistías? ¿Reparar íntegramente a las víctimas -lo que supondrá el castigo penal de vulneraciones graves del derecho- u ofrecer medios que faciliten la transición del conjunto de la sociedad a modos más dignos de vida, a costa de la obligación preexistente de castigo? (Sánchez, 2019).

II. Las amnistías como instrumento para la reconciliación nacional tras conflictos armados no internacionales

Las amnistías como instrumento para la reconciliación nacional en periodos postconflicto (no internacionales), constituye una práctica de los Estados cuyos límites y perfiles forman ya parte del derecho consuetudinario del Derecho Internacional Humanitario. De hecho, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) la ha identificado así con el número 159, formulándola del siguiente modo:

Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007).

La oportunidad y conveniencia de las autoridades estatales en esforzarse por conceder la amnistía más amplia posible tras el cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional se establece en el art. 6 del Protocolo Adicional II de 1977. De hecho, ha sido observado y respetado en la práctica internacional. Desde su aprobación de dicho texto (por consenso) muchos Estados han proclamado o concedido amnistías a personas que han participado en los conflictos armados no internacionales por diferentes medios; ya sea, a través de un tratado internacional específico (Henckaerts, y Doswald-Beck, 2005), o mediante diversos instrumentos normativos nacionales.

Esta última medida ha tenido especial difusión en el continente americano, donde se sucedieron golpes de estado, conflictos internos, regímenes dictatoriales y procesos de transición. Situaciones todas ellas que dieron lugar leyes de amnistías y disposiciones legales de punto y final. Sirvan como ejemplo, entre otras, las leyes de amnistía y autoamnistía proclamadas en Argentina (Ley núm. 23.521, de 4 de junio de 1987, de Obediencia Debida y la Ley 23.492, de 24 de diciembre de 1986, de Punto Final, que contempló la prescripción de la acción penal contra los imputados como autores penalmente responsables de haber cometido el delito

complejo de desaparición forzada de personas y otros delitos que tuvieron lugar durante la dictadura militar del autodenominado Proceso de Reorganización Nacional entre 1976 y 1983), en Paraguay (Ley 15.848, de 28 de diciembre de 1989, en virtud de la cual se reconoció la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985) ; en Chile (Decreto-Ley sobre amnistía general de Chile de 1978), en Uruguay (leyes de amnistía de 1985 y 1986), en El Salvador (leyes de amnistías promulgadas para lograr la reconciliación nacional en 1987 y para la consolidación de la paz en 1993); en Colombia (Decreto sobre amnistía de 1991), en Guatemala (Ley de reconciliación nacional de Guatemala de 27 de diciembre de 1996); o en Perú (Ley de amnistía para los oficiales retirados de las Fuerzas Armadas de 1996, o la relativa al personal civil y militar de 1996).

Naciones Unidas, a través de sus órganos principales ha fomentado la proclamación de amnistías y de los procesos de transición. Piénsese, por ejemplo, la labor del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de su resoluciones, entre las que destacan la Resolución núm. 190 (1964), de 9 de junio, *Cuestión relativa a la política de apartheid del Gobierno de la República de Sudáfrica*; la Resolución núm. 191 (1964), de 18 de junio, *Cuestión relativa a la política de apartheid del Gobierno de la República de Sudáfrica*; la Resolución núm. 473 (1980), de 13 de junio, *Sudáfrica*; la Resolución núm. 581 (1986), de 13 de febrero, *Sudáfrica*; la Resolución núm. 1055 (1996), de 8 de mayo, *Sobre prorrogación del mandato de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Angola*; la Resolución núm. 1064 (1996), de 11 de julio, *Sobre prorrogación del mandato de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Angola*, así como la Resolución núm. 1120 (1997), de 14 de julio, *Situación en Croacia (UNTAES)* y la Resolución núm. 1315 (2000), de 14 de agosto, *La situación en Sierra Leona* (Bou, 2019).

De manera similar, también la Asamblea General ha aprobado resoluciones en las que alentaba su concesión con ocasión de diferentes conflictos. Piénsese, entre otras iniciativas, en la Resolución núm. 46/136, de 17 de diciembre de 1991, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán*; la Resolución núm. 47/141, de 18 de diciembre de 1992, *Situación de los*

derechos humanos en el Afganistán; la Resolución núm. 48/152, de 20 de diciembre de 1992, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán*; la Resolución núm. 49/207, de 23 de diciembre de 1994, *Situación de los derechos humanos en el Afganistán* o la Resolución núm. 53/164, de 9 de diciembre de 1998, *Situación de los derechos humanos en Kosovo*.

Para reafirmar el carácter universal y consuetudinario de esta norma, conviene señalar que las resoluciones aprobadas por la ONU guardan relación con Estados que no eran Parte en el Protocolo Adicional II (por ejemplo, Sudáfrica, no ratificó el Protocolo hasta 1995, Afganistán, Angola y Sudán) y que no todos los países que votaron a favor de estas resoluciones eran Estados Parte en el Protocolo Adicional II. Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU también ha promovido la adopción de leyes de amnistía, habiendo aprobado resoluciones en las que instó a la República Srpska y a la Federación de Bosnia y Herzegovina a que aprobasen leyes de amnistía (Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 1971) y “acog[ió] con satisfacción el anuncio hecho el 23 de agosto de 1995 por el Gobierno de Sudán de una amnistía nacional y de la puesta en libertad de presos políticos” (ONU, 1973).

Esta misma situación, también podemos constatarla en el seno de algunas organizaciones internacionales de ámbito regional, tanto en el continente americano como europeo, las cuales se han mostrado a favor de su promulgación o concesión. Sirvan como ejemplos, los pronunciamientos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la cual recomendó en 1998 al Comité de Ministros que urgiese a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) a aprobar una amnistía para los refugiados que desearan retornar a Kosovo (Consejo de Europa, 1998). Otros ejemplos lo constituyen la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Unión Europea. La primera celebró en el 2001 la decisión del Presidente y del Parlamento de Tayikistán de aprobar una amnistía general para más de 19.000 detenidos (OSCE, 2001) y la segunda (a través de su Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea), celebró en 2002 la aprobación de una Ley de amnistía por el Parlamento de la antigua República Yugoslava de Macedonia (Unión Europea, 2002).

Ahora bien, a pesar de que tanto las resoluciones aprobadas por la ONU, como las declaraciones citadas de los órganos de organizaciones regionales, promueven la concesión de amnistías o la aprobación de las amnistías concedidas lo más amplias posible, esto no significa que las amnistías no tengan límites, ni que las autoridades públicas de un Estado estén obligadas a concederlas al final de las hostilidades en el contexto de un conflicto armado no internacional. Sobre este tema nos ocuparemos a continuación.

III. Límites jurídicos a las amnistías en el marco de Naciones Unidas

A pesar de lo expuesto hasta el momento, cabe recordar que ciertas amnistías, en concreto aquellas que impiden el enjuiciamiento de las personas que pueden resultar jurídicamente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos, son esencialmente incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de Derecho Internacional, así como del marco jurídico que se ha ido construyendo en el marco de las Naciones Unidas. Es por esta razón que numerosos mecanismos de derechos humanos de esta organización, como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI), el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CDF), el Comité de Derechos Humanos (CDH) o el Comité contra la Tortura (CAT) y muy especialmente el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, vienen manifestando su preocupación por la perversión del uso de las amnistías por algunos gobiernos, así como por las respuestas dadas por estos a las denuncias planteadas por víctimas o asociaciones por los crímenes del pasado.

En este orden de ideas, especialmente interesante resultan los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, entre los que podría citarse el expresado con ocasión de la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, según la cual:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...] 8. Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (ONU, 1973).

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución núm. 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (*Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*), afirmó en su artículo 18. 1 que “1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”. Es por ello que, en esta línea, la Asamblea a través de su Resolución de 25 de abril de 2003 urgiría años más tarde a los Estados a no adoptar medidas de amnistía en favor de los responsables de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario con el fin de evitar la impunidad (ONU, 1972).

En este orden de ideas especialmente destacable ha sido la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos* que, entre otros, reconocía a las víctimas como medida de satisfacción “[f] la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones”; y asegurando que los Estados que deberían tener un reflejo en el derecho de cada Estado, estando estos obligados a “establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación”. De este modo, se

deber asegurar como una de las reglas de “acceso a justicia” el derecho de las víctimas a “[d] utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del Derecho Internacional humanitario” (Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 2005).

En materia de Violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del Derecho Internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del Derecho Internacional, la Asamblea dirá que:

En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del Derecho Internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el Derecho Internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables (ONU, 2005).

Esta misma línea también ha sido seguida y ratificada por los trabajos del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como podemos constatar a través de sus informes y declaraciones. Sirvan como ejemplo su informe sobre *El derecho a la verdad*, publicado en el 2005 en el que se reconoce:

Como derecho independiente es un derecho fundamental de la persona y, por consiguiente, no debe estar sujeto a restricciones. Habida cuenta de su carácter inalienable y su estrecha relación con otros derechos que no admiten suspensión, como el derecho a no sufrir torturas y malos tratos, el derecho a la verdad debe considerarse como un derecho que no se puede suspender. Las amnistías y otras medidas análogas y las restricciones al derecho a solicitar información nunca deben utilizarse para limitar, denegar o perjudicar el derecho a la verdad, que está estrechamente vinculado a la obligación de los estados de combatir y erradicar la impunidad (ONU, 2005).

Asimismo, el Alto Comisionado será quien más adelante también dirá sobre el particular que:

Las amnistías que impiden el enjuiciamiento de personas que pueden ser jurídicamente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados contraídas con arreglo a diversos tratados que han sido ampliamente ratificados, con la política de las Naciones Unidas, y además con los principios emergentes del derecho consuetudinario (ONU, 2009).

En su informe *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*, publicado en el 2009 la Oficina del Alto Comisionado sigue resumiría magistralmente todo el planteamiento expuesto hasta el momento, afirmando al respecto que:

Las amnistías se rigen actualmente por un conjunto sustancial de normas de Derecho Internacional que delimitan el ámbito de lo permisible. Lo que es más importante, las amnistías que impiden el enjuiciamiento de las personas que pueden resultar jurídicamente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de Derecho Internacional, así como con la política de las Naciones Unidas.

Además, las amnistías no pueden limitar el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra a un recurso efectivo y reparación, ni pueden obstaculizar el derecho de las víctimas o de las sociedades a conocer la verdad acerca de esas violaciones. La política de las Naciones Unidas de oponerse a las amnistías relativas a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o violaciones graves de derechos humanos, incluso en el contexto de las negociaciones de paz, constituye una evolución importante basada en una experiencia de larga data. Las amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes. Por el contrario, se ha llegado a acuerdos de paz sin disposiciones relativas a amnistía en algunas situaciones en que se había dicho que la amnistía era una condición necesaria de la paz y en que muchos temían que los enjuiciamientos prolongaran el conflicto.

Esas experiencias ponen en duda el supuesto de que debe optarse entre paz o justicia. Las Naciones Unidas han reconocido que, cuando se actúa en forma apropiada, la justicia puede ayudar a lograr una paz justa y

sostenible. Al oponerse a las amnistías que consagran la impunidad respecto de crímenes atroces, la política de las Naciones Unidas procura salvaguardar un espacio para la justicia incluso cuando no se hayan establecido todavía apropiadamente condiciones relativas a los enjuiciamientos (ONU, 2009).

Por su parte, la Secretaría General de las Naciones Unidas en su informe *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* reflexiona sobre “la creciente tendencia de la comunidad internacional de pasar de la tolerancia de la impunidad y la amnistía a un imperio de la ley en el plano internacional” (Naciones Unidas, 2004). Y recuerda que el Consejo de Seguridad de la ONU rechaza, expresamente, la amnistía: “en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas” (ONU, 2004).

En este orden de ideas, la Comisión de Derechos Humanos del Comité Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) elaboró un informe final, a cargo del relator Louis Joinet, acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). El informe definía la impunidad como “la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”. Con relación a las amnistías diría que “cuando éstas tienen como fin crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional” deben tener, entre otros límites, el que “los autores de delitos graves conforme al Derecho Internacional y los autores de violaciones masivas⁰ o sistemáticas no puedan beneficiarse de la amnistía a menos que las víctimas dispongan de un recurso eficaz y obtengan una decisión equitativa y efectiva” (ONU, 1997).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos afirmar que el derecho internacional no prohíbe otorgar una amnistía limitada a las personas que hubiesen tenido responsabilidades menores en la comisión de crímenes de guerra, siempre y cuando estuviera acompañada de medidas de control y que fuese dictada para facilitar la instauración de una paz duradera. Esta idea, que podría resumir la doctrina internacional sobre las amnistías, quedó sintetizada en el informe que la experta independiente, Diane Orentlicher, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 8 de febrero de 2005, en orden a actualizar el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad. Desde el principio núm. 1 ya se anunciaba en dicho informe que:

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones (ONU, 2005).

Y es, en su principio 19, donde se dirá que “los Estados deben emprender investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario y deben adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en relación con la justicia penal, con el fin de que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”. Estas premisas frente a la impunidad tienen corolario en el principio 24 centrado en las restricciones a la amnistía y otras medidas, y en el que se afirma que, la amnistía y demás medidas de clemencia, aunque tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional.

Se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) los autores de delitos graves conforme al Derecho Internacional no podrán beneficiarse de estas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente,

sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata (ONU, 2005).

IV. El sistema interamericano de los derechos humanos ante las amnistías

En el siglo XX, el Pacto de San José de Costa Rica significó un importante avance en la conformación de un sistema interamericano de normas y organismos para la consagración de los derechos humanos con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, elaborada y aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, y vigente desde el 18 de julio de 1978. Su alcance interamericano obliga a todos los Estados de las tres Américas. El proceso de incorporación de tratados de derechos humanos en los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos y el valor heurístico, otorgado por los Tribunales constitucionales nacionales a la jurisprudencia internacional, según Víctor Abramovich, introdujeron transformaciones en la institucionalidad pública y dieron origen al debate en torno a algunos mecanismos de protección de derechos humanos acerca de su función en un escenario regional de democracias constitucionales (Abramovich, 2011).

Debido a los conflictos internos que tuvieron lugar en América Latina en las décadas de 1970 a 1990, se proclamaron en muchos países de Latinoamérica, leyes de amnistía, que limitaron la posibilidad de investigar, juzgar, condenar y reparar el daño causado a las víctimas por violaciones a los derechos humanos, impidiendo de esta manera el conocimiento de la verdad y el acceso a la justicia. Sobre la aplicación de estas leyes se abrió un intenso debate sobre la naturaleza política y jurídica, ya que unos sostenían que estas leyes eran necesarias para lograr la paz y la reconciliación nacional y que de anularse se pondría en riesgo el proceso de pacificación y democratización de la sociedad. Y otros, argumentaban la necesidad de reparar las graves violaciones a los derechos humanos a través de la justicia, evitando así la impunidad. Esto trajo como consecuencia, la aparición de la figura de la *justicia transicional* que ha servido para identificar aquellos procesos y mecanismos que pretenden hacer frente a un pasado con múltiples y sistemáticas violaciones a los

derechos humanos, en el marco de transiciones de regímenes autoritarios o dictatoriales hacia la democracia o de conflictos armados internos hacia la paz.

En la medida en que las democracias fueron consolidándose en el continente americano empezaron a cuestionarse las amnistías generales como mecanismos para la resolución de los conflictos por su esencia contraria a los principios que emergen del Derecho Internacional, entre los que se encuentra el deber de investigar los crímenes más graves y conjurar su impunidad. Cuestionamientos que han afectado a la práctica totalidad de las leyes de amnistías proclamadas en la región, incluso la aprobada en El Salvador (Decreto Legislativo núm. 147, de 23 de enero de 1992), cuyo proceso de transición fue “tutelado” por Naciones Unidas. Este caso supuso un patrón bien distinto al del *total olvido* de otros modelos centroamericanos. En este caso, se exceptuaba de la amnistía (artículo 6) a aquellas personas que hubiesen participado en graves hechos de violencia (ocurridos desde el 1 de enero de 1980), otorgándose la amnistía, además, a cambio de confesiones ante las correspondientes comisiones de la verdad y reconciliación. A la luz de la aprobación de esta ley se abrió en la comunidad internacional un debate sobre el derecho a la verdad y la ilicitud de la impunidad (Villalta, 2009).

A pesar de todo esto, la CIDH en su Informe de 24 de septiembre de 1992, en el *caso 10.287 (El Salvador)* sostuvo que la aplicación de la Ley salvadoreña de 1987 de amnistía para conseguir la reconciliación nacional constituía una violación clara de la obligación del Gobierno salvadoreño de investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos de las víctimas en el asunto de *la Masacre de Las Hojas* en 1983 y de proporcionar una indemnización adecuada por los daños resultantes de estas violaciones de derechos (CIDH, 1992); también en su Informe de 27 de enero de 1999, en el *asunto 10.480 (El Salvador), caso Ignacio Ellacuría, SJ y otros*, la CIDH sostuvo que la aplicación de la Ley salvadoreña de 1993 de amnistía general para la consolidación de la paz constituía una violación de las garantías judiciales y del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas contemplados en los arts. 8.1 y 25 de la Convención americana de derechos humanos, así como del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y

del art. 4 del Protocolo Adicional II, recomendando al Gobierno de El Salvador que anulara con efectos *ex tunc* la Ley de 1993 (CIDH, 1999).

Este debate conecta con la protección de las víctimas y sus familiares en el ámbito internacional y con respecto al cual se ha ido conformando un marco jurídico en Naciones Unidas. Sirva como muestra, entre otras, los estudios e investigaciones promovidos desde la organización sobre las violaciones de derechos humanos y la reparación de las víctimas (Naciones Unidas, ECOSOC, 1997), así como la aprobación de la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, de 21 de noviembre 2006. Marco jurídico de protección éste, que también se ha ido conformando en la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya Asamblea General aprobaría el 6 de junio 2006 la *Resolución sobre el derecho a la verdad* (Res. 2175, XXXVI, 0/06), la cual se fundamenta en los arts. 8, 13.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), así como en los arts. 32 y 33 del ya citado Protocolo adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949, que reconoce el derecho de los familiares a conocer, tan pronto las circunstancias lo permitan la suerte de las personas desaparecidas en un conflicto armado.

Sobre estas bases los Estados que forman parte del sistema interamericano de los derechos humanos, están obligados a investigar la verdad de los crímenes, a procesar y castigar a los culpables y a reparar los daños causados. Estos desarrollos jurídicos son en gran medida consecuencia de la práctica en América Latina durante las dos últimas décadas del *tratamiento de las violaciones masivas de derechos humanos*, donde se abrió la vía a la denominada justicia de transición, en países como Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Haití, Uruguay, Honduras, Chile, Perú, lugares donde se habían perpetrado violaciones masivas de derechos humanos, con múltiples desapariciones forzadas (Pinto, 2007).

Partiendo pues, de este marco jurídico de protección en el continente americano, ha sido determinante la labor realizada por Comisión interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a la hora de concretar la compatibilidad de las amnistías y las medidas de justicia restaurativa con las

normas de derecho internacional. A ello dedicaremos nuestra atención en los siguientes epígrafes.

5.1. El papel de la Comisión interamericana de los Derechos Humanos

Por lo que respecta a la Comisión, desde los años ochenta ha mantenido que no podían tener validez jurídica las amnistías decretadas por los propios responsables de las violaciones (CIDH, 1985-1996). Línea argumental ésta que reafirmaría a lo largo de los años noventa en sus informes (CIDH, 1991 y CIDH, 1992) al afirmar que un Estado no puede a través de sus normas internas (leyes de amnistía) autoeximirse de sus obligaciones internacionales, por ser dichas normas contrarias a la obligación de respetar y de asegurar los derechos humanos (art. 1.1), al derecho de protección judicial (art. 8) y al derecho a un recurso eficaz (art. 25). La concesión de amnistías en estas circunstancias sería, a juicio de la Comisión, contrarias al Derecho internacional, pues el art. 27 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 prohíbe que un Estado invoque unilateralmente una ley nacional como justificación para incumplir las obligaciones convencionales. Del mismo modo la Comisión consideró contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos las amnistías que por ley habían sido proclamadas en algunos países, siendo la de Chile uno de los mejores ejemplos (Muñoz y León, 2019).

Partiendo de esta premisa, en relación con las desmovilizaciones en Colombia, la Comisión indicó en su Informe de 13 de diciembre de 2004, que el *derecho a la verdad* no debía ser coartado mediante medidas legislativas o de otra naturaleza, tales como leyes de amnistía o el freno a los recursos judiciales internos. Para la Comisión el proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, de la formación de comisiones investigadoras y de la adopción de medidas para habilitar al poder judicial a emprender y completar investigaciones. Este derecho se encontraría pues, dentro del derecho de la víctima o sus familias a obtener de los órganos del Estado el esclarecimiento de los hechos y el enjuiciamiento de los responsables.

5.2. El papel de la Corte interamericana de los Derechos Humanos

La revisión de la jurisprudencia interamericana apunta a un incremento - durante las últimas décadas- del número de fallos emitidos por la Corte IDH, en asuntos en los que se han abordado controversias vinculadas al cumplimiento por parte de los Estados de los Convenios Internacionales debidamente suscritos en materia de derechos humanos. De este modo, la Corte IDH se le ha visualizado como defensora de los derechos humanos en la región respecto de violaciones de derechos humanos de todo tipo, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, violaciones de los derechos de los inmigrantes indocumentados, violaciones de derechos de los pueblos indígenas o desapariciones forzadas. Dichos fallos también están relacionados con la lucha contra la impunidad ejercida por parte de la Corte IDH, producto de la aplicación -por parte de ciertos Estados de la región- de leyes de amnistía o autoamnistía, que han pretendido la protección e impunidad para los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos.

En este sentido, en la definición de los límites a las amnistías y el cumplimiento de las obligaciones internacionales ha sido (y es) destacable la jurisprudencia de la Corte IDH, cuyos pronunciamientos han constituido un referente y un instrumento hermenéutico para operadores jurídicos en la región. Han sido numerosas las sentencias en la materia, entre las que cabría recordar, las emitidas en los asuntos *Barrios Altos contra Perú* (2001), *Moiwana contra Surinam* (2005), *Almonacid contra Chile* (2006) y *Julia Gomes Lund (guerrilla de Araguaia) contra Brasil* (2010). En este sentido, la Corte IDH ha sido punta de lanza a la hora de reforzar el deber de investigar que tienen las autoridades públicas y cuestionar los mecanismos jurídicos que, como las leyes de amnistías, han perseguido la impunidad frente a los crímenes más graves.

En 1998 señaló, respecto de la Ley de Reconciliación de Guatemala de 27 de diciembre de 1996, que en ese Estado existió un estado de impunidad. Impunidad entendida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos”. Recuerda la CIDH que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales

disponibles, toda vez que la impunidad propiciaría las posibilidades de repetición de violaciones de derechos humanos con indefensión de las víctimas.

Tres años después, el 14 de marzo de 2001, la Corte IDH dictaría una emblemática sentencia en el asunto *Barrios Altos contra Perú*, en relación con dos amnistías de ejecuciones extrajudiciales promulgadas por el Presidente Alberto Fujimori y en la que declarararía que:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH, 2001).

En idéntico sentido tendría lugar años después su paradigmática sentencia el caso *Moiwana*, en el que la Corte IDH tendría la ocasión de pronunciarse sobre una masacre que tuvo lugar en Surinam en una operación militar contra miembros de una comunidad, con el resultado de 39 fallecidos. Asunto en el que afirmararía de forma categórica la superioridad jerárquica del Derecho internacional sobre el derecho interno. La Corte indicó en esta ocasión que “ninguna ley o disposición interna –incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción- podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos” (Corte IDH, 2005).

En este orden de ideas, también supuso un avance en la consolidación de esta doctrina, la sentencia pronunciada en el asunto *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, en la que abordaría la ejecución extrajudicial de un militante del partido comunista ocurrida en 1973, llevada a cabo por parte de las fuerzas policiales del régimen de Augusto Pinochet. El señor Almonacid Arellano fue detenido y asesinado por efectivos de la policía el día 16 de septiembre de 1972; esto es, cinco días después del golpe militar, muriendo al día siguiente a consecuencia de sus heridas. Sus familiares iniciaron acciones judiciales ante la justicia ordinaria por el crimen perpetrado con el objeto de esclarecer los hechos y castigar a los responsables con fecha 4

de noviembre de 1992; esto es, con posterioridad al restablecimiento de la democracia en Chile, el 11 de marzo de 1990. La Corte IDH tuvo que pronunciarse en este caso sobre la licitud de las amnistías, sistematizando magistralmente en su sentencia los argumentos de los organismos internacionales y la evolución del Derecho Internacional sobre la ilicitud de las amnistías generales e incondicionadas, concluyendo que éstas no son compatibles con la obligación de los Estados de investigar los actos de tortura. En esta sentencia, además, en un alarde de su capacidad pedagógica, calificaría la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad como una norma de *ius cogens* (Corte IDH, 2006).

Esta línea jurisprudencial se confirmaría y ratificaría con ocasión de otros pronunciamientos posteriores, especialmente en las dos últimas décadas. Sirvan como ejemplo, entre otros, su fallo en el *asunto Gomes Lund contra Brasil* en que la Corte IDH abordaría la amnistía de la guerra sucia de las fuerzas armadas brasileñas en los años setenta y en el cual confirmaría que “la incompatibilidad de las leyes de auto amnistía con la Convención americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los art. 8 y 25, en relación con los arts. 1.1. y 2 de la Convención” (Corte IDH, 2010). O en el asunto *A. Goiburú y otros c. Paraguay*, en el que Corte IDH recordó que los Estados “están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables” (Corte IDH, 2006).

Ahora bien, además de pronunciarse sobre las condiciones y límites de las amnistías, así como sobre su compatibilidad con el derecho internacional, la Corte IDH se ha pronunciado en otros asuntos sobre las obligaciones del Estado en casos de desapariciones forzadas. Así, en el asunto *A. Goiburú y otros contra Paraguay* la Corte consideró que los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos, así como a juzgar y sancionar a los responsables (Corte IDH, 2006).

VI. Conclusiones

Más allá de sus bondades de la proclamación de amnistías como instrumentos de justicia transicional, su aplicación no puede llevar a los Estados a incumplir sus obligaciones de Derecho Internacional. A partir de las décadas de 1980 y de 1990 y hasta la fecha, los Estados de América Latina iniciaron procesos de transición hacia la paz y hacia la democracia, implementando mecanismos judiciales y extrajudiciales con la finalidad de hacer frente a los crímenes del pasado, sentando así las bases para un futuro donde aquéllos no se volvieran a repetir. La mayoría de las transiciones políticas hacia la democracia o hacia la paz en la región de Latinoamérica se ha llevado a cabo mediante acuerdos obtenidos de manera más o menos consensuada entre las diferentes élites políticas o entre los actores armados en los conflictos internos en el marco de Acuerdos de Paz. En ambos casos, se ha pretendido por dichos actores el olvido de sus crímenes como condición para transitar de la violencia hacia la paz y a la democracia. Pero por el otro lado, las víctimas de esos crímenes exigen que se sepa la verdad de lo sucedido, que se haga justicia, que se castigue a los responsables y que se repare a las víctimas, ya que no se trata de pasar únicamente la página de un libro, sino que pueda consolidarse una paz duradera y una sociedad sin heridas.

En estos procesos de transición, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha jugado un papel fundamental en la garantía y salvaguardia de los derechos humanos conculcados, reconociendo el derecho a la verdad, el derecho de acceso a la justicia, el castigo a los responsables y la reparación a las víctimas. Tanto la Corte IDH como la CIDH han expresado la ilicitud de algunas leyes de amnistía proclamadas en la región, al suponer su aplicación una privación para las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial y una impunidad para los responsables. Situaciones éstas incompatibles con el artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH y con el artículo 25 de la misma, el cual consagra el derecho a la protección judicial. En definitiva, tras unos años de debate, podemos afirmar que el sistema interamericano de los derechos humanos en relación con los crímenes considerados internacionales, por ser los más graves, descansa en las bases de la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiar o indultar

de forma incondicionada, el no sometimiento a los principios de cosa juzgada y la imposibilidad de invocar el principio de irretroactividad de la ley penal y la sujeción al principio de justicia universal.

Por ello, si bien es cierto, que el derecho internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos permiten la adopción de amnistías, éstas no pueden concebirse ni consideradas como irrestrictas, absolutas e incondicionales, desconociendo las obligaciones que en todo momento tienen los Estados de proteger los derechos fundamentales y respetar sus obligaciones con las víctimas. Obligaciones internacionales entre las que se encuentran el deber de investigar, identificar y de sancionar a los responsables materiales e intelectuales, así como de reparar integralmente a las víctimas de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional humanitario. Esto no significa que la amnistía no pueda seguir siendo aplicable en la región y favoreciendo a quienes no hayan participado en hechos que constituyan crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional humanitario, cometidos por ambas partes bajo el amparo de un aparato organizado de poder.

VII. Reconocimientos

Este trabajo es el resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Grupo de investigación SEJ-399 “Derecho Común Europeo y Estudios Internacionales” del SICA (Junta de Andalucía) y del *Framework of Stars Project year 2020 -2nd part (Supporting Talented Researchers- Action 2- Incoming Visiting Professor- Long Term) CUP* de l’Università degli Studi di Bergamo (Italia).

Referencias

- Abramovich, V. (2011). Autonomía y subsidiaridad. El sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacional. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 210-229). Siglo XXI de España Editores.
- Bou Franch, V. (2019). Los límites a las amnistías concedidas en la justicia transicional. En V. L. Gutiérrez Castillo (Coord.), *Amnistías y Justicia transicional. Límites a la luz del derecho internacional* (pp. 125-167). Mc Graw Hill.
- Bonet Pérez, J. (2009). La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional. En J. Bonet Pérez y R.A. Alija Fernández (Coords.), *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional* (pp. 15 - 92). Universidad de Deusto.
- CIDH (1986). *Informe anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos 1985-1986*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm>
- CIDH (1991). *Informe 34/91 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, sobre la base del artículo 50 de la CADH*.
- CIDH (1992). *Informe 25/92 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, sobre la base del artículo 50 de la CADH*.
- CIDH (1992). *Informe núm. 26/92, caso 10.287, El Salvador, Masacre de Las Hojas*.
- CIDH (1999). *Informe núm. 136/99, caso 10.488 (El Salvador), Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos*.
- Consejo de Europa. Asamblea General (1998). *Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa núm. 1385, de 24 de septiembre de 1998*.

Corte IDH (2001). *Asunto Barrios Altos contra Perú*, Sentencia 14 de marzo 2001. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/barriosaltos.pdf>

Corte IDH (2005). *Asunto Moiwana contra Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=255

Corte IDH (2005). *Asunto Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia contra Brasil)*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=342

Corte IDH (2005), *Asunto Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/goiburu.pdf>

Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. (Coords.) (2005). *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press.

Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. (Coords.) (2007). *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, Comisión Internacional de la Cruz Roja.

Moreno Pérez, A. Las leyes de amnistía como mecanismo de impunidad. En V. L. Gutiérrez Castillo (Coord.). *Amnistías y Justicia transicional. Límites a la luz del derecho internacional* (pp. 81-123) Mc Graw Hill.

Muñoz Aunión, A y León Silva, G. A., Chile 25 años de democracia bajo una sutil impunidad. En V. L. Gutiérrez Castillo (Coord.), *Amnistías y Justicia transicional. Límites a la luz del derecho internacional* (pp. 339-354). Mc Graw Hill.

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2005). *El derecho a la verdad* (E/CN.4/RES/2005/66).

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009). *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

Naciones Unidas. Asamblea General (1973). *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad. Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsGuilty.aspx>)

Naciones Unidas, Asamblea General (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005)*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>)

Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos (1971). *Resolución núm. 1996/71. Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, el Estado de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*.

Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos (1973). *Resolución núm. 1996/73. Situación de los derechos humanos en el Sudán*.

Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos (2003), Resolución 2003/72: Impunidad. 25 de abril de 2003, Doc. ONU: E/CN.4/RES/2003/72.

- Naciones Unidas, ECOSOC (1997). *La Administración de Justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>
- Naciones Unidas. Secretaría General (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (Doc. ONU: S/2004/616).
- Naciones Unidas. Secretaría General (2004), *Informe S/2004/616, 3 agosto 2004. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos.*
- Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos (2005). *Informe de la experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Doc. ONU: E/CN.4/2005/102/Add.1).
- Orentlicher, D. (1991) Setting accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime. *Yale Law Journal*, 100(8), 2537-2615.
- Organización de Estados Americanos. Asamblea General (2006). *El derecho a la verdad*. AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06).
- Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (2001). *Welcomes granting of amnesty to detainees in Tajikistan* de 3 de septiembre de 2001.
- Pinto, M. (2007). *L'Amérique Latine et le traitement de violations massives des droits de l'homme*, Université Pantheon-Assas. Pedone
- Sánchez Sánchez, V. Las amnistías en el derecho internacional: del II Milenio a. C. hasta el S. XIX. en V. L. Gutiérrez Castillo (Coord.), *Amnistías y Justicia transicional. Límites a la luz del derecho internacional* (pp. 25-81). Mc Graw Hill.

Unión Europea (2002). *Comunicado núm. 0039/02, de 8 de marzo de 2002, del Alto Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común.*

Villalta, E. Las amnistías en el sistema interamericano de derechos humanos en V. L. Gutiérrez Castillo (Coord.), *Amnistías y Justicia transicional. Límites a la luz del derecho internacional* (pp. 205-236.) Mc Graw Hill.

Capítulo 4. Lectura y revisión de la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia en clave actual

Dra. Lourdes Miguel Sáez
Universidad Católica de Ávila

I. Introducción

La Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia se abrió paso en medio del deterioro que la Administración de Justicia venía padeciendo años atrás, pues había quedado muy comprometida su imagen y eso había tenido serias repercusiones en la valoración sobre su funcionamiento (Glover, 2022). Ciertamente en ese momento también eran los operadores jurídicos quienes reclamaban la recuperación de la confianza en la Administración de Justicia para encontrar coherencia con una democracia por todos defendida como avanzada.

A día de hoy es necesario preguntarse si las reformas que se han ido sucediendo han respaldado de manera eficaz la demanda de tutela judicial efectiva, si la Carta de derechos del ciudadano ante la Justicia ha sido capaz de generar una exigencia clara por parte de la ciudadanía y si con ello, se ha operado un cambio de paradigma en el panorama judicial, de modo que se haya restablecido la confianza y recuperado la credibilidad en la Administración de Justicia.

Los derechos contenidos en la Carta no representan un elenco tasado que impida incorporar nuevas facetas y elementos constitutivos de derechos para el ciudadano, pues aspectos que quizá antaño no eran tan significativos por no tener una proyección en ese momento mayor, hoy se torna necesario sugerir su amparo y protección. De ahí que este análisis en parte sucinto conlleve identificar las claves que han permitido generar nuevos modelos de justicia adaptados a las necesidades y pretensiones de la sociedad contemporánea.

II. Antecedentes

Desde que en 2002 se publicara la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia por el Congreso de los Diputados, veinte años después cabe plantearse si lo que en ese momento se presentaba con el fin de conseguir que la Justicia se tornara más moderna y abierta a los ciudadanos, constituía en sí una declaración de intenciones sin más o esos ideales perfectamente redactados exigían una materialización a posteriori. De hecho, en la propia carta se remite, en forma de encomienda a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados todo lo relacionado con un seguimiento y evaluación del cumplimiento de esta Carta.

La naturaleza de dicho documento ciertamente no es normativa, porque surge tras la firma del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia el 28 de mayo de 2001. Por eso, aunque se precisan en él ciertas actitudes, fórmulas y conductas que implican a los operadores jurídicos desde unos presupuestos implícitos en la propia deontología profesional, es obvio que la necesidad de un consenso y un acuerdo adoptado por escrito revela que haya dudas sobre que eso se esté observando y cumpliendo o que sea necesario reforzar el recordatorio de cómo proceder para acercar la Administración de Justicia a la Ciudadanía (Blázquez, 2010).

Dos fueron los objetivos que perseguía esta Carta y estos van a ser el eje sobre el que va a pivotar nuestra reflexión crítica, siendo por un lado conseguir una Justicia abierta y moderna y por otro, garantizar una atención especial a personas vulnerables o desprotegidas. Ciertamente, la sociedad ha evolucionado mucho en estos años y sin duda, la pandemia global nos ha situado ante escenarios complejos por los que también ha tenido que pasar la Administración de Justicia, con los propios retos y desafíos a los que se ha visto expuesta y con consecuencias varias que también han terminado incidiendo en los ciudadanos y poniendo en jaque muchas estructuras y procedimientos que se han visto colapsados por las adaptaciones e improvisaciones que se han tenido que acometer.

2.1. La Justicia ante los retos de una nueva cultura de comunicación

Dentro del primer apartado de la Carta, sobre “una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos”, se abordan varios aspectos relacionados con la

comprensión por parte del ciudadano de las actuaciones judiciales y el compromiso que la propia Administración de Justicia asume para con él, teniendo en cuenta que todas las mejoras y avances van encaminados, fundamentalmente, a conseguir que la Justicia no sólo satisfaga las pretensiones de los particulares o restaure el orden social alterado, sino que la forma en la que lo haga se adecúe a los tiempos contemporáneos donde la digitalización es la base de esa necesaria modernización.

2.1.1. *Una justicia transparente*

Al hablar de justicia transparente supone que el ciudadano va a tener acceso a una información abierta y sin reservas, que atañe a cualquier aspecto en los que se puedan ver involucrados los usuarios del servicio, bien relacionado con el funcionamiento de los juzgados y tribunales, actividades y asuntos tramitados, estado de los procesos abiertos en los que sea parte legítima o interesada o simplemente con la publicidad de las normas a través de portales electrónicos.

Según los datos reportados por el Ministerio de Justicia¹ sobre personas encuestadas en el año 2020 que comenzó la pandemia, siendo incluso un año crítico para hacer este tipo de sondeos —encuestas destinadas a valorar el servicio de atención al ciudadano del Ministerio de Justicia—, nos indican que los resultados fueron altamente positivos, pues más del 77% de los encuestados durante el primer semestre del año consideraron que la respuesta había sido muy buena o buena. Los ítems sobre los que se pronunciaron los usuarios respondían a las variables que afectan a cómo perciben el servicio recibido desde aspectos como la accesibilidad, la rapidez del servicio, el trato, la amabilidad, la calidad de la información recibida y las condiciones ambientales. Y en relación con los comentarios y propuestas de mejora, el 63,64% fueron felicitaciones. En definitiva, se registran datos con una valoración muy positiva y una satisfacción alta por los servicios recibidos y prestados por la Administración de Justicia.

¹ Recuperado de https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/1292430884460-200904_Oficina_de_atenci%C3%B3n_al_ciudadano.pdf

Interesa resaltar que ya en 2018, dentro de la Oficina de Atención al Ciudadano, se creó un buzón específico de quejas sobre los procesos judiciales para las víctimas de violencia de género. Con ello se pretendía separar estas quejas del resto que versan sobre todo tipo de circunstancias de la Administración de Justicia y plantear un protocolo de gestión diferente y también preferente para cumplir con la medida nº 106 del Pacto de Estado, al objeto de *“difundir los canales existentes y promover su utilización, para facilitar la formulación de las quejas de las mujeres víctimas de violencia de género y de los y las profesionales, sobre posibles irregularidades o anomalías institucionales o judiciales, a fin de que se investiguen, y la víctima sea informada de la situación de los expedientes y en caso de archivo, de la causa a la que este obedece, adoptándose, en su caso, las medidas que procedan”*.

El Consejo General del Poder Judicial se propuso así, por su parte, publicitar a través de cartelería los protocolos para recibir las quejas en los juzgados específicos de violencia contra la mujer, en aquellos mixtos y también en los penales que tengan casos de violencia de género. Con ello buscaba recoger cualquier inoperancia o crítica a los operadores jurídicos con los que se encuentren las víctimas que, en ocasiones, por sus circunstancias tan particulares y delicadas, refieren sentirse desorientadas, desoídas y desprotegidas.

2.1.2. *Una justicia comprensible*

En relación con la justicia comprensible, todo ello hace alusión principalmente a los actos procesales realizados en el marco de los distintos procedimientos y se debe procurar que, pese al lenguaje técnico y vocablos en ocasiones enrevesados y confusos, cualquier persona ajena a conocimientos especializados en materia jurídica sea capaz de percibir el tenor de una notificación, citación, requerimiento o emplazamiento.

Las numerosas, diversas y profundas reformas introducidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 19/2003 conllevaron la elaboración de un Reglamento, mediante el Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se

aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

En el art. 5 de dicho Reglamento se recordaba que *“la información se facilitará en términos claros y asequibles cuando las partes o interesados que la soliciten no sean profesionales del Derecho”* y más adelante, en el mismo precepto se recordaba la obligación de facilitar con suficiente antelación *“la información necesaria sobre las causas de los retrasos y suspensiones de los actos y vistas a las personas que hayan sido citadas para intervenir en ellos”* a fin de que se eviten desplazamientos innecesarios. Por tanto, se aprecia la intención, tras tomar conciencia de la dificultad del vocabulario y la terminología propia de la especialidad, de poder trasladar el mensaje en términos asequibles y comprensibles, así como comunicarse para una mejor optimización y gestión del tiempo en la programación ordinaria que puedan tener los ciudadanos.

2.1.3. Una justicia atenta con el ciudadano

Cuando se menciona que la justicia ha de ser atenta con el ciudadano hay que tener en cuenta que junto a éste también se encuentra el profesional que le asiste, con la representación y defensa técnica oportuna, y en los últimos años se ha denunciado por parte de procuradores, abogados y clientes el haber recibido un trato desconsiderado que aunque son pocas las autoridades y funcionarios judiciales, han generado alguna que otra situación incómoda. De hecho, se cosechan alguna sentencias que ponen en evidencia que no se trata ya de una cuestión de cortesía o educación sino que implica ir más allá en una actitud de profundo respeto teniendo muy presente que se está ejerciendo una función pública, llevando a tener que recurrir a la aplicación del art. 418.2 de la LOPJ para encuadrar ciertos comportamientos como *“falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial”* o el 419.2, considerando falta leve *“la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los secretarios*

o demás personal que preste servicios en la Oficina judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial”.

En los últimos 10 años encontramos algunas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre lo que supone utilizar expresiones entre jueces compañeros con ánimo despreciativo y diferenciador de uno sobre otro (STS de 3 de diciembre de 2012 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictada en recurso nº 314/2012); por desconsideración por parte de un magistrado a la víctima de un delito cuando se falla en el terreno de la urbanidad, la cortesía y los buenos modales al utilizar expresiones improcedentes, con carga negativa, de manera que *“el hecho de provocar hilaridad en el auditorio es algo incompatible con la discreción y prudencia que debe impregnar la labor de todo juez instructor”* (STS de 29 de junio de 2015 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictada en recurso nº 865/2014); o aquella en la que se confirma la sanción por dirigir expresiones con un tono brusco (degradando y vulgarizando el idioma) con malos modales contra el propio personal del juzgado (STS de 22 de julio de 2013 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictada en recurso nº 536/2012).

Afortunadamente son pocos los que incurren en este tipo de conductas anteriormente expuestas, pero es cierto que todavía, fruto de un carácter mal entrenado, de una personalidad que ha podido quedar anquilosada en costumbres estáticas que no han permitido crecer convenientemente o simplemente por la crisis de valores a la que hoy en día asistimos, en ocasiones encontramos actitudes reprobables y sancionables desde la responsabilidad disciplinaria que se cierne sobre los funcionarios de la Administración de Justicia, donde se puede confundir autoridad y vehemencia con la desconsideración y el descaro.

Por otro lado, en el art. 9 de la Carta de los ciudadanos ante la Justicia existe una remisión a la necesaria adaptación *“a las circunstancias psicológicas, sociales y culturales”*, no sólo en el trato a los ciudadanos sino también en la forma de abordar los conflictos y darles solución. Porque es cierto que persiste la duda de si en los jueces concurren esos conocimientos o competencias más allá de lo jurídico que le permitan acertar mejor con la

forma de resolver el litigio y por tanto, no sólo son preceptos jurídicos los que sostienen sus sentencias sino también, la propia realidad social. Al igual que partimos de que cada persona, a lo largo de su vida, tiene una serie de vivencias, experiencias, se adscribe a ideologías y pasa por un sinfín de emociones que lo determinan en su forma de ver la realidad así como de entenderla, lo mismo sucede con quienes se enfrentan a la difícil tarea de juzgar porque deben esforzarse en que, pese a su forma de concebir algunos ámbitos de la vida o la sociedad e incluso cualquier prejuicio que pueda tener, debe mantenerlo aislado y alejado para que no influya ni menoscabe su imparcialidad (Raga, 2018). Por tanto, en atención al ciudadano, se debe intentar reforzar el conocimiento de la ciudadanía para así responder mejor a sus inquietudes, quejas y pareceres (Lozano, 2008).

Dentro de este apartado, la puesta a disposición de recursos materiales, infraestructuras y dependencias para favorecer esa correcta atención al ciudadano es algo que todavía no se constata desde una organización aceptable, pues encontramos por ejemplo, en algún Juzgado de la Mujer, ante la queja tramitada ante el Defensor del Pueblo, la recomendación por parte de este de *“estudiar la posibilidad de habilitar una sala de espera para las víctimas, en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, donde puedan esperar hasta el momento de entrar en sala, sin tener contacto visual ni verbal con el agresor”* (Defensor del Pueblo, 2017), lo que en parte nos produce cierta perplejidad porque habiendo trabajado tanto a favor de individualizar y tramitar por la vía de la especialización estos casos, por la sensibilidad que despierta y el cuidado que se tiene para proteger a las víctimas, este detalle, que no es menor, haya pasado desapercibido.

En relación a las dependencias judiciales, en las últimas semanas se viene escuchando por parte de algunos medios de comunicación social que hay muchos juzgados que presentan escasez de personal, de materiales así como se enfrentan a unas condiciones de habitabilidad de los espacios que comprometen la seguridad por la falta de mantenimiento y el deterioro arquitectónico, provocando incluso accidentes y conllevando desastres causados por inundaciones o cortes de luz que impiden, a su vez, que los señalamientos puedan celebrarse, y en caso de seguir adelante, lo hacen a oscuras prosiguiendo con la luz de la linterna del teléfono móvil o en otros casos, tienen que solicitar que las partes presenten la documentación

impresa porque en el juzgado “*carecían de los materiales (impresora) para permitir la impresión diaria de todas las demandas, contestaciones y documentos que se presentan*” lo que sin duda nos pone frente a escenas verdaderamente surrealistas.

Ante este panorama, dudamos igualmente que los funcionarios en algunos casos puedan estar visibles ante el ciudadano (como manifiesta la Carta), permitirles identificarse no sólo con el nombre y cargo sino en la ubicación física en al menos una mesa, así como puedan ser atendido en las dependencias judiciales convenientemente. Y esto lo afirmamos porque muchas quejas van orientadas a que hay muchos interinos y cuando llegan al juzgado, no han tenido siquiera contacto con la Administración de Justicia y la formación que debería darles el órgano judicial, no la pueden prestar al encontrarse colapsados y desbordados de trabajo, lo que conlleva que aumenten y se acumulen, sin duda, los problemas.

Ya en la pandemia se mostraron muchas de esas carencias a la hora de organizar las bajas y sustituciones, los turnos y también en los medios caseros con los que fabricaban mamparas para que sirviera de barrera frente al Covid en las separaciones de la mesa del funcionario con los ciudadanos que acudían a informarse de los asuntos abiertos o que comparecían habiendo sido citados para ello. No podemos imaginar la imagen tan lamentable que habrán transmitido esos juzgados pese, seguro, a la amabilidad de sus funcionarios, pero unas instalaciones dignas también suponen un respeto hacia el ciudadano. Esto se ha tornado muy visible en las Redes Sociales que, aunque en ocasiones parecía que se trataba de una situación parodiada, solo reflejaba la penosa situación por la que atraviesan muchos Juzgados y que ha servido, al menos, para clamar por espacios y recursos a la altura de profesionales que para la ciudadanía representan seguridad y a quienes les otorgan una consideración singular.

2.1.4. Una justicia responsable ante el ciudadano

La mención de una justicia responsable ante el ciudadano se hace en términos de eficiencia y celeridad en la tramitación de los asuntos (todo ello dentro de lo posible y de lo que permitan las circunstancias procesales) así como a la hora de gestionar reclamaciones y quejas que ayuden a que la

Administración pueda funcionar mejor. En el primero de los casos, hay cuestiones que no dependen de reglas y protocolos que se puedan observar y cumplir de manera estricta, sino que, en ocasiones, los conflictos que se presentan en sede judicial son de tal magnitud y de unas dimensiones a priori incalculables, que resulta muy complicado determinar su duración.

Tenemos que entender que, junto con el avance y el progreso de la sociedad, esto no significa que la resolución de los conflictos sea una cuestión menor que incluso vea reducir los tiempos de su gestión. Quizá, en otros ámbitos de la vida el progreso se pueda traducir por una optimización del tiempo y una comodidad mayor por todo lo que supone en la facilitación de los distintos procesos. Pero, precisamente, los conflictos generalmente están imbuidos de un carácter muy personalista con intereses particulares muy arraigados, pues justo lo que no permiten es una confluencia de voluntades y una asunción rápida de acuerdos. Eso unido a que amén de la propia complejidad de los procedimientos, también las relaciones humanas se desarrollan en entornos cada vez más globales, con elementos de internacionalización que incluso dilatan aún más los tiempos o hace que los problemas tengan un cariz intercultural que comporta necesariamente un tratamiento pormenorizado atendiendo a circunstancias varias.

Por eso, que el procedimiento, por su propia naturaleza, sea complejo, que intervengan muchas partes, que a veces el impulso procesal esperado por ellas no sea el debido, que la parte documental tenga su propia envergadura o el ánimo para litigar sea abusivo o recurrente, son factores que nada tienen que ver con lo que atañe a la falta de diligencia judicial. Y esto hay que entenderlo de la manera que es para poder contrastarlo con situaciones en las que se pueda apreciar que existen anomalías que sí se podrían subsanar.

Cabe mencionar que en el “anormal funcionamiento de la Administración de Justicia”, esta idea o concepto no puede concretarse hasta que no se está frente a lo que habitualmente se considera como normal, para entonces detectar incidencias o deficiencias puntuales que distan mucho de un decurso eficaz y que provocan que incluso otros operadores jurídicos, así como los que colaboran con la Administración de Justicia se puedan ver afectados. Por eso, lo que se sigue en la actualidad judicial por parte de los

medios de comunicación y lo que se conoce más no es un funcionamiento anormal por voluntad o negligencia de quienes integran los órganos judiciales, sino que se debe a que los recursos personales y materiales son insuficientes junto con problemas de tipo estructural y una planta judicial que presenta carencia de recursos y servicios.

También es necesario reparar en que en 2020 la Justicia, aún siendo entendida como un servicio público, ha sufrido bastantes problemas a raíz de cerrar las oficinas judiciales y de dejar en suspenso los plazos procesales hasta que terminó el periodo del confinamiento. Por su parte, el Defensor del pueblo tramitó muchas quejas relacionadas con esos retrasos de la Administración de Justicia que, sin duda, se vieron agravados a causa de la pandemia y que constan de manera fehaciente en su informe anual.

Es importante hacer un análisis somero de las últimas estadísticas que vienen a confirmar un aumento de la litigiosidad y en parte, a causa de la pandemia. Así, del informe estadístico sobre la Situación de los órganos judiciales en el primer trimestre de 2021 que se publicó por Consejo General del Poder Judicial, revela que son varias las jurisdicciones que vieron incrementarse el número de asuntos: jurisdicción Civil en un 24,6%; en lo Contencioso-Administrativo un 18,6%; y en la jurisdicción social un 14,6%. En todo caso, la radiografía del panorama judicial nacional en algunas jurisdicciones en concreto, según las zonas geográficas, (por ejemplo la Social, que incluso en algunas regiones prevén retrasos de juicios laborales hasta 2023 por ERTES y despidos) se presenta muy negativa porque se ha puesto en evidencia –quizá ahora con más argumentos de peso y por las noticias que informan sobre esta situación especial de la pandemia–, todas las carencias y la falta de recursos que presenta la Administración de Justicia. En el último año han ido apareciendo y aumentando las noticias donde se critica y se pone de manifiesto el grave colapso que está sufriendo la justicia a consecuencia del Covid, de ahí que algunos medios de comunicación hayan recurrido a titulares tales como “juicios señalados para el infinito”, al prever demoras que se extienden hasta, por lo menos, el año 2024 incluso.

Conviene tener en cuenta que la ciudadanía también se muestra más sensible hacia diversos temas que de por sí, constituyen la base para conformar unos mínimos que garanticen una seguridad económica y laboral. Por eso, en ocasiones, puede existir una preocupación social mayor ante determinados asuntos que a su vez suponga una presión mayor para pedir una resolución urgente o medidas extraordinarias que descongestionen la actividad de los juzgados que han de conocer de esos asuntos en particular.

Quizá, a la vista de lo expuesto, es el momento de impulsar otros medios alternativos de resolución de conflictos que pudieran incluso llegar a ser mucho más satisfactorios para los ciudadanos y donde encontrarían una respuesta mucho más positiva. Estamos hablando de incorporar la mediación intrajudicial acompañada en este caso de incentivos y medidas disuasorias para reducir el volumen de casos ante los juzgados y tribunales, abriendo incluso la posibilidad de valorar en vía judicial, pero de manera no vinculante si las actuaciones pueden prosperar o facilitar recomendaciones y propuestas que contribuyan a una resolución mucho más amigable del conflicto creado. Esto, a su vez, iría en la línea de atisbar e identificar con antelación posibles problemas que deriven posteriormente en una litigiosidad elevada y que quizá, pudiera llegar a evitarse, sobre todo en vía de recurso. Por ende, perfilar mejor los conceptos básicos de cambios estructurales puede contribuir a una mejor planificación, organización y dirección estratégica para conseguir una justicia que sea eficaz, que trabaje de manera eficiente y que resulte, en definitiva, efectiva y así sea percibida por la ciudadanía.

De hecho, enlazando con el punto siguiente que vamos a abordar, ha habido algunas voces que se han pronunciado sobre la necesaria modernización de la justicia para hacer frente al notable aumento de la litigiosidad derivada de la Covid. Por ejemplo, se ha puesto de manifiesto la importancia de herramientas utilizadas para el análisis jurisprudencial que permiten analizar de manera rápida y sencilla los datos de la estadística judicial a través de técnicas de inteligencia artificial que, a su vez, puede contribuir a mejorar en el ámbito de la toma de decisiones. Se trata, por tanto, de medir la congestión de los tribunales, la duración media de los procedimientos, el volumen de litigiosidad, la eficiencia en la resolución y la pendencia existente. Por tanto, a pesar de la negatividad muchas veces de los

resultados obtenidos, en cuanto que puede que aumentando la litigiosidad también conlleve un colapso de la actividad de los juzgados, existen también algunos mecanismos que pueden contribuir a evitarlo o a desarrollar una capacidad de respuesta o de reacción anticipada.

2.1.5. Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada

Por último, una justicia ágil y tecnológicamente avanzada quizá es lo que comporta el núcleo de este trabajo, habida cuenta de que los retos y los desafíos de la Administración de Justicia tienen una repercusión directa para con la sociedad a la hora de gestionar la capacidad real para mantener el compromiso con los derechos y libertades de todos los ciudadanos. El proceso de modernización ya venía anunciándose en los últimos años, pero tan sólo se han acometido tímidas acciones que no han supuesto la reforma integral que venían reclamando las asociaciones judiciales al objeto de mejorar no sólo los aspectos de la retribución salarial sino también solicitando la ampliación de los recursos materiales y humanos de los juzgados y de las plantillas y la eficaz implementación de herramientas informáticas y tecnológicas para su empleo en el proceso judicial.

Existen también algunos derechos de índole general que pueden llegar a ser individualizados y a afectar en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, pues por ejemplo, no sólo influyen negativamente los retrasos en la tramitación de los procedimientos sino incluso en la propia apertura de los Juzgados de nueva creación o tras nueva ubicación por reformas en los edificios, porque el retraso en una jurisdicción por ejemplo del ámbito de familia, puede constituir un tema muy sensible y delicado al afectar a menores, ancianos y personas con discapacidad.

Si bien la crisis sanitaria ha podido comprometer en algunas jurisdicciones el funcionamiento correcto y normal conllevando retrasos, también es cierto que algo que se ha resaltado por parte de la doctrina a la hora de hacer una valoración plenamente actual sobre la situación que enfrentamos, es que las oportunidades que se ciernen para una transformación importante del sistema judicial son únicas para poder eliminar rigideces e introducir cambios en el modelo de resolución de conflictos (Bueno, 2021). Durante la pandemia, todos los sectores y las instituciones, de cualquier naturaleza

pública o privada, independientemente de su rango, especialidad, pusieron en marcha, de manera más decidida o tímida, soluciones de carácter tecnológico que supusieron una revolución sobre la que no hubo tiempo de discutir ni de presentar resistencias. Supuso un cambio operado en apenas unas semanas que conllevó el teletrabajo en un porcentaje elevado de funcionarios de la Administración de Justicia, implementar sistemas de cita previa y celebración de vistas y juicios vía telemática. Si en 2020 esto se hubiera planteado como parte de un programa con una planificación en tiempos y fases secuenciales, es evidente que aún hoy el debate seguiría abierto sin haber dado un paso al frente.

Lo que es evidente es que son muchos operadores jurídicos los que se ven afectados por las anomalías en los procedimientos. Y por eso, se puede afirmar que del retraso que se experimenta a día de hoy en las jurisdicciones (en algunas más que en otras y con vistas a prolongarse en el tiempo) no se puede culpar a la pandemia sino, realmente, a una falta de voluntad política para afrontar los problemas que muchos intuían que, tarde o temprano, terminarían por aparecer (González, 2021). Por tanto, la crisis por el Covid-19 lo único que ha hecho es acelerar y, en cierto modo, empeorar las consecuencias que ya estaban más que anunciadas.

Los juicios online o telemáticos han servido para garantizar el cumplimiento de las medidas sanitarias para la seguridad de todos los operadores jurídicos, pero aunque el uso de la tecnología se anunció como una de las medidas estrella para poder reactivar y recuperar la actividad judicial una vez concluyó el primer estado de alarma, y aunque en efecto se daba preferencia a la celebración telemática de las actuaciones judiciales en la Ley 3/2020 de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al Covid-19 en la Administración de Justicia, ni en todas las Comunidades se ha celebrado de la misma manera ni tampoco parece que estos juicios telemáticos hayan despegando como sería lo deseable. De hecho, si no se dispone de los medios necesarios para digitalizar determinados actos, para llevar a cabo conexiones virtuales y dar respuesta al sistema telemático, nos podemos encontrar con que el uso de la tecnología no implique más rapidez y eficacia (Romero, 2021), sino al revés: enquistamiento, ralentización y deshumanización, sumándose así a los problemas que pudieran surgir ya de por sí.

Afortunadamente, algunos jueces y magistrados que manifestaron estar por la labor de aprovechar estos recursos para no sumar más riesgos en plena pandemia han incrementado el número de juicios online progresivamente, de manera que, si las partes están de acuerdo con esta fórmula, con ello se consigue evitar suspensiones, desplazamientos innecesarios, riesgos de nuevos contagios y lo más importante, permite que se pueda seguir funcionando con total normalidad. Por eso, es innegable que actualmente nos encontramos ante una transición en la que el legislador va a tener que adaptar la realidad tecnológica a la relación jurídico-procesal (Muro, 2022).

Aunque en la teoría resulta todo muy atractivo y casi obliga a creer en este sistema sin apenas cuestionar nada, en la práctica el debate existente recoge opiniones diversas, por lo que no todo parece responder a las necesidades presentes con la solvencia precisa. Ciertamente es que, por ejemplo, algunos letrados solicitaron comparencias telemáticas y se denegaron. Pero, por otro lado, atendiendo a la naturaleza del proceso y a las características de este en torno al supuesto que se aborda, algún profesional se ha pronunciado en contra de recurrir a esta posibilidad siempre, admitiéndola solo cuando “no corra riesgo la calidad del juicio, garantizándose que será absolutamente justo”. Pero para poder utilizar a día de hoy estos medios con cierta habitualidad o con un margen de discrecionalidad mayor a la hora de recurrir a ellos, sería necesaria una Ley que regulara todos los aspectos que se encuentran en juego y que, por ejemplo, otros requerimientos que se encuentran íntimamente vinculados a la gestión procesal, como es el acceso al expediente judicial de forma electrónica por parte de los letrados, fuera factible y no presentara todavía hoy en día tantos problemas, pues tampoco se gestiona de igual forma en todos los territorios.

Muchos representantes de organismos que defienden los intereses de los operadores jurídicos afirman que lo que ha hecho la pandemia es constatar y poner de manifiesto que la Administración de Justicia presenta todavía muchas dificultades de tipo tecnológico (García-Varela 2020). Y precisamente, esta puede ser la razón por la que muchos miembros de la judicatura no terminan de aprobar los juicios vía telemática y persisten en sus reticencias, en parte lógicas.

Aunque el planteamiento de la justicia tecnológicamente avanzada dentro de la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia apela a las relaciones de comunicación del ciudadano con la Administración de Justicia, vamos un poco más allá para plantear la incorporación de la figura del teletrabajo que conllevará muchas ventajas y beneficios para el usuario de los servicios de justicia. Esto sería un hito importante y revolucionaría la forma de entender la Justicia, con visos de alcanzar una mejor organización interna y por ende, favorecer la atención al ciudadano.

No obstante, frente a la necesaria transformación digital de la justicia no se debe olvidar que se han de mantener mecanismos y modelos de comunicación adaptados a la capacidad de las personas para entenderse y dominar los dispositivos electrónicos, debiendo asegurar medidas para un trato preferente en sede física o telefónica de personas mayores a las que, generalmente, las tecnologías les generan ansiedad para realizar trámites sencillos que para ellos se tornan complejos en el entorno virtual. Se trata, por tanto, de trabajar por una justicia que se desarrolle en términos electrónicos y telemáticos sin perder de vista la inclusión en el ámbito judicial para colectivos que, de no tenerles presentes, estarían abocados a la exclusión.

III. La promoción de un modelo de Justicia social e inclusiva

El elenco de personas identificadas como colectivos vulnerables en la Carta de derechos del Ciudadano ante la Justicia es variado, y en una sociedad en la que cada vez se intenta visibilizar y concienciar hacia una mayor protección y reconocimiento de derechos, es necesario esforzarse por su plena inclusión en contextos en los que, como le ocurre a cualquier ciudadano, normalmente les puede resultar más ajenos.

A lo largo de estos años creemos que en España no se han escatimado esfuerzos por hacerse eco de las necesarias medidas que deben articularse para la protección de las personas con necesidades especiales sea cual sea el colectivo de pertenencia. Aún así, que existan profesionales que continúen demandando adaptaciones concretas, que manifiestan necesidades específicas no cubiertas y que pidan incluso instalaciones y

recursos tecnológicos para servir mejor a la ciudadanía, es algo que demuestra una clara voluntad por hacer las cosas bien.

Resulta interesante que, en el Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, se trabajara en la propuesta de varias medidas generales y específicas para abarcar los distintos colectivos vulnerables que pudieran verse afectados en una situación tan particular en la que, quizá, las dificultades para ellos puedan verse incrementadas. Pero cabe destacar que estas medidas no vienen a ser puntuales, sino que implican un cambio en la perspectiva de actuación a futuro, entendiendo esta como la oportunidad de fijar presupuestos sobre los que venía siendo necesario pronunciarse y que la coyuntura ha impulsado su abordaje con las respectivas propuestas.

Es obvio que a la ciudadanía no le tiene que incomodar que, en la aplicación de estas medidas, se trate de dar preferencia a estos colectivos, pues eso no obsta para que se siga garantizando el acceso a la justicia en términos plenos de igualdad, no discriminación y también de accesibilidad universal para toda la ciudadanía, aún previendo estos ajustes que se entienden razonables de modo que se favorezca una justicia más cercana y cómoda para personas mayores y con discapacidad (Araoz, 2019). Por ejemplo, la crisis sanitaria ha supuesto una oportunidad para favorecer el bienestar de los mayores y hacerse conscientes de que en este rango de edad avanzada se han producido muchas pérdidas y que esto ha inferido en la población una preocupación y una devastación emocional importante.

3.1. Protección de víctimas del delito

En la protección de víctimas de delitos, cabe hacer alusión a la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, que en su preámbulo aclaraba cómo *“la finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”*.

También tras la crisis sanitaria por la pandemia, el Consejo General del Poder Judicial, en las medidas propuestas para agilizar los procedimientos judiciales tras el estado de alarma, teniendo en cuenta la afectación a colectivos especialmente vulnerables, en concreto a las víctimas de violencia de género y víctimas de trata, propuso que la declaración de la víctima durante la fase de instrucción, para que pudiera servir posteriormente como prueba preconstituida, se realizara con todas las garantías legalmente exigidas (Gonzalo, 2020), por medio de la habilitación de herramientas técnicas de comunicación (por ejemplo, videoconferencia) para que la participación de la víctima pudiera ser a través de medios telemáticos y que el acto quedara grabado en un soporte visual. Con esta medida el objetivo era triple: *“asegurar la prueba, favorecer la protección de la víctima, evitando que tenga que volver a acudir a las dependencias del Juzgado de Instrucción, y minimizar la victimización secundaria que deriva de la multiplicidad de declaraciones judiciales y de la necesidad de compartir espacio físico con las personas investigadas, sus Letrados defensores y las personas de su entorno”*.

3.2. Protección de los menores

Hablando por otro lado de Protección de menores, sin duda, en estos años han sido bastantes las circulares de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de protección de menores y el reforzamiento de la tutela del interés superior del menor en los procedimientos de familia, donde los menores se encuentran a merced de situaciones que les sobrepasan y exceden su comprensión, pero que no dejan de convertirse en parte del objeto de la confrontación entre sus progenitores.

Las actuaciones tendentes a asegurar la protección de los menores son patentes y se ha podido comprobar que la adecuación a las situaciones emergentes que han requerido urgencia y determinación ha sido coherente y oportuna. También en los dos últimos años por la crisis de la Covid se ha tratado de solventar los casos de menores en situación de desamparo, menores víctimas de violencia machista o menores infractores con una atención singular. En efecto, las medidas adoptadas y los protocolos que se han ido sucediendo y aprobando han sido tendentes a evitar su victimización

o a paliar los efectos y las consecuencias de los conflictos surgidos en el ámbito familiar.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha recogido en su art. 11 ese derecho de los menores a ser escuchados, cuando son víctimas: *“1. Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior. 2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana. 3. Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración”*.

Precisamente, para garantizar la protección de los menores en todas las facetas, máxime cuando son víctimas de delito, se viene exigiendo la obligación de formar y especializarse en materia de protección de víctimas menores, de incrementar la instalación y uso de dispositivos técnicos y habilitar las salas para conseguir espacios menos hostiles así como también crear nuevos Equipos psicosociales para valorar a las víctimas y por tanto, que reciban una protección específica e inmediata en función del riesgo que entrañe para su integridad física y psíquica.

Al hilo de esto, debemos reseñar que ha comenzado a funcionar el primer Juzgado especializado en la Violencia contra la Infancia y la Adolescencia con el objetivo primordial de que los menores sufran menos revictimización secundaria. Se trata de un proyecto pionero que ha sido autorizado por el Consejo General del poder Judicial amparándose en la disposición final

vigésima de la Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia que prevé “*especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales*” y con el que se busca que, pese a que los menores de edad tienen derecho a ser oídos, lo hagan narrando los hechos solo una vez y ante personas que han sido seleccionadas cuidadosamente entre profesionales especializados en infancia, como pueden ser médicos forenses, psicólogos forenses y trabajadores sociales.

Para la comparecencia de menores en sede judicial, que se presume que debe ser adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y que debe hacerse en condiciones de bienestar psicológico evitando reiteración de comparecencias innecesarias, es interesante poner el foco en algunas iniciativas que se vienen trabajando en el marco de proyectos de investigación con entidades profesionales e Instituciones Académicas. Por ejemplo, en algunos Juzgados de violencia de género de Madrid, en 2014 ya se puso en marcha una iniciativa a base de utilizar perros de apoyo para menores que tienen que declarar en sede judicial, de manera que les ayude a estar más relajados, a rebajar los niveles de ansiedad y conseguir con ello también que su declaración sea lo más fidedigna posible, sobre todo en los casos en que ha sido testigo o víctima de un abuso o de un caso de violencia, sabiendo que el estrés que rodea al menor es mayor no sólo por el carácter intimidante del lugar sino también el miedo que a veces arrastran al pensar que sobre lo que puedan decir sobrevengan consecuencias negativas para ellos. El que un animal doméstico pueda llegar a ser un apoyo emocional y romper el muro que a veces los menores levantan para no contar sus vivencias y experiencias tan dolorosas y traumáticas, es una aportación que se debe fomentar allí donde existan medios, voluntad y usuarios potenciales de este servicio.

Por ejemplo, es loable también el esfuerzo realizado en algunas Comunidades con el fin de humanizar la justicia y empatizar con situaciones que sirvan para facilitar la organización, por ejemplo, de mujeres maltratadas, previendo espacios para un servicio de guardería dentro de las instalaciones del Juzgado para que puedan dejar ahí a sus hijos mientras realizan cualquier trámite.

3.3. Protección de discapacitados

En relación a la protección de discapacitados, sabemos que Plena inclusión España (entonces FEAPS) se responsabilizó de la publicación del informe “Las personas con discapacidad intelectual ante los procesos penales”, con el que buscaba analizar y evaluar el impacto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico penal español, aprovechando para poner de manifiesto un problema en parte invisible, provocando en ocasiones situaciones de indefensión. Con ello quiso resaltar también las barreras existentes en el acceso a la justicia y también la vulneración de derechos, a veces sistemática, a las que tienen que enfrentarse las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo cuando tienen que comparecer en los procesos judiciales.

Un tiempo después, en 2016 la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, que pertenece a Plena inclusión España, publicó un informe sobre la falta de accesibilidad a la justicia en el ámbito civil. En el mismo, fueron personas con discapacidad intelectual o del desarrollo que se habían encontrado dentro de procesos de modificación de capacidad (De Lucchi, 2021) quienes señalaron que, antes del proceso, no recibieron información acerca de lo que iba a suceder y si se la dieron, no llegaron a comprenderla correctamente. De hecho, las palabras técnicas utilizadas y la secuencia de actos en la vista resultaron para ellos totalmente ajenos. Incluso, algunos de ellos manifestaron que como no entendían lo que estaba pasando, mostraron su conformidad con lo que les decían o asentían, afirmando estar de acuerdo con los términos expresados, aunque realmente no lo estaban.

Igualmente, se han hecho importantes contribuciones a la accesibilidad de personas con discapacidades diversas, como la visual o ceguera, así como para personas sordas o mudas. Aunque afecta a la carrera judicial, como parte de este progreso hacia la inclusión, interesa traer a colación aquí la decisión que adoptó el Consejo General del Poder judicial para propiciar que personas que estuvieran privadas del sentido de la vista pudieran ingresar en la carrera judicial, una vez superadas las pruebas selectivas de acceso a la Judicatura con los ajustes y aquellos condicionamientos por la discapacidad padecida, pudiendo entrar en ese cupo que contempla una reserva de plazas para personas discapacitadas. Sin duda, la

Administración de Justicia no sólo avanza con decisiones y pautas de singular trascendencia a nivel de la comunicación con el ciudadano sino también en este ámbito más interno donde el ejemplo se sitúa como el mejor reclamo para esta consideración jurídica.

Por otro lado, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2017 que modificaba la Ley Orgánica 5/1997 sobre la figura del Tribunal del Jurado, se estableció que las personas con discapacidad pudiesen formar parte de acuerdo con la igualdad de trato y no discriminación, y donde inicialmente se recogía la exigencia de que quien fuera parte del jurado no podía estar *“impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado”*, ahora se establecía que el requisito era *“contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado”* y añadiendo que *“las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”*. Por eso, hemos querido traer a colación esta modificación porque fuera de entenderlo como una obligación para las personas con discapacidad, se entiende como una oportunidad para que puedan participar en la justicia a través de la figura del Tribunal del Jurado, instando a las Administraciones Públicas competentes la provisión de *“los medios de apoyo necesarios en los Tribunales de Justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado”*.

Por último, hay que recalcar que, desde la ONU, recientemente se ha manifestado preocupación por el acceso de personas con discapacidad en la utilización de los sistemas de Justicia de todo el mundo, emitiendo directrices que responden a los desafíos que afrontan las personas con discapacidad para garantizar ese acceso efectivo a la Justicia y ayudar con ello a los países a remover los obstáculos y los sistemas paralelos que puedan impedir el acceso a todas las personas.

IV. Consideraciones en torno a la justicia gratuita y deontología profesional

Sin lugar a duda, este derecho a la justicia gratuita se observa escrupulosamente para dar cobertura a personas en situación de vulnerabilidad económica y facilitarle poder ser atendido por un abogado en las mismas condiciones que otro ciudadano con solvencia económica. Pero a pesar de que los Colegios de Abogados vienen velando por este derecho y también llevan a cabo actividades de formación permanente y cualificadora para profesionales de la abogacía que prestan este servicio, todavía se detectan aspectos a mejorar y por parte del Consejo General de la Abogacía Española se insta a la reforma de una ley que ya tiene 25 años de vigencia.

El Defensor del Pueblo ha señalado en alguna ocasión y lo ha dejado patente en su Informe anual, que precisamente ahora tras el empobrecimiento de la población a causa de la pandemia, es necesario que el sistema de justicia gratuita funcione correctamente, manifestando por ello una particular preocupación y quedando atento a los proyectos normativos que pudieran desarrollarse por parte del Ministerio de Justicia. En 2020 la Institución tramitó algunas quejas en las que se planteaba la necesidad de su reforma para que fueran más ciudadanos los que pudieran acceder a este servicio. Por su parte, el Ministerio de Justicia explicó que se estaba trabajando ya en varios proyectos normativos que tenían incidencia directa en el sistema de asistencia jurídica gratuita. Ya en 2021, se aprobó el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

Por otro lado, las Comisiones Deontológicas de los Colegios de Abogados se preocupan por supervisar aquellas incidencias que surgen en las designaciones efectuadas por el Servicio de Justicia Gratuita y Turno de oficio y tramitar los expedientes sancionadores, cuando sea necesario, imponiendo la correspondiente sanción en función de la gravedad de la conducta. Como en toda profesión, no se trata de juzgar a un colectivo en concreto ni tampoco condenar a todos los que pertenecen a ese sector por el hecho de que sean unos pocos los que incurran en este tipo de incumplimientos. Las noticias en los medios de comunicación social nos recuerdan que sigue habiendo quejas en las entidades colegiadas por parte

de los ciudadanos, donde una de las causas más recurrentes es la desatención del letrado al cliente, junto con falta de información y de entrega de documentación relacionada con el asunto al cliente, así como en algún caso, por haber mantenido contacto con la parte contraria siendo ya esta asistida por un abogado.

Por ejemplo, un compromiso firme hacia la formación lo mantiene el Consejo General de la Abogacía Española que fomenta la formación jurídica como vía para actualizar conocimientos jurídicos en el ámbito de la gestión procesal como mecanismo queda forma al derecho sustantivo. Por otro lado, el hecho de que se haya regulado el acceso a la profesión de abogado y procurado mediante una ley que prevé una formación universitaria oficial como título habilitante, también es un paso para reforzar conocimientos vinculado a la función social del abogado desde la ética y la deontología profesional, así como conocimientos y habilidades para gestionar de manera profesional un despacho en las diversas áreas de actuación: recursos humanos, proyectos, estrategias, etc.).

V. Hacia una mejora de la eficacia judicial

Este recorrido que hemos realizado por la Carta de derechos del ciudadano ante la Justicia no se puede desvincular de las últimas normativas que se han dispuesto para impulsar y mejorar la eficacia de los juzgados y tribunales, que comportarán un cambio considerable en la forma de entender la Justicia y también en la forma de presentarla a la ciudadanía, de una forma mucho más accesible, eficiente y sostenible. Se trata de acometer una transformación sustancial que refuerce la Administración de Justicia como servicio público.

En este sentido, a pesar de algunos informes del Consejo General del Poder Judicial alertando y advirtiendo de varios aspectos que se han de tener en cuenta, existe un amplio consenso para dar el Visto Bueno a las tres leyes impulsadas desde el Ministerio de Justicia para mejorar la eficacia judicial que aún se encuentran en fase de anteproyecto de ley: son la ley de eficiencia procesal, la de eficiencia organizativa y la de eficiencia digital. Estos proyectos legislativos se conforman dentro del plan Justicia 2030, en el que el Ministerio de Justicia avanza y cuyos objetivos son la consolidación

de los derechos y garantías de la ciudadanía, la promoción de una mayor eficiencia del servicio público y garantizar en todo el territorio el acceso a la Justicia.

El Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia, recoge la creación de tres figuras que serán fundamentales: los Tribunales de Instancia, la Oficina Judicial y las Oficinas de Justicia en el municipio. Con ello, admite que *“El modelo de organización judicial basado en el tradicional Juzgado unipersonal, hoy está condicionando las posibilidades de lograr un servicio público de Justicia más eficiente. La respuesta a las necesidades surgidas por el incremento de la litigiosidad y la consiguiente carga de los Juzgados y Tribunales ha sido siempre el establecimiento de nuevos órganos judiciales y de medidas de refuerzo. Sin embargo, estos aumentos en la dotación de medios personales y materiales no han dado el fruto esperado, al menos no en proporción a las inversiones realizadas y el desarrollo de las nuevas tecnologías y su alto grado de implantación en la Administración de Justicia, tras la decidida apuesta del Ministerio de Justicia, del Consejo General del Poder Judicial y de las comunidades autónomas por incorporar estos avances a la estructura judicial y a la organización de las oficinas, ofrece innumerables medios y posibilidades organizativas que no existían hace escasos años”*.

Por eso, se espera que esas tres piezas contribuyan a una gestión y organización mucho más eficientes, y con ello se vea reducida la brecha territorial, digital y ecológica. Igualmente, que se aproxime los servicios públicos a la Ciudadanía independientemente del lugar en el que se habite, prestando especial atención a mujeres víctimas de violencia, personas mayores -que de algún modo necesitan un acompañamiento personalizado para poder realizar sus gestiones con la Justicia-, niños y jóvenes. Todo ello en la línea de los presupuestos que contempla la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia.

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, encontrándose también actualmente tramitándose, hace hincapié en la defensa de los medios de solución de controversias (MASC), con el fin de aumentar la sostenibilidad, de evitar o reducir la litigiosidad que existe en los tribunales y promover así la cohesión

social (Vilalta, 2021). Se pretende, con ello, que la Justicia adquiriera un papel activo en el desarrollo económico.

Por último, la Ley de eficiencia digital del servicio público de Justicia, también en tramitación, pretende culminar ese impulso que se quiere dar a la Justicia por parte del Ministerio de Justicia. Esta ley tiene como objetivo el establecimiento de un marco jurídico que contribuya a facilitar y promover la digitalización, de modo que regule los servicios digitales accesibles a la ciudadanía, refuerce la seguridad jurídica en todo lo relacionado con el ámbito digital y oriente al dato los sistemas de Justicia. Esta norma dispondrá medidas estructurales para aquellos actos procesales telemáticos y vistas que durante la pandemia se implantaron y después se han ido consolidando. Según las cifras, son más de 590.000 los juicios telemáticos que se celebraron en la pandemia y que supusieron aproximadamente un ahorro en desplazamientos de más de 12 millones de euros, evitando a su vez la emisión de más de 5.850 toneladas de CO₂.

VI. Reflexiones finales

La radiografía que podemos extraer del análisis de la aplicación en la práctica de los presupuestos de la Carta de derechos del ciudadano ante la Justicia es bastante positiva, a pesar de que todavía queda camino por recorrer a la hora de encajar los avances de la sociedad con la forma de configurar el modelo deseable que debe regir en la Administración de Justicia. Esperar que todo funcione de manera perfecta es un ideal inalcanzable porque el producto sobre la base de la gestión de la Justicia es humano. Desde esa asumida imperfección, con notas también enriquecedoras de visión hacia el progreso, se ha de procurar encontrar el equilibrio y valorar los pasos que se están dando para introducir reformas significativas que marquen una plena transformación de la Justicia.

La situación de la pandemia ha empujado, sin duda, a admitir fórmulas que antes no tenían cabida o que, si se habían propuesto, no había convencimiento para servirse de ellas. Creemos, pues, que es ahora el momento de hacernos conscientes de los errores que han surgido, las posibilidades de enmendarlos y sobre todo, abrir la puerta a nuevas formas

de mejora para que la Administración de Justicia funcione con las prestaciones requeridas en una sociedad digitalizada.

Se espera, como bien advertía el Consejo General del Poder Judicial al pronunciarse sobre el anteproyecto de Ley de eficiencia procesal, que teniendo las leyes que están en vías de aprobación un marcado carácter de permanencia y generalidad, su impulso no obedezca a hechos coyunturales que han acelerado su creación sin tener voluntad firme de sostener el proyecto a largo plazo y partiendo, de manera consciente, de la realidad imperiosa de reforma que ya se venía imponiendo desde hacía tiempo.

VII. Reconocimientos

Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Camilo José Cela en el marco del Proyecto "Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital". DEFSOD 21-22.

Referencias

- Araoz, I. (2019). *Acceso a la Justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo. Plena Inclusión España*. Cuadernos de Buenas Prácticas.
- Blázquez Martín, R. (2010). La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la justicia, ocho años después. *Jueces para la Democracia*, (68), 44-50.
- Bueno De Mata, F (2021). *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*. Tirant lo Blanch.
- De Lucchi López-Tapia, Y. (2021). Las personas con discapacidad ante el proceso de modificación de la capacidad jurídica y sus garantías. En Álvarez Alarcón, A. (Coord). *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (pp.391-409). Tirant lo Blanch.
- García-Varela, R. El proceso de transformación digital en la Administración de Justicia española. *Diario la Ley*, 9731, 1-9.

- Glover, H. (2002). Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (63), 22-26.
- González, F. (2021). La digitalización de la Administración de Justicia frente a la pandemia del Covid 19: el caso de la brecha digital. En B. Martín Ríos y J. Martín Ostos (Dir.), *Derecho y pandemias* (pp. 151-162). Marcial Pons.
- Gonzalo Rodríguez, M.T. (2020). La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial. *Revista jurídica de Castilla y León*, (51), 99-138.
- Lozano Muñoz, P. (2008). *La carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia: los órganos judiciales en internet: puntos de atención a ciudadanos y profesionales en la red*. Estudios jurídicos.
- Muro Moreno, M. (2021). Los actos de comunicación en el marco de la Justicia Digital. En A. Perea González (Coord), *Diálogos para el futuro judicial*. *Diario La Ley*, 10019, 1-17.
- Raga Marimón, M. (2020). El vínculo entre la Justicia y la Ciudadanía. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (24), 185–187.
- Romero Jiménez, G. (2021). La Carta de Derechos Digitales y el ejercicio práctico de la abogacía. *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, (9), 1-19.
- Sánchez Blanco, A. (2017). La carta de derechos de los ciudadanos ante la administración de justicia. En: *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*. Robles Garzón, J.A (Coord). (pp. 955-974). Cizur Menor: Aranzadi.
- Sarrión Esteve, J. (2009). La Carta de los Derechos Fundamentales: un instrumento al servicio de los ciudadanos. En C. Benlloch, P.J. Pérez, J. Sarrión (Eds), *Construyendo ciudadanía europea a través de las TICs* (pp.199-224). Editorial Comares.

Vilalta Nicuesa, A. E. (2021). Acceso a la justicia y su transición digital: hacia una justicia abierta al ciudadano. *Revista General de Derecho Administrativo*, (58), 1-50.

Referencias legislativas y otras fuentes

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. «BOE» núm. 231, de 27/09/2005. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-15939>

Consejo General del Poder Judicial. Medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma. 11 mayo 2020. <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/-La-Comision-Permanente-aprueba-el-segundo-documento-de-trabajo-sobre-medidas-destinadas-a-colectivos-especialmente-vulnerables->
=

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>

Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de asistencia jurídica gratuita. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-3698>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>

Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios.
<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLO.pdf>

Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. 2021.
<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>

Anteproyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia. 2021.
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf

Defensor del Pueblo. Informe 2017.
<https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2017/>

Defensor del Pueblo. Informe 2021.
<https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2020/>

Observatorio de la actividad de la justicia. Informe 2020. Fundación Wolters Kluwer. 2020.

Capítulo 5. Reflexiones sobre la normativa vigente y el derecho proyectado en materia de digitalización de sociedades mercantiles

Dr. Iván Martín Gómez
Universidad Católica de Ávila

I. Introducción

Mucho se ha escrito acerca de la cuarta Revolución Industrial en la que nos encontramos inmersos en la cuál, la tecnología nos permite controlar el mundo, sin saber exactamente los límites éticos de dicho control. La aplicación de la tecnología a los distintos sectores económicos ha sido considerada por algunos autores como un problema y por otros como una oportunidad (Blanco, 2018).

El impacto de esta revolución en los distintos sectores empresariales, necesariamente han requerido del tratamiento jurídico adecuado por parte de los legisladores europeo y español, a fin de adaptar el derecho a las nuevas realidades económicas y sociales existentes.

En el ámbito del derecho de sociedades, se han dado ya en nuestro ordenamiento jurídico los primeros pasos para lograr esta adaptación jurídica, como son los medios telemáticos que se vienen utilizando para representar en formato digital las anotaciones en cuenta de las acciones y obligaciones; o como los mecanismos utilizados en la sociedad de nueva empresa como entidad de rápida constitución por tramitación telemática, flexibilidad en cuanto su objeto social, certificación negativa de la denominación social en menos de veinticuatro horas, así como la eliminación de la obligatoriedad del libro de socios.

Sin embargo, la doctrina se mostró inicialmente cautelosa respecto de las oportunidades que planteaba la transmisión de voz y datos de forma simultánea sin necesidad de presencia física, para la celebración de reuniones, sesiones y emisión de votos de los órganos de gobierno de las

sociedades, por entender que puede suponer una pérdida de las deliberaciones y el carácter colegiado de los órganos (Vega, 2015).

Con el paso del tiempo, estos mismos autores han ido asumiendo que las instituciones y sus órganos han de ir evolucionando al ritmo de las herramientas que se brindan para el funcionamiento de las mismas en el Mercado. Bajo esta premisa, el marco regulatorio de las sociedades debe, al menos, ofrecer la posibilidad de que, el desarrollo de la vida de la empresa pueda llevarse a cabo aprovechando los medios telématicos que la tecnología pone a disposición de las sociedades, Notarios y Registradores.

A lo largo de este trabajo se pretenden exponer los principales aspectos que deben ser tratados por el legislador español a tenor de la transposición de la conocida como “Directiva de digitalización de sociedades” Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.²

Tras describir el contexto normativo europeo, se exponen las principales líneas que recoge dicha Directiva respecto a uso de medios digitales en el derecho de sociedades, así como las posibilidades de adecuación a nuestro derecho a la Directiva (constitución, interconexión de registros, funcionamiento de la sociedad, funcionamiento de sucursales en otro Estado miembro, inhabilitación de administradores y votos electrónicos).

A continuación, se hace una mención especial a la sociedad express en nuestro país y se describen las consideraciones de la doctrina sobre el derecho proyectado que ha previsto el legislador, a fin de llevar a cabo la mencionada transposición.

Para terminar, se plantea una reflexión crítica sobre ciertos aspectos que parece que pueden quedar sin tratar por parte del legislador y que, coincidimos con la doctrina en que deberían incluirse en la nueva legislación en esta materia, ante la oportunidad que brinda la necesaria transposición de la Directiva.

² Disponible el texto completo en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81158>
Consultado en fecha 17 de febrero de 2022.

II. Contexto normativo europeo

Según nos indica la doctrina (Cohen, 2021), si tratamos de analizar la digitalización de las sociedades mercantiles, podemos abordar distintos ámbitos de aplicación: ejercicio del derecho de voto por los socios, celebraciones de reuniones telemáticas de los órganos sociales, etc.

La Unión Europea en el año 2001 consideraba necesaria una revisión del derecho de sociedades puesto que no estaba adaptado a la realidad vigente en aquel momento, en lo que se refería a avances tecnológicos de información, desarrollo de un Mercado Único, mercados europeos de valores...De tal forma que en 2012 se aprueba el *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*, con un doble objetivo: mejorar la eficacia de las empresas y reforzar la posición de los accionistas y la protección de terceros.

Para llevar a cabo la ejecución del Plan de Acción de 2012, la Comisión Europea hizo pública con fecha 25 de abril de 2018 el llamado “Paquete de Derecho de Sociedades”, cuya finalidad fue establecer normas más sencillas y menos costosas para las sociedades, en relación con la constitución y registro de sociedades y la realización de modificaciones estructurales transfronterizas.

Este Plan está formado, por un lado, por la Directiva de Digitalización (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo relativo al uso de medios y procesos digitales en el Derecho de Sociedades y, por otro, por la Directiva de movilidad, Directiva (UE) 2019/2121 del parlamento europeo y del consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Es necesario hablar en este punto de la estrategia seguida por la Unión para fomentar el uso de las nuevas tecnologías a fin de obtener un Mercado digital único conectado, que se basa en tres aspectos fundamentales: mejora del acceso de empresas y consumidores a todos los bienes y servicios en línea, fijar la normativa adecuada que permita favorecer la innovación, la

inversion, la competencia leal y la igualdad de condiciones así como aprovechar el crecimiento de la economía digital europea (Cohen, 2021).

Analizaremos con detenimiento la Directiva de Digitalización a fin de comprender la composición de lugar en la que nos encontramos en cuanto a la normativa societaria relacionada con, por un lado, la comunicación y publicidad entre los Registros Mercantiles de los Estados miembros, y por otro, los procesos constitutivos y de funcionamiento de las sociedades que son susceptibles de digitalización.

III. Directiva de Digitalización

Para poder contextualizar la aplicación de la Directiva, hemos de hacer mención al Reglamento (UE) 2018/1724 que establece la pasarela digital, y en virtud del cual se ofrece a todos los ciudadanos de los Estados miembros, la posibilidad de contar con enlaces que proporcionen información concisa y de fácil consulta, que ayude en la constitución de sociedades y en el registro de sucursales.

De igual forma, a estos efectos, el desarrollo de la identidad digital cobra especial relevancia debido a que en el Reglamento (UE) 910/2014, encontramos la regulación sobre el uso de medios de identificación electrónica transfronteriza expedidos en otro Estado miembro, que han de contar con la seguridad exigida en dicha norma.

En este contexto, el objetivo de la Directiva es ofrecer soluciones digitales desde la óptica jurídica a las sociedades mercantiles en el interior de la Unión Europea, a través del diseño del procedimiento de funcionamiento de la actividad corporativa y supone, al mismo tiempo, que la interconexión de registros mercantiles europeos mejore (Fernández-Tresguerres, 2020).

El ámbito de aplicación objetivo será la constitución on line de sociedades, la creación y funcionamiento de sucursales, la estructura y publicidad de datos y la interconexión de registros.

El aspecto más importante que se persigue con esta regulación es eliminar los obstáculos para las sociedades y la reducción de costes durante toda su existencia. Así, la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, fue aplicada de forma muy diversa por parte de los Estados miembros, ya que no todos disponían de los medios electrónicos a efectos de contar con un Registro de las sociedades mercantiles de cada país. Muchos Estados, tampoco tenían la opción de poder proveer a las sociedades de los medios digitales para la realización de los trámites necesarios de constitución, registro, presentación de cuentas, etc. (Cohen, 2021).

Esto llevó a las instituciones europeas a armonizar esta materia a través de la publicación de una nueva norma, la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 relativa a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, que fija normas sobre publicidad e interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades de los Estados miembros. Esta Directiva debía quedar transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, como regla general, antes del 1 de agosto de 2021.

La principal línea que sigue esta modificación la encontramos en la intención del legislador europeo, de ayudar a alcanzar el objetivo de crecimiento económico y la creación de empleo mediante la configuración de un entorno jurídico y administrativo para la digitalización y la globalización.

En cuanto al ámbito de aplicación que describe la Directiva, si lo circunscribimos a nuestro derecho, podemos considerar que será de aplicación a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones.

Antes de analizar, con más detalle, los aspectos concretos que afectan a nuestro derecho en cuanto a la digitalización de procesos o actos durante la vida de la sociedad, la doctrina. (Cohen, 2021), indica los principales elementos de la norma:

- 1) Estamos ante una norma de mínimos puesto que solamente establece para los Estados, la obligación de prever un sistema de constitución de las sociedades íntegramente en línea.

- 2) Este requerimiento de constitución en línea se extrapola a todo el funcionamiento de la sociedad, es decir, los Estados deben prever un procedimiento telemático que rija durante toda la vida de la compañía.
- 3) Los Estados han de facilitar un Sistema de Registros que les permita informarse entre sí y registrar sucursales en otros países.
- 4) Se produce una modificación en cuanto a la incorporación del deber de velar por asignar un identificador único europeo, que identifique a las sociedades en las comunicaciones entre los Registros.

En este sentido, si tomamos en consideración lo realizado por otros países de nuestro entorno, según indica la doctrina (Álvarez, 2021), observamos como, tanto Italia como Alemania, han optado por transponer tan sólo los aspectos mínimos requeridos por la Directiva: constitución de sociedades, solo referido a las limitadas y con aportaciones en metálico. Por otra parte, para aquellos actos que tienen especial transcendencia personal (testamento, familia, acuerdos con necesaria negociación, entre otros), se mantendrá la exigencia de presencia física.

3.1. Constitución de sociedades

Es importante considerar que la constitución on line de sociedades no es una opción que sustituya a las formas tradicionales, sino que es una alternativa.

En lo que respecta a los aspectos más relevantes sobre los que debe versar la transposición, debemos hacernos eco, en primer lugar, de la constitución de las sociedades, para lo cual, la Directiva persigue que el fundador no tenga que comparecer ante notarios y registradores, para la constitución de sociedades en línea y que lo haga sin aportar documentos. No obstante lo anterior, el legislador persigue que la función del notario sea la misma: garantizar la exactitud material de las operaciones sin la necesidad de que el fundador se persone, pero fijando controles en cuanto a la identificación y capacidad jurídica de los solicitantes (Boquera, 2021).

Las formas para realizar estos controles variarán en función de cada Estado, sin embargo, podemos mencionar las siguientes: el control de la identidad

se realizará a través de videoconferencia más identidad electrónica de los socios, mientras que el control de la capacidad se llevará a cabo a través de la entrevista a fin de comprobar que tiene capacidad de obrar y que está entendiendo para qué está prestando consentimiento.

Será necesario el uso de la apostilla electrónica a los documentos notariales, en cuanto se precise su mantenimiento en los Estados miembros. El control del notario de forma online se hará respetando los requisitos materiales y procedimentales de los Estados miembros, incluidos los relativos a los procesos jurídicos para otorgar los instrumentos de constitución y a la autenticidad, exactitud, fiabilidad, credibilidad y forma jurídica adecuada de los documentos que se presenten (Fernández-Tresguerres, 2020).

Igualmente, los Estados han de facilitar modelos que estén disponibles para el ciudadano en las webs a través de la pasarela digital única, modelos que se utilizarán en función de la política legislativa que cada Estado haya considerado. El uso de esos modelos no afecta al documento público ni a la calificación registral.

Parte de la doctrina (Álvarez, 2021), considera que, al haber coincidido en el tiempo el periodo de adaptación de la Directiva con la pandemia, muchas actividades han pasado a realizarse de forma virtual, los Estados han podido aprovechar la necesidad de las circunstancias para seguir las pautas orientadoras que establece la propia Directiva.

Los Estados miembros han de admitir medios de identificación electrónica del mismo nivel establecidos por otros Estados miembros, para la constitución de sociedades. No obstante, los Estados han introducido otras medidas adicionales de identificación respetando siempre el principio de no presencia física, en virtud de la facultad de desarrollo de esta cuestión que conceden los considerandos 20 y 22 de la Directiva:

En primer lugar, en Italia se ha autorizado el otorgamiento de la escritura pública mediante el uso de una plataforma que permita la videoconferencia y la firma del documento con firma electrónica reconocida; realizando así el notario el control de la identidad en la videoconferencia con los documentos presentados. En lo que respecta a la capacidad, la necesaria escritura pública y videoconferencia permiten testar la misma.

En segundo lugar, en la legislación checa, se establece que el notario está obligado a acceder al registro administrativo en el que constan los DNI de los nacionales checos y puede así comprobar la coincidencia de la persona física con el titular de la identificación aportada. Sucede de igual forma a lo previsto en Italia en cuanto a la necesidad de videoconferencia y escritura pública.

En tercer lugar, en Alemania, se fija también una actuación notarial a través de videoconferencia, para lograr la comprobación del documento identificativo y de la personación virtual del interesado, así como de su capacidad jurídica.

En cuarto lugar, tanto en Francia como en Bélgica, se ha regulado en el sentido de conceder otorgamiento a distancia de poderes, exigiendo un sistema de comunicación que asegure el control de la identificación y la integridad del documento.

En la actualidad, en España, contamos con dos procedimientos de constitución telemática, el que puede realizarse desde un Punto de Atención al Emprendedor y otro, desde la notaría. Sin embargo, en ambos casos se requiere la personación en la notaría de los administradores, por lo que, no se da cumplimiento a lo exigido por el legislador europeo.

Todo lo expuesto sobre la prevision ya existente en otros ordenamientos jurídicos, concede al legislador español una orientación sobre la dirección que ha de llevar la legislación en nuestro ordenamiento jurídico: por un lado, parece recomendable mantener el sistema de seguridad jurídica vigente, no siendo aconsejable la constitución de sociedades plenamente telemática sin intervención notarial por la poca seguridad que ello aporta, como ha sucedido en el caso de Reino Unido. Por otro lado, todo se reduce, según la doctrina (Álvarez, 2021), a una cuestión técnica en cuanto a la elección de los instrumentos tecnológicos que faciliten la constitución en línea y garanticen la seguridad mediante la intervención del notario para la identificación, capacidad y consentimiento informado prestado.

Parece unánime la opinion doctrinal (Montoya, 2019), que considera urgente la regulación sobre la simplificación de trámites en la constitución societaria a través de la técnica y de la informática, para lograr una agilización de todos

los procesos que implica y favorecer de esta forma, el emprendimiento, así como la disminución del desempleo por la creación de nuevas empresas.

El resto de los trámites de la consitución no requieren de cambios en la regulación, puesto que todos ellos podrán llevarse a cabo sin necesidad de presencialidad de los otorgantes: legalidad del objeto social, solicitud de denominación social, obtención de NIF, liquidación de ITP y AJD, solicitud de inscripción de la escritura de constitución...

No obstante, lo anterior, resulta clave en este punto, indicar que, según señala la doctrina más autorizada (Montoya, 2019), se está tendiendo hacia una homogeneidad de los procedimientos de constitución de sociedades entre los diferentes socios europeos, siendo recomendable para nuestra legislación, tomar las mejores partes de cada una de las regulaciones, a la hora de construir nuestra propia protección jurídica de la legalidad societaria.

3.2. Interconexión de registros

Al hilo de este último punto, se produjo la creación del Sistema de Interconexión de Registros centrales, mercantiles y de sociedades de todos los Estados miembros (SIRM o BRIS), mediante la Directiva 2012/17, de 13 de junio de 2012, operativo desde junio de 2017, tras la publicación del Reglamento de ejecución (UE) 2015/884, de la Comisión, de 8 de junio de 2015.

En cada Estado miembro se abrirá un expediente para cada una de las sociedades registradas, aunque cada Estado pueda mantener su propio Boletín. Cada sociedad tendrá asignado un identificador único europeo que le diferenciará del resto de sociedades en el Sistema de registros interconectado.

La Directiva que creó este Sistema fue transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017,625). La Directiva que estamos analizando permite ampliar la información disponible mediante la pasarela digital a Portales de registros. En relación con el coste, se modifica la gratuidad que suponía los servicios registrales de publicidad, aunque en

España, como sabemos, el registrador es un funcionario que factura su arancel correspondiente por la inscripción (Fernández-Tresguerres, 2020).

3.3. Funcionamiento de sociedades

En cuanto al funcionamiento de las sociedades, según indica la doctrina más autorizada, el trámite de modificación de estatutos podremos hacerlo en línea. Deberán comprobarse, eso sí, los documentos, aunque no se impone por la Directiva un medio en concreto para la identificación electrónica. Los medios de digitalización registral han de ser auténticos, exactos y fiables; y la identificación de documentos será única y completa. Cualquier cambio en la sociedad, debe hacerse en un plazo máximo de 21 días (Boquera, 2021).

Cuando hablamos de la publicidad registral, hemos de indicar que, actualmente a cada sociedad que se registra, se le abre una hoja en el Registro Mercantil y se le asigna un Identificador Único Europeo, que permite identificarlas cuando se realizan intercambios transfronterizos de información societaria entre registros de diferentes Estados. Se pretende, de esta forma, que se conserven de forma electrónica todos los elementos societarios registrados, la identificación de la sociedad, el registro, el Estado, entre otros.

De igual manera, la normativa europea busca que los Estados miembros habiliten la posibilidad de solicitar copia de todos los documentos registrados, pero se requiere que estén autenticados por los servicios de confianza con el fin de asegurar que los documentos son copia certificada de los documentos originales existentes en el registro (Boquera, 2021).

Así mismo, independientemente de la tecnología que se utilice para la inscripción registral, la normativa europea preve que los Estados legislen un Sistema de Inscripción con acceso directo del usuario, de tal forma que se facilite la constitución de compañías por emprendedores, sin impedir que los notarios realicen las inscripciones en representación de sus clientes (García, 2020).

Ahora bien, en el proceso de constitución de la sociedad, la presencia de los notarios será virtual, tal y como requiere la Directiva de Digitalización mencionada, con el fin de acreditar la fiabilidad de los documentos que se presente y la información de los registros que se aporte.

Parece que la doctrina (García, 2020) ha considerado apropiado que la tecnología del blockchain sirva para realizar las funciones de un registro público, sin embargo, a pesar de que esta técnica podría maximizar la rapidez de la inscripción, no aporta seguridad en cuanto a la legalidad del contenido material ni de la capacidad e identidad de los usuarios.

De la misma forma que algunas entidades hacen uso del *blockchain* en algunos procesos, no todas las sociedades que se hayan constituido en *blockchain* han de emplearlo para su operativa habitual. Incluso la doctrina aboga por habilitar la posibilidad de constituirse sin necesidad de hacerlo a través de esta tecnología.

Este tipo de constitución consiste en realizar todo el proceso a través de una cadena de bloques, desde la solicitud de la certificación negativa de denominación hasta la inscripción registral, donde incluso se darían las concesiones de licencias administrativas, trámites fiscales, laborales, etc.

En las situaciones en las que encontramos sociedades constituidas y que operan a través de la tecnología *blockchain*, podemos estar ante sociedades corporaciones autonomas descentralizadas, es decir, sin las características de una sociedad mercantil, por estar gestionada de forma automatizada y descentralizada. Esto es, sin un órgano de administración que coordine la gestión por no otorgar valor añadido. Según nos dicen estos autores, no tiene cabida la constitución de una sociedad descentralizada que sea sometida a la normativa mercantil y viceversa, ya que, en su esencia, perderían su naturaleza de mercantil o de sociedad de autogobierno descentralizada (García, 2020).

Coincidimos con este sector doctrinal en la percepción de que, en nuestro ordenamiento jurídico, resulta necesaria una normativa más exhaustiva que regule la implantación de dicha tecnología en la constitución, así como en el funcionamiento interno y externo de la misma. Con el fin de evitar que exista el riesgo de pérdida de la constitución de sociedades tradicional, los Estados

deben prever la constitución a través de este tipo de tecnologías de forma alternativa a las formas tradicionales. Se atisba, por lo tanto, la necesidad de regular la incorporación paulatina de este tipo de tecnología a la constitución y funcionamiento de las sociedades, así como del registro distribuido; con el objetivo de que el Consejo de Administración y la Junta General de Accionistas continúen cumpliendo con la legislación mercantil vigente y den seguridad a las sociedades.

No obstante, todo lo anterior, es destacable que, en nuestro ordenamiento jurídico contamos ya con una forma de representación de acciones y obligaciones por medio de anotaciones en cuenta, es decir, se reemplaza el título documental por una inscripción en soporte electrónico. Se logra con ello disponer en formato digital y de una manera más cómoda, de la representación del valor de los títulos, aunque sea una prevision que no aplica para las sociedades de responsabilidad limitada. Por su parte, las obligaciones emitidas por las sociedades pueden estar representadas por anotaciones en cuenta que se ajustarán a los preceptos aplicables de la normativa del Mercado de Valores (Vega, 2015).

De igual forma, merece especial mención las especialidades electrónicas que encontramos en el funcionamiento de las sociedades anónimas cotizadas. En esta materia, la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, prevé algunas obligaciones informáticas que estas sociedades han de cumplir, regulándose en la actualidad en la vigente Ley de Sociedades de Capital. Seguidamente, pasamos a tratar algunas de estas especialidades que afectan a la gestión electrónica en las sociedades cotizadas.

Las acciones y obligaciones de este tipo de sociedades han de estar representadas mediante anotaciones en cuenta, es decir, mediante inscripción en un soporte electrónico, tal y como se ha descrito anteriormente, a fin de que resulte más fácil su transmisión.

Con el fin de que los socios puedan ejercitar sus derechos, la sociedad debe conocer la identidad de todos los accionistas en todo momento. Para ello, nuestra Ley de Sociedades de Capital establece, para aquellas entidades que registran los valores a través de anotaciones en cuenta, la obligación de

informar de todos los datos de los accionistas a las entidades emisoras. De esta forma, la entidad emisora puede realizar, mediante certificados electrónicos o con firma electrónica avanzada, todas las comunicaciones para que quede probado el envío, la recepción y el contenido (Vega, 2015). Para que puedan salvaguardarse los derechos de accionistas y terceros, las sociedades anónimas cotizadas deben cumplir la obligación de cumplir con los deberes de información mediante cualquier medio técnico informático o telemático.

En relación con el órgano de administración de la sociedad, la Ley prevé que los consejeros deben asistir presencialmente a las sesiones que se presentan y, además, está prohibida su asistencia por medios telemáticos. Esta cuestión ha sido considerada por la doctrina (Vega, 2015) una previsión con poco sentido práctico, ya que, podría haberse autorizado la asistencia telemática en lugar de conceder la delegación de la representación a otro consejero, tratándose de un órgano con conocimientos técnicos.

De igual forma, en las Juntas de las sociedades cotizadas, tal y como indica la doctrina (Vega, 2015), existen algunas previsiones en material de digitalización que resulta conveniente enumerar: en cuanto a la asistencia y votación, la sociedad deberá tener un reglamento especial en el que se podrá incluir la posibilidad de asistir y votar a través de las nuevas tecnologías; por lo que se refiere a las convocatorias, habrán de ser publicadas garantizando un acceso rápido a la información de todos los accionistas, para lo cuál el anuncio de la convocatoria deberá hacerse a través de la página web de la CNMV y de la sociedad; la información previa a la celebración a la que el accionista tiene derecho, deberá publicarse también en la página web de la sociedad, y el ejercicio de este derecho por parte del socio, también podrá hacerse por medios electrónicos; la participación a distancia está permitida mediante correspondencia electrónica u otro medio, siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones electrónicas; el nombramiento del representante por parte del accionista y su notificación a la sociedad, está permitido que se realice por medios electrónicos; y aquellos acuerdos que hayan quedado aprobados, así como las votaciones de los mismos, deben de publicarse íntegramente en la web de la sociedad en los cinco días siguientes a la celebración de la junta.

Finalmente, más allá de las previsiones tratadas existentes ya en nuestra normativa mercantil, con el fin de llevar a cabo la tramitación digital integral de la consitución y del resto de procesos que podrían llevarse a cabo de forma telemática, con el objetivo de alcanzar un sistema electrónico eficiente para las sociedades mercantiles; la doctrina (García, 2020) considera fundamental la implementación de un formulario único que permita integrar todas las casuísticas en lo relativo al tipo societario y de actividad que se va a llevar a cabo, de igual forma que está en funcionamiento ya en España el modelo único de estatutos y de escritura de constitución. Así mismo, un sistema de ventanilla única virtual como plataforma electrónica común para la inscripción de las compañías y medio de comunicación con las administraciones públicas servirían para consolidar esta tarea del legislador mercantil.

3.4. Funcionamiento de sucursales en un estado miembro

En cuanto a la apertura de una sucursal de una sociedad en un Estado miembro, la normativa europea exige un procedimiento para asegurar que la capacidad de los solicitantes está acreditada, para lo cual, en nuestro ordenamiento jurídico, el notario ha de identificar a los solicitantes y comprobar su capacidad, de igual forma que ha de hacerlo en el caso del proceso de constitución.

Tal y como indica la doctrina (Boquera, 2021), ha de perverser por parte de los Estados miembros la comprobación de la legalidad del objeto social de las sucursales, cuestión que, en España, no se contempla ya que está previsto que las sucursales que se creen han de hacerse con un objeto social ya previsto en la sociedad matriz. Se cumplen, no obstante, en nuestro ordenamiento, la mayoría de las previsiones, como son las relativas a comprobación de identidad de la sociedad, identificación de la sociedad y sus administradores...salvo la manera de verificar la inscripción en el registro mediante el Sistema de Interconexión de Registros. En último término, los Estados deben informar de la apertura de sucursales a través del Sistema de Interconexión de Registros.

La presentación de documentos y modificaciones de estos, deben poder presentarse ante los registros en línea, cumpliendo con los plazos previstos

en la normativa del Estado donde radique la sucursal. No obstante, los Estados deberán prever los casos en los que se puede exigir la presencia física a estos efectos, por razones de supuestas falsificaciones de identidad.

Con el fin de otorgar transparencia al funcionamiento del tejido empresarial europeo, para la obtención de un crecimiento económico sostenido en el tiempo, el legislador europeo exige la publicidad en el Estado miembro donde se encuentre la sucursal, de unas menciones mínimas, como son: dirección postal de la sucursal, denominación y forma jurídica de la sociedad, disolución, liquidadores...; de tal forma que se eviten posibles fraudes. Esta obligación se cumple ya en nuestro ordenamiento jurídico, debido a la obligación prevista en el Reglamento del Registro Mercantil de publicidad de la sucursal (Boquera, 2021).

Exige también la Directiva, a efectos de conceder garantías a socios, proveedores y cualesquiera otros grupos de interés, registrar las cuentas anuales de la sucursal en el Estado de establecimiento, y además, que al menos en el Estado de la entidad matriz, estén depositadas las cuentas consolidadas a fin de que puedan ser comprobadas por el Registrador del Estado donde radique la sucursal.

El cierre en línea de una sucursal, las modificaciones esenciales sobre los principales aspectos societarios publicadas, así como la apertura y clausura de procedimientos de liquidación e insolvencia o extinción de sociedades, deben ser notificadas desde el registro del Estado de la sucursal al resto de registros, a través del sistema de interconexión de registros.

Por lo tanto, esta norma supone ampliar la información que los Registros deben entregar gratis mediante la plataforma y un cambio en la manera en la que la publicidad puede producir efectos frente a terceros, según se haga a través de la plataforma o a través del boletín oficial, prevaleciendo siempre la información que se encuentre en la plataforma (Cohen, 2021).

Las sucursales de sociedades pertenecientes a otros estados miembros en España son escasas, lo que pone de manifiesto que, esta medida no tuvo una gran entidad societaria ya que corresponden a tipos de empresas que no usan vehículos nacionales para su expansión internacional, como son las entidades bancarias y de seguros (Fernández-Tresguerres, 2020).

3.5. Inhabilitación de administradores

Podemos indicar que la inhabilitación de los administradores puede estar referida a incapacidad en sentido amplio y a la incompatibilidad.

La Directiva exige también a los Estados miembros dos cuestiones fundamentales sobre inhabilitación de los administradores (Boquera, 2021).

En primer lugar, se establece en la Directiva que los Estados miembros tienen que tener normativas de inhabilitación de los administradores. Esto es, los Estados miembros podrán denegar el nombramiento de una persona como administrador en una sociedad en su territorio, cuando sea persona que se encuentre inhabilitado para esa función en otro Estado.

La finalidad de esta previsión reside en evitar que los administradores provoquen nuevas situaciones de insolvencia, en aquellos casos en los que ya las hayan causado. Este aspecto está ya recogido en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Ley de Sociedades de Capital, como en el Código de Comercio y en nuestra norma concursal.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta las inhabilitaciones que tengan vigentes los administradores en otro Estado miembro. El intercambio de información entre los Estados miembros será facultativo, es decir, podrá facilitarse la información o no (Fernández-Tresguerres, 2020), para conocimiento de otro estado miembro, sobre aspectos como los motivos de inhabilitación o el período de duración de esta. También en nuestra norma concursal, así como a nivel registral, se habilita para los Estados la posibilidad de consulta de los administradores inhabilitados en virtud de sentencia de calificación de concurso como culpable, al igual que la posibilidad de consulta de resoluciones concursales de otros Estados. A tenor de lo expuesto, en este punto, la normativa española da cumplimiento a las exigencias de la normativa europea.

La transposición a nuestro derecho de la Directiva debería recoger la opción de que las personas que pidan ser administradores, en el caso de que sean concededores de que concurren en su persona causas de inhabilitación en el Estado en el que lo están solicitando, deben comunicarlo. Igualmente, puesto que no encontramos una armonización en cuanto a los plazos de

publicidad de las inhabilitaciones de los administradores, habrá que atenerse a lo previsto en las normativas de cada Estado miembro (Fernández-Tresguerres, 2020).

3.6. Los votos electrónicos

De forma previa a tratar el aspecto relativo a los votos electrónicos, es preciso exponer el estado actual de la celebración de Juntas Generales de Accionistas de forma telemática. En el régimen vigente, se permite que se celebre sin la presencia de socios ya que asisten por medios telemáticos de forma simultánea. No obstante, para que pueda celebrarse así, ha de estar previsto tal extremo en los estatutos de la sociedad, pero dicho acuerdo ha debido ser adoptado mediante quorum reforzado, al menos dos tercios del capital presente y representado.

Tal y como indica la doctrina más autorizada (García-Cruces, 2021), además del mencionado requerimiento, resulta necesario también para la validez jurídica de la Junta, que los administradores doten de recursos materiales suficientes que permitan asegurar la identidad de los socios, que puedan intervenir y que el resto de los socios puedan dar seguimiento a los debates. No menos importante es, a efectos de no causar indefensión a los socios, que, en el anuncio de la convocatoria de la junta, se refleje que su celebración tendrá lugar de forma telemática y se indiquen los trámites para formar la lista de asistentes y ejercer los derechos de los socios.

Centrándonos en las previsiones de la Directiva 201/1151 acerca de la forma telemática de ejercer el derecho al voto, dicha norma no busca que los Estados miembros deban regular el voto electrónico, pero sí, a través de la prevision de fomento de la implicación de los accionistas, que se articulen medios de confirmación del voto electrónico.

El Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1212 de la Comisión, de 03 de septiembre de 2018 establece en su artículo 7, los requerimientos que ha de cumplir la sociedad con los accionsitas respecto de los tipos de información y los elementos de datos que deben incluir en la confirmación de recepción de votos emitidos telemáticamente y en el recuento de votos.

Esta cuestión se encuentra proyectada en nuestro derecho en el artículo 527 bis del Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la obligación de confirmación de recepción de voto electrónico que ha de hacer la sociedad al socio que emite su voto en esta modalidad (Boquera, 2021).

A mayor abundamiento, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 25 de abril de 2017 (BOE de 16/5/2017) ha tratado de resolver el conflicto creado por parte de los Registradores, al admitir la posibilidad de incluir en los estatutos de una sociedad la emisión del voto en las juntas generales y en los consejos de administración, de forma física o telemática. La DGRN confirma en esta resolución, por un lado, la admisibilidad de la asistencia y voto telemáticos en las juntas, así como en sesiones del consejo de las SL y, por otro lado, da la posibilidad a los socios de que, a través de los estatutos, fijen la manera para identificar al sujeto que vota.

En nuestro país, existen ya sociedades que utilizan el sistema de votación usando la tecnología de registro distribuido como el caso del Banco Santander en el año 2018, en el que permitieron en su Junta General de Accionistas, votar a sus inversores institucionales y comprobar que se contaban y confirmaban sus votos de forma rápida, a través de la tecnología blockchain.

No obstante, el legislador pretende, a tenor del derecho proyectado, que se esablezcan medios para identificar con claridad al último beneficiario real de los derechos económicos y políticos asociados a los acuerdos adoptados mediante votaciones telemáticas.

Según indica la doctrina (Boquera, 2021), se confirma, por tanto, que la tecnología de registro distribuido es rápida, ofrece seguridad y trazabilidad en las distintas etapas del proceso, dando cumplimiento a los requerimientos de la Directiva.

IV. Sociedad Express

El Derecho de sociedades en España viene demandando en los últimos años, de una simplificación que tiene como objetivo fomentar la creación de nuevas empresas que puedan crear empleo. De ahí que, desde diversas instituciones europeas, se venga recomendando a los Estados miembros que elaboren una legislación que permita simplificar la concesión de autorizaciones administrativas, aplicar incentivos fiscales para las empresas, reducir los trámites para las pequeñas y medianas empresas, así como eliminarles ciertas obligaciones fiscales y societarias en los primeros años de vida de la entidad (Montoya, 2021).

El proceso de simplificación y flexibilización de las sociedades mercantiles, tal y como se ha expuesto en este trabajo, tiene su inicio en la fase constitutiva de la sociedad a través de modelos y formularios tipo para los documentos más generales utilizados por el empresario, los notarios y registradores. La constitución tiene que tender a hacerse de forma telemática en su totalidad, como elemento fundamental de la simplificación de trámites. La aplicación de beneficios fiscales al empresario y la reducción de gastos de constitución, son otras medidas que ayudan a que el momento de constitución sea lo más ágil y rápido posible.

A pesar de que esta figura de sociedad express se refiere básicamente al momento de la constitución, si lo extendemos a la vida societaria, estaremos ante un ejemplo de modernización y simplificación que puedan ayudar al legislador estatal y extranjero.

Según define la doctrina (Montoya, 2019), la sociedad express se refiere a las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico para crear una sociedad en el mínimo tiempo posible, a través de la flexibilización de los trámites para ello y dotándolo de los medios necesarios para agilizar ese procedimiento. El marco legal esencial para este tipo de creación rápida de la entidad, se conforma de la Ley 14/2013 de apoyo a emprendedores y su internacionalización, así como el Real Decreto 421/2015 por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados.

Lo más relevante de la constitución express de las sociedades gira en torno a unos aspectos generales elementales como son: simplificación de trámites burocráticos a fin de conseguir ahorros en los costes y a través del uso de medios telemáticos.

La tipología de sociedades que pueden acogerse a estas normas y, por tanto, ser susceptibles de esta creación express de sociedades, son: sociedades limitadas, sociedades limitadas de nueva empresa, sociedad limitada de formación sucesiva, así como el empresario individual.

El punto en el que encuentra mayores inconvenientes este modelo de creación societaria, tal y como nos indica la doctrina, lo encontramos en los Notarios y Registradores; los cuales ven una pérdida en su actuación y, por consiguiente, en sus ingresos. Tal y como indica la doctrina (Montoya, 2021), la DGRN se muestra igualmente inmovilista en cuanto a la modernización de la fase constitutiva y del desarrollo de la sociedad, por los motivos expuestos. No obstante, parece claramente que el derecho europeo sigue en esa dirección y el legislador español tendrá, por tanto, que buscar el equilibrio entre el citado proceso de modernización y satisfacer los intereses de Notarios y Registradores.

Según nos indica este mismo autor (Montoya, 2021), las principales medidas que han de tomarse de las legislaciones europeas se basan en varios aspectos. En primer lugar, establecer controles electrónicos complementarios, que permitan a los Estados comprobar la legalidad, capacidad jurídica e identidad, más allá del control ejercido por Notarios y Registradores. En segundo lugar, se debe permitir la presentación en línea de todo tipo de documentos durante la vida societaria y activar un solo formato de archivo de uso generalizado. En tercer lugar, en cuanto a la duración de los procesos y los costes, los procesos se han de regir por el principio de “una sola vez”, que implica que no se deba presentar la misma documentación a la administración pública más de una vez. En cuarto lugar, el pago del capital social mínimo podrá hacerse vía internet en una cuenta habilitada por la Unión. En quinto lugar, los Estados deben lograr que el proceso de constitución se complete en cinco días laborables para las sociedades formadas por personas físicas y en 10 días por las entidades formadas por personas jurídicas. En sexto lugar, cada Estado podrá

designar el organismo que considere más apropiado para realizar la constitución en línea, la presentación de documentos en línea, el registro en línea de sucursales, etc. Finalmente, los Estados habilitarán las webs o portales necesarios con los formularios correspondientes a cada trámite, a los que se podrá acceder a través de la pasarela digital única.

Con estas indicaciones prácticas tomadas del derecho europeo, podemos entender que el legislador estatal está en posición de hacerse eco de ellas, sin causar un grave perjuicio a los Notarios y Registradores. Analizaremos a continuación la situación actual del derecho proyectado en esta materia en nuestro país, a fin de conocer las previsiones que se manejan.

V. Derecho proyectado en España

Actualmente contamos ya con el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.³

En la Disposición final quinta se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, a efectos de incluir el identificador único europeo de las sociedades, la creación en línea de las sucursales de una sociedad establecida en otro estado miembro de la Unión Europea, la plataforma central europea, así como la información societaria europea y, por último, la modificación registral de datos de sucursales transfronterizas.

De igual forma, en la Disposición final undécima, se modifica la Ley de Sociedades de Capital vigente en aspectos como los ya descritos: la constitución en línea de las sociedades, la inscripción registral en línea de la constitución y la posibilidad de elevación a público sin personación de los comparecientes, salvo las excepciones que el Notario deberá argumentar.

³ Disponible el texto completo en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf. Consultado en fecha 15 de febrero de 2022.

Queda, no obstante, pendiente de regulación, bajo nuestro criterio, los aspectos relativos a la posibilidad de creación de sociedades conforme a la tecnología *blockchain* y la realización de trámites durante su funcionamiento mediante dicha tecnología, sin derogar los medios tradicionales de constitución y funcionamiento de sociedades, tal y como se ha tratado anteriormete.

De igual forma, tal y como señala la doctrina (Montoya, 2019), la vigente legislación sobre simplificación de constitución y otros trámites societarios, no ha tenido la repercussion suficiente en la práctica para que los agentes mercantiles puedan aplicar la agilización de cualquier trámite, tal y como pretendía el legislador. Merece, por lo tanto, una mayor difusión y una mejor ejecución de la escasa normativa existente, así como la prevision de herramientas que permitan la adecuada aplicación del derecho proyectado en esta materia, a fin de lograr la implementación práctica de la normativa europea en nuestro derecho.

VI. A modo de reflexión final

A partir de lo expuesto, se entiende adecuado el planteamiento de una revisión crítica sobre el marco regulatorio, que permita la adecuada adaptación de nuestro derecho a las exigencias de digitalización de la normativa europea, en los aspectos que se exponen a continuación:

Según exige la normativa europea en esta materia, el legislador español ha de dotar a la organización notarial y registral, de herramientas digitales que permitan la adecuada identificación de otorgantes, su capacidad de obrar, así como la prestación del consentimiento al objeto de poder realizar la constitución societaria en línea. El legislador español, ha de concretar cuáles son los documentos que se exige que sean presentados exclusivamente en línea, de los recogidos en el apartado 1 del artículo 28 ter de la Directiva 2017/1132.

A pesar de los avances en la práctica de la utilización de medios tecnológicos en las celebraciones y votaciones de las sesiones de Juntas Generales como Consejos de Administración de las sociedades, queda constatado que el legislador ha de regular además, cuestiones como la eliminación de obstáculos para celebrar reuniones virtuales de los órganos

sociales, mejorar los medios de identificación segura de los accionistas y partícipes, o incrementar el uso eficiente de herramientas tecnológicas de forma diligente por parte de los administradores.

Vista la normativa existente en el derecho de otros ordenamientos de nuestro entorno, podemos indicar que, en nuestro derecho, estaría pendiente de regulación en el ámbito notarial y societario, en cuanto al otorgamiento de las escrituras de constitución a distancia; los extremos que garanticen el uso seguro de la aplicación ya existente en el Consejo General de Notariado. Para ello, nuestro legislador podría guiarse en esta tarea por lo previsto en el modelo del derecho alemán, de tal forma que se logre la transformación de la función notarial sin la pérdida de la esencia de su función y favorezca, a su vez, la agilidad en la creación de empresas.

Parece evidente que el legislador español se enfrenta a la tarea de encontrar el equilibrio entre garantizar la detección temprana de vulneraciones de la legalidad societaria, y las nuevas obligaciones y posibilidades que ofrece la Directiva, a fin de obtener un marco regulatorio para las sociedades adaptado a la realidad digital y globalizada en la que estamos inmersos.

Encontrándose el Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva de Digitalización en trámite de información pública y de petición de informes preceptivos, el legislador y los diseñadores de los sistemas de los Registros, podrían aprovechar a incluir en dicha norma, algunas de las cuestiones tratadas en este trabajo, que sirvan para ir dando los primeros pasos hacia una legislación de sociedades más simple y adecuada a la evolución tecnológica, que defina jurídicamente la realidad empresarial en la que estamos inmersos.

No obstante, lo anterior, no debe dejarse en el olvido la dotación de los medios adecuados, la difusión necesaria para poder aplicar toda la normativa descrita y aprovechar todo el potencial que ofrece la tecnología aplicada a la tramitación societaria, de tal forma que sirva para poner en marcha un sistema ágil de creación y funcionamiento de las empresas en nuestro tejido productivo que favorezca así el dinamismo de nuestra economía.

Tal y como han quedado expuestas en este tabajo, las cuestiones que se pueden aplicar en el derecho español procedentes del derecho europeo, son multiples en materia de simplificación y flexibilización de la consitución y el desarrollo de sociedades capitalistas. No obstante, están focalizadas principalmente en unificar formas jurídicas societarias, reducir las cargas, plazos y costes y en la tramitación telemática, tanto en las sociedades de menor tamaño como en las grandes sociedades.

Se encuentra, por tanto, el legislador ante la oportunidad de dar cobertura jurídica a la implementación de todas aquellas medidas que observamos en los países de nuestro entorno, aprovechando la necesaria tansposición de la "Directiva de Digitalización" que ha de llevar a cabo. Todo ello, a través de la incorporación de los mecanismos tratados en este trabajo, para ofrecer las opciones de trámites telemáticos en las distintas fases de la vida de la sociedad, procurando, además, asegurar la relevancia de la función que desempeñan tanto los Notarios como los Registradores, así como la continuidad de los ingresos procedentes de los trámites societarios.

VII. Reconocimientos

Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Camilo José Cela en el marco del Proyecto "Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital". DEFSOD 21-22.

Referencias bibliográficas

Álvarez, S. (2021) La adaptación de la Directiva de digitalización de sociedades 2019/1151: el ejemplo alemán. *Derecho de Sociedades. El almacén del Derecho*. <https://almacenederecho.org/la-adaptacion-de-la-directiva-de-digitalizacion-de-sociedades-2019-1151-el-ejemplo-aleman>

Álvarez Royo-Villanova, S. (2021). Propuesta de adaptación de la directiva de digitalización 2019/1151 a la vista del derecho comparado. *Revista Lex Mercatoria*, (18), 106-111.

- Blanco Pérez, M. (2018). *Marco jurídico para la digitalización de las empresas de la economía social*. Tirant lo Blanch.
- Boquera Matarredona, J. (2021). La digitalización de las sociedades de capital españolas tras las Directivas europeas sobre la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. *Revista de derecho mercantil*, (320), RR-1.1. y ss.
- Cohen Benchetrit, A. (2021). El sistema jurídico ante la digitalización estudios de derecho privado. En Paniagua Zurera, M (Dir), *Digitalización en el derecho de sociedades* (pp. 417-440). Tirant lo Blanch.
- De la Orden de la Cruz M. C, *Martínez Laburta, C., Muñoz Pérez, A. F.* (2019). *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía*. Tecnos.
- Díaz Alabart, S. (Coord.). (2014). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*. Reus.
- Fernández-Tresguerres García, A. (2020). La digitalización y movilidad de sociedades en Derecho Europeo. *Revista de derecho de sociedades*, (58), RR-3.1. y ss.,
- Gállego Lanau, M. (2021). El funcionamiento virtual de la Junta General de las sociedades de capital y blockchain. En *M. Paniagua Zurera (Dir.), El sistema jurídico ante la digitalización estudios de derecho privado* (pp. 441-462). Tirant lo Blanch.
- García Mandaloniz, M. (2020). Desde la digitalización hacia la blockchainización de la constitución de la sociedad de capital: una revisión de la legislación pendiente de abordar. *Revista de derecho del mercado de valores*, (26), 6-32.

- García Mandaloniz, M. (2020). *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada. Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible*. Dykinson.
- García-Cruces González, J. A. (2021). *Derecho de sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch.
- Hernando Cebriá, L. (2021). Sistemas telemáticos de asistencia, deliberación y toma de decisiones en los órganos colegiados de las sociedades mercantiles españolas. En R. Alfonso Sánchez (Dir.), M.M. Andreu Martí (Dir.), J.M. Embrid Irujo (Pr.), *Digitalización de la actividad societaria de Cooperativas y Sociedades Laborales* (pp. 137-197). Aranzadi.
- Montoya Alcocer, G. D. (2019). Simplificación, digitalización y tramitación electrónica en la constitución de sociedades mercantiles. *IV Jornadas Doctorales Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia* (pp. 375-379). Eidum
- Montoya Alcocer, G. D. (2021). *La simplificación de trámites en la constitución de sociedades de capital el modelo de la sociedad exprés*. Dykinson.
- Navarro Matamoros, L. (2021). En general sobre la página web institucional o corporativa de las sociedades mercantiles españolas. En R. Alfonso Sánchez (Dir.), M.M. Andreu Martí (Dir.), J.M. Embrid Irujo (Pr.), *Digitalización de la actividad societaria de Cooperativas y Sociedades Laborales* (pp. 287-302). Aranzadi.
- Vega Vega, J. A. (2015). *Derecho mercantil electrónico*. Reus.

Referencias legislativas

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf

Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81158>

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-17533>

Reglamento de ejecución (UE) 2018/1212 de la Comisión de 3 de septiembre de 2018 por el que se establecen requisitos mínimos de ejecución de las disposiciones de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la identificación de los accionistas, la transmisión de información y la facilitación del ejercicio de los derechos de los accionistas. <https://www.boe.es/doue/2018/223/L00001-00018.pdf>

Capítulo 6. Problemática jurídico-actual en torno al tradicional carácter ganancial de los bienes obtenidos en juegos de azar ante una *separatio* o *divortium* de hecho

Dra. Elisa Muñoz Catalán
Universidad Internacional de La Rioja

I. Introducción

Con la realización de la presente investigación pretendemos aportar un análisis jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Supremo (TS) 9585/2000. Sala de lo Civil, de fecha 22/12/2000, la cual, nos muestra la regla tradicional del carácter ganancial de los bienes obtenidos en juegos de azar en atención a la fecha en la que se dictó la sentencia de separación y se produjo la efectiva separación de los cónyuges.

Si bien, como tendremos ocasión de mostrar a lo largo de nuestro trabajo, en los últimos años los Tribunales no siempre han seguido dicho criterio ante una *separatio* de hecho y han venido desestimando ese carácter ganancial; lo que, sin duda, se conforma como un gran reto del siglo XXI en aras a acercar a los ciudadanos a una justicia más adaptada a los tiempos actuales que no exige una sentencia de separación, como ya ocurriera en la antigua Roma con el *divortium* (del latín, *divertere*: separarse, apartarse). En efecto, dicha institución jurídica no es nueva y desde la etapa republicana se entendió que el matrimonio romano se podía disolver por la mera intención de las partes quienes, habiendo contraído la unión marital, decidían vivir separados, puesto que ya no existía la *affectio maritalis* o intención mutua de vivir unidos en matrimonio de manera continuada (Fernández, 1987).

En el supuesto planteado, la sentencia se dictó el 06/06/1995 y el premio se obtuvo por el cónyuge meses antes, en concreto, el 22/10/1994. Admitiéndose por el Alto Tribunal que, aun no habiendo convivencia por estar ambos separados de hecho, el premio de él se obtuvo cuando aún

seguía vigente la sociedad de gananciales (pues la sentencia es de 06/06/1995), por lo que concluye el TS que el premio obtenido se debía repartir entre ambos cónyuges.

Atendiendo a la naturaleza jurídica del bien *-boleto premiado-*, cabe precisar que los artículos 1344 a 140 del Código Civil español (CC) van a resultar fundamental en materia de sociedad de gananciales, puesto que mediante este régimen se hacen comunes entre los integrantes del matrimonio las ganancias que se obtienen durante el tiempo que dure la unión, y que luego, al disolverse la sociedad, serán atribuidos por mitad a cada uno de ellos. Así como, respecto de las ganancias obtenidas por el juego por cualquiera de los cónyuges, el artículo 1351 CC dispone literalmente que pertenecerán a la sociedad de gananciales. Sin olvidar, que el siguiente precepto, el 1361 del Código indica una presunción iuris tantum que admite prueba a contrario, en favor de la ganancialidad de los bienes existentes durante el matrimonio.

Pues bien, sobre esta base jurídica, en primer lugar, aportaremos un estudio de lo que se conoce como la Parte Descriptiva de la sentencia, esto es, un examen de los hechos en que consiste el caso planteado (procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal seguido en la sentencia), y de las pretensiones de las partes intervinientes (las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso); a través de dicha descripción objetiva de la sentencia y sus principales elementos.

En un segundo momento de nuestro comentario jurídico sobre la sentencia objeto del presente estudio, abordaremos la llamada Parte Crítica centrada en el análisis, valoración y crítica constructiva que ofrecemos sobre los fundamentos jurídicos y el fallo del Tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte. A tal efecto, resultará esencial dilucidar cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate jurídico planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas, y para concluir la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Y, para acabar con el examen crítico de la sentencia, se expondrá cuál es la decisión o Fallo del Tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema, los pasos lógicos que sigue el Tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces. Lo que, sin duda, nos ayudará a situar la sentencia en el contexto de la jurisprudencia.

En suma, a lo largo del presente comentario de la referida sentencia, nuestro objetivo principal es adentrarnos en la importancia de esta en materia de sociedad de gananciales, bienes obtenidos en juegos (naturaleza jurídica de dicho boleto premiado) y efectiva separación de los cónyuges tras la sentencia, así como en los argumentos aplicables, fuentes jurídicas y demás circunstancias que en ella se abordan. De este modo, consideramos que, tras el mismo, comprenderemos mejor el problema jurídico que subyace en dicha sentencia y que motiva el fallo del Tribunal Supremo.

II. Análisis jurídico del carácter ganancial de los bienes obtenidos en juegos de azar a la luz de la STS 9585/2000, de 22 de diciembre

2.1. Parte descriptiva

Como avanzábamos previamente y a través de una descripción objetiva de la sentencia (siguiendo el orden lógico de: Antecedentes; Fundamentos Jurídicos; Fallo; y Votos particulares) y sus principales elementos, en las siguientes líneas de nuestro comentario, vamos a realizar:

1º De un lado, un examen de los hechos en que consiste el caso planteado: Procediendo a construir el relato de los hechos de manera cronológica, secuenciada y resaltando los que resultan de interés para la resolución del caso, así como el itinerario procesal seguido en la sentencia.

2º De otro, un estudio de las pretensiones de las partes intervinientes, es decir, las posturas que adoptan las partes legitimadas en dicho proceso.

Veamos, pues, cada una de dichas partes.

2.1.1. Hechos en que consiste el caso

La Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (Procedimiento: recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Peñarroya-Pueblonuevo), de fecha veintidós de diciembre de dos mil, parte de los siguientes hechos probados que figuran en sus Antecedentes de manera amplia y, de los cuales, extraemos los que entendemos más importantes para comprender mejor el Fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo sucedido en dicho caso:

1º En primer lugar, cabe tener presente en cuanto a la relación entre la demandante D^a Constanza y el codemandado, D. Aurelio, que ambos contrajeron matrimonio el 14 agosto 1988; se produjo una separación de hecho el 19 de julio de 1994; iniciado proceso de separación, se dictó Auto de medidas provisionales de 25 de marzo de 1995 y sentencia de 6 de junio de 1995. Asimismo, D. Aurelio con ocasión de un viaje a Madrid adquirió un boleto de la lotería primitiva, cuyo sorteo se celebró el día 22 de octubre de 1994* y le correspondió un premio de primera categoría y otro de quinta, ascendiendo su importe a la cifra de 657.236.895 pesetas; de esta cantidad D. Aurelio dispuso de una pequeña parte (aproximadamente un 5 %) y el resto se hallaba depositada en una entidad bancaria, a nombre de su madre, D^a Edurne, codemandada, teniendo él autorización para disponer. Con fines didácticos y para reparar mejor en las fechas y datos esenciales, hemos elaborado la presente tabla sobre los hechos importantes o presupuestos fácticos relativos a la relación entre ambos cónyuges, que consideramos que sirven de base para resolver el caso planteado pues nos muestran su cronología en el tiempo:

Tabla 1.

Presupuestos fácticos y fechas clave en la relación entre ambos cónyuges.

Fechas clave del supuesto planteado	
Celebración del matrimonio	14/08/1988
<i>Separatio</i> de hecho	19/07/1994
Obtención del premio	22/10/1994*
Auto de medidas provisionales	25/03/1995
Sentencia	06/06/1995

Fuente: elaboración propia.

Teniendo en cuenta esas fechas objetivas y datos, en este punto, resulta interesante destacar que la representación de D^a Constanza, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra D. Aurelio y D^a Edurne, y suplicó al Juzgado que se dictara sentencia por la que además de imponerse las costas judiciales a los demandados:

- Se declare que la persona agraciada con el premio de 657.236.895 pesetas del sorteo celebrado en la semana 42 de fecha 22-10-94 de la lotería primitiva fue D. Aurelio, y que el importe obtenido tiene carácter ganancial.
- Se declare que las cuentas corrientes números NUM000, NUM001 y NUM002, pertenecen única y exclusivamente a D. Aurelio y a su sociedad legal de gananciales que tiene constituida con D^a Constanza (y no a su madre, D^a Edurne).
- Se declare la disolución legal de gananciales entre ambos con práctica de inventario de los bienes de tal carácter, y, previa su liquidación, se adjudique a D^a Constanza la mitad del importe premiado, es decir, 318.618.447 pesetas, o lo que resulte de dicho inventario (Vela, 2019).

La Procuradora D^a Encarnación Perea Moreno, en nombre y representación de D. Aurelio y D^a Edurne, contestó a la demanda oponiéndose. La parte actora se opuso al trámite de réplica, se recibió el pleito a prueba se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de conclusiones en sus escritos.

El Il^{tre.} Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Peñarroya-Pueblonuevo, dictó sentencia, fallando: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por la representación de D^a Constanza, contra D. Aurelio y D^a Edurne, y en su consecuencia no ha lugar a acceder a lo solicitado por la actora y todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte actora.

2º Posteriormente, se interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia, cuya parte dispositiva falla: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a Constanza contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 1996 por el Sr. Juez de primera Instancia número uno de Peñarroya- Pueblonuevo, la revocamos y, en su virtud, estimándose asimismo la demanda interpuesta por aquélla contra los demandados. Por tanto, entre otros, se declara que la persona agraciada en el sorteo celebrado fue solo D. Aurelio; se declara que el importe obtenido en el citado premio y el ingresado en las referenciadas cuestras tiene carácter ganancial (Vivas-Tesón, 2018).

3º Finalmente, otro hecho que consideramos esencial es que la representación de D^a Edurne, interpuso dicho recurso de casación contra la anterior sentencia, argumentando ciertas infracciones en el procedimiento seguido conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en otras normas (por resumir, situación de litispendencia; incompetencia; incongruencia; defecto y abuso de jurisdicción; y una serie de infracciones de la normativa vigente, como el Código de Comercio, Código Civil español, etc. para cuyo desarrollo nos remitimos al contenido íntegro de la propia sentencia).

2.1.2. Pretensiones de las partes

De lo expuesto hasta ahora y, siguiendo dicho itinerario procesal, podemos ver que la acción ejercitada por la demandante en la instancia y parte recurrida en casación, D^a Constanza, se basó en las siguientes pretensiones (a las que la representación de los demandados se opuso expresamente):

1º De un lado, la declaración de la naturaleza ganancial del dinero obtenido por su marido como premio en la lotería primitiva, según dispone el artículo 1351 del Código Civil español. Examinando dicho precepto, podemos concluir que expresamente se mantiene por dicho texto legal que toda ganancia obtenida por cualquiera de los cónyuges en el juego, pertenecerán a la sociedad de gananciales.

2º De otro, la disolución de la comunidad de gananciales formada con su marido, D. Aurelio, según el artículo 1393 CC, números 2º, 3º y 4º y su liquidación (López Fernández, 2020), conforme los artículos 1396 y ss. CC. Cabe precisar que la otra codemandada era la madre de éste, D^a Edurne (quien afirmaba ser la propietaria del dinero). Si reparamos en dichos artículos, podemos concluir que finaliza por decisión judicial la sociedad de gananciales cuando: a) uno de los cónyuges realice actos de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; b) lleve separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar; c) o por que incumpla grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. Así como, en cuanto a su liquidación, hace falta un inventario del activo y pasivo de la sociedad, siguiendo las indicaciones que hace el CC en los siguientes preceptos.

2.2. Parte crítica

En esta segunda parte crítica del comentario jurídico sobre la sentencia que estamos realizando, como ya tuvimos ocasión de adelantar al inicio, nos centraremos en el análisis, valoración y crítica constructiva de los fundamentos jurídicos y del fallo del Tribunal, a la luz de los hechos y datos objetivos tratados en la primera parte.

En ese sentido, en primer lugar, detallaremos cuál es el contexto jurídico del caso y la institución legal que es objeto de estudio, el problema jurídico principal que nos sirva para describir cuál es el debate planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas, y la relevancia o repercusiones de la mencionada sentencia.

Para, seguidamente y con la finalidad última de situar la sentencia en el contexto de la jurisprudencia, acabar con un examen sobre cuál es la decisión o Fallo del Tribunal, ofreciendo un análisis de la resolución del problema. Profundizando en aspectos que consideramos esenciales, tales como: los pasos lógicos que sigue el Tribunal para alcanzar su conclusión, la motivación jurídica de la decisión, la correlación entre los hechos descritos y la solución adoptada, así como los criterios interpretativos seguidos por los jueces.

Sin más, procedemos al análisis crítico de la sentencia referenciada.

2.2.1. Contexto jurídico del caso, problema principal y relevancia de la sentencia

En primer lugar, vamos a situar el caso en su contexto jurídico. Para ello, del examen y estudio del Fundamento Jurídico 1º, se deriva que la acción ejercitada por la demandante en la instancia y parte recurrida en casación Dª Constanza, tuvo por objeto la declaración de la naturaleza ganancial del dinero obtenido por su marido como premio en la lotería primitiva y la disolución de la comunidad de gananciales (formada con su marido, codemandado en la instancia, D. Aurelio). Asimismo, cabe tener presente que la otra codemandada era la madre de éste, recurrente en casación, Dª Edurne, quien se consideraba también propietaria de aquel dinero.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1ª, de Córdoba estimó íntegramente la demanda al considerar como hecho probado que el marido codemandado adquirió el boleto que resultó premiado en momento de constante matrimonio, siendo el inicial portador del boleto, lo que se ve respaldado por la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del CC sin que se haya probado que sea propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, el marido, ni se haya probado la titularidad de la madre del mismo.

Seguidamente, incidimos en el debate planteado y el problema jurídico principal y relevancia. Así, en del estudio de los siguientes Fundamentos Jurídicos (2º a 5º) se concluye que quedan como probados tanto los presupuestos fácticos sobre la relación entre el demandante y el codemandado, como aquellos otros presupuestos relativos a la obtención del premio en la lotería primitiva (detallados al comienzo de nuestro trabajo y, a los cuales, nos remitimos para no reiterarlos). De los que se puede extraer en aras a resolver dicha cuestión litigiosa que: los bienes gananciales son los procedentes de las ganancias que obtienen los cónyuges directa o indirectamente, y, en primer lugar, como esenciales, los procedentes de la actividad de los mismos, sea constitutiva o no de esfuerzo o trabajo y en ella se incluyen las ganancias obtenidas en el juego, según dispone el artículo 1351 CC.

Y, por ende, en este caso planteado, el dinero obtenido en la lotería es un bien ganancial; resultando el problema de la prueba, al mantener los demandados que la titularidad del boleto de lotería era de la madre codemandada, ajena a la comunidad ganancial y, por ello, el dinero obtenido no pertenece a ésta (lo cual, fue negado por la sentencia de la Audiencia Provincial).

Los motivos del recurso de casación, en suma, se desestiman por el TS al entender expresamente que:

- No hay litispendencia ni cosa juzgada por razón de un proceso de separación que en nada puede afectar a la declaración de ganancialidad que recae en sentencia dictada en proceso declarativo ordinario -éste-, que comenzó antes de la sentencia de separación y se produce no entre las mismas partes.
- No puede pensarse en falta de competencia en una pretensión de declaración de ganancialidad.
- Sobre el posible defecto de jurisdicción, tan solo se explica por desconocer el recurrente el concepto de jurisdicción.
- Tampoco se explica si no se piensa que el recurrente no conoce el concepto de incongruencia, tan reiterado por la jurisprudencia.

- De ahí que se declare probado que el boleto lo adquirió el hijo, y no lo transmitió a la madre (y, por tanto, a él le correspondió, con carácter, según el artículo 1351 del CC, de bien ganancial).

Y es en este punto, donde cabe recordar que el artículo 1361 CC establece una presunción iuris tantum que admite prueba a contrario, en favor de la ganancialidad de los bienes existentes durante el matrimonio. De ese modo Desviat (2018), tras el examen de esta cuestión, concluye literalmente que: *“Esta sentencia, dictada por el Tribunal Supremo el 22 de diciembre de 2000 (curiosamente el mismo día del sorteo de la Lotería de Navidad), calificó como bien ganancial el dinero procedente de un boleto de lotería premiado que había comprado el marido separado de hecho. Esto es así porque la circunstancia de estar separados de hecho según la Sala no incidía en la sociedad de gananciales, que aún seguía activa. Aunque el dinero se cobró a través de una cuenta corriente perteneciente a la madre del esposo, no pudo probar que el boleto de lotería pertenecía a la madre”*.

1.2.2. Decisión o fallo del Tribunal: Análisis de la resolución del problema

En último lugar, sobre el Fallo de la referida sentencia y no existiendo en este supuesto Votos Particulares, cabe decir que el Tribunal Supremo decidió no haber lugar al recurso de casación (interpuesto por la representación de D^a Edurne, respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en fecha 10 de mayo de 1.997), y por ello se condenó a dicha recurrente al pago de las costas.

Lo que nos lleva, finalmente, a resumir cuál es el razonamiento seguido por el Tribunal en aras a la resolución del problema jurídico que plantea este caso (por la naturaleza jurídica del bien -boleto premiado-), y que entendemos que fue una solución justa, atendiendo a los hechos descritos y a los fundamentos jurídicos antes reseñados:

- Se tratan conjuntamente los motivos del recurso casación primero al quinto, para ser desestimados, entendiendo el TS que los mismos se reconducen a un desconocimiento de la normativa que regula aquel recurso.

- Los tres últimos motivos de casación, se refieren al tema del premio de lotería que se ha declarado en la instancia que ha correspondido al marido y, por ende, tiene la consideración de ganancial.

- En definitiva, la sentencia de la Audiencia Provincial ya declaró probado que el boleto lo adquirió el hijo, no lo transmitió a la madre ("...acto calificable de fraudulento y, en definitiva, carente de contenido real...") y, por tanto, a él le correspondió, con carácter, según el artículo 1351 del Código civil, de bien ganancial.

- Por lo que no se estima ninguno de los motivos del recurso de casación, y al amparo del artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entienden que no cabe dicho recurso.

III. Conclusiones

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar señalando la importancia y posibles repercusiones de la sentencia examinada⁴:

En primer lugar, entendemos que, mediante esta sentencia pronunciada hace ya más de 20 años, se puso de manifiesto la relevancia de la naturaleza jurídica del bien *-boleto premiado-* y las fechas (obtención del premio, sentencia y efectiva separación de ambos) en aras a delimitar si se trata de un bien ganancial o no.

En este caso, el mencionado boleto premiado, en base a lo dispuesto en el artículo 1351 del Código Civil que hemos tenido ocasión de analizar, se considera ganancial, dado que: *"Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales"*.

Pues, aunque ya no hubiese convivencia entre ambos por estar separados de hecho desde el 19/07/1994, el premio se obtuvo estando vigente la sociedad de gananciales (que subsiste mientras no exista sentencia de separación o divorcio, pues la sentencia se dictó el 06/06/1995). Ello generó

⁴ En sentencias coetáneas a la analizada en el presente trabajo, a las cuales nos remitimos para su examen detallado, el TS ha debatido si una vez producida la separación de hecho deben regir las normas que el CC dispone para la sociedad de gananciales, vid. STS de 27 de enero de 1998; STS de 18 de noviembre de 1997; STS de 26 de abril del año 2000.

incluirse en la liquidación de la misma y el premio se repartirá entre ambos cónyuges.

No obstante, en los últimos años y quizás por el avance de la sociedad para lograr una Justicia más equitativa, ágil y adaptada en el siglo XXI a la realidad social española, se ha visto cómo las Audiencias Provinciales no siempre han seguido el mismo criterio y en supuestos de separación de hecho prolongada o de más de un año, se ha entendido que se produce una liquidación de *facto* y las ganancias obtenidas desde entonces, no en todos los casos forman parte de esa masa común, admitiéndose expresamente que: *“Sin ignorar la regla general, en algunos supuestos excepcionales (...) en los que transcurre un largo período de tiempo entre la separación de hecho y la liquidación de la sociedad de gananciales, se ha admitido una disolución de facto de la sociedad de gananciales, fijando en esa fecha el inventario de la sociedad de gananciales para, de esa forma, traer, sobre todo al activo de la sociedad, bienes o metálico, que fueron detraídos de dicho activo en beneficio de uno sólo de los cónyuges, y que por tanto resultaban inexistentes a la fecha de la sentencia de separación, que es la que legalmente determina el momento de la disolución”*.

Y, en la misma línea años más tarde y como ya regulara con el *divortium* o *separatio* de hecho el propio Derecho Romano (Giunti, 2004), la sentencia del Tribunal Supremo 238/2007, de 23 de febrero de 2007, concluye que: *“La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges”*.

En suma, más recientemente, también se ha venido entendiendo que, cuando realmente hay una *separatio* de hecho *-sin sentencia aún-* prolongada en el tiempo, desde el momento que se produce ya se rompe el vínculo de la sociedad de gananciales. Y, por ello desde entonces, normalmente no se pueden reclamar los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho, al considerarse como un abuso del Derecho.

Referencias

- De Arriba Franco, A. (2018). *La Sociedad de Gananciales. Su responsabilidad, Administración y el estudio concreto de los bienes adquiridos con precio aplazado de los artículos 1356 y 1357 del Código Civil*. CUNEF. https://biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=2066
- Desviat, I. (2018). *Premios de lotería: ¿deben contabilizarse en el activo de la sociedad ganancial?* Noticiasjuridicas.com.<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13517-premios-de-loteria:-iquest/>
- Fernández Baquero, M. E. (1987). *Repudium-divortium. Origen y configuración jurídica hasta la Legislación matrimonial de Augusto*. Ediciones TAT.
- Giunti, P. (2004). *Consors vitae, matrimonio e ripudio in Roma antica*. Giuffré Editore.
- Lasarte Álvarez, C. (2019). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo VI, 18ª edición. Marcial Pons.
- Lasarte Álvarez, C. (2019). *Compendio de Derecho de Familia*. 9ª edición. Editorial Dykinson.
- López Fernández, M. L. (2020). La sociedad de gananciales disuelta y no liquidada. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, (25).
- Vela Torres, P. J. (2019). Formación de inventario en liquidación de sociedad de gananciales. *Diario La Ley* (9475).
- Vivas-Tesón, I. (2018). *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Bosch.

Fuentes Legislativas:

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Referencias Jurisprudenciales:

Sentencia del Tribunal Supremo 238/2007, de 23 de febrero de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo 9585/2000, de 22 de diciembre de 2000 (Roj: STS 9585/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo 417/2000, de 26 de abril de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo 31/1998, de 27 de enero de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo /1997, de 18 de noviembre de 1997.

Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, Sentencia de 17 de mayo de 2010.

Audiencia Provincial de León, Sentencia de 6 de marzo de 2002.

Capítulo 7. Los derechos reconocidos a las víctimas del delito en la Ley 4/2015, de 27 de abril

Dr. Manuel José García Rodríguez
Universidad Pablo de Olavide

I. Introducción

En el contexto del nuevo estatuto jurídico de las víctimas del delito aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril (LEVD), el presente trabajo tiene por objeto analizar los derechos que en él tienen reconocidos para ofrecerles una respuesta más eficaz a sus necesidades e intereses legítimos durante su intervención en el proceso penal. Con el fin de que todas ellas puedan ver garantizada de manera efectiva su acceso a la información, participación, reparación, protección y asistencia, desde su primer contacto con el sistema de justicia penal. Y recibir un trato digno y respetuoso por todos los profesionales en contacto con ellas, para evitar una doble victimización durante el desarrollo de las actuaciones judiciales.

De modo que través de esta norma y el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, que la desarrolla (REVD), nuestro país incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos, y se sustituye la anterior Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Configurando para ellas un nuevo estatuto jurídico con el fin de garantizarles una tutela más efectiva de sus derechos en el marco del proceso penal (García, 2016). Ofreciéndoles en consonancia con dicha normativa europea, una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, que va más allá de la reparación de los daños y perjuicios sufridos, al perseguir minimizar también cualquier efecto traumático que puedan llegar a padecer con independencia de cuál sea su posición procesal. Teniendo asimismo presentes las particulares necesidades de protección y asistencia que por su situación de especial

vulnerabilidad requieren determinados colectivos, a los que puntualmente también aludiremos en este capítulo.

Disposiciones todas ellas que se suman a una amplia normativa protectora de los derechos de las víctimas, ya existente en el contexto internacional y en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta el punto de justificar la edición de un Código Normativo para la compilación de todos aquellos derechos que éstas tienen reconocidos, con el fin de hacerlos efectivos en la práctica forense y constituir una útil herramienta de trabajo para aquellos colectivos sociales y profesionales que hayan de aplicarlos y velar por su garantía (García Rodríguez, 2019).

Y para hacer realidad este reto, la LEVD estructura su contenido en una exposición de motivos, un título preliminar relativo a las disposiciones generales, seguido de otros cuatro títulos que se ocupan, respectivamente, de garantizar sus derechos a la información, participación y protección en el proceso penal, reservándose el último de ellos a las disposiciones para ordenar las Oficinas de Asistencia a las Víctimas (OAV), junto a la necesaria formación de todos los profesionales y la cooperación institucional para asegurar la efectividad de esos derechos en la práctica jurídica. Completándose con dos disposiciones adicionales, una transitoria y otra derogatoria, junto a seis disposiciones finales, de las que a nuestro juicio reviste especial interés la primera, pues a través de ella se modifican y se introducen nuevos artículos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR), para desarrollar los estándares mínimos previstos en el Estatuto.

Motivo por el cual, este parte de un concepto amplio de víctima (art. 2 LEVD), que valoramos positivamente que se extienda más allá de la persona que sufre el perjuicio físico, moral o económico como consecuencia directa del delito, al reconocer también la condición de víctima indirecta, para el cónyuge o persona en situación de análoga relación de afectividad, parientes directos y otras personas a cargo de la víctima directa fallecida por la comisión del delito. Al considerar que la protección y apoyo a la víctima no es sólo procesal, sino que reviste también una dimensión extraprocesal en aras a su salvaguarda integral (García González, 2019). Reconociéndole con este fin un amplio catálogo de derechos que le habrán de ser reconocidos, con independencia de que se conozca o no la identidad del

infractor y del resultado de dicho proceso, cuyo alcance pasamos a examinar.

II. Derecho a la información

Entre los derechos que el nuevo estatuto reconoce a las víctimas, con independencia de que sean o no parte en el proceso penal, incluso en un momento anterior a su inicio, destacamos su derecho a recibir información (art. 4 y 5 LEVD) en un lenguaje sencillo y accesible desde su primer contacto con las autoridades. Debiendo abarcar las medidas de asistencia y apoyo disponibles, derecho a denunciar, modo y condiciones para solicitar medidas de protección, procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica, indemnizaciones que pueden reclamar, servicios de interpretación y traducción, datos de contacto para comunicaciones, servicios de justicia restaurativa disponibles, o forma de obtener el reembolso de los gastos judiciales. Así como su derecho a recibir información específica sobre la causa penal (art. 7 LEVD).

Y para garantizar esta información, debe recordarse que nuestro ordenamiento procesal regula en el art. 109 LECR con carácter general el ofrecimiento de acciones a las víctimas y perjudicados por el delito, considerado como un trámite procesal que además de tener una dimensión constitucional, reviste una especial trascendencia en la práctica forense. En la medida que permitirá conocer a las víctimas todos los derechos que le asisten, facilitándoles una información completa y comprensible sobre las acciones y pretensiones que pueden ejercitar, así como de las ayudas y medidas de asistencia previstas para ellas en la legislación vigente. El cual a la hora de hacerse efectivo, habrá de ir más allá de la entrega de una mera referencia escrita a través de la denominada «acta de información de derechos al ofendido/perjudicado», debiendo ser acompañada de una clara y sencilla explicación verbal sobre el alcance y contenido de cada uno de ellos por la autoridad o funcionario que haya de realizarla (García, 2016; Domínguez, 2018).

Debiéndose poner en valor en el desarrollo de esta función, el papel desempeñado por los miembros del Ministerio Fiscal y los Letrados de la Administración de Justicia, en estrecha coordinación con las Oficinas de

Asistencia a las Víctimas (OAV), cuya intervención desde el inicio de las actuaciones ha demostrado sobradamente su eficacia tanto en el contexto de la jurisdicción de adultos como en la de menores. Viéndose reforzada en esta última, tras la reforma del art. 4 de la LO 5/2000, 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (LORPM), por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (DF 11^a), al prever ahora de manera expresa que tan pronto el Letrado de la Administración de Justicia les informe de sus derechos las derive a la Oficina de Asistencia a la Víctima competente.

No obstante, pensamos que otra forma eficaz para facilitar a las víctimas el acceso a esa información sobre sus derechos, puede ser incorporarla a los sitios web de aquellas entidades, organismos, asociaciones y Administraciones Públicas que asuman su protección y atención. Y por ello valoramos como una buena práctica, iniciativas como las llevadas a cabo por la Junta de Andalucía, con la edición de folletos informativos y una guía divulgativa procesal en diferentes idiomas y disponibles a través de internet, con la finalidad de proporcionar a la ciudadanía en general y a las víctimas en particular, en un lenguaje claro y asequible, toda la información básica y esencial sobre sus derechos y los diferentes trámites del procedimiento judicial, permitiéndoles tomar las decisiones que más se ajusten a sus necesidades y expectativas en cada momento procesal.

Y en cualquier caso, este derecho se verá condicionado y completado por otros que también asistirán a la víctima, como el de traducción e interpretación, asistencia jurídica gratuita, acompañamiento por persona de su elección y acceso a determinados documentos o notificaciones procesales aunque no sea parte, entre otros. Exigiéndose siempre la completa adaptación de esa información a sus circunstancias personales, grado de entendimiento, tipología y gravedad del delito sufrido (García González, 2019), conforme al principio de individualización que ha de guiar la interpretación y aplicación de los derechos que se le reconocen en el estatuto.

III. Derecho a la participación en el proceso penal

Los derechos de las víctimas a participar activamente en el proceso penal se recogen en el título segundo del nuevo estatuto. Donde además de reconocerles el ejercicio de la acción penal y civil, mediante su personación en las actuaciones, debiendo nombrar para ello un abogado/a que les asista y procurador que las represente, se introducen varias novedades, ampliando el plazo para recurrir los sobreseimientos a veinte días (art. 12 LEVD) y reforzando su intervención en la ejecución penal (art. 13 LEVD). De forma que en relación a esta última, se prevé expresamente que puedan impugnar ante los tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de la condena en delitos de especial gravedad, legitimándolas para facilitar cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, la responsabilidad civil, o el comiso que hubiera sido acordado, y solicitar el control sobre los liberados condicionales condenados de los que pueda derivarse razonablemente una situación de riesgo o peligro para ellas.

Una previsión legal que, a nuestro juicio, no influye negativamente en los fines de resocialización que han de perseguir las penas por mandato constitucional (art. 25.2 CE), al seguir conservando el Estado el monopolio sobre la ejecución de las penas. No obstante haberse considerado que mediante la misma, existe el riesgo de privatizar en cierto modo esa fase final del proceso penal, poniendo en peligro los principios de resocialización y reinserción del condenado (Luaces, 2016).

Resultando, asimismo, destacable en este apartado, la referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa (art. 15 LEVD), entre los que reviste especial trascendencia la mediación penal, pendiente aún de ser regulada legalmente en nuestra jurisdicción de adultos. Y cuya intervención orientada a la reparación material y moral de la víctima, deberá tener en todo caso como presupuesto además de su consentimiento libre e informado, el previo reconocimiento de los hechos y de la infracción por parte del autor. Declarándose excluida con muy buen criterio a nuestro juicio, cuando pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima u originarle cualquier otro tipo de perjuicio para ella, o esté expresamente prohibida por la ley para el delito cometido, tal como se establece en nuestro

derecho para las infracciones relacionadas con la violencia de género, donde está vedada la mediación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5º del art. 87 ter LOPJ redactado por el art. 44 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (García, 2016). Unas circunstancias, sobre alguna de las cuales ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la aplicación del art. 10 de la anterior Decisión marco 2001/220/JAI, manifestando que debía ser interpretado en el sentido de permitir a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de determinadas infracciones como las cometidas en el ámbito familiar a poder excluir la mediación en los procesos penales relativos a estas infracciones, tal como se prevé en la legislación española (Asunto C-483/09 y C-1/10 – Gueye y Salmerón Sánchez). Lo que además es conforme al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por el Estado español, cuyo art. 48.1 establece que las partes «adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio». Una previsión que obligará a las personas mediadoras a prestar especial atención a la cuestión de saber si ha tenido lugar este tipo de violencia entre las partes, antes de comenzar este tipo de procesos con el fin de evitar cualquier tipo de efecto perjudicial para las víctimas, no solo en la jurisdicción penal de adultos sino también en la juvenil, donde los mecanismos de conciliación y reparación del daño (arts. 18, 19 y 51.3 LORPM) revisten un particular interés en aras del principio de intervención mínima y oportunidad (García, 2020).

III. Derecho a la reparación e indemnización

Estrechamente relacionada con la participación de la víctima en el proceso, también se arbitran en el nuevo estatuto todos aquellos instrumentos para permitirle hacer efectivo su derecho a la restitución, reparación de los daños e indemnización de los perjuicios causados por el delito a cargo del infractor. Así como el reembolso de todos los gastos para el ejercicio de sus derechos y las costas que se le hayan causado cuando se haya personado como parte

(art. 14 LEVD), con preferencia a los gastos del Estado, así como la rápida devolución de los bienes que se le hubieran incautado durante el proceso. Sin embargo hemos de decir, que dada la frecuencia en que resulta imposible hacer efectiva esa responsabilidad civil, como consecuencia de la declaración de insolvencia del responsable penal, el nuevo estatuto también persigue garantizar más eficazmente el acceso a las ayudas económicas con cargo al Estado, previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y en su reglamento de desarrollo aprobado por el RD 738/1997, de 23 de mayo. Al constatarse que las indemnizaciones dictadas en sentencia ejecutoria en los procedimientos penales a menudo no son pagadas por los condenados, a pesar de que los tribunales establecen altas cuantías, y que el acceso al sistema público de ayudas económicas establecido por la Administración española por factores de complejidad, información u otros, es de carácter anecdótico (Soletto y Grané, 2018). Razón por la cual, estimamos que dicho sistema debiera tener una mayor difusión y aplicación práctica por todos los profesionales en contacto con las víctimas, para tratar de resolver la situación de precariedad económica en la que a menudo suelen quedar éstas y sus familiares. Sin olvidar a las específicamente previstas para otros colectivos especialmente vulnerables, como las víctimas del terrorismo en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, o la violencia de género en la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

IV. Derecho a la protección

Las cuestiones relacionadas con la protección de las víctimas durante su intervención en el proceso penal son abordadas ampliamente en el título tercero del nuevo Estatuto. Estableciéndose con carácter general que todas las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos habrán de adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con la establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de las víctimas, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e integridad sexual, así como para proteger adecuadamente su intimidad y dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio. Además de habilitar las dependencias judiciales para evitar cualquier contacto directo entre las víctimas y los infractores (art. 19 y 20 LEVD), con el fin de prevenir su

victimización secundaria. Lo que, a nuestro juicio, debe conllevar el imprescindible compromiso del Ministerio de Justicia y Administraciones autonómicas con competencias en este ámbito, a la hora de realizar las inversiones necesarias para la proyección y diseño arquitectónico de estos nuevos espacios ajustados a las necesidades de las víctimas.

Y para ello, contempla un conjunto de medidas en su mayoría ya previstas en nuestro ordenamiento procesal, que, con el fin de dar respuesta a las necesidades de protección de las víctimas, establece entre las primeras diligencias judiciales aquellas que tengan por objeto proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito y a sus familiares (art. 13 LECR). Pudiéndose acordar a tal efecto, las medidas cautelares del artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 Ter LECR, con la obligación de comunicarle a la víctima cualquier resolución que pueda afectar a su seguridad (art. 109 y 506.3 LECR). Y sin perjuicio de la posibilidad de adoptar también la prisión provisional para proteger los bienes jurídicos de la víctima, en especial cuando sea alguna de las personas referidas en el art. 173. 2 CP (art. 503.1.3º.c) y 504.2 LECR). Las cuales se completan con las previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (art. 61 a 69 LOMPIVG), al ser compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares que puedan ser adoptadas a su favor durante los procesos penales o civiles por esta causa.

Además, cuando se aprecie un peligro grave para las víctimas o sus familiares, éstas también se podrán beneficiar de las medidas previstas en la LO 19/1994, 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, y: a) evitar que consten en las diligencias que se practiquen su nombre y apellidos, domicilio o profesión, dotándoles de un número o clave, o fijar como domicilio de notificaciones el órgano judicial; b) comparecer utilizando cualquier medio o procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, para preservar su imagen, y c) gozar de protección policial durante el proceso o una vez finalizado el mismo, si persistiera el peligro.

Revistiendo un particular interés entre todas esas medidas protectoras el uso de la videoconferencia, al constituir un sistema muy útil para facilitar que las víctimas puedan declarar en el proceso con plena libertad cuando concurren circunstancias determinantes de una especial presión sobre ellas

o sus familiares, coadyuvando en este sentido a evitar o paliar su victimización secundaria (art. 325 y 731 bis LECR en relación con el art. 229.3 LOPJ). O bien acordar para proteger su intimidad que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas (art. 680, 681 LECR y 232.2 LOPJ), lo que también se reconoce de forma específica a favor de las víctimas en los procedimientos relacionados con la violencia de género en el art. 63 LO 1/2004, 28 de diciembre.

Debiendo ser asimismo valorada como una buena práctica, la aprobación del Protocolo de colaboración suscrito en 2010 entre el Ministerio de Justicia, la Consejería de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía, para facilitar su utilización en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al prever de manera expresa su aplicación para aquellos colectivos de víctimas más vulnerables. Y en el cual consideramos que las Oficinas de Asistencia a las Víctimas pueden desarrollar un importante papel, en su función de proteger a la víctima a su paso por los distintos organismos e instituciones con las que entre en contacto, de modo que la dinámica judicial no le genere un daño o perjuicio adicional al producido por el delito, informándolas sobre la posibilidad de utilizar este sistema, gestionando su solicitud y ofreciéndoles acompañamiento y apoyo durante las actuaciones en las que deba intervenir.

No obstante, este sistema general de tutela (art. 21 y 22 LEVD) se completa con un conjunto de medidas protectoras que, de acuerdo al estatuto, podrán ser adoptadas durante la fase de investigación o de enjuiciamiento, atendiendo a las características personales de la víctima, la naturaleza y circunstancias del delito sufrido, así como a la gravedad de los perjuicios causados (art. 25 LEVD). Las cuales como gran novedad con arreglo a las previsiones del estatuto, habrán de ser determinadas tras realizar una evaluación individualizada de la víctima, y podrán ser actualizadas durante el transcurso del proceso según las circunstancias sobrevenidas, conforme al art. 23 y 24 LEVD, en relación a los arts. 19. 11^a, 28, 30 y 31 REVD (García, 2017). Considerándose a nuestro juicio un acierto que el legislador haya optado por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, para que sean las encargadas de realizar esa valoración, por considerarlas como el recurso más cercano a sus necesidades, y que mejor puede por tanto llegar a conocerlas, con ocasión del trabajo realizado con cada una de ellas en

cumplimiento de sus funciones de información, asesoramiento y atención integral que las mismas desarrollan desde el inicio de las actuaciones judiciales.

Y dado que entre los colectivos más vulnerables se encuentran los menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de una especial protección, en particular cuando hayan sido víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, también para ellos se contemplan determinadas medidas específicas con el objetivo de dar respuesta a sus necesidades (art. 26 LEVD) y configurar para ellos un estatuto hiperreforzado de protección (Villacampa, 2015; Fernández, 2019). Regulándose de forma expresa la posibilidad de que en estos supuestos puedan ser adoptadas las medidas necesarias para preconstituir la prueba testifical, con el fin de evitar que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio, se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para ellos. De manera que, con este fin, «a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos».

Una previsión que valoramos muy positivamente que haya sido ratificada y objeto de una mayor concreción tras la reforma llevada a cabo por ya comentada LO 8/2021, de 4 de junio, cuya DF 1ª procede a modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este extremo (arts. 449 bis, 449 ter, 703 bis y 730 LECR, entre otros). Al regular de forma completa y sistemática la prueba preconstituida y fijar los requisitos necesarios para su validez (Gamazo, 2021). Configurándola como un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son menores de edad o discapacitadas. De manera que atendiendo a su especial vulnerabilidad, se establece su obligatoriedad cuando la víctima-testigo será una persona menor de 14 años o con discapacidad necesitada de especial protección. Determinándose en estos casos que la autoridad judicial, una vez practicada la prueba preconstituida, únicamente podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando habiéndolo interesado alguna de las partes lo considere necesario.

No obstante, fuera de aquellos casos en que su práctica revista un carácter obligatorio con arreglo a las anteriores previsiones legales, en todos los demás su adopción habrá de entenderse potestativa para el Fiscal o autoridad judicial, tras atender a la gravedad de los hechos, circunstancias o condiciones personales de la víctima y demás motivos apreciables, de acuerdo con lo establecido en el estatuto (art. 23.2 LEVD). Razón por la cual consideramos oportuno que se pudiera generalizar como una buena práctica en estos supuestos, la petición por parte de las Fiscalías y órganos judiciales a los equipos técnicos de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, para que procedan a elaborar y remitirles con carácter reservado los respectivos informes de evaluación individualizada de las víctimas. Pues tras la nueva regulación del estatuto, estos informes de vulnerabilidad no solo tienen un extraordinario peso y valor para orientar fundadamente las decisiones que sobre las medidas tuitivas a estos colectivos puedan ser adoptadas finalmente por la autoridad judicial o fiscal, sino también para planificar la ulterior intervención que se haya de desplegar desde estas oficinas con esas víctimas en sus diferentes ámbitos de actuación jurídica, psicológica o social.

V. Derecho a la asistencia y servicios de apoyo

Finalmente entre las disposiciones del título cuarto del estatuto, revisten especial interés las destinadas a organizar el funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, ya implantadas por el Ministerio de Justicia y diversas Comunidades Autónomas, entre las que se incluye Andalucía, como un servicio público y gratuito en el ámbito de sus competencias de acuerdo a las previsiones de la Ley 35/95, 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para generalizar una atención integral e interdisciplinar -jurídica, psicológica y social- a todas las personas que hayan sido víctimas de cualquier hecho delictivo. Para lo cual habrán de contar con los medios suficientes y adecuados para llevarlas a cabo, al considerar que una falta de inversión real en aquellos recursos personales y materiales que las mismas puedan necesitar para desarrollarlas, conducirá inevitablemente al fracaso de su labor (Gómez, 2014). Y sin perjuicio todo ello, de otras oficinas o servicios más especializados ya existentes o que puedan ser creados para dar respuesta a las necesidades más específicas de determinados colectivos

más vulnerables, como la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo puesta en funcionamiento por el Ministerio de Justicia en la sede de la Audiencia Nacional al amparo del art. 51 de la Ley 29/2011, 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, con el fin de proporcionarles un espacio de acogida desde el que poder canalizar sus peticiones. Y a las que también se han de sumar las contempladas en la LO 1/2004, 28 de diciembre, que, al regular el derecho a la asistencia social integral de las víctimas de violencia de género, también prevé para ellas servicios especializados de atención, de emergencia, de apoyo y acogida dirigidos a su recuperación integral, a través de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

De manera que, partiendo de este marco legal y la experiencia acumulada durante todos estos años por el trabajo llevado a cabo por estas oficinas en todo el territorio nacional, lo que ahora persigue la Ley 4/2015 y el RD 1109/2015 que desarrolla sus disposiciones, es delimitar mejor su ámbito de actuación y dotarlas de un marco legislativo regulador del cual carecían, y que los profesionales que trabajamos en contacto con las víctimas veníamos demandando desde hace años.

Sin embargo en este punto de la norma, creemos que se ha desaprovechado la ocasión que brindaba la elaboración del Estatuto, para regular en su texto de forma más exhaustiva y detallada las actuaciones y funciones de estas oficinas, considerando a nuestro juicio que en su redacción podría haberse seguido el ejemplo pionero que en el ámbito del Derecho autonómico representa la regulación normativa de estas oficinas en la Comunidad Autónoma de Andalucía con arreglo a su marco estatutario (art. 29 EAA). Y en virtud del cual se promulga el Decreto 375/2011, 30 de diciembre, que regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (SAVA) como un servicio de carácter público, universal y gratuito que bajo la dirección y coordinación de la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía, tiene como objetivo general prestar una atención integral y coordinada a los problemas padecidos por las víctimas como consecuencia de su victimización y dar respuesta a sus necesidades específicas en los ámbitos jurídico, psicológico y social, mediante la intervención interdisciplinar de sus equipos técnicos.

Asimismo, y teniendo en cuenta el importante papel desarrollado por estas oficinas a la hora de garantizar la tutela integral de las víctimas de la violencia doméstica y de género, echamos en falta en el Estatuto una regulación de sus funciones en relación con la aplicación de las órdenes de protección que puedan ser acordadas a su favor. Un aspecto que con muy buen criterio, si ha sido recogido entre las competencias de estas oficinas en el ámbito autonómico, constituyendo de nuevo una buena muestra de ello la normativa de la Junta de Andalucía reguladora del Servicio de Asistencia a las Víctimas, que entre sus funciones y actuaciones de carácter general para conseguir esa asistencia integral le atribuye la recepción de «las órdenes de protección que le sean notificadas desde la Consejería competente en materia de violencia de género, así como contactar con la víctima, analizar la situación de ésta, y realizar las actuaciones pertinentes de acuerdo al Protocolo de actuaciones en materia de órdenes de protección por violencia doméstica y de género, según lo previsto en la DA 2ª de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica».

Una labor en la que creemos imprescindible seguir trabajando para reforzar un marco de colaboración entre todas las Administraciones implicadas, para favorecer el adecuado funcionamiento del Punto de Coordinación de esas órdenes de protección y asegurar la total coordinación en la aplicación de las medidas y actuaciones de carácter asistencial que de ellas se derivan. Mereciendo ser destacada como una buena práctica el Convenio en vigor desde el 2011 entre el Ministerio de Justicia, la Junta de Andalucía y el Consejo General del Poder Judicial con este fin. Que incluye como anexo un Protocolo que establece el itinerario de coordinación de actuaciones necesarias para llevar a cabo por los órganos judiciales de Andalucía con competencia en la adopción de órdenes de protección, la Dirección General de Violencia de Género, como centro directivo en el que se reside el Punto de Coordinación de las órdenes de protección, y los organismos que por razón de competencia realizan actuaciones de atención y asistencia social integral a las víctimas, como son los Centros Provinciales del Instituto Andaluz de la Mujer y los Servicios de Asistencia a las Víctimas en Andalucía (SAVA), a los que se les encomienda importantísimas funciones para dar

respuesta de forma pro-activa a las necesidades que puedan presentar las víctimas, tras haber contactado con ellas.

Y entre las que destacamos las siguientes: a) La orientación, información y asesoramiento jurídico en el procedimiento judicial, así como en otras materias jurídicas derivadas de la situación de víctima. Informándolas sobre sus derechos, en particular sobre la solicitud para el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita, con arreglo a la Ley 1/1996, de 10 de enero y el Decreto 67/2008, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica gratuita en el ámbito de la CA de Andalucía; b) Valoración e intervención psicológica en crisis, ofreciéndoles apoyo psicológico durante el proceso judicial, además de asesorar a los órganos judiciales en los interrogatorios y exploraciones de aquellas víctimas consideradas especialmente vulnerables; c) Gestión y solicitud de medidas de protección para las víctimas en sede judicial, colaborando con todos aquellos agentes implicados en su asistencia y protección, con objeto de reducir los efectos de la victimización secundaria; d) Información sobre la solicitud de aquellas prestaciones y ayudas económicas de las que las víctimas puedan ser beneficiarias, y derivación cuando sea necesario a los recursos especializados competentes en asistencia y atención social; y e) Evitar la confrontación visual con la parte denunciada y/o familia de ésta en las dependencias judiciales, y cualesquiera otras actuaciones en sede judicial con los hijos e hijas menores de las víctimas que se vean en la necesidad de traerlos consigo, procurando mantenerlos apartados de todas las incidencias y gestiones judiciales que la víctima precise realizar.

VI. La formación de los profesionales como elemento clave para garantizar la aplicación efectiva de los derechos en la práctica forense

Asimismo, valoramos de forma positiva, que el nuevo estatuto haya incluido en su articulado la obligación que tienen las distintas Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, de asegurar la formación general y específica sobre protección y asistencia a las víctimas de los profesionales que intervengan en el proceso penal y puedan tener contacto con ellas (art. 30 LEVD). Al incorporarla a los programas de los cursos para Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Médicos Forenses, personal al servicio de la

Administración de Justicia y de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Respecto al último de los cuales, el RD 1109/2015 con muy buen criterio a nuestro juicio, refuerza su especialización en determinadas áreas –familia, menores, discapacidad, o violencia de género y doméstica, entre otras- (art. 18.2 REVD), que consideramos imprescindibles para el desempeño de las funciones que tienen atribuidas, y en las que los estudios de criminología – pese a no referirse a ellos lamentablemente ni el estatuto, ni su desarrollo reglamentario-, creemos que constituyen un valor añadido. Lo cual es compatible de acuerdo con el modelo de asistencia integral que venimos defendiendo, con la necesaria existencia en las Oficinas de Asistencia de otros profesionales que aporten los conocimientos propios de su disciplina – derecho, psicología o trabajo social-, y que en el contexto del trabajo en equipo representan la garantía de una intervención más eficaz (Tamarit, 2015).

Contemplándose asimismo con buen criterio esta formación especializada para otros operadores jurídicos como los abogados y procuradores a cargo de sus respectivos Colegios Profesionales, por estar llamados también a desempeñar un papel destacado en la representación y defensa de los derechos de las víctimas. Considerando que en esta labor docente, debería reservarse un papel protagonista al personal altamente cualificado que conforman los equipos técnicos de las OAV, al contar con una dilatada experiencia en sus respectivos ámbitos de actuación jurídica, psicológica o social y una acreditada especialización en la atención a los diferentes colectivos de víctimas, debiéndose seguir en este extremo las buenas prácticas que vienen siendo desarrolladas desde hace ya algunos años en el marco autonómico andaluz al amparo de los arts. 3.2.f), 8.3 y 11.2.k) del Decreto 375/2011, de 30 de diciembre.

Por todo ello, consideramos que la sensibilización y especialización de todos los colectivos profesionales que desarrollan funciones en este ámbito de la justicia penal constituye una pieza clave e imprescindible para conseguir en la práctica forense una real y eficaz aplicación del ambicioso catálogo de derechos y buenas prácticas que proclama y reconoce el estatuto, al estar convencidos que sin la cooperación activa de todos ellos estará condenado al fracaso. Y asimismo entendemos, que sin perjuicio de la capacitación más especializada que pudieran necesitar algunos grupos profesionales por su

contacto directo con determinadas categorías de víctimas más vulnerables, como los menores de edad, las víctimas de violencia de género o sexual, y terrorismo entre otras, esta formación debería comprender como mínimo los siguientes contenidos con arreglo a los estándares europeos: conocimientos de los efectos negativos del delito sobre las víctimas; técnicas y conocimientos para ofrecerles ayuda; conciencia acerca del riesgo de poder causarles una victimización secundaria y técnicas para prevenirla o evitarla; así como disponibilidad de todos los servicios existentes que puedan facilitarles información y apoyo específico a sus necesidades y medios para acceder a estos servicios.

Consideraciones que a nuestro juicio se deberían tener presentes por todas las Administraciones Públicas competentes a la hora de organizar y diseñar las acciones formativas para los profesionales y empleados públicos a su servicio, como viene haciendo con muy buen criterio la Administración de la Junta de Andalucía. Al incluir en los planes de formación del Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP) para el personal de la Administración de Justicia de los cuerpos de gestión procesal y administrativa, tramitación y de auxilio judicial a su servicio este tipo de actividades formativas. Y que, al cumplir con todos los estándares mínimos exigidos por la normativa europea, han merecido el reconocimiento del Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP) por contribuir a mejorar de forma sustancial la capacitación de su personal en este concreto ámbito de la Administración de Justicia.

Razón por la cual, podemos afirmar que la formación sigue constituyendo uno de los grandes retos de la Victimología en nuestro país, pues la calidad de la atención a las víctimas no puede depender del mero voluntarismo ni de una ciega aplicación de recursos económicos por parte de las Administraciones en un contexto social de crisis económica como el que vivimos, marcado por los ajustes presupuestarios, sino de la existencia de garantías respecto a la solidez y solvencia de la capacitación profesional de las personas que puedan tener cualquier tipo de contacto con ella en el sistema judicial (Tamarit, 2005). Y de cuya intervención dependerá el éxito del cambio que en esta materia queremos hacer realidad en el día a día de la aplicación práctica de las disposiciones del estatuto.

VII. Conclusiones

Del análisis realizado en el presente trabajo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el estatuto de la víctima del delito, y sus disposiciones de desarrollo al amparo del RD 1109/2015, mediante las cuales el legislador español ha aplicado en nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2012/29/UE, podemos concluir que el régimen legal que el mismo define en su articulado, garantiza sin duda alguna una mejor protección de los derechos que las víctimas tienen reconocidos ante el sistema de justicia penal. El cual se configura como uno de los fines del proceso penal, que tiene un claro fundamento constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y nos ofrece una nueva dimensión del proceso penal, como un espacio institucional de interacción entre el Estado, el acusado y las víctimas. Donde sin merma o menoscabo de los derechos y garantías del primero, también debe ser reconocida la necesaria tutela de los derechos de las víctimas y perjudicados, buscando una posición de equilibrio de unos y otros.

Al considerar que la norma y las novedades que la misma incorpora, no sólo ha permitido sistematizar en un único texto legal el catálogo general de todos los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas del delito, sino que además sienta las bases para promover e identificar las buenas prácticas que han de guiar la intervención de todos los profesionales que entren en contacto con ellas en el escenario judicial. Razón por la cual para hacerlo efectivo en el día a día de la práctica forense, también hemos creído imprescindible la continua especialización y capacitación de dichos profesionales, de la que también se ocupa el estatuto y que como hemos sostenido habrá de cumplir con los estándares mínimos europeos en esta materia.

Referencias

- Domínguez Fernández, G. (2018). Derechos y medidas aportadas por el estatuto de la víctima del delito. *Diario La Ley* (9168), 1-8.
- Fernández Fustes, M. D. (2019). Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, (39), 755-815.

- Gamazo Carrasco, M. B. (2021). Análisis de las principales novedades en la LECRIM introducidas por la LO 8/21 de 4 de junio. *Diario La Ley*, 9936, 1-10.
- García González, J. (2019). Los derechos de la víctima en la Ley 4/2015, de 27 de abril. Origen, alcance y contenido más relevante. *Cadernos de Derecho Actual*, (12), 443-462.
- García Rodríguez, M. J. (2019). *Código de los Derechos de las Víctimas. Compilación de disposiciones normativas de ámbito Internacional, Europeo, Estatal y Autonómica de Andalucía sobre protección de los derechos de las víctimas de delitos*. Instituto Andaluz de Administración Pública.
- García Rodríguez, M. J. (2020). El Nuevo estatuto de las víctimas del delito ante el sistema de justicia penal juvenil, *Revista General de Derecho Penal*, (33), 1-41.
- García Rodríguez, M. J. (2017). Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal, *Revista General de Derecho Procesal*, (41), 1-33.
- García Rodríguez, M. J. (2016). El Nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-24), 1-84.
- Gómez Colomer, J. L. (2014). *Estatuto jurídico de la víctima del delito*. Aranzadi.
- Luaces Gutiérrez, A. I. (2016). Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (15), 139-174.
- Soletto Muñoz, H. y Grané Chávez, A. (2018). El proceso penal, mecanismo ineficaz de compensación a la víctima: un estudio de campo, *Revista de Victimología*, (8), 35-80.

- Tamarit Sumalla, J. M. (2015). Los derechos de las víctimas. En J. M. Tamarit Sumalla (Coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015 (15-68)*. Tirant lo Blanch.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2005). ¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? En J. M. Tamarit Sumalla (Coord.). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología (27-45)*. Tirant lo Blanch
- Villacampa Estiarte, C. (2015). La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID. En J. M. Tamarit Sumalla (Coord.). *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015 (241-303)*. Tirant lo Blanch.

Capítulo 8. Los fines de la pena de prisión en el siglo XXI.

Dr. Santiago Leganés Gómez

Universidad Internacional de Valencia (VIU)

I. Introducción

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) establece en su art. 25.2 que: “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Por tanto, la Constitución asume la corriente a favor de la idea de la “resocialización”, en sustitución de las ideas correccionales que habían imperado en el siglo XIX. Aunque el art. 25.2 CE habla también de “reeducación” (entendida como la compensación de las carencias del penado ofreciéndole todas las herramientas necesarias para facilitar su aprendizaje para que cuando sea excarcelado no vuelva a delinquir), la tendencia actual es la del término resocialización. Consecuentemente la reinserción social consiste en favorecer el contacto activo del penado con la sociedad para atenuar la nocividad del internamiento, tratando para ello que ésta se ejecute en la forma más semejante a la vida en libertad.

La idea central de la resocialización ha de unirse, necesariamente, al postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria, de tal manera, que medidas como los permisos de salida y el trabajo en el exterior de los regímenes abiertos, tienen una muy superior eficacia, a los efectos de prevención especial, que un encierro sin imaginación, pues los vínculos familiares, afectivos, laborales y sociales quedan asegurados y se convierten en sólidas ataduras para, en el futuro, alejar a los internos de la delincuencia, rentabilidad social que no es preciso defender con mayores razonamientos (García, 1982).

Lejos quedaban ya los tiempos en los que reinaba el optimismo resocializador, en los que se confiaba en el efecto beneficioso que podía tener la prisión para el delincuente en el sentido de conseguir, mediante su

resocialización que no volviera a cometer delitos tras su puesta en libertad. Pero las penas en general, y sobre todo la pena de prisión, no pueden garantizar la no reincidencia del condenado. Aún imaginándonos un sistema penitenciario absolutamente perfecto, con prisiones que tuvieran todos los medios posibles, materiales y humanos del mundo, si el expresidiario vuelve a una sociedad imperfecta, y además teniendo en cuenta que las razones por las que se delinque son muchas, variadas y complejas, es imposible garantizar la no recaída en el delito.

Los críticos de la resocialización han manifestado siempre su falta de eficacia, aludiendo a las altas cuotas de reincidencia de quienes habían cumplido penas de prisión. Todo ello, unido al reconocimiento de la realidad de las prisiones y a la falta de medios, determinó la sustitución del utópico ideal de la resocialización por el más modesto, pero más realista y funcional, de la *no desocialización* del penado en prisión. En otras palabras, de lo que se trataba era de idear un sistema de sanciones penales que, partiendo de que la prisión no sólo no garantiza la reincidencia, sino que incluso a veces la fomenta, tendiera a minimizar sus efectos negativos sobre el penado. Por tanto, el concepto de resocialización debe construirse sobre la base normativa que permita el desarrollo de la fase ejecutiva de una pena provocando el menor grado posible de afección psicológica, social y jurídica sobre el sujeto. Por ello el legislador cuando elaboró la Ley Orgánica General Penitenciaria en 1979 (en adelante LOGP) ya sabía que la pena de prisión estaba en crisis y que representaba una contradicción insalvable de difícil solución (Vega, 2010), era un “mal necesario” hasta que “pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza” que pueda evitar los males y defectos inherentes a la reclusión.

II. El principio de reinserción social

No puede educarse para la libertad a una persona encerrada entre cuatro paredes: “es difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad” (Muñoz, 1985). Además, el encerramiento forzoso y prolongado fomenta la creación de una vida artificial (prisionización).

Partiendo de esta situación de la pena de privativa de libertad, el art. 25.2 CE establece que las penas estarán orientadas a la rehabilitación y reinserción social, y dentro del mismo se recoge el principio de resocialización (Cervelló, 2012). La reeducación y reinserción social se refiere a la resocialización, formando parte integrante de la finalidad de la prevención especial. Por regla general, para la doctrina penal, la utilización por el constituyente español de los conceptos de reinserción social y reeducación no ha sido muy afortunada, mostrando su preferencia por el término “resocialización” (Álvarez, 2001). Cuestionar la legitimidad del principio de resocialización sería cuestionar en esencia todo nuestro sistema penitenciario.

Para la mayoría de la doctrina (Mapelli, 1983), la finalidad resocializadora prevista en el orden constitucional está dirigida principalmente al ámbito penitenciario, aunque otros autores entienden que, aunque el art. 25.2 tiene una orientación penitenciaria no por ello deja de tener implicaciones para el resto de las instancias penales. Por otra parte, esta finalidad resocializadora de la ejecución penitenciaria, está en consonancia con las denominadas *teorías mixtas*, en el sentido de que pretenden la unión de los fines de retribución y prevención según la diferenciación propuesta por autores como Schmidhäuser, Roxin, de tres momentos en la pena (amenaza, aplicación y ejecución). Es precisamente en el momento de la ejecución donde la prevención especial es la finalidad fundamental a desarrollar por la pena en la última fase del Derecho penal (Berdugo, 1999). Las penas deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como una vida sin delitos.

La reeducación desde el punto de vista de nuestra legislación debe ser entendida como resocialización o como recuperación social. Se trata de que el sujeto adquiera la capacidad de vivir en la sociedad con respeto hacia la ley penal, de condicionar al sujeto a los valores dominantes en una determinada colectividad, pero solamente en su aspecto externo. Se exige el acatamiento externo de la norma con objeto de evitar la reincidencia, y que no se exige por parte del penado su adhesión interna de determinadas escalas de valores. Se trata de intentar convencer, o en cualquier caso de dar medios al sujeto (si es preciso también psicológicos, ayudándole a resolver sus problemas, complejos, conflictos internos, etc.) para que no

delinca, es decir, para que no atente contra bienes jurídicos penalmente protegidos, comparta o no los valores sociales (Luzón, 2004).

Por otro lado, reinsertar es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitar el aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca su liberación (Mapelli, 1983), para evitar que esta vuelta a la sociedad sea brusca. Es necesario potenciar el máximo contacto de los internos con el exterior durante el cumplimiento de la pena – a través de visitas familiares, permisos de salida, etc. – resulta *conditio sine qua non* para el éxito de cualquier política de reinserción (Álvarez, 2001).

El Estado tiene la obligación de construir un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción social y, por otra, cuando menos, en la exigencia de institutos jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de la prevención general, como es el sistema de grados muy fluido que permite llegar cuando conviene a la semilibertad y a la excarcelación. Por tanto, la Administración Penitenciaria tiene que iniciar un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso atenuando la pena cuando ello sea posible, o bien haciendo que la vida se desarrolle dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad (Berdugo et al., 2010).

Por otro lado, esta administración debe esforzarse en el momento de la liberación por facilitar los medios para que pueda producirse un tránsito de la privación de movimientos a la libertad lo menos traumático posible, así como aquellos subsidios imprescindibles para su reincorporación a la vida en común.

No cabe duda de que tanto la mayor potenciación de los contactos con el exterior como que la forma de reincorporación a la sociedad sea lo menos traumática posible se puede conseguir mediante el régimen abierto y la libertad condicional. Estos mecanismos permiten, dentro de los límites que marquen otras finalidades de la pena concurrentes con los preventivos especiales, atender las necesidades de reeducación y reinserción, pues durante la fase de ejecución o de cumplimiento de la pena, ésta debería atender, en la medida de lo posible, a criterios de reeducación y reinserción

social del delincuente (prevención especial), aunque no debe significar, según la interpretación del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y la mayor parte de la doctrina que esta finalidad de la pena sea la única autorizada por la Carta Magna (Castro, 2008). El texto constitucional no impone una determinada finalidad de la pena. Lo que la CE contiene es un conjunto de límites, orientaciones y pautas que excluyen o, por el contrario, alientan determinadas políticas legislativas o ciertos criterios interpretativos (Lamarca, 1987).

El problema actual del Derecho penal se encuentra en el *conflicto existente entre prevención especial y prevención general*, que se traduce en el conflicto entre individuo y sociedad. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse en la misma. El dilema se resuelve casi siempre a favor de la prevención general, no sólo porque la sociedad es más fuerte que el individuo, sino también porque el Derecho penal, como todos los sistemas de control social, está al servicio de la protección de intereses sociales y todas sus instituciones procuran cumplir esa función. Lo único que se puede hacer es intentar que la finalidad preventiva general no se “pervierta”, que sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legitimados democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo de costo de represión y de sacrificio de la libertad individual (Muñoz, 1985).

La orientación constitucional de las penas privativas de libertad evita una concepción puramente segregacionista de la prisión, permite el principio de humanidad de las penas y recoge la finalidad preventivo especial que permite renunciar a la pura retribución y proporcionar fundamento constitucional a instituciones por la que se evita la prisión o se mitiga la dureza de su cumplimiento, preparando para la libertad (García, 2006).

El legislador fue consciente de que la prisión no era el medio más idóneo para preparar a una persona para convivir en sociedad y respetando unas normas de convivencia. Es por ello que se tuvieron en cuenta, para paliar algo los efectos de la privación de libertad y como preparación del penado

para conseguir la reinserción, diversas formas para ir acercando al condenado a la sociedad, como el caso de los permisos de salida al exterior, la aplicación del tercer grado y la libertad condicional en la fase final de cumplimiento (Arribas, 2004).

La prevención especial se dirige al autor individual de un delito, procurando mediante su reforma, corrección y readaptación social (Quintero, 2000). Pero la prevención especial –fines de reinserción social del autor del delito – no es la función principal a ser alcanzada por los sistemas de justicia criminal, “sino apenas un efecto posible y esperable, producido por la pena” (Barattta, 1984).

Si la pena se le da un puro sentido absoluto de retribución, esto es, de castigo (...), es obvio que a toda acción delictiva debe seguir un proceso, la imposición y la ejecución. Esto es capital en la tesis retributiva de la pena. De ahí que el principio de legalidad sea fundamental en el Derecho Penal Clásico. En cambio, si a la pena se le da un sentido relativo de prevención, contemplando la resocialización del delincuente como una de las metas a ser perseguida (art. 25.2 CE), el sistema de Justicia criminal adquiere una nueva dimensión finalista o teleológica (Conde-Pumpido, 1989).

Hay un sector de la doctrina, que no está de acuerdo con el discurso del “fracaso de los fines de resocialización”. En efecto, ello no se ha podido comprobar en la práctica porque los Estados no han puesto los medios para tornar efectivo este objetivo. Al contrario, la experiencia viene demostrando que, pese al declive del Estado social en los países del entorno europeo y el avance del neoliberalismo económico, la incorporación de mecanismos de justicia negociada y de abreviación del procedimiento, con base en criterios de oportunidad, se ha revelado una medida de importancia trascendente en aras a atender los fines de pacificación social y evitar los efectos criminógenos de las penas cortas de libertad.

Desde esta concreta perspectiva, se abren nuevos interrogantes respecto a la definición de los medios más adecuados a alcanzar estos fines preventivos especiales y generales, además de definir el grado de aplicación de estos mecanismos, dada la naturaleza de la violación de la norma penal. En este elemento social se incluye la exigencia de luzçoque el condenado

no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social. El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general (Roxin, 2000).

Se ha considerado con acierto que pretender reeducar por la aplicación de la pena es un despropósito, ya que la cárcel no es el medio menos idóneo, para resocializar, aunque también existen grandes peligros si se abandona totalmente la finalidad resocializadora, originándose una mayor represión y una concepción puramente retributiva. La reinserción entendida como una posibilidad de reincorporación pacífica sí puede ser alcanzada. Al penado no se le obliga, se le ofrece la posibilidad, su rechazo no puede dar lugar a consecuencias negativas.

Actualmente, nos encontramos con la contradicción de la crisis de la prisión y con la afirmación de que la pena de prisión es necesaria. La prisión, según muchos, tiene aspectos negativos, como la destrucción psíquica, el aislamiento, la pérdida de trabajo, etc.; pero a su vez reconocen que no opera otra alternativa lo suficientemente importante como para hacerla desaparecer. Frente al proceso expansionista del derecho penal y de la pena de prisión se han ido abriendo camino algunas políticas reduccionistas que tratan de dar prioridad a la idea de la prevención especial y/o rehabilitación reduciendo el uso de la prisión, haciendo efectivo el principio de que el castigo debe ser *“la última ratio”*. Una política reduccionista parte de la premisa de que el Derecho Penal y, en particular, la pena de prisión no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad.

Dentro de esta política reduccionista no cabe duda que el régimen abierto previsto en el art. 72 LOGP puede desempeñar una función muy importante puesto que se reduce la intervención intimidatoria y retributiva de la pena frente a una mayor concienciación del interno de la obligación de cumplir la pena pero en unas condiciones de mayor dignidad y humanidad, que le pueden permitir llevar una vida cuasinormalizada, viviendo con su familia, trabajando y siguiendo integrado en su medio social, todo ello hace que su rehabilitación sea más probable.

III. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El art. 25.2 CE proclama que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Se ha llegado a afirmar que la finalidad primordial de las penas y medidas penales privativas de libertad no es otra que la reeducación y reinserción social de los sentenciados. Se confunden así, lamentablemente, los fines de la pena con los del tratamiento penitenciario que, según el art. 59.1 de la LOGP “consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”.

Pero, incluso aceptando que pueda la reeducación y reinserción social ser uno de los fines de las penas de prisión, no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional (TC) ha declarado que el art. 25.2 de la CE no establece que “sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad” (STC. 28/1988, de 23 de febrero), sino que “supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria” (ATC. 1112/1988, de 10 de octubre), y que “el art. 25.2 de la CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles (prevención especial, retribución, reinserción, etc.) ha optado por una concreta función de la pena” (SSTC 150/1991, de 4 de julio y 120/2000, de 10 de mayo), refiriéndose igualmente a “la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadora junto a la retributiva (ASTC. 198 y 199/1995, de 3 de julio); y, en esta misma línea, se insiste en que “la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (art. 25.2 CE.), no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial)” (STS. 992/2000, de 2 de junio).

Así, pues, lo que la Constitución hace es consagrar que la prisión no debe ser una pena inactiva, sino que, durante su cumplimiento, estará *orientada hacia, tenderá a*, la reeducación y reinserción social, que se elevan así, de manera confusa, a la categoría de fin de la pena, coexistente con los demás que su propia naturaleza le asigna, que no quedan subordinados a éste,

que, lógicamente, sí quedará supeditado a que sea posible, en cuanto aceptado por el penado, y necesario (Luzón, 1994).

El art. 25.2 CE aparece precisamente en el momento en que el pensamiento de la resocialización del delincuente comienza a entrar en crisis. Su descrédito se ha extendido hoy en la doctrina. Todo ello en base a una doble consideración, en la que recoge un sentir bastante generalizado, al razonar que en contra de esta pretensión se puede invocar, en primer lugar, la ilegitimidad de una “socialización coactiva”, tanto por su incompatibilidad con los principios constitucionales, como por la propia naturaleza contradictoria de un tratamiento no aceptado por el sujeto.

El art. 25.2 CE, como bien dice la STC 112/1996, de 24 de junio (ponente Vives Antón), establece que el principio a la reeducación y reinserción social no constituye un derecho fundamental, lo cual:

No significa que pueda desconocerse el mismo en la aplicación de las leyes y menos aun cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena (...)

Por tanto, el legislador no puede desconocer que la política penal y penitenciaria debe estar orientada hacia la reeducación y reinserción social y por ello debe establecer determinados mecanismos encaminados a garantizar dicha orientación resocializadora, que faciliten la preparación para la vida en libertad, al fortalecer los vínculos familiares y al reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión. Así pues, el modelo resocializador pretende recuperar al delincuente sobre la base de una interpretación positiva orientada hacia la reinserción social, a cuyo fin se dirige toda la organización penitenciaria, a través de la observación, clasificación y tratamiento (Jaén, 2003).

Quizá, siendo realistas, el objetivo de las prisiones sería ya no resocializar sino aspirar a que las sanciones penales y, especialmente la pena privativa de libertad, no desocialicen más a la persona que queda sometida a ella. La reclusión, en ese entorno anormal que suponen los centros penitenciarios,

conlleva habitualmente, entre otros efectos, la ausencia de control sobre la propia vida, estado permanente de ansiedad, ausencia de expectativas de futuro, ausencia de responsabilidad, pérdida de vinculaciones o alteraciones en la afectividad estamos ante un medio de carácter esencialmente antiterapéutico, enormemente desequilibrador y estresante. El denominado efecto de prisionización, concebido como la habituación del recluso a una serie de usos y costumbres propios del entorno carcelario, parece integrar todas estas consecuencias principalmente perjudiciales para la salud mental del recluso.

El Tribunal Constitucional ha ido reduciendo el derecho a la reinserción social al interpretar el art. 25.2 CE, apuntado hacia una interpretación más *light*, como “principio orientación genérico”, negando cualquier consideración de entenderlo como algo más concreto generador de derechos subjetivos. Pero sólo razones estrictamente resocializadoras, regidas por el principio de oportunidad (delito cometido muchos años atrás, rehabilitación de drogodependencias, etc.), pueden permitir que un condenado una larga pena de prisión pueda desde el primer día de cumplimiento, al menos teóricamente, salir a trabajar o a seguir tratamiento en el exterior.

Según recoge el Tribunal Constitucional en sus Autos 28/1988 y 15/1984:

La reinserción no se formula en sí misma como un derecho auténtico del penado, que además resulta de imposible cumplimiento en muchos casos, sino como un principio orientador de las penas, del que únicamente se deriva, como la propia doctrina señala, *una obligación general del Estado de promover condiciones favorables a la adaptación social del penado.*

Por tanto, el Tribunal Constitucional ha plasmado en su jurisprudencia que el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad, sino que es un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo (Berdugo et al., 2010).

Como también indica la STS de 20 de abril de 1999:

La orientación de las penas a la reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en la fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse en la sociedad, por lo que debe ser “preparado” para ella (grados de cumplimiento, permisos, etc.) y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción”.

Por tanto, existe un deber prestacional por parte de la Administración Penitenciaria de asegurar los medios previstos en el ordenamiento jurídico para llenar de contenido la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (tratamiento individualizado, progresiones de grados, permisos de salida, etc.). Consiguientemente, correlativo a ese deber prestacional se deriva el correspondiente derecho, normativamente reglado, a tratamiento, permisos, progresión de grado, etc., cuyo ordinario otorgamiento debe ser la norma, y su restricción, siempre motivada, la excepción.

En definitiva, existe el derecho a recibir de la Administración Penitenciaria los medios tratamentales personalizados con el fin de nivelar las asimetrías sociales que el condenado eventualmente pudiera haber padecido y a disfrutar de los *institutos jurídicos abiertos* por la legislación para asegurar la integración social.

IV. El principio de humanidad

El desarrollo social de los sistemas penitenciarios de nuestro entorno cultural ha dado lugar a la presencia del ideal resocializador como filosofía movilizadora de la ejecución penitenciaria (Cervelló, 2012), conectada con una mayor humanización de las instituciones carcelarias.

En una sociedad democrática, centrada en el valor de la persona, resulta plenamente coherente colocar, al lado de los tradicionales postulados de necesidad, legalidad, culpabilidad y de sus correspondientes corolarios, el principio de humanidad (De la Cuesta, 2011), un principio menos estudiado, pero, sin lugar a duda, “no menos importante” que aquéllos. Conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos las penas privativas de

libertad han de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo.1) y el régimen penitenciario debe consistir “en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo.3).

En línea con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con la propia Constitución), corolario del principio de humanidad ha de ser la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo.

Ahora bien, hemos de ser conscientes de que el aseguramiento de la resocialización es muy difícil pero corresponde a la Administración Penitenciaria esforzarse en procurar la atenuación o reducción del contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento en prisión, aprovechando el periodo de ejecución penitenciaria para tratar de abrir oportunidades a la participación del interno en el sistema social: sin perjuicio de posibles intervenciones terapéuticas, vías privilegiadas de lo anterior son la aproximación de la vida de dentro a la de fuera, el fomento de la comunicación del preso con el exterior y la facilitación de la incorporación progresiva del penado a la vida en libertad (De la Cuesta, 2011).

En suma, y frente al permanente riesgo de conversión de los establecimientos en meros aparcamientos de seres humanos, el entendimiento democrático del ideal resocializador obliga, en primer término, al compromiso con la humanización del universo prisional, presupuesto de cualquier labor resocializadora (Kaufman, 1977).

Está demostrado que la estancia en prisión provoca en la persona un importante deterioro y la lleva a la desadaptación social en lugar de la resocialización que en teoría pretendemos (Valcerde, 1997), para evitar esta situación es necesario dar cumplimiento a lo que la doctrina ha dado en llamar el “principio de atenuación y compensación” y el “principio de *nihil nocere*” (Asúa, 1992), es decir, que se fomente el contacto con el exterior, así como la instauración de regímenes que reduzcan la desocialización.

La realidad nos indica que cuanto más tiempo está un interno en una prisión ordinaria es mayor la probabilidad de reincidencia en el delito, y que esta probabilidad aumenta todavía mucho más cuando ha estado ingresado en régimen cerrado, por tanto, se trataría de reducir la estancia en prisiones de régimen ordinario o cerrado y potenciar el uso de las prisiones abiertas (Leganés, 2013), facilitando con ello la no desocialización y dando mayores opciones de reinserción social.

Así pues, conocidos los efectos desocializadores de las penas privativas de libertad en términos de ruptura de los lazos sociales de referencia, se debe evitar la ruptura de estos vínculos a partir del ingreso en prisión, fomentando las salidas y los contactos con el exterior para evitar la desocialización propia del encierro carcelario, estableciendo las condiciones de vida en prisión de modo que se equiparen lo más posible a la sociedad (*principio de atenuación*) (Mapelli, 1986) y contrarresten las consecuencias dañinas de la privación de libertad (*principio nil nocere*), puesto que el sistema penitenciario actual fomenta la estigmatización y desocialización del condenado (Quintero, 2009).

La naturaleza de la prisión como “institución total” acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto del medio al que después tendrá que volver (Tamarit et al., 2005), por ello no deberá ser aislado del contexto social. Así pues, se debe tratar de evitar causar al penado más daño que el derivado de su privación de libertad.

Las penas y, especialmente, la pena de prisión, son las intervenciones estatales más duras sobre los derechos fundamentales. Por ello, los límites han de ser especialmente rigurosos y son establecidos en textos tanto nacionales como internacionales que tienen su referencia última en el respeto de la dignidad humana.

En una sociedad democrática, centrada en el valor de la persona, se ha de dar gran importancia al principio de humanidad en el cumplimiento de las penas, y este principio se manifiesta, en particular, en la orientación resocializadora de estas. La Administración Penitenciaria ha de procurar

reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentado la comunicación del penado con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del mismo a la vida en libertad.

La resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad (Bueno, 1985).

La resocialización se convierte así en el objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto. El régimen penitenciario también debe ser resocializador. Frente al riesgo de la conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos, que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, manera decidida y en primer lugar con la humanización de la prisión.

La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas de ejecución atenuada de la misma: arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto fin de semana (De la Cuesta, 2009).

El ideario de la resocialización ha permitido legitimar muchas instituciones que mitigan la dureza de la privación de libertad y, especialmente, ha permitido prever situaciones de semilibertad que, en última instancia, redundan en el principio de humanidad de las penas. Y, en segundo lugar, con independencia de la valoración que merece como principio, los poderes públicos están obligados a evitar todas las situaciones que perjudiquen a este objetivo. En concreto, están obligados a contrarrestar los efectos desocializadores de la privación de libertad: la no desocialización es el contenido mínimo de la idea de reinserción social (García, 2006).

Por tanto, no cabe duda de que el régimen abierto es el más adecuado para evitar la desocialización y potenciar la resocialización de los penados. El

problema que frecuentemente aparece es que las penas que no implican privación de libertad (suspensiones, sustituciones, etc.) son calificadas de “impunidad”. Igualmente, ocurre con el régimen abierto y la libertad condicional.

En resumen, parece que nada más la prisión tradicional y retributiva sigue siendo auténtica punición, sin embargo, está claro que tanto el régimen abierto como la libertad condicional son períodos de cumplimiento de las penas privativas de libertad, y que además la resocialización se produce de forma más adecuada desde el régimen abierto y la libertad condicional que desde la prisión cerrada (Leganés, 2013).

En definitiva, la idea de resocialización también ha permitido fundamentar instituciones penales y penitenciarias que suponen renunciaciones a la retribución en beneficio de situaciones que reducen los efectos desocializadores de la prisión. Las instituciones de semilibertad que permiten la incorporación progresiva a la sociedad, en definitiva, humanizan la pena de prisión.

Las consecuencias del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión. Por el contrario, en línea con el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con el art. 25.2 CE se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo (De la Cuesta, 2009).

Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente –el cual no deja de formar parte de la sociedad–, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización (Muñoz, 1985), asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad.

Cuando el constituyente ordena al legislador que encamine la ley penal y penitenciaria hacia el fin de la reeducación del delincuente está exigiendo

que la política criminal nunca olvide el *fin humanitario* que toda pena, pese su indudable contenido aflictivo, debe tener, pero no autoriza la volatización de dicho sentido aflictivo.

Según Ferrajoli (2005), la severidad en la imposición de penas y la indulgencia en mediante el régimen abierto en su ejecución resultan una “*esquizofrenia*” y una especie de hipocresía institucional que responde a funciones no declaradas de la pena y resta eficacia disuasoria a la sanción. Parece que este autor cae en el error de considerar que con los beneficios penitenciarios entendidos en sentido amplio (régimen abierto, libertad condicional, etc.) cesa la privación de libertad, cuando en realidad son solo una modalidad distinta para su cumplimiento. La oposición a la finalidad resocializadora y la flexibilidad de la pena se fundamenta en que a través de esos mecanismos el sujeto podría verse obligado a modificar su personalidad para regresar con anticipación de la prisión.

De esta manera por defender a ultranza una de las dimensiones de la libertad (la libre determinación de la personalidad), restringe las posibilidades del sujeto de disfrutar de un mayor grado de la libertad ambulatoria a través del cumplimiento de la sanción bajo una modalidad abierta. Es cierto que la libre autodeterminación de la personalidad es un postulado fundamental del Estado de Derecho, pero esa dimensión de la libertad no resulta coartada por la existencia de un sistema de flexibilidad de la ejecución de la pena aplicada conforme a disposiciones legales adecuadas y comprendida la resocialización no como modificación de la personalidad sino como el deber del Estado de ofrecer al condenado procesos de integración que le permitan a la persona privada de libertad, de manera voluntaria, construir un proyecto de vida sin delitos.

El art. 106.4 del Reglamento Penitenciario (en adelante RP) regula la posibilidad de que un penado no participe en la realización del programa individualizado de tratamiento aprobado por la Junta de Tratamiento cuando ésta realiza la clasificación inicial o revisa la misma. En la legislación española el tratamiento no se configura como un deber, sino como un derecho y así viene recogido en el art. 4.2.d) RP al establecer el “Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se le programen para el buen éxito del mismo”.

El art. 4.2 LOGP determina: “Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”. Esta misma idea viene desarrollada con más detalle en el art. 61 de la misma Ley: “Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida que sea compatible con las finalidades del mismo”. El art. 112 RP recoge esta misma idea: “Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento...”. Para ello, el Equipo Técnico encargado le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlos. Pero está claro que el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad.

V. La prisión permanente revisable

No podemos acabar este capítulo sin hacer referencia a la pena de prisión permanente revisable introducida en la reforma del Código Penal del año 2015 que choca con muchos de los principios aquí analizados. Podemos decir que aplicando los cánones establecidos por la jurisprudencia constitucional para el análisis de la taxatividad penal la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, entre otros motivos, porque se trata de una pena indeterminada e insuficientemente determinable por la relevante vaguedad del único criterio de determinación, que es el de la reinsertabilidad. Tan altas cotas de incertidumbre son incompatibles con los mandatos constitucionales del art. 25, en sus apartados uno, principio de legalidad de la pena y dos principios de resocialización (Martínez, 2016). Pero el Pleno del Tribunal Constitucional, 6 Oct. 2021 (Rec. 3866/2015) declaró por mayoría desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, que introdujo la pena de prisión permanente revisable.

Este Tribunal en la STC (179757/2021), subraya que la pena de prisión permanente revisable no es desproporcionada y no vulnera por ello el

derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, ni el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, pues el cumplimiento en centro penitenciario mínimo de 25 años -y de 28, 30 y 35 años en casos especiales de pluralidad de condenas, terrorismo y organización criminal- constituye una respuesta penal que no excede de manera manifiesta la prevista en otros supuestos de delincuencia grave. Tampoco se vulneran los principios de reeducación y reinserción social proclamados como principios orientadores de la ejecución de las penas privativas de libertad en el art. 25.2 CE, porque su cumplimiento se verificará conforme a los parámetros de la LOGP y su normativa de desarrollo, que establecen un sistema individualizado en el que el tratamiento y el régimen penitenciarios que se aplican al condenado se adaptan en todo momento a sus circunstancias personales y a su evolución personal.

De esta manera se cumplen los estándares europeos sobre el tratamiento que debe dispensarse a los condenados a penas perpetuas o de larga duración. No obstante, el Tribunal, tras un estudio en profundidad de los preceptos impugnados, declara su constitucionalidad, pero exigiendo una interpretación conforme a la Constitución en dos aspectos singulares: a) Una vez concedida la libertad condicional, sólo podrá revocarse si se vuelve a delinquir o infrinja las prohibiciones y reglas de conducta establecidas en el auto de libertad condicional. b) La revocación de la libertad condicional no puede impedir que el penado pueda obtener en un futuro una nueva revisión de la pena, pues denegarle definitivamente toda expectativa de libertad sería incompatible con la Constitución.

Por otra parte, la sentencia explica que la pena de prisión permanente no vulnera el derecho fundamental a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes garantizado en el art. 15 CE, en la medida en que puede ser revisada tras el cumplimiento de un periodo mínimo de 25 años en centro penitenciario, mediante la concesión al penado por el tribunal sentenciador de la libertad condicional, siempre y cuando este cumpla las condiciones legales exigibles para ello: buena conducta, estar clasificado en el tercer grado penitenciario y pronóstico positivo de comportamiento futuro en libertad.

VI. Conclusiones

Primera. El Derecho penitenciario ha evolucionado, pasando de buscar la inocuización del individuo como respuesta al fenómeno delictivo (separarle del resto de la sociedad por considerarle peligroso) a tratar de que progresivamente vuelva a la sociedad, se reincorpore a ella. De esta manera nacen así los programas de tratamiento con los que se persigue que el interno aproveche su estancia en prisión para ir atajando ciertos problemas concretos relacionados con su actividad delictiva (drogas, malos tratos...) para preparar su salida en libertad. Constitucionalmente este fin tiene su reflejo en el art. 25.2 CE, puesto que se ha optado por esta vía puesto que se considera más eficaz para prevenir y dar respuesta a la delincuencia.

Segunda. Actualmente, existe cierto consenso en atribuir al concepto de resocialización un *contenido humanizador*, que se concreta en prevenir y minimizar los efectos desocializadores que comporta la ejecución de la pena privativa de libertad. Gran parte de la doctrina española ve en el art. 25.2 CE un desarrollo del principio de humanidad en la ejecución de las penas, una concreción del principio de humanidad en el ámbito penitenciario, que implica que el penado no es un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Tercera. Como medio nuclear de reinserción social el tratamiento penitenciario tiene como uno de sus principales objetivos potenciar los contactos con el exterior para evitar la nocividad de la prisión, sirviéndose para ello la legislación penitenciaria de una serie de mecanismos legales, entre los que destacan los permisos de salida, régimen abierto o libertad condicional (Cervelló, 2012).

Cuarta. El régimen abierto tiene su base fundamental en el art. 25.2 CE puesto que este tipo de vida penitenciaria es el que mejor facilita la orientación reeducadora y reinsertadora de las penas (principio de prevención especial) y permite que la ejecución penitenciaria esté presidido por el principio de humanidad (Leganés, 2013)

Quinta. El ideal resocializador no es una utopía ni es prescindible, sin embargo, la apuesta por el tratamiento como instrumento vertebrador del mismo requiere una lectura acorde con la realidad penitenciaria. El cumplimiento del mandato constitucional debe configurar una ejecución penitenciaria que se reorienta a facilitar la progresiva excarcelación del interno a través de una intervención basada en un análisis de sus circunstancias individuales compatible con la utilización de instrumentos garantistas (Cervello, 2019).

Sexta. La pena de prisión permanente revisable atenta contra los principios de humanidad, reinserción social, dignidad y seguridad jurídica, pero ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en la STC (179757/2021), y así hemos de acatarla, aunque no la compartamos.

Referencias

- Álvarez García, F. J. (2001). *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Editorial Comares.
- Arribas López, E. (2004). Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de la pena de prisión. *Revista del Poder Judicial*, (77), 41-93.
- Asúa Batarrita, A. (1992). *Régimen abierto en las prisiones*. Gobierno Vasco.
- Baratta, A., García Méndez, E., Sandoval Huertas, E. (1984). Integración-Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica. *Cuadernos de política criminal*, (24), 533-552.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (1999). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Editorial Wolters Kluwer Educación.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coordinador), Pérez Cepeda, A. I., Zúñiga Pérez, L., Sanz Mulas, N., Fernández García, J. (2010). *Lecciones y materiales de estudio de Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*. Editorial Iustel.
- Bueno Arús, F. (1985). A propósito de la resocialización del delincuente. *Cuadernos de Política Criminal*, (25), 26- 45.

- Castro Moreno, A. (2008). *El por qué y el para qué de las penas. Análisis crítico sobre los fines de la pena*. Editorial Dykinson.
- Cervelló Donderis, V. (2012), *Derecho Penitenciario*, 3º Ed., 2012. Editorial Tirant lo Blanch.
- Cervelló Donderis, V. (2019). *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Conde–Pumpido, F. C. (1989). El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español, En AA.VV, *La reforma del proceso penal*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León (pp. 287-308). Ministerio de Justicia.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (2009). El principio de humanidad en Derecho Penal. *Eguzkilore*, 23, 209-225.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2012). Actualidad del discurso ilustrado: el principio de humanidad. Lección de ingreso en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, 41(octubre-diciembre 2012), 115-132.
- Ferrajoli, L. (2005) *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Editorial Tirant lo Blanch.
- García Arán, M. (1982). *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*. Editorial Universitat Barcelona.
- García Arán, M. (2006). La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo. *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (30), 5-14.
- García Valdés, C. (1982). *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Editorial Civitas.
- Jaén Vallejo, M. (2003). Suspensión y libertad condicional: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad. *VII Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano* (pp. 1-14). Universidad de Colombia.

- Kaufman, H. (1977). *Principios para la reforma de la ejecución pena*. Editorial Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Lamarca Pérez, C. (1987). Posibilidades y límites de la dogmática penal. *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, (33), 559-560.
- Leganés Gómez, S. (2013). *La prisión abierta: nuevo régimen jurídico*. Editorial Edisofer.
- Luzón Peña, J. M. (1994). Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión. En Actas de las VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Junta de Andalucía.
- Mappeli Caffarena, B. (1983). *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Editorial J.M. Bosch.
- Martínez Garay, L. C. (2016). Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetuas. En C. Rodríguez Yagüe (Coord.), L. A. Arroyo Zapatero (Ed.), J. A. Lascurain Sánchez (Ed.), M. Pérez Manzano (Ed.), *Contra la condena perpetua* (pp.139-162). Universidad Castilla- La Mancha.
- Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y control social*. Editorial Fundación Universidad Jerez.
- Quintero Olivares, G. (2009). El delincuente violento y la función de la pena de prisión. *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, (2), 169-183.
- Roxin, C., (2000). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Tamarit Sumalla, J. M., García Alberó, R., Rodríguez Puerta M. J. y Sapena Grau, F. (2005). *Curso de Derecho Penitenciario*. Tirant lo Blanch.
- Valverde Molina, J. (1997). *La cárcel y sus consecuencias. Intervención en la conducta desadaptada*. Editorial Popular.
- Vega Alocén M., (2010). *El tercer grado con control telemático*. Editorial Comares.

Capítulo 9. Tribunales Internacionales: Aproximación a la interacción jurisprudencial euroamericana como perfeccionamiento de la justicia pro-Derechos Humanos

Dra. Anna Buchardó Parra

Universidad Loyola

Dr. Manuel Palomares Herrera

Universidad Internacional de la Rioja

«La injusticia en cualquier parte es una amenaza a la justicia en todas partes».

-Martin Luther King Jr.-

I. Planteamiento y aproximación comparada a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

En esta obra colectiva dedicada a las *“Claves y retos de una justicia del siglo XXI: derechos, garantías y procedimientos”* resulta necesario dedicar el presente capítulo a analizar y ensayar en cuanto a una de las claves que nos aúpen a entender lo que significa la justicia internacional actual, que no es otra que la homogeneización y el ensamblaje que paulatinamente se va conformando en el panorama internacional de la protección de los derechos humanos (en adelante DDHH); disciplina ubicada bajo el paraguas del Derecho Internacional Público y que ha ido perfeccionando estos sistemas.

Si bien es cierto y se da por sentada hoy la actual influencia de los tribunales internacionales en los litigios que le son de su competencia, en la dilatada historia de las ciencias jurídicas es un elemento relativamente moderno y no tuvimos un ente jurisdiccional de carácter internacional hasta 1921 con la instauración de la Corte Permanente de Justicia Internacional creado por el tratado independiente al Pacto de la Sociedad de las Naciones – cabe decir que la disolución de la Sociedad de Naciones, antecesora de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), no fue óbice para la

continuidad del instituto dado que se mantiene su sucesora, la Corte Internacional de Justicia⁵.

Ya constituida la jurisdicción internacional penal aparecen los tribunales internacionales de protección de los DDHH que son de esencia puramente regional, pero como veremos en el presente fragmento del libro, se vienen haciendo argamasa para equipararse en parámetros, plazos, motivaciones y expectativas, lo que desde luego redundará en la igualdad que se brinda al solicitante de dichas instancias, pudiendo obtener resoluciones similares independientemente de si se es ciudadano europeo o latinoamericano – pues son estos sistemas los que comparten este primer diálogo a lo que los que estas líneas escribimos predecimos una expansión al sistema africano, aún en perfeccionamiento.

Se hace necesario realizar un breve repaso por los sistemas regionales de la comunidad internacional para que tengamos una visión clara de la situación actual y así, revalidar la hipótesis previa de que no existe una justicia internacional o global, pro DDHH fuera del principio de jurisdicción universal, de los sistemas regionales y lo haremos ceñidos a los tribunales regionales adscritos a Organizaciones Internacionales (en adelante OI), entendiendo el sistema como el conjunto de normas sustantivas y procesales, organismos y mecanismos de denuncia, informes y salvaguarda en el marco de una OI.

Si comenzamos con el sistema europeo, observamos un sofisticado engranaje donde se solapan dos OI como lo son los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE) y los cuarentaisiete del Consejo de Europa, muchos coincidentes en ambos. Cada uno cuenta con su catálogo de DDHH consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000) y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, en adelante CEDH), respectivamente. Asimismo, situamos al TJUE como órgano consultivo y de interpretación de los DDHH derivados de las

⁵Tribunal de naturaleza puramente interestatal que, se ha ido perfeccionando en el organigrama de tribunales internacionales con cortes penales que *ab initio*, por la urgencia de la agenda histórica de aquel momento hizo que primero fuesen híbridas y *ad hoc* con los de Núremberg, Tokio, Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hasta llegar a una de carácter permanente como la Corte Penal Internacional (no dependiente de la ONU).

disposiciones emanadas y aplicadas por las instituciones de la UE, siendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el buque insignia europeo en materia de juzgamiento.

Caracterizamos este sistema como una última instancia independiente donde pueden presentar recursos personas físicas o jurídicas, una vez agotados recursos internos y en el cual. En este orden, Estado igualmente puede asumir parte la obligación de acatar las sentencias definitivas del TEDH como rezan los arts. 46, 52 Y 53 CEDH, aunque los arts. 50 y 54 CEDH, constituyen los más cuestionables, pues describen la ejecutividad que se apareja a la “satisfacción equitativa” que justifica que un Estado no repare las consecuencias de sus vulneraciones cuando justifique que no puede.

La dilatada experiencia de fallos de la corte europea nos arroja un dato que no deja de ser curioso en cuanto a las agrupaciones internacionales de carácter socio político. En el caso del continente europeo, se hace muy latente que la mayoría de los países que reciben sentencias negativas por lacerar los DDHH del TEDH, no son Estados miembros de la UE (Rusia, Ucrania⁶, Turquía, Azerbaiyán o Moldavia) y además poseen democracias manifiestamente cuestionables, inexistentes en la práctica y de ello da cuenta la siguiente ilustración.

El sistema interamericano de derechos humanos se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la

⁶ Ucrania y Turquía han sido claros precandidatos a incorporarse a la UE. Si bien Turquía por cuestiones de idiosincrasia e incumplimiento del *standard minimum* ha quedado fuera, ha sido el incumplimiento de los criterios del Consejo Europeo de Copenhague en el año 1993 [*ad hoc*, el Tratado de la UE establece las condiciones (art. 49) y los principios (art. 6, apartado 1) que debe cumplir todo país que desee convertirse en miembro de la UE] en lo referido a que "cualquier país europeo puede solicitar su ingreso si respeta los valores democráticos de la UE y se compromete a promoverlos" en esencia y *lato sensu* en cuanto a: "a. Las instituciones deben ser estables, garantizar la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías. B. El país debe contar con economía de mercado que funcione y tener la capacidad de hacer frente a la competencia y las fuerzas del mercado dentro de la UE. C. Debe tener la capacidad de asumir y aplicar con eficacia las obligaciones de la afiliación, incluida la adhesión a los objetivos de la unión política, económica y monetaria". Los últimos acontecimientos propiciados en los albores de 2022 en donde la Federación Rusa invade regiones de la República de Ucrania bajo el pretexto de su incorporación de éste a la UE y a la OTAN han conllevado un apoyo *quasi* unánime de la comunidad internacional al pueblo ucraniano dándose inclusive por parte del Parlamento de la UE en el mes de marzo de 2022 un compromiso de estudiar una adhesión por una vía acelerada post bélica. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2022-03-01/zelenski-logra-el-apoyo-del-parlamento-europeo-para-el-ingreso-de-ucrania-en-la-ue.html> (consultado el 27/03/2022).

Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948, en adelante OEA), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su institucionalización en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resulta un sistema caracterizado por filtrarse las primeras denuncias por la CIDH que es la que luego tiene la potestad de abrir procedimiento ante la Corte Interamericana cuyos fallos son “vinculantes”, a cumplir en plazo y forma so pena de que la Corte IDH pueda señalarlo en su informe anual dirigido a la Asamblea General de la OEA para los efectos pertinentes, por ejemplo, para que se emita una resolución de la OEA conminando al Estado a acatar la sentencia.

Figura 1.

Países con más sentencias condenatorias del TEDH.



Fuente: Statista - Los países con más condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si en tercer lugar miramos al continente africano, podemos observar fácilmente un sistema en continua consolidación- igual que la OI que lo desarrolla, la Unión Africana -. La Carta Africana de Derechos Humanos y

de los Pueblos (1981) con un sistema similar al interamericano, cuenta con un órgano quasijurisdiccional que constituye la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Este recibe comunicaciones individuales y de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de los Estados. La ejecutividad de sus fallos descansa realmente en la voluntad de los Estados, aunque las decisiones son obligatorias y se ha logrado establecer un mecanismo represivo a través del Consejo ejecutivo de la propia OI.

Pero llegando al fondo del asunto, llegamos a una frontera a los DDHH en Asia y Oceanía donde encontramos instituciones regionales, agencias de OI y comisiones nacionales como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Bangkok o las dos oficinas regionales para el Pacífico y el sudeste asiático en Fiji y Tailandia, pero fuera de estas escasamente influyentes misiones, debe entenderse que hablamos de regiones impermeables a la acción de la ONU. Si bien el caso asiático es más frustrante que el de Oceanía, pues en términos de población, este último, es un continente mejor cubierto por el sistema nacional existente en el Estado-Continente de Australia, democracia consolidada de corte anglosajón.

Por ello y en conclusión podemos afirmar que existe una amplia y creciente expansión de unos sistemas regionales que además se van ensamblando, pero es podemos afirmar que fuera de la institución del principio de jurisdicción universal- que deja fuera muchos DDHH – hay una justicia muy diferente o poco armónica de un sistema respecto a otro, por lo que la desigualdad entre individuos se acentúa dependiendo del sistema pro DDHH que opere en dicho continente.

II. Ensamblaje regional: Hacia una nueva concepción constitucional multinivel

Desde hace 30 años se viene perfeccionando un sistema multinivel de protección de los derechos humanos que nos va acercando a un sofisticado procedimiento que se alarga para la parte activa del proceso siempre que cumpla unos requisitos que se vienen aparejando (agotamiento de recursos

internos, laceración de uno de los preceptos del catálogo de DDHH que consagre dicho tribunal, entre otros).

Verbi gratia de esta protección multinivel, es mentable el sistema europeo que bebió en sus ordenamientos de la normativa comunitaria, estableciendo un subnivel nacional con blindajes constitucionales seguido de procedimientos regionales de última instancia en este caso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), (Bandeira et al., 2013), instituido con la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) de 1950.

Si transoceánicamente fijamos su homólogo coincidiremos en que existe una extrapolación únicamente a los niveles nacional e internacional no regional, pues no existe el nivel supranacional homólogo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante UE) en el caso suramericano. Pese a tener comunidades económicas y mercantiles como es el caso del Mercosur, no es menor cierto que, como planteaban Bandeira et al., 2013, desde la década del noventa era imperioso elaborar una Carta de Derechos Humanos del Mercosur con la Declaración de Las Leñas, pero no existió concreción al respecto (muchas veces amparado en la creación de nuevas opiniones magistradas por los problemas derivados de muchas administraciones de justicia manifiestamente mejorables en cuanto a los sustantivo como por lo adjetivo (morosidad judicial), necesidad que se ha hecho latente en numerosas ocasiones.

Con la remisión al Tratado de Asunción de 1991 apreciábamos como los Estados parte perseguían la generación de una integración económico-política con la conformación del mercado común, pero se ocuparon también de las necesarias salvaguardas pro DDHH como delata el informe de gestión del año 2021, donde se indica que el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos - adscrito a Mercosur⁷ - tiene como objetivo: “[...] contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados Partes, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos

⁷ Pero al tratarse de un organismo consultivo de los Estados miembros de esta organización internacional no posee la facultad ni siquiera en el plano consultivo que posee el TEDH, dado que no tiene potestad sancionadora, enjuiciadora y por tanto no puede dirimir conflictos. Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/> (consultado el 22/01/22).

humanos, en pos de la consolidación de los mismos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del MERCOSUR”.

III. Ensamblaje interregional: La interacción jurisprudencial euroamericana como génesis de una protección internacional judicial de los Derechos Humanos

Autores como (Ortiz, 2015; Reveggino, 2017; Roca, 2012; Valencia et al., 2015) han venido a calificar en la doctrina de “*dialogo*” al hecho de que un tribunal internacional cite a otro y viceversa. Si bien parece un concepto más retórico que ajustado, toda vez que en las acepciones de la RAE para el mismo indican a una parte activa que emite juicios de valor y otra parte pasiva que escucha, intercambiándose así, alternativamente el rol⁸. El hecho es que no se da en este caso en cuanto a roles, seguridad de ser recibidos los juicios propios ni en que se esté buscando una avenencia. Donde sí encontramos ajuste es en la palabra interacción como “*acción que se ejerce recíprocamente*” entre dos personas, funciones o agentes como es el caso de estos entes jurisdiccionales adscritos a organizaciones internacionales que emiten sus resoluciones sin más interés que la de motivar pormenorizada y cualitativamente sus fallos, si bien afirmamos que ese “*colegueo*” va perfeccionando una homogeneización de protección euroamericana de los DDHH.

En este marco de protección internacional de los DDHH existen estructuras en el escenario mundial y en el ámbito regional como lo son la CIDH y el TEDH (principales sistemas internacionales de protección de los DDHH y libertades fundamentales), que fueron desarrollados teniendo en cuenta una serie de principios jurídicos derivados de la esfera salvaguardista que asumen la importancia del concepto “*looking around*” o mirando alrededor.⁹

En primer lugar, hemos de tener en consideración que en los primeros años de existencia del TEDH las referencias a la jurisprudencia de la CIDH fueron

⁸En total encontramos que el TEDH, ha efectuado 51 referencias a la Corte Interamericana y a su jurisprudencia; *contrario sensu* existen 159 fallos interamericanos en los que se hace referencia explícita a la jurisprudencia del TEDH.

⁹Hoy podríamos ya citar sentencias como las de Gündüz c. Turquía de 2003, el asunto Féret c. Bélgica de 2009 o el Stern Taulats y Roura Capellera. c. España de 2018 en donde se ha practicado el looking around (Garlicki, 2012).

casi inexistentes y es que las únicas menciones al respecto fueron hechas directamente por los denunciantes, o bien por terceros intervinientes al exponer su caso, y ello con el objetivo de animar al TEDH a que modifique la interpretación de los asuntos conforme a lo realizado por la CIDH.

Probablemente los dos casos más representativos de este cambio jurisprudencial sean el *Caso Varnava y otros v. Turquía* (TEDH. N° 16064/90, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, pp. 97- 98), en el tema de desapariciones forzadas y el *Caso Mamatkulov y Askarov v. Turquía* (TEDH. N° 46827/99, 46951/99, Sentencia de 4 de febrero de 2005, pp. 123 -124), en el tema de medidas provisionales, pues en ambos las referencias a casos latinoamericanos tuvieron una importancia decisiva en las conclusiones del Tribunal. Si bien estas primeras referencias son más bien exiguas desde un punto de vista cuantitativo, cualitativamente si resultan relevantes (Groppi y Lecis Cocco-Ortu, 2013).

Probablemente la interacción de la que hablamos se ha visto lubricada en gran medida por el hecho de que ambos sistemas de protección comparten unos elementos comunes por haber bebido el sistema interamericano del europeo, lo que hace más sencilla dicha comunicación. No sólo en lo que se refiere al contenido sustancial de los DDHH que protegen, sino también por el marcado parecido que existe en los instrumentos de garantía procesal previstos en sus respectivos Convenios para garantizar la efectiva aplicación de los referidos derechos.

Poseen apoyo estas afirmaciones cuando, por ejemplo, Rodríguez (2017, p. 107) cita al Juez Ferrer de la Corte Interamericana indicando que:

La práctica de las cortes nacionales e internacionales, a través de la cual se utiliza la argumentación de otras cortes con el fin de construir a una mejor interpretación de las normas de derechos humanos y, en general, de cualquier otra norma contenida en una constitución o en un tratado

Por otra parte, la clara existencia de una interacción jurisprudencial eficaz entre ambas Cortes se puede ver reflejado en la obra: “Dialogo Transatlántico: Selección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Fribergh y Saavedra, 2014). Y es que el TEDH y la Corte Interamericana se encuentran en esa frecuente

interacción que indirectamente contribuye a evitar una fragmentación interna del Derecho Internacional de los DDHH, pero también contribuye a la legitimación de cada uno de los sistemas regionales, de tal manera que, en la medida que se amplíe el diálogo, el intercambio y el aprendizaje recíproco de la jurisprudencia entre Tribunales Jurisdiccionales, se permitirá que se profundice la motivación jurisprudencial teniendo presente las observaciones o discordias que los mismos se formulen para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional respecto a la protección de los DDHH (Reveggino, 2015).

El mecanismo de diálogo entre ambas instituciones se da a medida que avanza la actividad jurisdiccional; con ello se produce una comunicación e interrelación a través de las interpretaciones de los derechos que en sus determinaciones van efectuando y construyen una importante jurisprudencia en todos los niveles que evidencia una mutua influencia entre ellos, reflejándose la existencia de una comunicación conocido como “un proceso de influencias y relaciones recíprocas” (López Guerra, 2013, 141) unas veces con el ánimo de recepción de jurisprudencia para reforzar sus argumentaciones, otras complementando las construcciones en las interpretaciones de los derechos que con analogía, que van tomando una mayor forma o gestándose a realidades determinadas lo que permite caminar hacia la construcción de un derecho universal de los DDHH.

Claro está que ahí juega un papel salvable las fundamentales diferencias, como las vinculadas a temas del derecho penal internacional, la instrucción, la aplicación retroactiva de convenios, o la definición de crímenes internacionales, ya que mientras la Corte Interamericana suele calificar los hechos que se le presentan a examen como crímenes internacionales, la TEDH solo se pronuncia sobre la violación de DDHH.

Como vemos, en ensamblaje y cooperación hacia la globalización no son automáticos, sino que es producto de un largo y complejo proceso de articulación global de los ordenamientos cuyo alcance, aún, en la actualidad, no se ha logrado de manera plena; inclusive en los temas en los que no hay consensos como es en el caso de materia penal internacional respecto de la incompatibilidad de las leyes de amnistía y otras medidas con la efectiva protección de los DDHH (Burgoguet y Montoya, 2013).

En el desarrollo de estas interacciones de carácter horizontal, también es posible clasificar dos tipos de menciones en la jurisprudencia de los tribunales que son bien sobre aspectos procesales o sustanciales. En primer lugar, nos referiremos a los procesales o adjetivos que en múltiples fallos la Corte ha citado como jurisprudencia de su homólogo europeo, en lo relativo a la doctrina de los actos propios, así como la competencia interpretativa que tienen estos entes regionales referentes a otros tratados distintos a la Convención regional. Igualmente, el TEDH ha hecho referencia a la jurisprudencia de la Corte en aspectos de orden procesal haciendo ver que tanto la Corte Interamericana y la TEDH aplican similar lenguaje jurídico. Destacable resultó también el Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, en la sentencia del 29 de enero de 1997 en cuanto al carácter razonable de la duración de un procedimiento, en donde la Corte acogió el razonamiento que hizo el TEDH en el Caso Motta vs. Italia, sentencia del 19 de febrero de 1991.

Como segundo punto veremos el dialogo referente a los aspectos sustanciales dentro de ellos podemos ver que la Corte de forma constante hace referencia a la jurisprudencia de TEDH, en cuanto al régimen de interpretación y reparación; el TEDH hace referencia a los fallos de la CIDH particularmente en las desapariciones forzadas y las obligaciones positivas. Un ejemplo lo tenemos cuando el TEDH en el Caso Konstantin Markin vs. Rusia, de 22 de marzo de 2012, reza que, reconociendo la existencia de un derecho social como la licencia por motivos familiares, pese a la ausencia expresa de tal particular en el tratado. Del mismo modo que equiparó el contenido de las obligaciones en materia de cuidado de los niños de ambos padres de un niño sin importar el sexo. Este criterio, similar al esgrimido por la Corte Interamericana en el reciente Caso Atala Riffo vs. Chile, de 2 de mayo de 2020.

En definitiva, podemos decir que este intercambio presenta diferentes niveles de desarrollo y es que según Burgogue-Larsen y Montoya (2013, p. 197), “(...) mientras el elenco material de las referencias de la CIDH a la jurisprudencia del TEDH es muy heterogéneo, ésta última suele hacer referencia a la jurisprudencia de la CIDH en aspectos puntuales”. En otras palabras, es más recurrente encontrar referencias jurisprudenciales de la Corte respecto de la jurisprudencia del TEDH, siendo que la primera recurre

de manera sistemática y directa a la citación de una abundante cantidad de fallos de la segunda, mientras que la TEDH no lo ha venido citando de forma directa sino a través de terceros interesados que han acercado la jurisprudencia americana a la europea.

El Tribunal de Yugoslavia invoca y mantiene diálogo jurisprudencial tanto con la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como sucede en el Caso Fernando y Raquel Mejía vs. Perú, Caso N° 10.970. Informe N° 5/96, 1 de marzo de 1996) o la Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Asimismo, invocó, el Caso Chipre vs. Turquía (aplicación 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001) en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que Turquía había incumplido su obligación de prevenir y castigar el trato inhumano o degradante según el Art. 3, como resultado de las violaciones cometidas por tropas turcas contra mujeres chipriotas.

Asimismo, el asunto del TEDH, en el Caso Aydin vs. Turquía (aplicación 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 y 14871/09, sentencia de 22 de enero de 2013), determinó que «la violación de una detenida por parte de un funcionario del Estado «debe considerarse como una forma de maltrato especialmente grave y abominable, teniendo en cuenta la facilidad con la que el infractor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y la debilitada capacidad de resistencia de la víctima. Además, la violación deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima que no responden al paso del tiempo tan rápidamente como otras formas de violencia física y mental».

Clama igualmente a la CAFDHP cuando sostiene que según la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la violación y otras agresiones sexuales graves son recogidas por el Art. 4 como violaciones del derecho al respeto por la integridad de la persona, y también por el Art. 5, que prohíbe toda forma de trato cruel, inhumano o degradante. La Convención Interamericana de Derechos Humanos garantiza el derecho al trato humano en el Art. 5, bajo el cual «[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y [n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

De lo anterior queda puesta de manifiesto la idea que hemos resaltado al principio: las vulneraciones de los derechos fundamentales pueden constituir crímenes internacionales.

El asunto *Srebrenica fue considerado como la mayor masacre étnica* registrada en Europa desde la ejecutada por los nazis, en 1995. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas acordó mediante la resolución 819, a Srebrenica como un «área segura, libre de ataques y otras acciones hostiles» en la que más de 60.000 civiles se encontraban refugiados. El área estaba bajo control del mando holandés que, al acercarse las tropas serbias, dejaron a la población a su suerte. Tal y como se describe en el documento de la Asamblea General de Naciones Unidas «La caída de Srebrenica» (A/54/549 de 15 de noviembre de 1999).

La tragedia ocurrida después de la caída de Srebrenica es horrorosa por dos razones. Lo es, ante todo, por la magnitud de los crímenes cometidos. Europa no había sido testigo de matanzas en esta escala desde las atrocidades perpetradas en la segunda guerra mundial. Se han encontrado dispersos en la superficie del terreno y en fosas comunes primarias y secundarias los restos de cerca de 2500 hombres y muchachos. Aún no se ha localizado a otros miles de desaparecidos, pero hay sobrados motivos para pensar que, en otras fosas comunes secundarias, muchas de las cuales ya fueron examinadas, pero no se han abierto todavía, se encontrarán los restos de varios miles más de hombres y muchachos. La gran mayoría de los que murieron no perdieron la vida en acciones armadas: los cadáveres exhumados muestran que un gran número de víctimas estaban maniatadas o tenían los ojos vendados, o fueron ultimadas de un tiro en la espalda o en la nuca. Las matanzas de víctimas inermes han sido confirmadas por numerosos testimonios oculares, corroborados a su vez por pruebas forenses.

IV. Reflexiones finales

Una vez cumplidos los objetivos del estudio y habiéndonos aproximado al panorama general, al caso específico del sistema multinivel y el ensamblaje jurisprudencia euroamericano, podemos asumir las siguientes conclusiones:

No puede hablarse de un escudo global pro DDHH mientras Asia y Oceanía no estructuren un sistema propio de salvaguarda o bien permitan la acción exterior de OI externas o globales como la ONU por lo que hemos de hablar de sistemas regionales y no de sistemas internacionales de protección de los DDHH.

Se puede dar por concluido un sistema multinivel de protección de DDHH en América y Europa, toda vez que las constituciones de los Estados miembros de la OEA y del Consejo de Europa han integrado en ellas los catálogos de DDHH de la CEDH y de la CADH, al habilitar procedimientos internos especializados en la materia que se someten al TEDH y a la CIDH. Además, tienen operativa la vía internacional de las comisiones de la ONU con lo que se cierra un círculo de 3 niveles que garantiza una seguridad jurídica ensamblada.

El hecho de que el TEDH y la CIDH se citen mutuamente en sus resoluciones da empaque y reconocimiento mutuo uno por parte del otro, en el mero hecho de buscar en experiencias transcontinentales, un espejo que nutra las motivaciones de las sentencias propias lo cual supondrá un importante aliciente para la armonización jurisprudencial entre tribunales de DDHH, favoreciendo así la unidad del sistema universal de protección.

Referencias

Bandeira, Torres y Ureña, R. (2013). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Burgorgue-Larsen, L., y Montoya Céspedes, N. (2013). El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos. AA. VV.

Caso Atala Riffo vs. Chile. (2020). CIDH. Sentencia de 2 de mayo de 2020.

Caso Aydin vs. Turquía. (2013). CEDH.49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 y14871/09. Sentencia de 22 de enero de 2013.

Caso Chipre vs. Turquía. (2001). CEDH. 25781/94. Sentencia de 10 de mayo de 2001.

- Caso Fernando y Raquel Mejía vs. Perú. (1996). CIDH. Informe N° 5/96, de 1 de marzo de 1996.
- Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. (1997). CIDH. Sentencia de 29 de enero de 1997.
- Caso Konstantin Markin vs. Rusia. (2012). TEDH. Sentencia de 22 de marzo de 2012.
- Caso *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*. (2005). TEDH. 46827/99, 46951/99, Sentencia de 4 de febrero de 2005.
- Caso Motta vs. Italia. (1991). TEDH. Sentencia del 19 de febrero de 1991.
- Caso *Varnava y otros vs. Turquía*. (2009). TEDH. 16064/90, Sentencia de 18 de septiembre de 2009.
- Fribergh, E. y Saavedra, P. (2014). *Dialogo Transatlántico: Selección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. WLP.
- Garlicki, L. (2012). *Universalism v Regionalism? The role of the supranational judicial dialogue*. En J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya, R. Canosa, (Eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (pp. 390- 410). Tirant lo Blanch.
- Groppi, T. y Lecis Cocco-Ortu, A. M. (2013). Le citazioni reciproche tra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo: dall'influenza al dialogo. *Federalismi. it*, (19), 1-38.
- López Guerra, L. (2013). El diálogo entre el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y Divergencias en teoría y realidad constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, (32), 139-158.

- Ortiz Torricos, Marcela Rita. (2015). El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hacia un derecho americano y global de los Derechos Humanos [Tesis doctoral, Universidad de Valencia].
- George Rodrigo Bandeira, G., René Urueña, G. y Torres Pérez, A. (2013). *Protección multinivel de derechos humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Reveggino Rodríguez, B. (2017) ¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. *Iuris Dictio*, (20), 1-14.
- Roca, F. J. G. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y realidad constitucional*, (30), 183-224.
- Valencia, Y. P. (2015). Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A propósito de las leyes de amnistía. *Derecho Público*, (35), 1-20.

Capítulo 10. El estatuto personal de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un análisis comparativo con los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Dr. Fruela Río Santos

Universidad Internacional de la Rioja

I. Introducción

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados y las organizaciones internacionales proponen la creación de Tribunales y Cortes que asuman y velen por la protección y el reconocimiento de los derechos humanos. En ese sentido, la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, configuran un nuevo marco protector de los derechos, facilitando no solo el conocimiento y la difusión, sino la creación de otros que se demandaban, donde se incentiva su desarrollo y protección (Nikken, 1987).

Los acuerdos y los tratados internacionales se van incorporando a través de las cláusulas constitucionales, dentro del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, permitiendo que la jurisprudencia que emana de los Tribunales y las Cortes internacionales penetre y forme parte del sistema de fuentes indirectas. La finalidad perseguida es que los ciudadanos, cuando se vean desprotegidos en el reconocimiento y amparo de los derechos, puedan acudir, una vez agotados los mecanismos internos y dentro del plazo conferido a su efecto, a las instancias internacionales y de obtener una resolución favorable, que la misma obligue al Estado a pasar por ella.

La Organización de las Naciones Unidas aprueba en su Resolución 217A (III), de 10 de diciembre de 1948, celebrada en París, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (complementada con diferentes tratados que se han sucedido para abarcar un amplio abanico de derechos humanos).

En cuanto a los sistemas regionales sobresalen los siguientes aspectos:

El Consejo de Europa aprueba el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor en 1953, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en la ciudad de Roma, donde su título II regula el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero debemos esperar hasta 1959 para su puesta en funcionamiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desarrolla por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Reglamento de procedimiento, de 1 de agosto de 2018, y sus dieciséis protocolos complementarios.

La Organización de Estados Americanos celebró en 1969, en la ciudad de San José, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, culminando su trabajo el 18 de julio de 1978 con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado «Pacto de San José». El art. 33 de la Convención señala los dos órganos competentes en materia de protección de los derechos humanos, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, entrando en funcionamiento un año más tarde. La normativa que regula la Corte es variada, debiendo acudir a la Convención, al Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado en La Paz, en octubre de 1979, y al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado en noviembre de 2009.

II. Naturaleza jurídica, funciones y sede

El art. 1 del Estatuto dispone que la Corte «es una institución judicial autónoma» que tiene como finalidad la aplicación y la interpretación de la Convención en su doble vertiente: la *ratione materiae* y la *ratione personae*. Aunque la Convención no lo cita entre sus órganos, a diferencia de la Comisión. El término institución no resulta acertado por tener una connotación política que puede ocasionar confusión, debiéndose optar por otra diferente como «órgano jurisdiccional» (Gros, 1986).

El término judicial es acorde con su actuación principal de control jurisdiccional, sin olvidarnos de las funciones consultivas que tiene asignadas la Corte. La autonomía de la Corte no se acepta por toda la

doctrina especializada, porque la esencia no se percibe cuando la Corte requiere para la aprobación de su Estatuto de un acto posterior de la Asamblea General de la OEA (García, 1987).

Pero lo anterior no debe confundirse con la autonomía objetiva, que es la independencia de la Corte en su actuación, aunque para ciertas cuestiones legislativas y presupuestarias necesita de la aprobación de la Asamblea General de la OEA.

La autonomía está conectada con la independencia de los jueces, y se desdobra en: 1) La que resulta de las presiones e influencias de las instituciones, órganos u organismos; 2) La que está conectada con su vertiente individual y subjetiva. Sentado lo anterior, es preciso señalar que la Corte no es un órgano permanente, porque las reuniones de las sesiones ordinarias solo tienen lugar cuando sean necesarias «para el cabal ejercicio de sus funciones» y en las fechas que se fijen a su efecto.

Junto con las sesiones ordinarias, la Corte puede constituirse en sesiones extraordinarias siempre que medie la voluntad de su presidente, o a solicitud de la mayoría de los jueces. Que la Corte no se pueda definir como un órgano permanente es un error, aunque los jueces deben trabajar en los casos durante todos los años, no están obligados a hacerlo en su sede, extremo que debe modificarse para consagrar el carácter permanente de la institución y de sus integrantes, con el fin de equipararla a los Tribunales que en Derecho internacional asumen funciones similares y tan buena experiencia han brindado en la protección de los derechos humanos. Con ello se permitiría, junto con el aumento de sus componentes, que las resoluciones pudiesen abarcar más casos jurídicos y que los Estados miembros integrasen a un titular en la Corte. A diferencia de la Convención, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Reglamento omiten cualquier definición de su naturaleza jurídica, pues, solo el art. 1.h del Reglamento define qué se debe entender por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero lo hace desde una perspectiva organizativa.

Las funciones de la Corte están previstas en la Convención (arts. 61-55), en el Estatuto (art.1) y en el Reglamento. En términos similares, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Convenio (arts.33, 34, 46 y 47) y en

el Reglamento, para delimitar las funciones competenciales atribuidas. El acceso no es directo, porque se requiere haber agotado los procedimientos regulados en los arts. 48 y 49 de la Convención, instados frente a la Comisión, para poder someter el caso a la Corte.

Del contenido de los arts. 1 y 2 del Estatuto, las competencias esenciales son: 1) La función consultiva o interpretativa, de la Convención y de cualquier tratado internacional (bilateral o multilateral) que verse sobre la protección y el reconocimiento de los derechos humanos en los Estados americanos o ajenos al sistema interamericano (Cisneros, 1999). El efecto consultivo de la Corte también se extiende a la petición de los estados parte de la OEA para que se emita opinión sobre la compatibilidad de las leyes internas con la Convención (art. 64.2); 2) La segunda función es la jurisdiccional, donde los Estados pueden reconocer en el momento del depósito del instrumento, en la ratificación, o en la adhesión, la competencia de la Corte, pero también pueden optar por no aceptarla, evitando con ello la vinculación (art.62.1) de sus resoluciones judiciales. Nada impide que el reconocimiento pueda efectuarse de forma incondicional, con reciprocidad, para un plazo determinado o para una causa concreta (Fix-Zamudio, 1997).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también asume el ejercicio de funciones consultivas (arts. 47 a 49 del Convenio; arts. 82 a 95 del Reglamento y su Protocolo nº. 16). A diferencia del régimen de acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde pueden iniciar acciones las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales, un grupo de particulares, y las partes contratantes (arts. 35 y 36 del Reglamento).

La sede de la Corte se constituyó en la ciudad de Washington D.C., durante los días 29 y 30 de junio de 1979, para asentarse bajo petición formal del Gobierno de Costa Rica, en la ciudad de San José, a partir del 3 de septiembre del mismo año. El cambio de la sede está permitido en la Convención, necesitando de dos tercios de los votos de la Asamblea General (art. 58.1), pero para la aprobación de las reuniones en otros Estados miembros se necesita, no solo la mayoría de sus miembros, sino de la aquiescencia del Estado receptor.

El Estatuto afirma que la sede está ubicada en la ciudad de San José, manteniendo la posibilidad del cambio de destino y la celebración de reuniones fuera de la misma (art. 3). El art. 27.1 del Estatuto habilita la celebración de acuerdos entre el Gobierno de Costa Rica con la Corte, y en el ejercicio de la competencia se suscribió en la ciudad de San José, el 10 de septiembre de 1981, el Convenio internacional entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte, sobre el que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, de sus jueces, de su personal y de las demás personas que comparezcan ante ella.

La sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se regula en su Reglamento procesal, en el art. 19, frente al silencio que guarda el Convenio sobre esta cuestión. El precepto asume que la sede debe estar ubicada en la misma ciudad donde el Consejo de Europa tenga su sede, es decir, en Estrasburgo (Francia). Siempre que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo estime conveniente, podrá celebrar sesiones en cualquier otro lugar, siendo necesario que se esté dentro del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa. Si para la realización de alguna diligencia de investigación, o de otra naturaleza judicial, corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos acordar que ésta se desarrolle en otro Estado miembro, excluyéndose las pruebas que se deban practicar en un Estado no parte. En todo caso, el resultado obtenido gozará de validez, vinculando a las partes, incluyéndose como prueba.

III. Composición, elección y mandato de los jueces

La Corte está compuesta por siete jueces de diferentes nacionalidades¹⁰, elegidos por y entre los Estados miembros (art. 52 de la Convención y art. 4 del Estatuto). Mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo forman un número de jueces igual al de los Estados parte del Convenio, en la actualidad son cuarenta y siete jueces (art. 20).

Resulta llamativo el escaso número de jueces en la Corte si atendemos al número de habitantes de América Latina y del Caribe (superior a los 660 millones) y lo comparamos con los habitantes de los Estados parte del

¹⁰La primera elección tuvo lugar el 22 de mayo de 1979, en el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

Consejo de Europa (superior a los 830 millones). Cuando el número de los jueces es reducido, genera un retraso en el conocimiento de las causas, salvo que en el trámite de admisión se rechacen la mayoría de las peticiones, y dificulta su correcto funcionamiento ante la ausencia de la mayoría de sus miembros. En segundo lugar, veta la proporcionalidad de los jueces con los Estados (sin perjuicio de los jueces *ad hoc*, que será objeto de estudio en otro epígrafe). Un número reducido de sus integrantes hace cuestionar la diversidad jurídica y el avance de la jurisprudencia en el campo de los derechos humanos. El elemento positivo lo encontramos en la mayor facilidad para lograr consenso y acuerdos internos.

La Corte está compuesta por siete jueces, que deben ser nacionales de los Estados miembros de la OEA, y tiene lugar a título personal «entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos» (art. 52.1 de la Convención y art. 4 del Estatuto). Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Asamblea General de la OEA, en la resolución AG/RES.2887 (XL VI-0/16), de 14 de junio de 2016, al entender que en la elección de los jueces debe disponerse de una representatividad geográfica, donde sus integrantes cumplirán el ejercicio de sus funciones con sujeción a los principios de no discriminación y de equidad de género. La redacción anterior habilitaba que un Estado puede proponer a un candidato de otro Estado miembro, extremo que guarda relación con el número de jueces que conforman la Corte, donde no están representados todos y cada uno de los Estados. Además, no puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está compuesto por un juez de cada Estado parte del Convenio, debiendo gozar «de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia» (art. 21.1). Un hecho llamativo, y que recoge el art. 14 del Reglamento, es la paridad entre sexos de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, extremo sobre el que guarda silencio la Corte, pues

solo han existido cinco jueces de sexo femenino desde su primera constitución.

La elección de los jueces tiene lugar por medio de votación secreta entre los candidatos propuestos por los Estados miembros de la Convención, necesitándose un quorum de mayoría absoluta dentro de la sesión celebrada en la Asamblea General de la OEA. Los Estados parte pueden proponer hasta un máximo de tres candidatos, siempre que reúnan los requisitos anteriores, sean nacionales del Estado proponente o de otro Estado miembro de la OEA (art. 53 de la Convención y art. 7 del Estatuto).

En todo caso, en la terna, uno de los candidatos propuestos gozará de nacionalidad distinta del Estado proponente. Nada impide que los tres candidatos no tengan la nacionalidad del Estado que los propone. Para la presentación de la terna de candidatos, el secretario general de la OEA se dirigirá seis meses antes de la celebración del período ordinario de sesiones de la Asamblea General, previa a la terminación del mandato de los jueces, a los Estados miembros de la OEA para que presenten escrito de solicitud de los candidatos dentro de un plazo de noventa días (art.8 del Estatuto).

Para evitar preferencias, el secretario general de la OEA redactará un listado por orden alfabético de los propuestos, acto seguido dará traslado de la lista a los Estados, con una antelación de treinta días al siguiente período de sesiones de la Asamblea General. La finalidad es que los diferentes Estados parte puedan tener conocimiento de los candidatos, así como de su trayectoria, y valorar el sentido del voto. Todos los plazos anteriores se reducirán a la mitad cuando el nombramiento sea consecuencia de la muerte o incapacidad permanente de un candidato.

Como había mencionado, la elección no tendrá lugar hasta que se proceda con la votación secreta de los candidatos propuestos, siendo necesario alcanzar un quorum de mayoría absoluta de los Estados miembros de la OEA. Para lograr la mayoría absoluta, se podrán realizar tantas votaciones como sean necesarias, eliminando sucesivamente los candidatos que obtengan menor número de apoyos (art. 9 del Estatuto). Finalmente, los candidatos que hubiesen logrado la mayoría absoluta tomarán posesión del cargo previa declaración solemne de su juramento, que se encuentra tasado

en el art. 11 del Estatuto, bajo el siguiente formalismo: «Juro (o declaro solemnemente) que ejerceré mis funciones de juez con honradez, independencia e imparcialidad y que guardaré secreto de todas las deliberaciones». Es importante reseñar que los jueces deben cumplir con los requisitos anteriores, pero es más importante que la imparcialidad y la independencia trascienda de sus propios actos, con el fin de no generar dudas sobre su actuación jurisdiccional.

En definitiva, no solo basta con cumplir con los requisitos, sino que se debe aparentar los rasgos hacia el exterior con su debida actuación. En todo momento, el juramento o la declaración de solemnidad tendrá lugar ante la presencia del presidente, y en lo posible del resto de los jueces. El contenido del juramento o promesa de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos coincide con el previsto en la Corte, salvo el cambio de «honor» por «honradez» (art. 3). El juramento o promesa tendrá lugar en la primera sesión del pleno a la que asista o ante el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nada se menciona sobre la presencia del resto de los jueces, pero éstos estarán presentes por ser parte del pleno. Con el fin de garantizar la conservación del acontecimiento, el secretario levantará acta del juramento o de la promesa efectuada.

En relación con la fecha de elección de los jueces de la Corte, se intentará que ésta tenga lugar en el período de sesiones anterior a la expiración del mandato de los salientes. Si mediase vacante por muerte, incapacidad permanente, renuncia o remoción, se intentará por la Asamblea General cubrirlas en el siguiente período de sesiones. Para evitar el mal funcionamiento de la Corte, para preservar el quorum, dentro de los supuestos anteriores y antes del reemplazo, mediante solicitud previa del presidente, «los Estados parte en la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la OEA» podrán nombrar uno o más jueces interinos, que cesarán cuando se designe al nuevo juez (art. 6 del Estatuto). Los jueces interinos gozan de los mismos derechos y obligaciones que los jueces de la Corte. Algunos autores, entre ellos García, 1987, p.253), se muestran especialmente duros con la admisión de esta clase de integrantes al afirmar: ‘‘Huelga decir, por consiguiente, que mientras no se reforme la Convención, no puede haber, como integrantes de la Corte, en ningún caso que se presente, jueces interinos’’

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la elección de los jueces tiene lugar con una antelación mínima de tres meses, contados desde que la vacante se produzca, y computándose desde esa fecha el inicio del mandato (art. 2.2 del Reglamento). La duración del mandato es de seis años, con posibilidad de una reelección, ésta puede ser automática cuando hubiese vencido el plazo, o bien, después del nombramiento del juez que le reemplace. El juez entrante tomará posesión el 1 de enero del año siguiente al de su elección, y extienden su mandato hasta el 31 de diciembre del año del cese. Se permite que un juez siga en funciones hasta que termine su mandato.

Si un juez entrante lo hace para reemplazar al saliente, y éste no ha terminado su mandato, ocupará el puesto por el tiempo restante (art. 5 del Estatuto). El art. 23 del Convenio, dispone que la duración del mandato de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos será de nueve años, sin posibilidad de reelección, pero continuarán en funciones hasta que entre el juez que les sustituya, permitiéndose el conocimiento de los asuntos asignados antes de la finalización del mandato.

Se puede apreciar la coincidencia de la normativa descrita para la Corte, con la prevista en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (arts. 2 a 15 y 20 del Estatuto), y las diferencias más que notables con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. Jueces *ad hoc* y *amicus curiae*

Para garantizar el principio de equilibrio de armas procesales, se crea en el campo del Derecho internacional la figura de los jueces especiales o *ad hoc*, éstos tienen como finalidad garantizar la presencia de un juez del Estado parte, cuando el Tribunal no cuente con un juez de su nacionalidad asignada a la causa, y sobre la que deba pronunciarse, pero sí del otro Estado parte o de ninguno de ellos.

La función primordial que asume es la de asesorar al Tribunal en el Derecho nacional, debiendo cumplir los requisitos de sus compañeros y la prestación del juramento o promesa para aceptar el cargo durante su intervención. La incorporación de los jueces *ad hoc* puede resultar innecesaria, porque el Estado goza de autonomía para designar sus propios letrados, concedores

del Derecho interno y que se encargarán de la dirección técnica. Esta cuestión incide negativamente en la duda que se plantea sobre el saber jurídico de los jueces titulares (Bandes, 1983).

Otra de las críticas que se pueden verter sobre los jueces *ad hoc*, es la falta de independencia y de imparcialidad en la causa sobre la que deben pronunciarse (Faúnez, 2004), situación que debería originar la abstención. Los jueces *ad hoc* son independientes en relación con el Gobierno que los propuso, y se integran en la Corte a título personal. En la práctica, los jueces que han finalizado su mandato no se desvinculan completamente de la Corte, porque la costumbre les garantiza una continuación en el ejercicio de las funciones judiciales bajo una nueva modalidad, de jueces titulares, de jueces *ad hoc* o como consejeros de un Estado parte, para una o varias cuestiones que se tramitan ante la Corte (Faúnez, 2004).

La Convención introduce en el art. 55.2 la posibilidad de integrar en la Corte los jueces *ad hoc*, siguiendo la tesis del art. 31.2 y 31.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y los arts. 35 a 37 de su Reglamento. La figura del juez *ad hoc* también aparece en el art. 29 del Reglamento. En la Corte, la incorporación de los jueces *ad hoc* es potestativa del Estado parte que no cuenta con un juez de su nacionalidad en la causa, frente al otro Estado parte que sí dispone de un miembro, permitiéndose que la persona designada se «integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*». En todo caso, el juez *ad hoc* desempeñará sus funciones con absoluta neutralidad (García Ramírez, 2000), dejando atrás sus sentimientos nacionales y fallando en base al Derecho aplicable. Si ninguna de las partes dispone de un juez integrante en la Corte, cada Estado parte podrá designar un juez *ad hoc* (art. 55.3). Finalmente, si varios Estados parte tienen un interés común, y se constituyen como una parte, tienen derecho a designar un único juez *ad hoc*.

Cuando concurren los presupuestos para la designación de un juez *ad hoc*, la Secretaría pondrá en conocimiento del Estado afectado la posibilidad para que pueda proceder a la designación de un juez *ad hoc*, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda (art. 20.1 del Reglamento). La misma regla se seguirá cuando los Estados afectados sean dos o más. Si se hubiesen presentado varios candidatos, la Presidencia escogerá por sorteo a uno de ellos, y lo comunicará a las partes. En todo caso, cuando

proceda el nombramiento de un juez *ad hoc* o cuando la presidencia deba elegir a uno por sorteo, se comunicará a las partes afectadas. Cuando los Estados no procedan conforme las reglas anteriores, se entenderá que han renunciado tácitamente al ejercicio del derecho que se les confiere. Acto seguido, el juez *ad hoc* prestará juramento en la primera sesión del asunto para el que ha sido nombrado, y percibirá los emolumentos económicos en las mismas condiciones que los jueces titulares.

El juez *ad hoc* no debe confundirse con los *amicus curiae* (art 44 del Reglamento), éstos últimos son personas o instituciones, normalmente organizaciones no gubernamentales, que, aunque son ajenos a la causa litigiosa pueden participar voluntariamente por medio de un documento, junto con sus anexos, o en el acto de la audiencia con derecho a voz. Los Estados que no son parte de la causa podrían ser *amicus curiae* ante el silencio de la normativa y la admisión en otras instancias internacionales (Astullido y García, 2021). Si se trata de un documento, puede presentarse en formato papel o electrónico, pero en todo caso se incorporará la firma de los autores. El momento procesal para su aportación es durante toda la tramitación contenciosa hasta los quince días posteriores a la celebración de la audiencia. La segunda forma de participación es por medio del alegato oral, pero nada impide que ambos medios puedan usarse de forma complementaria.

V. Los jueces interinos

Como se había mencionado, el número de jueces es escaso en la Corte, y a ello debemos sumar varios escenarios que pueden afectar al regular funcionamiento de esta, como el fallecimiento de un juez titular, los impedimentos, excusas e inhabilitación (art. 19 del Estatuto y art. 21 del Reglamento), sumándose el escenario de imposibilidad de participar en la causa cuando el juez titular tenga la nacionalidad del Estado demandado. Todo ello puede repercutir en las sesiones de la Corte y en la preservación del quorum necesario, y aunque la Convención no adoptó ningún precepto en ese sentido para paliar las dificultades internas, tanto el Estatuto como el Reglamento brindan una respuesta al problema generado con la incorporación de los denominados jueces interinos.

La solicitud corresponde al presidente de la Corte porque es la persona que mejor conocimiento tiene del estado de sus integrantes, dando traslado al Consejo Permanente de la OEA para que se decida con el voto de los Estados parte. El número de jueces interinos puede ser de uno o más, en función de las necesidades de la Corte, sirviendo hasta que se reemplacen por los nuevos jueces titulares (art. 6.3 del Estatuto). En todo caso, los jueces interinos tendrán los mismos derechos y obligaciones que los jueces titulares (art. 18 del Reglamento).

VI. El presidente y el vicepresidente

Debemos distinguir entre las funciones asignadas al presidente y vicepresidente de la Corte, añadiendo las expuestas en los apartados anteriores, y la elección de su persona. El presidente y el vicepresidente de la Corte se eligen por y entre sus miembros, por un tiempo de dos años y con posibilidad de reelección. La elección tiene lugar en el último período ordinario de sesiones que se celebren en la Corte el año anterior. La elección será secreta y para ser proclamado presidente o vicepresidente se necesita obtener cuatro o más votos. En defecto de esa mayoría, se procederá a una nueva votación entre los dos jueces que hubiesen logrado el mayor número de votos. Si todavía no se rompiese el empate, se optará por el orden de la precedencia del Estatuto (art. 13 del Reglamento).

Las funciones que tiene encomendadas el presidente son las siguientes (art. 4 del Reglamento): 1) La representación de la Corte; 2) Preside las sesiones y somete a valoración las cuestiones que figuren en el orden del día; 3) Dirige y promueve los trabajos de la Corte; 4) Si se plantean cuestiones en el orden del día, debe resolver sobre las mismas; 5) Redactará el informe semestral de la Corte, en relación no solo con las actuaciones sino sobre cualquier materia o cuestión que deba ser reflejada; 6) Otras competencias previstas en el Estatuto y en el Reglamento. ¿El presidente puede delegar sus funciones en otros jueces? Solo afectaría a la representación de la Corte y en favor del vicepresidente o de cualquier otro juez, cuando resulte necesaria su delegación, abriéndose la posibilidad de que la misma se realice en favor del secretario o del secretario adjunto de la Corte.

Por su contra, el vicepresidente sustituye al presidente cuando éste no pueda asumir sus funciones, bien por vacante o por imposibilidad temporal. Como el cargo de vicepresidente es único, si asume la presidencia por quedar vacante, la Corte deberá elegir un nuevo vicepresidente para que le sustituya. En los supuestos de doble ausencia se acude, para garantizar el buen ejercicio de la Corte, a lo dispuesto en el art. 13 del Estatuto, sobre la precedencia, todo ello partiendo del orden de antigüedad en el cargo. Si dos jueces tuviesen la misma antigüedad, se estará por el de mayor edad. Los jueces interinos y los *ad hoc* solo tendrán preferencia después de los titulares, lo que implica que solo en ausencia de éstos podrán optar por la precedencia. Pero cuando uno de los dos hubiese desempeñado el cargo con anterioridad de juez titular, tendrá preferencia sobre el resto de interinos y *ad hoc*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos está presidido por un presidente, uno o dos vicepresidentes, todos ellos elegidos por el Pleno y con mandato de tres años, con posibilidad de reelección (art. 25 del Convenio). Además, el Pleno elegirá a los presidentes de las secciones por un mandato de dos años, y sus vicepresidentes por y entre los integrantes de cada sección. Se respetará en todo momento la duración máxima del mandato como juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la reelección para el mismo cargo no podrá exceder de dos.

VII. La secretaría

La Corte tiene asignado un secretario que se encarga de la dirección de la secretaría, bajo aplicación de las normas administrativas de la Secretaría General de la OEA. Entre sus obligaciones, encontramos la de residir en la sede, debiendo acudir a las reuniones que celebren y también las que tengan lugar en el exterior (art. 58.2 y 3 de la Convención). La designación corresponde a la Corte, adquiriendo la condición de funcionario de la Corte, salvo que la ostentase con anterioridad, y tendrá la confianza de la misma siendo su dedicación plena. El secretario debe poseer conocimientos jurídicos, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y disfrutar de experiencia para el desempeño de la función.

Nótese que no se señala que deba poseer un título académico en Derecho, sino solo conocimiento, lo que implica que puede haber cursado los estudios pero no lograr su finalización. A continuación, se requiere que el secretario tenga el conocimiento de los idiomas de la Corte, pero cada año se acordarán los idiomas de trabajo (art. 22.2 del Reglamento). En relación con el último requisito, no señala la duración de la experiencia exigible. La duración del mandato es de cinco años con posibilidad de reelección, y de remoción si lo decide la Corte. En todo caso, se requiere de una mayoría no inferior a cuatro jueces, que se celebrará bajo votación secreta (art. 7 del Reglamento). El secretario está sujeto a la potestad disciplinaria de la Corte, y la del primero se apreciará en los actos del personal de la secretaría, resultando necesario la aprobación del presidente (art. 20.3 del Reglamento).

Se crea el puesto de secretario adjunto, para auxiliar al secretario en el ejercicio de sus funciones, y le sustituirá en las ausencias temporales (art. 14.3 del Estatuto). La propuesta del nombramiento recae en el secretario de la Corte y el nombramiento en la secretaría general de la OEA. En el supuesto de doble imposibilidad, para el ejercicio de sus funciones, la presidencia de la Corte designará un secretario interino; pero si se debe a una doble ausencia temporal, el secretario puede designar a un abogado de la secretaría para que asuma las funciones por el tiempo necesario (art. 8 del Estatuto). La secretaría general de la OEA nombrará al resto de personal para el buen funcionamiento de la secretaría, previa consulta del secretario de la Corte (art. 14.4 del Estatuto).

El secretario y el secretario adjunto están obligados a jurar o declarar solemnemente el cargo ante la presencia del presidente de la Corte, sobre el cumplimiento fiel de sus funciones y guardar secreto de los hechos sobre los que tengan conocimiento. El resto del personal, con independencia de su vinculación temporal, también está obligado a jurar o prestar declaración solemne bajo los mismos parámetros, pero con una salvedad, en ausencia del presidente, le sustituirá el secretario o el secretario adjunto (art. 9 del Reglamento).

La figura del secretario y secretario adjunto también aparece en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 24 y 25.e del Convenio), debiendo ser elegidos por el Tribunal. El Reglamento diferencia entre la elección del secretario general (art. 15 y 17 del Reglamento) y de los secretarios generales adjuntos (art. 16 del Reglamento). El primero se elige por el pleno del Tribunal, exigiéndose que los candidatos gocen de la «más alta consideración moral y reunir los conocimientos jurídicos, administrativos y lingüísticos, así como la experiencia requerida para el ejercicio de sus funciones». Se mantiene el mandato de cinco años, con posibilidad de reelección. Para ser removido, el pleno del Tribunal debe alcanzar los dos tercios de los jueces. Entre sus funciones destacan: 1) La asistencia al Tribunal, así como la dirección de la organización y de las actividades de la secretaría, siempre bajo la autoridad del presidente; 2) Es el responsable de la custodia de los archivos, de las comunicaciones y notificaciones; 3) Responde de las peticiones de información de las actividades del Tribunal; 4) Emite instrucciones generales previa aprobación del presidente; 5) Se encarga del funcionamiento interno de la secretaría. Los secretarios generales adjuntos pueden ser uno o varios, todos ellos elegidos por el pleno del Tribunal, bajo los mismos criterios y duración que para el secretario general. Ambos, están obligados a prestar juramento, previsto en el art. 15.4 *in fine* del Reglamento.

VIII. Incompatibilidades y régimen disciplinario de los jueces

El art. 71 de la Convención hace referencia a la incompatibilidad del cargo de juez de la Corte, con la extensión de los miembros de la Comisión, a la de cualquier otra actividad que pueda menoscabar la independencia o imparcialidad de sus funciones. Precepto que está conectado con el art. 18 del Estatuto que lo desarrolla. Así, para garantizar la independencia e imparcialidad, el juez de la Corte no puede ostentar: 1) El cargo de miembro o alto funcionario del Gobierno de un Estado parte, a excepción de «los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean jefes de misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros»; 2) Tampoco los funcionarios de organismos internacionales; 3) En último lugar, otros cargos y actividades que cuestionen el correcto uso de sus obligaciones, o bien, que afecten a la independencia, imparcialidad, dignidad o prestigio. El art. 71 de la

Convención añade una causa más de incompatibilidad, los cargos de juez de la Corte y de miembro de la Comisión son incompatibles «con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos». Resulta llamativo que no se mencione la incompatibilidad inmediata de juez de la Corte y de miembro de la Comisión.

Cuando el juez esté incurso, o se tenga duda sobre su inclusión dentro de uno o varios de los supuestos anteriores, la Corte debe decidir, evitando el automatismo de las incompatibilidades. Si el juez no rectificase, no subsanase la incompatibilidad acordada por la Corte o actuase con negligencia u omisión en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, se prevé la apertura de un procedimiento disciplinario (art. 73 de la Convención). La potestad disciplinaria recae en la Asamblea General de la OEA cuando la solicitud provenga del pleno de la Corte, pero para poder dictar resolución sobre el presunto juez infractor, se necesita de dos tercios de los votos de los Estados parte de la Convención. ¿Qué sucede con los actos y resoluciones en los que el juez ha participado? Los mismos no quedarán invalidados, pero la incompatibilidad solo dará lugar a la cesación en el cargo y a la adopción de las responsabilidades correspondientes.

Para evitar presuntos comportamientos que contradigan y cuestionen los principios de imparcialidad e independencia, el art. 19 del Estatuto regula un sistema de impedimentos, excusas e inhabilitaciones. El impedimento debe ser solicitado a instancia del juez, y decidirá el presidente sobre la excusa del solicitante, pero de no aceptarse, la decisión se tomará por la Corte. Solo se podrá plantear el impedimento en los siguientes supuestos: «en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un Tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte», el objetivo es dotar a la Corte de la máxima imparcialidad e independencia de sus integrantes, pero si el juez de la Corte no propusiese, en tiempo y forma, la solicitud de excusa para conocer de la causa, se abrirá un procedimiento disciplinario, porque corresponde al juez su observación directa e inmediata.

El apartado tercero permite un control de los motivos de los impedimentos por parte del presidente de la Corte, cuando el juez no interese la presentación de la excusa. Se trata de escenarios donde el juez no plantea la existencia de una causa de impedimento, pero el presidente, a diferencia del primero, entiende que éste debe ser apartado de la causa que conoce. El precepto habla de «tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto», pero el apartado primero también permite introducir una regla de *numerus apertus* cuando afirma «o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte».

No existen dudas de la dificultad de concretar todas y cada una de las circunstancias que pueden derivar en un impedimento, así, es frecuente la apertura de cláusulas que habilitan valorar, dentro de los parámetros generales, otros motivos que deberían incluirse pero que no se delimitaron. Por ello, el presidente debe velar por la rectitud de los jueces y por la consagración y respeto de los principios y valores sobre los que se regirá la Corte. Si el juez está conforme con la decisión del presidente, se apartará de la causa, en su defecto, la Corte decidirá. Si la inhabilitación afecta a uno o más jueces, el presidente puede interesar a los Estados parte para que en sesión del Consejo Permanente de la OEA, vengán a designar jueces interinos, en la misma proporción que los inhabilitados, para que les suplan en el ejercicio de la causas afectadas.

La excusa, a raíz del impedimento, debe interpretarse con el art. 21 del Estatuto, que trata de la renuncia y de la incapacidad. La renuncia se presenta por escrito por el juez al presidente, pero la decisión la toma la Corte en su conjunto, y de ser aceptada produce efectos desde la aceptación. La renuncia se debe a motivos diferentes de los previstos en el art. 19.1 del Estatuto, entre ellos se pueden citar los motivos personales que puedan menoscabar el cumplimiento de los principios y valores sobre los que debe regir su función jurisdiccional. La incapacidad, por su contra, tiene una connotación física o mental, que impide, bajo un período de tiempo incierto o de forma absoluta, el ejercicio de sus funciones, debiéndose reemplazar por otro juez. La decisión se toma por la Corte, y aunque no se mencione, se aportarán documentos médicos que avalarán su presentación y que servirán para la toma de la oportuna decisión. Tanto la renuncia como

la incapacidad se notificarán al secretario general de la OEA, para que adopte las medidas oportunas.

Conectado con lo anterior, el secretario está sometido a la potestad disciplinaria de la Corte, y el resto del personal al secretario, éste último necesita de la aprobación del presidente.

En el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio guarda silencio sobre esta materia, debiendo acudir al Reglamento en sus arts. 10 y 28. Los jueces, durante el ejercicio de su mandato, no pueden desarrollar una actividad política o administrativa, ampliándose a cualquier otra actividad profesional que resulte incompatible con el ejercicio de sus funciones y que menoscabe, o cuestione, la independencia y la imparcialidad, además de la disponibilidad para su ejercicio jurisdiccional a tiempo completo.

Para evitar situaciones que cuestionen su actuación, así como el ejercicio de un control previo, los jueces están obligados a presentar al presidente un escrito en el que harán constar su actividad suplementaria, como la actividad docente o de investigación. Si existe desacuerdo, entre la actividad suplementaria del juez y el control del presidente, el asunto se elevará al pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para su resolución. Los que han ejercido como juez ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no podrán representar a una parte o a un tercero en relación con una demanda que se presentó en la fecha en la que dejó de ejercer sus funciones jurisdiccionales. Si se trata de fecha posterior, la limitación quedará sujeta durante los dos años siguientes al día en el que dejó de ejercer sus funciones (art.4 del Reglamento).

La renuncia de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo se puede interesar por el juez afectado (art. 6 del Reglamento), por escrito dirigido al presidente, quien la elevará al secretario general del Consejo de Europa. En cuanto a la revocación (art. 7 del Reglamento), para deponer al juez ante un incorrecto ejercicio de sus funciones, se acordará por el pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos previa petición de cualquiera de sus integrantes, requiriéndose mayoría de dos terceras partes de los jueces elegidos para que prospere la iniciativa. Si la revocación fracasa, por

no lograrse el número de votos favorables, continuará en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En todo caso, el juez afectado tiene el derecho de ser oído ante el pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La incompatibilidad, abstención y recusación de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está regulado en el art. 28 del Reglamento. El incumplimiento se inicia por petición del juez afectado, bajo un escrito dirigido, en el plazo más breve posible, al presidente de la Sala, quien le dispensará de formar parte de esta. Los motivos sobre los que se fundamenta el impedimento son: 1) La existencia de «un interés personal en el mismo, a causa, por ejemplo, de un vínculo conyugal o parental, de otro vínculo de parentesco próximo, de un estrecho vínculo personal o profesional, o de un vínculo de dependencia con cualquiera de las partes»; 2) La intervención previa en el asunto como agente, abogado o asesor de una de las partes o del que tenga interés, nacional o internacional; 3) El ejercicio de una actividad política o administrativa, o profesional incompatible con la independencia o su imparcialidad, siendo juez *ad hoc* o juez en funciones; 4) Por haber vertido, en medios de comunicación, por escrito, o por actuaciones públicas, «opiniones que sean objetivamente susceptibles de perjudicar su imparcialidad»; 5) La posibilidad de presentar cualquier otra causa, que incida en la independencia o en su imparcialidad. Si el presidente de la Sala o el juez afectado tiene serias dudas sobre las causas que dan lugar a la incompatibilidad, la cuestión se elevará a la Sala, previa audiencia del juez, quien debe deliberar y votar sin su presencia. En tal caso, el juez afectado se sustituye por el primer juez suplente de la Sala (art. 28.4 *in fine* del Reglamento).

IX. El Estatuto personal de los jueces

El Capítulo IX de la Convención, que trata de las disposiciones comunes, dispone en el art. 70 que los jueces, también transponible a los miembros de la Comisión, disfrutan de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos. Remisión que se hace *in totum* a la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, que entró en vigor el 24 de abril de 1964, así como al Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la OEA, suscrito el 30 de abril de 1948, conforme el art. 103 de la Carta de la OEA. La normativa aplicable se puede ampliar por medio de reglamentos y

de convenios, multilaterales o bilaterales, entre la Corte, la OEA y sus Estados miembros¹¹. El resto del personal de la Corte, durante el ejercicio de sus funciones, también disfruta de las mismas inmunidades y privilegios, dentro de las funciones asignadas.

El disfrute tiene lugar desde el momento de su elección, y se extiende durante la vigencia de su mandato. El Estatuto de la Corte complementa la escasa regulación de la Convención (art. 15 del Estatuto). De su contenido destaca, no solo el reconocimiento de las inmunidades que derivan del Derecho internacional público, sino también los privilegios diplomáticos para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Los jueces gozan y disfrutaban de inmunidad, que se extiende a los votos y opiniones emitidos y vertidos durante sus funciones, garantizándose que no están sometidos a ningún régimen de responsabilidad. La irresponsabilidad también se extiende a los procedimientos posteriores, una vez vencido su mandato, respecto de los votos y opiniones anteriores siempre que traigan causa de sus funciones jurisdiccionales.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en el art. 51, trata de los privilegios e inmunidades de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y lo hace con remisión al art. 40 del Estatuto del Consejo de Europa, y a otros acuerdos concluidos en virtud del mismo, pero sin señalar cuáles son. El precepto limita el espacio territorial de las inmunidades y privilegios, al territorio de los Estados miembros. La inmunidad se extiende a la detención y persecución por las opiniones y votos emitidos para salvaguardar la «total independencia del ejercicio de sus funciones». El segundo documento que debe ser tratado es el Instrumento de ratificación del cuarto protocolo adicional al acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa, hecho en París, el 16 de diciembre de 1961.

La aplicación se extiende a los jueces del Tribunal mientras ejerzan las funciones jurisdiccionales, y durante el transcurso de los viajes que realicen

¹¹ Un ejemplo lo encontramos en el Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la Ley n°. 6889, de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, donde sus arts. 11 y siguientes, regulan las inmunidades y privilegios de los jueces de la Corte, las del secretario y secretario adjunto de la Corte, del personal de la Corte y las prerrogativas de cortesía diplomáticas.

para cuestiones de trabajo. Las inmunidades y privilegios están previstos en el art. 2. La primera se extiende a un conglomerado de inmunidades, entre ellas: la inmunidad para ser detenido o arrestado; la prohibición de incautarle su equipaje personal; la inmunidad de jurisdicción por los actos oficiales realizados; y la inmunidad de sus manifestaciones verbales y escritas.

En segundo lugar, los jueces disfrutaban de libertad de movimiento entre los Estados miembros, extendiéndose a los cónyuges, lo que implica poder entrar y salir de su Estado de residencia, así como del Estado donde ejerza sus funciones, y los Estados que atraviesen para el ejercicio de sus funciones. La inmunidad también se extiende sobre los documentos y escritos, de naturaleza jurisdiccional, que emanen del Tribunal, de los jueces y del secretario del Tribunal, quedando excluidos los que no guarden una relación directa o indirecta con la actuación del Tribunal.

Referencias

- Astullido, C. y García Ramírez, S. (2021). *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*. Tirant lo Blanch.
- Bandes Sánchez-Crizat, J.M. (1983). *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*. Bosch.
- Cisneros Sánchez, M. (1999). Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *La Corte interamericana de Derechos Humanos* (pp. 61-76). Corte Interamericana de derechos Humanos.
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fix-Zamudio, H. (1997). Notas sobre el sistema interamericano de Derechos Humanos. En *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson.

- García Bauer, C. (1987). *Los Derechos Humanos en América*. Tipografía Nacional.
- García Ramírez, S. (2000). *La Jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos*. *Estudios Jurídicos* (pp.21-51). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://tinyurl.com/wg247e3>
- Gros Espiell, H. (1986). El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56, 513-514.
- Nieto Navia, R. (1994). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Estudios Básicos de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Serie Estudios de Derechos Humanos.
- Nikken, P. (1987). *La protección internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*. Civitas.

Capítulo 11. Una aproximación al enfoque restaurativo en la justicia penal juvenil en España y su efecto preventivo en la reincidencia

Dra. Lorena Menes Corrales

VIU-Universidad Internacional de Valencia
Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

I. Introducción

La Justicia Restaurativa se plantea en los últimos años como una realidad necesaria en el sistema de justicia penal no solo en nuestro país, sino también en países de nuestro entorno sociocultural. De esta manera, se aboga por un nuevo paradigma de justicia que permite abordar el conflicto en la práctica jurídica a través de diferentes herramientas tanto con adultos como con menores. Asimismo, los aspectos que la caracterizan favorecen además una participación voluntaria e inclusiva de varios actores sociales afectados por el delito, entre los que se encuentran, la víctima, el victimario y la comunidad.

La respuesta participativa al delito como elemento clave que emana de la justicia restaurativa se erige como componente necesario para que las partes implicadas en el conflicto puedan buscar respuestas conjuntas y alternativas al sistema de justicia formal. Ahora bien, este interés creciente se reafirma entre otras cosas, al ponerse de manifiesto la frustración y fracaso que sienten las víctimas ante las prácticas tradicionales. En este contexto, se impulsan e implementan por tanto diferentes soluciones en busca de una cierta desjudicialización. Especialmente, ante la delincuencia juvenil, donde se persigue un enfoque más educativo a través de procesos alternativos para evitar la estigmatización del menor (diversificación, del término anglosajón «*diversion*»), y medidas alternativas (lo que supone una influencia positiva en el joven infractor en aras de una reintegración social).

Por otro lado, aunque el rasgo fundamental de la justicia restaurativa es esa reparación del daño a la víctima, se viene señalando desde hace tiempo los

resultados sólidos y satisfactorios de la aplicación de los programas restaurativos en términos de reinserción del ofensor y de la disminución de reincidencia. En efecto, se evalúa un conjunto de diferentes prácticas teniendo en cuenta el potencial teórico y empírico del modelo restaurador desde una perspectiva de cambio, por un lado, abandonando la actividad delictiva y por otro, desde una reducción de la reincidencia. De hecho, esta evidencia científica junto a la contribución de diversas disciplinas, especialmente la Criminología, es esencial para la intervención con los victimarios.

La normativa internacional de referencia en el ámbito de las Naciones Unidas promueve el uso de la justicia restaurativa en el ámbito de la justicia de menores. Del mismo modo, nos encontramos con diversas Recomendaciones y Resoluciones del Consejo de Europa a los Estados miembros que ponen de manifiesto la necesidad de la justicia restaurativa en el sistema penal juvenil. En nuestro país, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito recoge entre sus disposiciones la referencia al acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa (art.15). Además, en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (en Adelante, LORPM) se vislumbra la filosofía de la justicia restaurativa a través de la mediación entre el menor y la víctima o la reparación del daño.

Teniendo en consideración lo anterior, partimos de la idea de analizar el modelo restaurativo con menores infractores, dedicando atención a su implementación en nuestro país, a la influencia de diferentes teorías que contribuyen a su desarrollo y conceptualización, y por supuesto, a sus postulados, pero también limitaciones. Todo esto, nos lleva a examinar y observar de una manera más específica la justicia restaurativa como una de las grandes ideas del pensamiento criminológico (Maruna, 2016), basándonos para ello en la evidencia empírica. Desde esa necesidad de intervenir en el menor infractor en aras de su resocialización siguiendo los postulados de la prevención especial, se plantea una diversificación en la reacción frente al delito al potenciar alternativas al castigo.

En este Capítulo se presenta un análisis actual que aborda como se refleja en España la filosofía y los dogmas de la justicia restaurativa en el proceso

penal del menor desde una perspectiva criminológica y en relación con la situación de la reincidencia juvenil.

II. Consideraciones en torno a la Justicia Restaurativa en España

Los inicios de la justicia restaurativa moderna se sitúan en los años 70 del pasado siglo en el marco de la literatura e investigación anglosajona, sobre todo en el ámbito de la justicia penal juvenil. Si bien es cierto, que procede de antiguas tradiciones aborígenes presentes en África, América Latina y Asia, destacando países como Canadá y Nueva Zelanda. La literatura determina la primera experiencia restaurativa (el Caso Elmira) en el sistema penal juvenil en 1975 en la provincia de Ontario (Canadá). Concretamente por actos de vandalismo en el entorno de una comunidad menonita. El oficial de libertad condicional de menores Mark Yantzi, le sugirió al juez buscar alternativas conjuntas para reparar y compensar los daños ocasionados por dos jóvenes a 22 propiedades, promoviendo para ello un contacto directo con las víctimas (Marshall, 2020). Otro momento decisivo en la evolución y denominación de la justicia restaurativa se produce en el XI Congreso Internacional de Criminología celebrado en la ciudad de Budapest en el año 1993, ya que es allí donde se acuña este término (Montesdeoca, 2021).

La justicia restaurativa es un concepto amplio que engloba diferentes prácticas que no solo se circunscriben al ámbito penal, sino que se extienden entre otros, al ámbito civil, laboral, comunitario, etc. Uno de los primeros autores y teóricos más influyentes es Howard Zehr (2002, p. 22), quien la definió como un “proceso para involucrar, a quienes tienen interés en un delito específico, e identificar y abordar colectivamente los daños, las necesidades y las obligaciones, con el fin de sanar y corregir las cosas tanto como sea posible”. Este término se volvió muy popular, y en la actualidad, el número de definiciones en torno a este concepto ha aumentado considerablemente (Gade, 2018).

Dicho esto, con la justicia restaurativa se ha abierto un horizonte nuevo en la práctica de resolver el conflicto planteado, devolviéndolo progresivamente a las partes interesadas, y contraponiéndose así al modelo de justicia tradicional o retributiva. El delito se presenta como una vulneración de las relaciones humanas donde reparar el daño a las víctimas atendiendo a sus

necesidades es un factor prioritario, sin olvidar la responsabilización y la obligación de quien debe reparar ese daño. Todo ello, abordando la dimensión emocional del delito no solo en sus causas, sino también en sus consecuencias, favoreciendo un diálogo central que cataliza la comunicación entre las partes (Tamarit, 2020).

Como modelo de justicia para tramitar los conflictos dispone de diversos instrumentos entre los que se encuentra la mediación. Gracias a la misma, se otorgan a las partes de un conflicto, la posibilidad de un encuentro dialogado y ambiente estructurado facilitado por un tercero imparcial que es el/la mediador/a. Además de la mediación, existen otras prácticas como son los círculos («*circles*») y las conferencias («*conferencing*»), las cuales se amplían a otras partes afectadas por el daño, guiadas por una persona facilitadora ajena a este y a las mismas. Estas prácticas, sin embargo, tienen una aplicación e incidencia menor en nuestro país y en nuestro entorno. Bélgica, Irlanda del Norte, Austria, Países Bajos y Alemania tienen incorporados principios de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal de menores. En España, el País Vasco, Cataluña y la Comunidad de Madrid son pioneras en materia de menores. En el *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006, p.6), se señala que “los programas de justicia restaurativa se han de adaptar a los contextos culturales y a las necesidades de la comunidad”. Sobre todo, porque no existe un modelo único de justicia restaurativa, sino que debe tenerse en consideración aspectos de diversa índole en relación con el delito, siguiendo para ello los principios establecidos.

En este marco, se acepta la incorporación y aplicación de la vía restaurativa no solo hacia abajo, sino hacia arriba. Es decir, desde el crimen ordinario a problemas más graves y violentos relacionados con violaciones de derechos humanos, injusticia histórica u opresión política (Ríos, 2020). Sirva de ejemplo en nuestro país, los encuentros restaurativos entre víctimas de terrorismo y exterroristas. Pero la extensión de este modelo se ha visto además reflejado en el ámbito internacional en conflictos graves, como, por ejemplo, durante el periodo posapartheid en Sudáfrica, donde se crearon Comisiones de Verdad y Reconciliación para promover la justicia restaurativa (Gade, 2018).

Como se afirmaba anteriormente, un aspecto esencial en los programas de justicia restaurativa junto a la reparación del daño a la víctima es la participación voluntaria de las partes, por lo que el victimario debe asumir la responsabilidad (total o parcialmente) por la comisión del hecho delictivo. Esto implica una actitud en positivo y un comportamiento prosocial del ofensor explorando y reparando para ello el pasado, con la intención de mejorar y enfocar su vida hacia el futuro. En este contexto, la participación del victimario debe ser libre y claramente voluntaria, por el contrario, el proceso restaurativo fracasaría.

La investigación sobre los diferentes tipos de programas restaurativos ha evidenciado una mayor satisfacción de los ofensores y víctimas tanto con el proceso como con los resultados. En los últimos años los estudios en el campo de la justicia restaurativa han crecido exponencialmente en Europa. Por eso es fundamental, para evaluar la efectividad de estos programas tener en cuenta una serie de indicadores que son (Revelles, 2021, p. 63): a) indicadores estructurales (datos cualitativos extraídos de diversas fuentes), b) indicadores institucionales (datos cuantitativos y cualitativos sobre la relación entre diferentes profesionales utilizando diversas herramientas metodológicas), c) indicadores funcionales (datos cuantitativos relativos al funcionamiento de los programas procedentes de las memorias), y d) indicadores procedimentales (datos cualitativos procedentes de los cuestionarios y las entrevistas de los participantes, de la casuística y de la observación).

En resumen, esencialmente, la justicia restaurativa se considera como una justicia idónea y que concede protagonismo a la víctima y al victimario en la resolución del conflicto. Es por ello, que se ahonda en un análisis más humano del conflicto penal.

2.1. Elementos de justicia restaurativa en las políticas de justicia juvenil

El actual modelo que impera en la justicia juvenil española es el modelo de responsabilidad o de justicia cuya naturaleza es sancionadora-educativa (Cruz, 2018). En efecto, elementos educativos y elementos punitivos confluyen en nuestro sistema penal juvenil. Si bien es cierto, que hay poca literatura al respecto, las investigaciones existentes sobre la intervención

con menores muestran que este modelo de responsabilidad funciona (Fernández y Bartolomé, 2019).

Pues bien, la aprobación de una legislación específica para los menores de edad que difiere de la de los adultos, se traduce con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. De esta manera, se da cumplimiento a los compromisos internacionales que habían sido adquiridos por España. Esta norma y el Reglamento (RD 1774/2004, de 30 de julio) que la desarrolla, surgen para dar un tratamiento penal específico a aquellos sujetos que, en el momento de la comisión del hecho descrito como delito, son mayores de 14 pero menores de 18 años.

A pesar de que los datos estadísticos en relación a la evolución de la delincuencia juvenil en nuestro país se habían mantenido estables y con una tendencia al descenso en los últimos tiempos, la percepción social y mediática era otra (Fernández et al., 2009). Es por ello, que se vincula tanto la aprobación de la ley como la motivación para posteriores modificaciones a un incremento del volumen de esta, particularmente en acontecimientos de extrema gravedad que tuvieron una gran repercusión mediática (véase a modo de ejemplo, el crimen de la katana y el crimen de San Fernando). Se produce por ello, un endurecimiento sancionador en líneas generales que se refleja en disposiciones como: la supresión de la franja de edad entre 18 y 21 años, el incremento de la duración de las medidas para los supuestos de especial gravedad o la posibilidad de ejercer la acusación particular.

Es importante señalar que, desde la óptica de la política criminal, la LORPM se orienta a la prevención especial. Por consiguiente, esta norma se caracteriza por los principios de intervención mínima, de oportunidad, de interés superior del menor en clave educativa, de flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas, y del reconocimiento de las garantías procesales y de los derechos individuales del menor. De hecho, la relevancia del principio de oportunidad favorece la implementación y aplicación de la justicia restaurativa en el proceso penal de menores. Este principio está ligado al principio de intervención mínima (donde se priorizan procedimientos informales) como es el caso de la conciliación, estrategias educativas o reparación concretándose en forma de acciones en beneficio

de la víctima o de la comunidad, buscan un equilibrio entre la educación y el castigo de manera individual. En definitiva, en este marco de principios, la mediación como técnica restaurativa, va a encontrar un buen acomodo ya que se van a satisfacer los fines del derecho penal, pero sin forzar las garantías propias del mismo (Colás, 2022).

Las cuestiones sobre los principios restaurativos en el marco normativo vigente se recogen en la Exposición de Motivos. La influencia de la justicia restaurativa se hace patente concretamente en el art. 19.1. Este artículo dispone aquellas situaciones en las que se puede proceder al sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima en caso de delitos menos graves y siempre que no conste que con anterioridad ha cometido hechos de la misma naturaleza (art. 18). De esta manera, se vincula a unas medidas del ámbito de la justicia restaurativa para evitar el inicio del procedimiento y apostar por medidas extrajudiciales (la norma la circunscribe a la fase de instrucción, aunque también cabe en la fase de ejecución como está recogido en el art. 51.3). Precisamente, se han de dar tres situaciones que se pasan a señalar a continuación: a) la conciliación entre el menor infractor y la víctima, b) la reparación del daño y c) la desjudicialización mediante una actividad educativa extrajudicial. Atendiendo al principio de oportunidad, el Ministerio Fiscal se puede abstener de continuar con el expediente dando por concluida la instrucción. Ante esto, cabe una solicitud al Juez pidiendo el sobreseimiento y archivo de actuaciones, o sino continuar con la tramitación del expediente al no cumplir el menor la actividad educativa o la reparación acordada.

La conciliación supone que la víctima recibirá una satisfacción psicológica por parte del menor infractor al disculparse por el daño causado, esta acepta su disculpa y le otorga su perdón. La reparación implica un compromiso con la víctima para reparar el daño causado, como, por ejemplo, mediante la participación y seguimiento en un programa o realizando trabajos en beneficio de la comunidad. Hasta la fecha no hay un marco legislativo para conferencias o círculos en menores, sin embargo, algunas personas mediadoras están desarrollando proyectos piloto para infractores juveniles.

Otra manifestación del principio de oportunidad reside en el art. 27.4, donde el sobreseimiento del expediente se produce cuando el equipo técnico considera en aras del interés del menor, no continuar con la tramitación del informe. Esto se debe a dos motivos, ya se ha expresado suficientemente el reproche a través de trámites ya practicados, o porque fuera inadecuada cualquier intervención debido al tiempo que ha transcurrido desde que pasaron los hechos.

Las razones esgrimidas que se exponen para promover una desjudicialización y diversificación en materia de política criminal en menores infractores transitan por cuestiones no solo jurídicas, sino también de carácter psicosocial. Por un lado, los hallazgos científicos de la psicología del desarrollo y de los estudios longitudinales de la criminología confirman que la delincuencia juvenil es episódica, espontánea, ubicuitaria, normal en un sentido estadístico y propia de delitos de bagatela (Dollinger y Schmidt-Semisch, 2018). Además, considerando la literatura en relación al estudio de las carreras criminales, autores como Moffitt y Farrington mostraron, que la mayoría de delincuentes desarrollan un comportamiento antisocial limitado a la fase de adolescencia, mientras que un pequeño grupo de delincuentes persistentes/crónicos continúan hasta la edad adulta (Moffitt, 1993; Farrington, 1993).

En cuanto a razones jurídicas, se hace uso del principio de oportunidad en sus diferentes variantes. Además, los efectos preventivos de la desjudicialización se traducen en una influencia positiva que hacen que el menor no vuelva a reincidir. También la víctima pasa de tener una presencia testimonial a un rol más activo, donde se expresa y se le escucha. Junto a lo anterior, los costes judiciales son más reducidos, lo que supone menos sobrecarga de trabajo para la Administración de justicia.

Atendiendo a lo expuesto y con el respaldo de teorías criminológicas como la teoría del etiquetado («*labelling approach*») y la teoría de la desviación secundaria, se evita también la estigmatización y criminalización del menor infractor. Al mismo tiempo, otros hallazgos reconocen la presencia evidente de efectos negativos atribuidos a las medidas privativas de libertad. La comunidad científica se ha encargado de investigar y valorar el efecto de las diversas políticas públicas en torno a este fenómeno. No solo eso, sino

también cómo la aplicación de unas medidas concretas permite ampliar conocimiento en relación con la mitigación y evitación de la reincidencia. De hecho, las medidas más laxas y leves son las que arrojan datos claros sobre las tasas de reincidencia en menores al mostrar unas tasas mucho más bajas en comparación con la aplicación de medidas más restrictivas que tienen que ver con la privación de libertad (internamiento en régimen cerrado y semiabierto).

2.2. Incidencia de las prácticas restaurativas en la jurisdicción de menores

Como se apuntó anteriormente, no hay una regulación expresa que desarrolle los programas restaurativos en nuestro país, sino que estos programas se han incrementado y extendido de manera general, a pesar de ser todavía marginales en la totalidad del sistema penal (Varona, 2018). Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 (en adelante, FGE), en la jurisdicción de menores, y teniendo en cuenta las vicisitudes de la pandemia de Covid-19, buena parte de las reparaciones extrajudiciales, aun habiéndose cumplido las mediaciones, no se pudieron llevar a efecto o se tuvieron que suspender durante el confinamiento y luego o bien se volvieron a reanudar o se dieron por cumplidas. Por consiguiente, se toman para este Capítulo, los datos y el análisis estadístico sobre el desistimiento de la incoación del expediente (art. 18), al igual que el resto de manifestaciones del principio de oportunidad (arts. 19 y 27.4, posibilidad de sobreseimiento del expediente de reforma que ha sido incoado) de la Memoria de la FGE, al ser una fuente oficial que nos puede acercar a datos empíricos.

El año 2019 muestra un total de 8.301 (11,59%) archivos por desistimiento sobre el total de diligencias preliminares incoadas. Si bien es cierto, que existen diferencias provinciales y entre Comunidades Autónomas, junto a la disparidad en los recursos públicos (infraestructura material y personal) de las entidades que llevan a cabo estas mediaciones y reparaciones extrajudiciales. En este sentido, la práctica de la mediación a nivel nacional es desigual en los diferentes territorios, por lo influye al abordar solo parcialmente el resultado.

Los datos en relación con los expedientes de reforma sobreesidos conforme a las soluciones extrajudiciales del art.19 (conciliación, reparación y actividad educativa extrajudicial) y los datos referentes a la conveniencia de no continuar con el expediente (art.27.4) son en torno al 20,78%. Ese porcentaje corresponde a 5.637 expedientes archivados. Dentro de esa cifra, los archivados según el art. 19 son 4.375 expedientes (16,12%). Mientras, que atendiendo al art. 27.4, se archivaron 1.262 expedientes (4,65%). Las cifras recogidas en 2018 siguen la tendencia de años anteriores, estando las cifras porcentuales entre 15%-18%. En líneas generales, como se desprende de la Memoria de la FGE, la aplicación del art.19 para aplicar una solución extrajudicial no se lleva a término en muchas provincias por falta de recursos y por la tendencia de algunas fiscalías. Lo que conlleva entre otros motivos a un descenso de la mediación en la práctica judicial.

El papel de las Comunidades Autónomas es notable, ya que la ejecución de las medidas impuestas va a corresponder a las entidades de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas. Por lo que la competencia territorial va a corresponder a la Comunidad Autónoma donde esté el Juzgado de Menores, dando lugar a una implementación en diferente grado de intensidad y presencia de los mecanismos de justicia restaurativa en función de donde no encontremos (Soletto, 2019).

Dos de las Comunidades Autónomas de referencia son el País Vasco y Cataluña. A continuación, se explica sucintamente dos ejemplos reales con el fin de examinar cómo se ha reflejado en la práctica jurídica lo estipulado en la Ley. La Comunidad Autónoma del País Vasco en su V Plan de Justicia Juvenil 2020-2024 proyecta la mediación como alternativa a las medidas firmes. Los datos de los cuatro juzgados reflejados en este documento corresponden a los procesos de mediación, conciliación o reparación llevados a cabo por el Equipo Psicosocial Judicial de la Viceconsejería de Justicia del Gobierno Vasco en el periodo 2014-2018. De un total de 1.812 procesos de mediación realizados en ese periodo de tiempo, 1.433 tuvieron un resultado positivo. Esto es, los objetivos previstos en el acuerdo fueron alcanzados. Frente a ese 79%, un 21% (379 mediaciones) no fueron satisfactorias, por lo que se retoma el proceso penal y se celebra la audiencia. El Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País

Vasco es el encargado de realizar el Informe Evaluativo del Servicio de Justicia Juvenil. Así pues, procedió a evaluar, revisar y analizar los datos descriptivos que se registran durante un periodo de tiempo determinado. Lo que pone de manifiesto la conveniencia y trascendencia de la investigación criminológica para evaluar la eficacia de los procesos de mediación en la justicia juvenil, además de su relación con la reincidencia. Entre los efectos de la mediación está la reducción de la tasa de reincidencia situándola por debajo del 15%. En el periodo 2015-2018 la tasa de reincidencia no alcanzaba el 10%.

Es cierto, que para realizar una evaluación general y una comparación regional es complicado al no haber una homogeneidad en la recogida de datos. Aun así, se muestra el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña al ser un referente en la justicia de menores desde 1990. El desglose proporcionado por el Instituto de Estadística de Cataluña en 2020 revela que la mediación supuso un total de 1.620 (en números absolutos). Esta intervención en comparación a años anteriores (periodo 2010-2020) ha disminuido progresivamente. Por otro lado, la población juvenil en trámites de mediación a último día del año 2020 fue de 307, donde un 82,5% obtuvo resultados positivos concluyendo con un sobreseimiento de reparación. Señalando que la eficacia de la mediación se mantiene constante en los últimos años (entre el 78% y el 84%).

2.3. Limitaciones y aciertos de la justicia restaurativa en la jurisdicción de menores

Al analizar el tratamiento de la mediación penal conforme a la LORPM y los diferentes estudios sobre la aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país, se constata que nuestro marco legal es proclive a la implementación de esta herramienta y al desarrollo de la justicia restaurativa. Sin embargo, hay aspectos que son susceptibles todavía de mejora o ampliación.

Entre los elementos positivos encontramos la aplicación cada vez más extendida de la mediación y la reparación en el procedimiento judicial. Si bien es cierto, que los círculos y conferencias tienen poca relevancia práctica, y su oferta es limitada y marginal aun en el contexto de delincuencia juvenil. Otro aspecto reseñable es el valor educativo que se potencia en la

justicia de menores, al tener la mediación un carácter rehabilitador. Además, se contribuye a la disminución de los costes económicos de la jurisdicción juvenil.

Desde la óptica del impacto sobre las víctimas, la doctrina se ha encargado de destacar un incremento en su bienestar y una reducción del deseo de venganza, al igual que del estrés postraumático, lo que va a repercutir en un mayor y mejor apoyo hacia ellas. Ese aspecto positivo se traduce en un alto grado de satisfacción tanto con el proceso como con el resultado.

A pesar de que cada vez hay más investigaciones sobre esta materia, es necesario que haya un mayor reconocimiento por parte de las instituciones y una gran implicación del mundo académico para producir y difundir conocimiento al respecto.

La intervención de los diferentes operadores jurídicos y su mayor especialización en este campo influye positivamente en el compromiso para seguir apostando por instrumentos restauradores. Aunque es primordial continuar con la especialización, capacitación y formación a aquellas personas que tengan contacto con menores. Promover la mediación como una profesión de futuro y el desempeño como agente facilitador/a en círculos y conferencias. De hecho, la oferta académica sobre mediación y resolución del conflicto gracias a másteres y posgrados se asienta en las universidades.

Sin embargo, aún es necesario fortalecer y mejorar los recursos personales y materiales en algunas Comunidades Autónomas, y unificar criterios comunes para manejar los procesos restaurativos. Dotar de mayores medios a las fiscalías provinciales sería una buena acción. Algunas propuestas abogan por aumentar la oferta de entidades mediadoras trasladando el debate a iniciativas privadas que lleven a cabo ese procedimiento.

Entre las dificultades que encontramos, las metodológicas son fundamentales ya que de alguna manera impiden interpretar correctamente los resultados empíricos obtenidos de las investigaciones sobre la delincuencia juvenil. Esto es, elaborar indicadores generales y específicos más fiables que permitan llevar a cabo un examen comparativo adecuado entre las diversas prácticas de mediación a nivel regional/provincial. Una homogenización y sistematización de los datos estadísticos sería óptima

para cuantificar e interpretar la eficiencia de la mediación en el proceso penal. En último término, ayudaría a la evaluación de los programas.

Por necesidades de carácter sanitario a causa de la Covid-19 se cambiaron las dinámicas de trabajo que afectaron a los servicios de justicia restaurativa. Las circunstancias actuales llevan a afrontar un nuevo planteamiento en el desarrollo y adecuación de estas técnicas, apostando entre otras, por la vía telemática.

III. Reincidencia y Justicia Restaurativa

La reincidencia es una institución compleja que no puede abordarse desde un único enfoque, sino que precisa de un análisis multidisciplinar. Teniendo en cuenta los aspectos criminológicos de esta institución, es necesario estudiar las implicaciones que tienen las medidas impuestas en los menores infractores y la aparición de nuevos actos delictivos una vez finalizadas estas. Gracias a la criminología, es posible utilizar modelos explicativos que ayudan a entender el comportamiento de un sujeto, además del inicio y cese de su carrera criminal. Del mismo modo, que promueve prácticas de intervención en justicia restaurativa y el diseño de políticas criminales encaminadas a la prevención. Recordemos que la prevención de la reincidencia es una consideración secundaria de la justicia restaurativa.

3.1. El concepto de reincidencia en España

Sin ánimo de exhaustividad, y sabiendo la complejidad del fenómeno de la reincidencia, se describe esta figura desde un punto de vista penal y desde un punto de vista criminológico. La conceptualización de la reincidencia se describe en el art. 22.8 de nuestro Código Penal, dando respuesta a la recaída en el delito mediante el agravamiento de la pena. El legislador actúa cuando hay una condena ejecutoria previa en virtud de una sentencia firme por un delito de la misma naturaleza al nuevo acto delictivo y que esté comprendido en el mismo Título de nuestra norma penal. La Circular 1/2000 de la FGE interpreta esta figura en relación con los criterios de aplicación de la LORPM. En este sentido, hay que atender al art. 18 de la ley con relación a la valoración que se hace sobre los antecedentes de un menor reincidente.

En el caso de la conceptualización criminológica en un sentido extenso y siguiendo a Capdevila et al. (2005), se define como la comisión de un nuevo acto delictivo cuando anteriormente se haya cometido uno o más de uno. La heterogeneidad en los parámetros que se siguen para definirla y medirla en las diferentes investigaciones empíricas permite que nos podamos referir a ella como una nueva condena, un nuevo internamiento o incluso un nuevo comportamiento autoinformado. En los sujetos reincidentes al desarrollar trayectorias criminales más extensas se juntan en mayor proporción los factores de riesgo en contraposición a los factores de protección. Tanto los factores de riesgo como los de protección han sido descritos ampliamente por la literatura científica.

3.2. A propósito de algunos modelos teóricos

El interés por la justicia restaurativa está presente en la literatura del desistimiento («*desistance from crime*»). En años recientes, es posible identificar un acercamiento por parte de la criminología al estudio de la justicia restaurativa y su influencia en el desistimiento del comportamiento antisocial. De sobra es bien conocido el modelo de la curva de edad del delito («*age-crime curve*») en la investigación criminológica. Esto es, picos altos de delincuencia en la etapa adolescente que disminuyen con la transición al periodo de adultez (Moffit, 1993; Farrington, 1994). La investigación en el campo de la criminología del desarrollo ha demostrado que diferentes eventos como el trabajo, la familia o los estudios, suponen un cambio en esa nueva etapa vital. Estos factores con gran significado, aunque no son los únicos, correlacionan con un alejamiento del comportamiento antisocial, y, por lo tanto, desistimiento del delito (Laub y Sampson, 2003). Son los llamados «*turning points*» (puntos de inflexión) presentados como agentes del cambio.

Otra teoría que contribuye como cuerpo de estudio de la justicia restaurativa es la teoría de la vergüenza reintegrativa («*reintegrating shaming theory*») de Braithwaite (2006). Esta teoría explica la integración del infractor en la sociedad partiendo de sentimientos derivados del delito, esencialmente la vergüenza. Distingue dos tipos: la reintegradora y la desintegradora (estigmatización). La reintegradora contribuye a una aceptación social tras una desaprobación inicial de la comunidad creando espacios de restitución.

Con esta se contribuye a minimizar la reincidencia. Mientras que la desintegradora va a dividir a la comunidad al rechazar el hecho y a la persona infractora. Investigaciones científicas asocian la vergüenza estigmatizante con la reincidencia criminal, al no reconocerse e integrarse adecuadamente (Corral et al., 2019).

La Criminología positiva (Ronel y Elisha, 2011) es otro cuerpo de investigación que también se ha tenido en consideración en los últimos tiempos al incluir desde una perspectiva innovadora varias teorías y modelos. Se basa en potenciar aquellos elementos y experiencias positivas que pueden prevenir el crimen. Las prácticas de la justicia restaurativa van a representar la perspectiva conceptual de la criminología positiva, enfatizando el potencial de esos encuentros humanos y positivos. Esto supone una ayuda en el proceso de rehabilitación y reconocimiento de la capacidad de los infractores y de los reincidentes para ser reformados y rehabilitados nuevamente en la sociedad.

3.3. Investigaciones sobre mediación y reincidencia en España

Los estudios de reincidencia a nivel nacional hacen uso de diferentes metodologías y líneas de estudio. Se pueden agrupar en: a) estudios relacionados con el cumplimiento y ejecución de las medidas impuestas, b) estudios descriptivos sobre las carreras criminales y c) estudios sobre la cifra negra de la reincidencia. Los estudios nacionales consultados más novedosos examinan la tasa de reincidencia atendiendo a diversas medidas juveniles. En ellos se valora esta tasa junto a variables legales y extralegales que pueden influir en un aumento o disminución de la misma.

Como punto de partida, uno de los estudios más conocidos es el de Ortega et al. (2014) que sitúa la tasa de reincidencia media en un 34,5%. Si bien es cierto, que esta investigación se basa en un metaanálisis de 27 investigaciones españolas. A través de una revisión sistémica concluyen que uno de cada tres o uno de cada cuatro menores que pasa por el sistema de justicia juvenil en España vuelve a reincidir. Los estudios propios de reincidencia se han llevado a cabo en diversas Comunidades Autónomas como País Vasco, Cataluña, Asturias, Extremadura o Andalucía, por solo nombrar algunas de ellas. Nos centramos en este punto en el País Vasco y

en Cataluña por haberse tratado en el punto anterior, del mismo modo, que por haber estudiado la reincidencia teniendo en cuenta el efecto de la mediación penal sobre los menores infractores.

En el año 2013, destaca la investigación de Ocáriz con una muestra de 408 menores para valorar los efectos de la mediación y su impacto en la reincidencia en menores. Es una de las primeras investigaciones ya que eran los primeros años de la práctica de la mediación, por lo que se abduce a las limitaciones del estudio. En cualquier caso, una de las variables investigadas es la reincidencia en el delito. En ella, se examina la presencia o ausencia de medidas en sentencia firme tras la finalización de la mediación. La tasa de reincidencia de los menores estudiados se situaba en torno al 8%. La hipótesis que se mantiene junto a otras investigaciones recientes en el tiempo era que los menores que habían participado en la mediación tenían un perfil más normalizado que los que acudían a la justicia juvenil.

Por otro lado, en Cataluña desde el año 2004, el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada comienza a realizar y evaluar trabajos de investigación sobre reincidencia juvenil, actualizando por lo tanto dicha tasa anualmente. De hecho, a través del último estudio publicado en 2017 pero referido al periodo 2010-2013, conocería si la incidencia del uso de la mediación sería mejor, igual o peor a la aplicación de otros programas o medidas por hechos delictivos parecidos. Entre estas medidas estaban la amonestación judicial, asesoramiento técnico (conforme al art. 27.4) y prestaciones en beneficio de la comunidad propuestas por el equipo técnico. No solo se analizó las tasas de reincidencia sino los factores asociados a esta. La tasa era inferior a la tasa general (30,8%), pero había ido aumentando gradualmente de un 14,4% a un 27,5 %.

En cualquier caso, se debe considerar no solo la tasa de reincidencia, sino el perfil del infractor junto a la medida impuesta, porque los menores infractores con un perfil más normalizado tienden a cumplir medidas de carácter reparador y conciliador, siendo su tasa de reincidencia menor.

IV. Conclusiones

La participación en programas restaurativos, siendo la práctica más relevante la mediación, puede reducir significativamente la reincidencia en menores infractores, por lo que es necesario profundizar sobre los mecanismos dentro de la justicia restaurativa que puedan contribuir al desistimiento del crimen. La mediación va a contribuir a la rehabilitación y reinserción social del menor infractor. Al mismo tiempo, es imprescindible ampliar a otros mecanismos restaurativos como son los círculos y las conferencias. Si bien, la discusión en torno a la implementación de la justicia restaurativa se centra también, en que esta sea un complemento del sistema penal para mejorar el existente. No debe aislarse por tanto del marco jurídico establecido en armonía con la legislación vigente y el marco constitucional.

En España ante una situación de escasez normativa es necesario adoptar protocolos consensuados y respetados por los diversos actores en materia de justicia restaurativa. Desde algunas Comunidades Autónomas se potencia la mediación ya que tanto la Ley como su Reglamento son favorables a ella. Junto a lo anterior, se suma necesariamente el impulso dado por los operadores jurídicos. En efecto, la colaboración entre las instituciones autonómicas y los diferentes operadores jurídicos junto a la homogenización y unificación del tratamiento de datos estadísticos son estrategias necesarias.

Por último, partiendo de la base que los expertos en la materia y particularmente en el ámbito de la criminología otorgan a la justicia restaurativa unos efectos preventivos prometedores, es necesario promover más investigaciones y foros académicos que contribuyan y apoyen este modelo de justicia.

Referencias

Ayllón García, J.D. (2019). La justicia restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos. *Ars Boni et Aequi*, 15(2), 9-29. <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/357>

- Braithwaite, J., Ahmed, E., & Braithwaite, V. (2006). Shame, Restorative Justice, and Crime. In F. T. Cullen, J. P. Wright y K. R. Blevins (Eds.), *Taking stock: The status of criminological theory* (pp. 397–417). Routledge.
- Cano Paños, M.A. (2011). ¿Supresión, mantenimiento, o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, (13), 1-55.
- Capdevila, M., Ferrer, M. y Luque, M. E. (2005). *La reincidència en el delicti en la justícia de menors*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia.
- Colás Turégano, M.A. (2022). Mediación juvenil: marco teórico y aproximación estadística. En S. Barona Vilar (Ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*. Tirant Lo Blanch.
- Corral Martínez, M., López López, C. y Escrivá Cámara, J. (2019). La vergüenza como castigo al crimen: una reflexión para el siglo XXI. *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. (4),1-26.
- Cruz Blanca, M.J. (2018). Legislación penal juvenil española y política criminal en torno a sus sucesivas reformas. *Revista CubaLex*, 38, 68-82.
- Dünkel, F. (2018). Internationale Tendenzen des Umgangs mit Jugendkriminalität. En B. Dollinger y H. Schmidt-Semisch (Hrsg), *Handbuch Jugendkriminalität interdisziplinäre Perspektiven*. 3. Aufl. (pp. 89-118). Springer.
- Gade, C.B.N. (2018). "Restorative justice": History of the Term's International and Danish Use. *Nordic Mediation Research* (pp. 27-40). Springer.

- Farrington, D. (1994). Human development and criminal careers. En M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (Eds.), *The Oxford handbook of criminology* (pp. 511-586). Oxford.
- Fernández Molina, E. Bartolomé Gutiérrez, R., Rechea Alberola, C. y Megías Boró, A. (2009). Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 1-30.
- Fernández Molina, E. y Bartolomé Gutiérrez, R. (Dir.) (2019). *Delincuencia y justicia juvenil en España. ¿Qué sabemos?* Tirant Lo Blanch.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y su Reglamento de desarrollo. *Boletín Oficial del Estado*, 101, de 28 de abril de 2015, pp. 36569-36598.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. *Boletín Oficial del Estado*, 11, de 13 de enero de 2000, pp. 1422-1441.
<https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/13/pdfs/A01422-01441.pdf>
- Fiscalía General del Estado (2020). *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020*. Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia.
- Marshall, C.D. (2020). Restorative justice. En P. Babie & R. Sarre (Eds.), *Religion Matters. The Contemporary Relevance of Religion* (pp.101-117). Springer.
- Maruna (2016). Desistance and restorative justice: it's now or never? *Restorative Justice. An International Journal*, 4(3), 289-301.
- Menes Corrales, L. (2017). *Derechos humanos y menores infractores reincidentes: un estudio comparado entre España y Alemania* [Tesis doctoral, Universitat de València]
<https://roderic.uv.es/handle/10550/60489>
- Moffit, T. (1993). Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy. *Psychological Review*, 100(4),674-701.

- Montesdeoca, D. (2021). *Justicia restaurativa y sistema penal*. Tirant Lo Blanch.
- Naciones Unidas (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Publicación de las Naciones Unidas.
- Ocáriz Passevant, E. (2013). Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia. *International E-Journal of Criminal Sciences*, 3(7), 1-33.
- Ortega Campos, E., García García, J., y Frías Armenta, M. (2014). Meta-análisis de la reincidencia criminal en menores: estudio de la investigación en España. *Revista Mexicana de Psicología*, 31(2), 111-123.
- Revelles Carrasco, M. (2021). *Vademecum de justicia restaurativa y mediación penal*. Tirant Lo Blanch.
- Ríos Martín, J.C. (2020). *Biografía de la reconciliación. Palabras y silencios para sanar la memoria*. Comares.
- Ronel, N. y Elisha, E. (2011). A different perspective: Introducing positive criminology. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55(2), 305-325.
- Sampson, R.J. y Laub, J.H. (2003). Desistance from crime over the life course. In J.T. Mortimer & M.J. Shanahan (Eds.). *Handbook of the life course* (pp. 295-309). Springer.
- Soletto Muñoz, H. (2019). *Reflexiones en torno a la justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*. Editorial Dykinson, S.L.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2020). El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa. *Revista de victimología*, 10, 43-70. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7489511>
- Varona Martínez, G. (2018). *Justicia Restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*. Editorial Dykinson, S.L.
- Zehr, H. (2002). *The little book of restorative justice*. Good Books.

Capítulo 12. Los derechos humanos en la era digital

María Petronela Popiuc
Universidad Camilo José Cela

I. Introducción

De acuerdo con Naciones Unidas (2012) a principios del siglo XX, la protección de los derechos humanos se convirtió en uno de los centros de preocupación internacional. En la Sociedad de Naciones, establecida al final de la Primera Guerra Mundial, se intentó crear un marco legal y los correspondientes mecanismos de control a nivel internacional para proteger a las minorías. Los horrores causados durante la Segunda Guerra Mundial fueron la razón por la que la comunidad internacional quiso asegurarse de que tales atrocidades nunca volverían a suceder y han dado impulso al movimiento actual para establecer un sistema internacional vinculante para la protección de los derechos humanos.

De este modo, surge en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclama el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta declaración tiene una gran fuerza moral puesto que representa la primera definición internacionalmente acordada de los derechos de todas las personas. Pronto, aparecieron diversas convenciones al respecto que venían a reforzar la protección hacia los derechos humanos, entre ellas, destaca la convención sobre la eliminación de la discriminación racial, discriminación contra la mujer, contra las torturas y otras penas degradantes, derechos del niño, trabajadores migratorios, discapacidad, entre otras.

En definitiva, un conjunto de nueve tratados internacionales constituye un marco jurídico amplio dentro del cual los Estados, con el apoyo de los órganos creados en virtud de los tratados, pueden cumplir ese compromiso. En este mismo sentido, desde finales del siglo XX han aparecido grandes cambios tecnológicos en materia de comunicación que pone de manifiesto la preocupación en el cumplimiento de los derechos humanos no solo fuera de línea sino también en el universo virtual. Como se puede observar, día a día, las tecnologías digitales brindan nuevas formas de ejercer los derechos

humanos, pero también se utilizan a menudo para violarlos. La protección de datos y la privacidad, la identidad digital, el uso de tecnología de vigilancia, la violencia y el acoso en línea son temas de especial preocupación.

II. Generaciones de los Derechos Humanos

De acuerdo con Fraguas (2015) una de las clasificaciones más utilizadas es la llamada “generacional”, ideada por primera vez en 1979 por Karel Vasak, profesor y miembro del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, en la que establece tres generaciones, cada una de las cuales está asociada a la construcción de tres grandes valores proclamados durante la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad y Fraternidad. Según este criterio, se habla de Derechos de primera generación, segunda y tercera generación (Vasak, 1977).

Los derechos humanos de primera generación denominados “civiles y políticos”, constan en la Declaración Universal de Derechos Humanos y establecen las libertades individuales en donde se prioriza al ser humano como tal (libertad de expresión, religión, tratos inhumanos, manejo de la vida privada). Los de segunda generación, nombrados: “derechos económicos, sociales y culturales”, se centran en los derechos relacionados con la equidad, el desarrollo y la cultura en donde se hablan de derechos laborales, acceso a la salud, protección a la infancia, etc.

En este mismo sentido, en lo que refiere a los derechos de primera generación, según indica el propio Consejo de Europa, hace referencia a los derechos civiles y políticos. Estos derechos comenzaron a surgir como teoría durante los siglos XVII y XVIII, basados principalmente en consideraciones políticas. Los derechos civiles y políticos ahora se detallan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (ECHR) incluidos derechos como el de participar en el gobierno y la prohibición de la tortura. Estos derechos han sido tradicionalmente considerados por muchos, al menos en “Occidente”, como los derechos humanos más importantes.

En segundo lugar, aparece la generación de los derechos económicos, sociales y culturales de segunda generación, dichos principios, según el mismo Consejo de Europa, se enfocan en las ideas de igualdad y aseguramiento del acceso a bienes, servicios y oportunidades económicas y sociales. En este sentido, se han vuelto cada vez más reconocidos internacionalmente como resultado de la industrialización y el ascenso de la clase trabajadora y reconocen que la dignidad humana requiere más que la ausencia mínima de interferencia estatal con los derechos civiles y políticos.

Los derechos económicos, sociales y culturales están incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), donde cabe resaltar el artículo 6 (trabajo), artículo 7 (condiciones equitativas en el trabajo), artículo 8 (libertad sindical y derecho a huelga), artículo 9 (seguridad social), artículo 10 (familia y menores de edad), artículo 11 (nivel de vida adecuado), artículo 12 (salud), artículos 13 y 14 (educación), artículo 15 (cultura), sí como en la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

De este modo, Pérez (1991, p. 211) establece al respecto que:

Los derechos de segunda generación sitúan al ser humano dentro de instituciones o grupos específicos, sin que esto invada los derechos colectivos de la tercera generación, otorgándole un status positivus social, que en buena síntesis son los intereses económicos, sociales y culturales de la sociedad y la actuación del Estado orientada a satisfacer dichos intereses, por lo cual, se puede argumentar con toda justicia que con la instauración de los derechos de segunda generación, se ocasionó la efectiva sustitución del Estado Liberal primera generación, por el Estado Social de Derechos.

Fruto de la PIDESC, la Constitución Española de 1978 adapta en su capítulo III los llamados «*principios rectores de la política social y económica*» artículos 39-52, entre los que se comprenden el derecho a prestaciones adecuadas en materia de salud (art. 43), el derecho a un medio ambiente en condiciones (art. 45), o el derecho a una vivienda digna (art. 47). Los más relevantes son el derecho a la educación, a un empleo en condiciones, el derecho a la sanidad pública, la atención a los más desfavorecidos, la conservación del patrimonio cultural y artístico (Fraguas, 2015)

En tercer lugar, se debe hacer mención a los derechos de tercera generación ligados a los derechos de solidaridad (minorías, consumo, medio ambiente

e inmigración). En esta tercera generación, el enfoque está puesto sobre la solidaridad internacional. De este modo, la característica fundamental de los derechos de tercera generación es que el sujeto que lo disfruta ya no es uno, sino que se hace referencia a los grupos o colectivos. Por ello, frente a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de tercera generación no se encuentran reconocidos positivamente en los Pactos de 1966. De acuerdo con (Fraguas, 2015) dentro de esta generación de derechos nos podemos encontrar, por ejemplo, con el derecho a la preservación del medio ambiente; derecho de los pueblos a su autodeterminación frente a las agresiones colonialistas; derecho de protección de los datos genéticos; derecho a un consumo responsable y solidario; derecho a la paz; derecho a la calidad de vida, puesto que la base sobre la que se asienta la tercera generación es la solidaridad de colectivos como puede ser la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

III. Hacia una cuarta generación de los Derechos Humanos

Llegados a este punto, se puede observar, tal y como viene señalando Malta et al., (2013) que las tres anteriores generaciones, son los signos de un mundo moderno y unificado, no necesariamente definido por la cantidad de máquinas, avances tecnológicos y computadores. Por ello, desde las universidades tienen la obligación de formar ciudadanos, generar debates y soluciones adecuadas a estos problemas en un ambiente de armonía, con criterio científico-técnico y con mirada a fortalecer la universidad - Sociedad Civil. Por otro lado, y con el objetivo de analizar nuestra realidad actual, lo cierto es que las nuevas tecnologías han llegado a nuestras vidas para quedarse irrumpiendo con fuerza tanto en el comercio como en la educación, la salud, el gobierno...etc. constituyéndose como uno de los instrumentos principales de cambio en nuestra sociedad actual.

Tal y como señala Bariñas (2013) lo cierto es que las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) se han convertido en un elemento fundamental de la estructura socioeconómica y cultural de nuestro tiempo, donde la información se ha convertido en un valor primitivo, permitiendo su recolección y manipulación de sus datos, comunicación y conectividad,

haciendo aparecer el mundo “virtual” junto al mundo “físico”, cuya regulación no puede ser excluida de la protección de la ley, especialmente la privacidad debido a las amenazas que representa.

Hoy en día, el desarrollo de la tecnología ha hecho posible que se lleven a cabo la creación de herramientas que permitan recopilar cantidades ingentes de información, por un lado, y por otro crear registros y manipularlos en un entorno digital en el que su interconexión y disponibilidad se ven magnificados. “Se alimenta así el mundo “virtual del mundo “físico” en el que convivimos, no siempre (o casi nunca) con las debidas garantías” (Barinas, 2013, p. 5).

Algunas herramientas aplicables a nuestra realidad suelen ser la videovigilancia, geolocalización, biometría (...) que hace que nos cuestionemos hasta qué punto tenemos realmente control sobre nuestra propia información. En este contexto, existe un debate abierto respecto a la existencia de los derechos de cuarta generación y, sobre todo, respecto a qué derechos forman parte de esta cuarta generación.

Así pues, autores como Bustamante (2010, p. 1) establecen que:

Lo que se denomina (cuarta generación) de los derechos humanos, será la expansión del concepto de ciudadanía digital, que presenta tres dimensiones. En primer lugar, como ampliación de la ciudadanía tradicional, enfatizando los derechos que tienen que ver con el libre acceso y uso de información y conocimiento, así como con la exigencia de una interacción más simple y completa con las Administraciones Públicas a través de las redes telemáticas. En segundo lugar, ciudadanía entendida como lucha contra la exclusión digital, a través de la inserción de colectivos marginales en el mercado de trabajo en una Sociedad de la Información (SI) (políticas de profesionalización y capacitación). Por último, como un elemento que exige políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que asegure una inserción autónoma a cada país en un mundo globalizado (...) son las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio.

De otro lado, autores como Villarino (2018) sostienen que los derechos de cuarta generación incluyen por un lado un nuevo conjunto de derechos relacionados con la biomedicina y la genética, y, por otro lado, las tecnologías de la información y de la comunicación (el acceso universal a las nuevas tecnologías, la protección de datos personales, etc.).

A este respecto, lo cierto es que, estando de acuerdo con Bustamante (2010, p. 7):

El desarrollo de una cuarta generación de derechos humanos pasa por una apropiación social de las nuevas tecnologías. Una mayor conciencia de la importancia de la promoción de un conocimiento libre y participativo dentro de una cultura digital se revela, así como una de las metas intermedias que debemos plantearnos hoy en día si realmente queremos lograr una sociedad más humana, justa y solidaria, en la que ciencia y tecnología sean herramientas fundamentales en la promoción de fines socialmente relevantes. Estos son los elementos que nos permiten tener una nueva concepción de la relación que existe entre las redes digitales, los derechos humanos y la ciudadanía digital.

En este punto, debe quedar claro que la tecnología no solo debe servir a los propósitos de quienes la controlan, sino que su propósito principal debe ser el avance de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación para informarse y expresarse. Por ello, el derecho de acceso a Internet debe ser definido como un derecho humano de cuarta generación y debe ser proclamado en todas las leyes de los estados-países que su violación constituye una violación manifiesta de los derechos fundamentales (Acata, 2012).

IV. Adaptación a la era digital: La carta de Derechos Digitales

De acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores y Transformación digital, en las últimas dos décadas, sucesivos gobiernos, han creado diversos programas en relación con la digitalización con base en las diversas agendas europeas siendo el marco e impulso para el avance tecnológico que España precisaba.

Conviene traer a colación el Plan Info XXI, el Programa España.es, el Plan Avanza, así como España Digital 2025 cuyos ejes principales se alinean con las políticas establecidas por la Comisión Europea. En este sentido, España Digital 2025, incluye cerca de 50 acciones agrupadas en 10 ejes estratégicos, mediante la cooperación público-privada en el proceso de transformación digital del país en los próximos cinco años, en línea con la estrategia digital de la Unión Europea. Por ello, más de 15 ministerios y organismos públicos, así como más de 25 actores empresariales,

empresariales y sociales han contribuido a la creación de esta agenda digital.

La agenda consta de cerca de 50 medidas que se articulan en torno a diez ejes estratégicos (España Digital, 2025):

- *Conectividad digital. Garantizar una conectividad digital adecuada para toda la población, promoviendo la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas, con el objetivo de que el 100% de la población tenga cobertura de 100 Mbps en 2025.*
- *Seguir liderando el despliegue de la tecnología 5G en Europa e incentivar su contribución al aumento de la productividad económica, al progreso social y a la vertebración territorial. Se fija como objetivo que en 2025 el 100% del espectro radioeléctrico esté preparado para el 5G.*
- *Reforzar las competencias digitales de los trabajadores y del conjunto de la ciudadanía. Se pondrá especial énfasis en las necesidades del mercado laboral y en cerrar la brecha digital en la educación. El objetivo es que en 2025 el 80% de las personas tengan competencias digitales básicas y que la mitad de ellas sean mujeres.*
- *Reforzar la capacidad española en ciberseguridad. Se busca disponer de 20.000 especialistas en ciberseguridad, Inteligencia Artificial y datos en 2025 gracias, entre otros aspectos, al polo de actividad empresarial que supone el entorno del Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE).*
- *Impulsar la digitalización de las Administraciones Públicas, particularmente en ámbitos clave como el Empleo, la Justicia, o las Políticas Sociales mediante la actualización de las infraestructuras tecnológicas. En 2025, el 50% de los servicios públicos estarán disponibles a través de aplicación móvil y se simplificará y personalizará la relación de la ciudadanía y las empresas con las Administraciones.*
- *Acelerar la digitalización de las empresas, con especial atención a las micropymes y a las start-ups. Se fija como meta que al menos el 25% del volumen de negocio de las pymes provenga en 2025 del comercio electrónico.*
- *Acelerar la digitalización del modelo productivo mediante proyectos tractores de transformación digital en sectores económicos estratégicos como el Agroalimentario, Movilidad, Salud, Turismo, Comercio o Energía,*

entre otros. Estos proyectos tienen como meta una reducción del 10% de las emisiones de CO2 por efecto de la digitalización de la economía en 2025.

- *Mejorar el atractivo de España como plataforma audiovisual europea para generar negocio y puestos de trabajo, con una meta de incremento del 30% de la producción audiovisual en nuestro país para el año 2025.*
- *Transitar hacia una economía del dato, garantizando la seguridad y privacidad y aprovechando las oportunidades que ofrece la Inteligencia Artificial con el objetivo de que, al menos, el 25% de empresas usen Inteligencia Artificial y Big Data dentro de cinco años.*
- *Garantizar los derechos en el nuevo entorno digital, y en particular, los derechos laborales, de los consumidores, de los ciudadanos y de las empresas. En este ámbito se fija como objetivo la elaboración de una carta de derechos digitales.*

Relacionado con este último punto, la Comisión Europea, ha realizado una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE para que firmen una declaración de principios y derechos que guíe la transformación digital en la Unión Europea (UE). La vicepresidenta ejecutiva para una Europa Adaptada a la Era Digital, Margrethe Vestager sostiene que:

Queremos tecnologías seguras que sirvan para las personas y que respeten nuestros derechos y valores, también cuando usemos internet. También deseamos que todo el mundo esté capacitado para participar activamente en nuestras sociedades, cada vez más digitalizadas. Esta declaración nos ofrece un claro punto de referencia en materia de principios y derechos en el mundo en línea.

Por su parte, el comisario de Mercado Interior, Thierry Breton, ha declarado:

Queremos que los europeos sepan esto: al vivir, estudiar, trabajar y hacer negocios en Europa, podrán contar con conectividad de alta calidad, un acceso ininterrumpido a los servicios públicos y un espacio digital seguro y justo. La declaración de principios y derechos también establece de una vez por todas que lo que es ilegal fuera de línea también debe serlo en línea. También aspiramos a promover estos principios como estándar mundial.

A través de la declaración de principios y derechos que guíe la transformación digital en la UE, tal y como se establece desde la Comisión Europea, se pretende impulsar una vía de transición digital que dé prioridad

a las personas. Se apoyará en los valores europeos y beneficiará a todos los particulares y a todas las empresas.

Así pues, desde la Comisión Europea (2022) se refrenda que:

Toda la población de la UE debe sacar el máximo partido de la transformación digital. Los derechos y principios digitales guiarán a la UE en su labor de fomento de una sociedad inclusiva, próspera y sostenible. La Declaración, primera de su género en el mundo, será un punto de referencia para todos en la UE y una guía para los políticos y para las empresas que desarrollan tecnologías digitales. Los derechos y principios digitales se reflejarán en las acciones de la UE, en su actividad futura y en toda interacción con sus socios mundiales.

Los ejes sobre los que deberá fundamentarse serán la prioridad de las personas, solidaridad e inclusión, libertad de elección, participación, protección y seguridad y sostenibilidad:

Tabla 1.

Derechos y principios digitales de la Comisión Europea.

Derechos y principios digitales	
Prioridad a las personas	Las tecnologías digitales deben proteger los derechos de las personas, sustentar la democracia y garantizar que todos los actores del sector digital actúen con responsabilidad y seguridad. Son valores que la UE promueve en todo el mundo
Solidaridad e inclusión	La tecnología debe unir, no dividir, a las personas. Todas ellas deben tener acceso, además de a internet, a las competencias digitales, a los servicios públicos digitales y a unas condiciones de trabajo justas
Libertad de elección	Todas las personas deberían poder desenvolverse en un entorno en línea justo, verse protegidas del contenido ilegal y pernicioso y estar capacitadas para interactuar con las tecnologías nuevas y evolutivas, como la inteligencia artificial.
Participación	Los ciudadanos deben poder participar en el proceso democrático a todos los niveles y tener control sobre sus propios datos
Protección y seguridad	El entorno digital debe ser seguro en todos los sentidos. Todos los usuarios, desde los más pequeños hasta los más ancianos, deben estar empoderados y protegidos.
Sostenibilidad	Los dispositivos digitales deben favorecer la sostenibilidad y la transición ecológica. Los usuarios deben conocer el impacto medioambiental y el consumo de energía de sus dispositivos.

Fuente: elaboración propia con información completa recogido desde el informe sobre los principios y derechos digitales en la UE.

Relacionado con lo anterior, cabe destacar que, en julio de 2021, el Gobierno de España, presentó la Carta de Derecho Digitales, pionera a nivel europeo en la protección de los derechos de la ciudadanía tanto online como offline con importantes implicaciones para sector público, así como el sector privado. De este modo, se debe tener en cuenta que la carta ha sido creada por un grupo de expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, cuya única clave de bóveda es la persona y su dignidad. Tal y como viene establecido en el informe ejecutivo de la Carta de Derechos Digitales, el objetivo prioritario que se debe tener en cuenta es que se trata de una carta descriptiva, prospectiva y asertiva, es decir, la Carta no tiene carácter normativo.

Por ello, la Carta se centra en reconocer los nuevos retos de aplicación e interpretación, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos. Con ello, se pretende:

Proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Y contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y, con ello, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro (Carta Derechos Digitales, 2021, p. 6).

Además, la Carta está basada en las siguientes leyes: a) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen b) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. c) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. d) Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. e) Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual. f) Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (Carta Derechos Digitales, 2021).

Por otro lado, conviene señalar que la Carta de Derechos Digitales se encuentra articulada en veintiocho artículos sobre derechos que se agrupan a su vez en seis grandes categorías resumidas a continuación:

Tabla 2.

Categorías y Derechos de la Carta de Derechos Digitales 2021.

CATEGORÍAS	DERECHOS
Derechos de libertad	El derecho a la protección de datos, a la identidad, al pseudonimato, a no ser localizado y perfilado, a la seguridad digital y a la herencia digital.
Derechos de igualdad	Se estipulan en este apartado el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital, con énfasis en tres colectivos vulnerables: menores, personas con discapacidad y personas mayores
Derechos de participación y de conformación del espacio público	El Derecho a la neutralidad de Internet, la libertad de expresión e información, a la participación ciudadana por medios digitales y el derecho a la educación digital. Conforman este apartado un conjunto heterogéneo de derechos, llamados derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas.
Derechos del entorno laboral y empresarial	Hace referencia a los relacionados con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en entornos digitales, así como el entorno de la empresa
Derechos digitales en entornos específicos.	Derecho de acceso a datos con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica, fines estadísticos, y fines de innovación y desarrollo
Garantías y eficacia	Hacen referencia a las medidas de naturaleza jurídico-sustantiva y, sobre todo, jurídico-procesal encaminadas a orientar sobre las distintas vías que se abren ante la eventual vulneración de alguno de los derechos contenidos en la Carta.

Fuente: elaboración propia con información recogida desde (Caballero, 2021) y (Carta Derechos Digitales, 2021)

Fruto de las categorías y derechos anteriores, se puede concluir que la adopción de la Carta de Derechos Digitales significa que la digitalización se basa en un marco legal y se entiende como un proceso de expansión y profundización del estado de derecho en un nuevo espacio. Ahora bien, recordemos que la Carta no tiene carácter normativo, sino que se trata de una declaración que se ha gestado en el seno del poder ejecutivo. Dicha cuestión plantea interrogantes al respecto puesto que el Gobierno de España no tiene la competencia necesaria para regular derechos fundamentales, por ello, el Parlamento español de las Cortes Generales, deberá realizar las reformas correspondientes para dotar de valor jurídico los Derechos recogidos en la Carta de Derechos digitales.

V. Conclusiones

De acuerdo con el Consejo de Europa, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como otros tratados que abarcan una gran variedad de derechos, establecen que el método establecido para la clasificación de los derechos es el método primera, segunda y tercera generación de los derechos. No obstante, debido, en gran medida a la gran revolución tecnológica, diversos autores, sostienen que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) se han convertido en un elemento fundamental de las estructuras socioeconómicas y culturales modernas, puesto que, la información se erige como un valor primitivo que posibilita la recolección y manipulación de datos, la comunicación y la conexión. Ello permite, la apertura a la denominada cuarta generación de Derechos Humanos cuyo propósito general es el avance de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación para informarse y expresarse.

Por otro lado, se puede concluir que, fruto de los grandes avances tecnológicos a lo largo de las últimas décadas, desde la Unión Europea se presentan diversos programas específicos con vías hacia la regulación y creación de un marco de gobernanza que permita a Europa poder alcanzar metas como, por ejemplo, apoyar principios y derechos digitales relacionados a fomentar la participación en el espacio público digital, aumentar la seguridad, la protección y el empoderamiento de las personas, apoyar la solidaridad y la inclusión, garantizar la libertad de elección en línea así como a promover la sostenibilidad del futuro digital. En este mismo sentido, España a través de la Carta de Derechos Digitales pretende servir de guía para, en un futuro, poder crear proyectos legislativos, así como políticas más justas y alineadas con los derechos fundamentales.

VI. Reconocimientos

Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Camilo José Cela en el marco del Proyecto "Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital". DEFSOD 21-22.

Referencias

- Acata, J. (2012). *Internet, un derecho humano de cuarta generación*. Universidad Autónoma de México.
- Bariñas, D. (2013). *El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada*. Criminet.ugr.es. <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-09.pdf>.
- Bustamante, J. (2010). *La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales*. Telos.
- Consejo de Europa. (2022). *Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes*. Consejo de Europa. <https://www.coe.int/es/web/compass/the-evolution-of-human-rights>.
- Caballero, L. (2021). La Carta de Derechos Digitales, una oportunidad de gobernanza tecnológica para España. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 6(3), 407-414.
- España Digital 2025. (2022). *España Digital 2025*. Portal.mineco.gob.es
- Fraguas Madurga, L. (2015). El concepto de Derechos fundamentales y las generaciones de derechos. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, 21,117-136. <http://www.calatayud.uned.es/web/actividades/revista-anales/21/03-05-LourdesFraguasMadurga.pdf>.
- Malta, J., Calderón, R. y Murcia, H. (2013). *Vista de La cuarta generación de derechos humanos*. Lamjol.info. <https://www.lamjol.info/index.php/EyA/article/view/4328/4074>.
- Naciones Unidas. (2012). *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Oficina del Alto Comisionado. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_s_p.pdf.
- Naciones Unidas. (2022). *Digital Human Rights*. <https://www.un.org/techenvoy/es/content/digital-human-rights>.

- España Digital. (2022). *Los derechos humanos de primera y segunda generación y su realización por parte de los estados*. Recuperado de [from.https://portal.mineco.gob.es/caes/ministerio/estrategias/Paginas/00_Espana_Digital_2025.aspx](https://portal.mineco.gob.es/caes/ministerio/estrategias/Paginas/00_Espana_Digital_2025.aspx).
- Villarino, J. (2017). Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en internet [Ebook]. *Revista de las Cortes Generales*, (100-102), 47-100.

Capítulo 13. Privados de la libertad decapitados en las cárceles del Ecuador y el derecho fundamental a la vida

Dr. Robert Enrique Flores Pillajo
Universidad Estatal de Bolívar

I. Introducción

Los presos han sido decapitados, desmembrados, acribillados a balazos, apuñalados y cremados como resultado de disputas de liderazgo entre pandillas y cabecillas en las cárceles ecuatorianas. Utilizando motosierras, amoladoras y otras herramientas, reclusos del centro de rehabilitación de Turi, en Cuenca, abrieron el recinto vigilado y masacraron a los penados. En uno de los tantos videos que se viralizaron en las redes sociales, personas privadas de su libertad, decapitaron y patearon la cabeza de otro preso, gritando de emoción y enojo (El Universo, 2021).

Este es uno de los ocho episodios de muerte ocurridos en las cárceles del Ecuador en el año 2021, donde como resultado de varios disturbios, aproximadamente 316 personas privadas de la libertad (PPL) fueron asesinadas. Estos hechos obedecen al abandono de las cárceles por parte del estado de veinte años, en ausencia de política criminal, excesivo uso de la prisión preventiva, imposibilidad de reinserción social de las personas detenidas, poco control efectivo por parte del Estado de las cárceles, etc. (OEA, 2022). Otros aspectos a considerar en la crisis carcelaria del Ecuador son: la reforma penitenciaria del 2014, la ampliación del inventario de delitos en el Código Orgánico Integral Penal, la desaparición del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos y Cultos, Kaleidos (2021) citado por Política pública de rehabilitación social (2022).

Una realidad que cada vez más creciente en las cárceles ecuatorianas, lo es la existencia de múltiples bandas que responden a nombres como "choneros", "chone killers", "tiguerones", "lobos", "lagartos", "latin king". Para mantener el control y comercio ilícito, realizan alianzas con carteles

internacionales de drogas (por ejemplo, el de Jalisco Nueva Generación y Sinaloa) que gestionan la venta, transporte y tráfico de drogas.

A fin de evitar que se realicen nuevos motines y consecuentes asesinatos en las prisiones ecuatorianas, han surgido varias propuestas desde el gobierno que permiten disfrutar de los derechos humanos durante la privación de libertad. Así, se encuentran delineados en su política pública: el derecho a la salud, el trabajo, la educación, el deporte, el fortalecimiento del vínculo social, el arraigo, rehabilitación física y psicológica, desarrollo de la información, la adecuación de la infraestructura, la ampliación de recursos humanos requeridos, el establecimiento de alianzas, convenios y cooperación, etc. (Política Pública de Rehabilitación Social, 2022).

Además, para frenar el hacinamiento carcelario, se encuentra en marcha el indulto presidencial del gobierno ecuatoriano 2021, dirigido a personas con enfermedades catastróficas y recientemente para aquellas que han cometido delitos de robo, hurto, estafa, abuso de confianza. Se espera en el año 2022 se puedan indultar aproximadamente a cinco mil personas privadas de la libertad.

En otro orden de ideas, el derecho fundamental a la vida, a una buena vida e incluso a una muerte digna, ha sido vulnerado por asesinatos en las cárceles del Ecuador. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha prescrito una serie de convenciones, principios, normas, lineamientos para los estados miembros, el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y obviamente el derecho a la vida de las personas privadas de libertad. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha condenado a los estados por no respetar la vida de sus ciudadanos. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sus informes llama al respeto de los derechos humanos, incluyendo la protección del derecho a la vida.

Además de la implementación efectiva de los informes de los organismos internacionales, la aplicación de la nueva política pública de rehabilitación social, indulto presidencial, la reforma penal, participación de los jueces en el cumplimiento de la excepcionalidad constitucional de la prisión preventiva, redundante con especial interés, la participación ciudadana público-privada en

diferentes aspectos administrativos y económicos de las cárceles en el Ecuador.

II. Reos o personas privadas de la libertad (PPL)

Como acertadamente lo planteó Rousseau (1999), el hombre que rompió ese simbólico del contrato social de vivir bien debe ser castigado. Precisamente, los crímenes seriales han causado alarma social en el Ecuador y a continuación, se expondrá un resumen de algunos casos:

Daniel Camargo Barbosa, ciudadano colombiano, alias “la bestia de los manglares”, cometió una serie de violaciones y asesinatos en Colombia y Ecuador entre 1974 y 1986 -año en que fue detenido- y a pesar de que unas 80 niñas fueron asesinadas en dos años (Cruz Niño, 2013), el asesino reconoció 71 violaciones y asesinatos.

William Vladimir Cumbajín Bautista, ciudadano ecuatoriano, alias “el asesino de los matorrales”, violaba, mutilaba y mataba a vagabundos y vendedores ambulantes con discapacidad física o mental. En 2002 fue detenido y juzgado en el Tribunal de Garantías Penales de Quito (Consejo de la Judicatura, 2022).

Juan Fernando Hermosa, de nacionalidad ecuatoriana, alias “el niño del terror”, fue líder adolescente de la banda del terror, que en 1991 asesinó a 22 personas. Sus víctimas fueron hombres homosexuales, taxistas y camioneros. Después de cumplir su condena, se quedó en Lago Agrio-Ecuador marcado y perseguido por el olor de la muerte (Almeida Mariño, 2003).

Pedro Alonso López, de ciudadano colombiano, alias el “monstruo de los andes”, violó y asesinó a centenares de niñas en Colombia, Perú, Ecuador (se estima que violó y asesinó a más de 200 niñas). Fue capturado en 1980 y cumplió 14 años en el ex penal García Moreno en la ciudad de Quito, lugar donde salió libre por “buen comportamiento”.

La prisión preventiva es una forma temprana de castigo o, como suele llamar el profesor Zaffaroni, tortura en un caso penal. En la región, cuando se trata de prisión preventiva o similares, deja números alarmantes, pues más del

50% de la población preventiva no ha sido condenada y la mayoría se limita a delitos contra la propiedad y micro tráfico (Zaffaroni et al., 2020).

El principio de inocencia que propugna la norma constitucional se ha visto violentado ante la imposición de la prisión preventiva. Ligado a estas imposiciones, en los centros penitenciarios fueron asesinados jóvenes inocentes como Leonardo González, quien tenía boleta de libertad (excarcelación) desde junio del 2021; Erick Ortiz Segura, que contaba, asimismo, con boleta de excarcelación el 9 de noviembre del 2021 y fue asesinado el 12 de noviembre del 2021 (OEA, 2022).

A pesar de que la medida cautelar de prisión preventiva causa hacinamiento carcelario y ostenta el carácter de excepcional, en nuestro país, la regla general es encerrar a las personas en las cárceles hasta que culmine el juicio. Dicha falta de garantismo constituye una realidad que se aleja de esa noción moderna del derecho penal mínimo que aboga por minimizar la violencia tanto pública como privada (Ferrajoli, 1995).

Durante los años 2007, 2011, 2019, 2020, 2021, la violencia carcelaria de Ecuador no cesó, la crisis se extendió incluso a las calles del país. Sin duda, hace tiempo que el país dejó de ser un mero punto de tránsito del narcotráfico de los países vecinos, y por eso, hoy más que nunca, las bandas nacionales en alianza con los cárteles internacionales a sangre y muerte quieren mantener las rutas, producción y distribución de drogas (Política pública de rehabilitación social, 2022).

Tabla 1.

Personas privadas de la libertad en cifras hasta el 17 de noviembre del 2021

Cantidad de personas privadas de la libertad (PPL) en el Ecuador
40.108 PPL
21.666 PPL con sentencia
18.442 PPL sin sentencia
37.667 PPL hombres, 2.441 PPL mujeres

Fuente: elaboración propia basado en datos de política pública de rehabilitación social 2022-2025, del gobierno ecuatoriano.

Tabla 2.

Los centros de privación de libertad en cifras hasta el 17 de noviembre de 2021

Centros de privación de la libertad en el Ecuador (CPL)
37 Centros de privación de libertad (CPL)
10 Centros de adolescentes infractores(CAI)
7 Unidades de aseguramiento transitorio
8 Unidades zonales de desarrollo integral

Fuente: elaboración propia basado en datos de política pública de rehabilitación social 2022-2025, del gobierno ecuatoriano.

Tabla 3.

Los privados de la libertad en el Ecuador hasta el 17 de noviembre del 2021

Rango de edad donde están la mayor cantidad de las personas privadas de la libertad en las cárceles del Ecuador (PPL)	Extranjeros privados de la libertad en las cárceles del Ecuador	Oficio de las personas privadas de la libertad (PPL) antes de ingresar al centro de privación de libertad (CPL) en el Ecuador	Los dos tipos de delito de mayor incidencia en las personas privadas de la libertad en el Ecuador	Delitos sancionados con penas de 1 a 5 años	Guías Penitenciarios en los centros de privación de la libertad en Ecuador
La mayoría son jóvenes de 18 a 30 años, hombres PPL: 16.608 mujeres PPL: 984	La mayoría son de Nacionalidad Colombiana: 1.757 Venezolana: 1.381	La mayoría comerciantes:19.576	La mayoría se encuentran en los CPL por producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización 28,1%. El segundo con un 26,2% por delitos contra el derecho a la propiedad	Mayor cantidad de personas privadas de la libertad están con penas menores a cinco años, en una cantidad de: 8.614 PPL	Existen 1.489 guías penitenciarios en el Ecuador. Necesitan o faltan:3.153 guías

Fuente: elaboración propia basado en datos de política pública de rehabilitación social, 2022-2025, del gobierno ecuatoriano.

Tabla 4

Diagnóstico de los centros de privación de la libertad del Ecuador

Maltrato a las PPL	Clasificación y ejes de tratamiento a las PPL	Hacinamiento en los CPL	PPL muertos no tenían sentencia ejecutoriada	Salud. Agua potable. Alimentación.
a) Aislamiento, cobros indebidos, empujones, insultos, burlas, b) Prohibición de visitas, c) Privación de alimentos y de salida a actividades d) Violación de derechos humanos en las revisiones a familiares de los PPL en visitas, por ejemplo: desnudos se colocan en cuclillas (“hacer sapitos”) y mostrar sus cavidades genito-anales	a) Viven juntos sentenciados con procesados. b) No hay todo el tiempo tratamiento a los PPL. c) Las instituciones que participan para una hipotética rehabilitación son los Ministerios de gobierno, educación, salud, y deporte	a) Celdas de 2m x 2m conviven hasta siete personas b) comparten camas, otras duermen en el piso. c) La Corte IDH establece un espacio para los PPL de siete metros cuadrados, ninguno de los centros de privación de libertad del Ecuador cumple con el espacio	Más del 68% de PPL que fallecieron en el motín carcelario de septiembre del 2021 no tenían sentencia ejecutoriada	a) Corrupción: los PPL deben pagar a guías penitenciarios por atención médica. b) Falta de medicación. c) Alto consumo problemático de estupefacientes. d) No hay programas para la atención de adicciones. e) No hay provisión continua de agua potable: enfermedades f) La alimentación es poca, y de mala calidad.

Fuente: elaboración propia basado en datos de política pública de rehabilitación social, 2022-2025, gobierno ecuatoriano.

2.1. Sucesos sangrientos ocurridos en los establecimientos penitenciarios en 2021.

El 23 de febrero del 2021 ocurrió el primer ataque entre bandas rivales en los centros de privación de la libertad del Azuay, Cotopaxi, Guayas, hecho que dejó un saldo de varios muertos. Posteriormente, en fechas 28 de abril; 21 y 28 de julio; 28 de septiembre y 12 y 13 de noviembre del 2021, se desarrollaron sucesivas peleas y motines que provocaron la muerte de varios reclusos (OEA, 2022). Además, se registran 18 muertos privados de la libertad decapitados en la cárcel de Turi en Cuenca (El Universo, 2021).

La escalada de violencia del 2020 en los CPL se agudizó para el 2021, donde el patrón de conflicto entre bandas criminales persistió en el tiempo y en diferentes centros del país como Latacunga, Guayaquil, Cuenca,

especialmente en el CPL Guayas No.1 de la ciudad de Guayaquil (lugar donde se produjeron los hechos de violencia carcelaria más atroces del país). En el transcurso de 2021, más de 320 presos murieron en estas peleas de pandillas (Política pública de rehabilitación social, 2022).

Otro episodio de violencia fue la masacre en la prisión de Guayaquil en septiembre del 2021, donde hubo decapitados y heridos. Los reclusos, utilizando sus conexiones con los cárteles de la droga y la competencia entre diferentes grupos, crearon disturbios. Esta situación se acrecentó debido a que, la liberación del líder de la pandilla tigueros creó serios problemas, existiendo un vacío de poder y los otros pabellones pretendían liderarlos (BBC News Mundo, 2021).

Tabla 5.

Cabecillas y bandas criminales de los centros de privación del Ecuador 2021 que participaron en los motines del año 2021

Cabecilla William Joffre Alcivar Bautista, alias Negro Willy	Cabecilla Carlos Manuel Macías Saverio, alias el Diablo	Cabecilla Wilmer Geovanny Chavarria Barre, alias Pipo	Cabecilla José Macías, alias Fito	Cabecilla Antonio Benjamin Camacho Pacheco, alias Ben- 10	Cabecilla Carlos Christian Mantilla Ceballos, alias Choclo	Cabecilla Junior Alexander Roldán Paredes, alias Junior
Banda: Tigueros	Banda: Latin Kings	Banda: Lobos	Banda: Choneros	Banda: Chone Killers	Banda: Los Lagartos	Banda: Choneros

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de Yalile (2021).

III. Derecho fundamental a la vida

El concepto de derechos fundamentales tiene sus orígenes en la República de Weimar (Alemania), donde percibimos los derechos fundamentales como inviolables o permanentes, pero durante la Segunda Guerra Mundial estas premisas quedaron relegadas a un segundo plano (Casal, 2010).

Los derechos fundamentales se definen como todos los derechos subjetivos que son sustancialmente apropiados para todos, ya sea que estén consagrados en constituciones, leyes fundamentales o normas jurídicas vigentes (Ferrajoli, 2014).

Autores como Zabala (2011), sostiene que los derechos fundamentales son aquellos derechos reconocidos y consagrados en la "Constitución de la República" y en los principios normativos del ordenamiento jurídico establecidos en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, y por derivar de estas fuentes normativas, se les conoce también como derechos constitucionales.

Así pues, los derechos fundamentales en el orden internacional son derechos universales e indispensables establecidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional de 1966 y otras convenciones internacionales sobre derechos humanos. Los derechos fundamentales son los derechos del débil, en sustitución del derecho del fuerte, el primer derecho es el derecho a la vida (Carbonell y García, 2010).

En la historia republicana del Ecuador, si existía la pena de muerte en la época del presidente Gabriel García Moreno, sin embargo, en la vigente Constitución de la República del Ecuador del 2008, el artículo 66 numeral 1 prescribe el derecho a la inviolabilidad de la vida, por manera que no hay pena de muerte (Const., 2008 art.66). Ello, se encuentra en concordancia con el protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a la abolición de la pena de muerte, en la que prescribía no aplicar en el territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción (OEA, 1990). La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha consagrado en el artículo 3, que todos los individuos sin excepción tienen el derecho a la vida (ONU, 1948).

A tomar en cuenta norma internacional en relación a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en relación a la prescrito por la Organización de las Naciones Unidas, destacan por su papel rector en cuanto al tema: el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1979; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 (UNCAT); las Reglas mínimas para la administración de la justicia de los menores (Reglas de Beijing) de 1985; los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de 1989; las Reglas para la protección de los menores privados de libertad

(Reglas de la Habana) de 1990; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) de 1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) de 1990; los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990 y los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2000.

Asimismo, sobresalen las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de 2010; el Manual para administradores penitenciarios de 2010; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela) de 2015; el Informe del subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su visita de asesoramiento al mecanismo nacional de prevención de Ecuador de 2015; las Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Ecuador y el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2019.

Visto esta importante gama de instrumentos vinculantes, puede reiterarse que el derecho a la vida es inherente al ser humano y los PPL no son la excepción, el goce de este derecho es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos y de no ser respetado, aquellos carecen de sentido, en razón que el ser humano muere y se vuelven innecesarios el resto de los derechos (Corte I.D.H., 2004).

El estado, como garante del derecho a la vida de los reclusos, tiene el deber de prevenir todas aquellas situaciones que pudieran conducir, tanto por acción, como por omisión, a la supresión de este derecho. En este sentido, si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el estado la responsabilidad (Corte I.D.H., 2003). Tomando en consideración que existe una presunción de responsabilidad estatal sobre lo que ocurra a una persona mientras se encuentre bajo custodia del estado (Corte I.D.H., 2002). La obligación de las autoridades de dar cuentas del tratamiento dado a una persona bajo custodia es

particularmente estricta en el caso de que esa persona fallezca (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2000).

Los casos de muertes violentas de los PPL ocurridas en custodia del estado, deben ser investigadas por parte de las autoridades, incluidas la muerte natural y el suicidio. Además, se deberá iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva que se desarrolle en un plazo razonable y que no sea emprendida como una simple formalidad (Corte I.D.H., 2000, 2006, 2009).

La Organización de los Estados Americanos ha reglado a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la región los factores de la violencia carcelaria, a saber: corrupción, autogobierno de los reclusos, derechos de los reclusos a la vida de otras personas, delegación de disciplina a los reclusos, disputas entre pandillas de drogas y control, tenencia de armas, consumo de drogas y alcohol de los internos, hacinamiento, falta de servicios básicos, lucha de los reos para conseguir los recursos disponibles en la cárcel (OEA, 2008).

Por último, la población carcelaria del Ecuador incluye a personas con discapacidad, adolescentes, drogadictos o consumidores, personas pertenecientes a grupos LGTBIQ+, mujeres, personas con enfermedades catastróficas, adultos mayores, afroecuatorianos, indígenas, extranjeros, personas que hayan sido sometidos a torturas, tratos crueles, tratos inhumanos y degradantes. En este sentido su separación según criterios básicos como el género, la edad, la situación procesal y el tipo de delito son, por su propia naturaleza, formas de prevención de la violencia carcelaria (OEA, 2008).

3.1. Propuestas del Gobierno de Ecuador a fin de acceder y disfrutar de los derechos humanos durante la privación de libertad.

Destacan como propuestas del gobierno: el derecho a la salud, el trabajo, la educación, el deporte, el fortalecimiento del vínculo social, el arraigo, rehabilitación física y psicológica, desarrollo de la información, la adecuación de la infraestructura, la ampliación de recursos humanos requeridos, el establecimiento de alianzas, convenios y cooperación como base transversal de la implementación de la PPRS y, el proceso de adolescentes

en los Centros de Adolescentes Infractores (Política pública de rehabilitación social, 2022).

La intervención contundente y directa de crear comunidades terapéuticas de “narcóticos anónimos”, “alcohólicos anónimos” “clínica terapéutica para adicciones”, “Teo terapia para las adicciones”, “clínica de psicoterapia para los drogadictos”, entre otros, resulta necesario para garantizar el disfrute y las garantías fundamentales de los confinados en los centros penitenciarios. Las adicciones son un problema de salud pública que ameritan tratamiento continuo al tenor de lo establecido en el artículo 364 constitucional.

Los PPL víctimas de la enfermedad de alcoholismo y drogadicción están sujetas a episodios de violencia, suicidios, asesinatos, manipulación, servidumbre inclusive sexual y sicariato dentro de los centros de privación de libertad. Muchos de los PPL “drogadictos” están internados como consecuencia de realizar robos para comprar y consumir su dosis, mientras que, a otros tantos, el encierro los convirtió en “drogadictos”.

Uno de los tópicos necesarios para lograr la reinserción de los sancionados, lo constituye la creación de modelos de contratos laborales que les permita interactuar con la sociedad (Política pública de rehabilitación social, 2022). Sin embargo, el Ministerio de Trabajo como ente rector de trabajo y relaciones laborales, aun teniendo la obligación legal de capacitar y generar empleo en los CPL, lo hace con insignificante intervención.

IV. Aspectos que permitirán reducir la crisis en el sistema penitenciario ecuatoriano

4.1. Aplicar la política pública de rehabilitación social 2022-2025

4.1.1. *El indulto*

Kaleidos (2021) citado por Política pública de rehabilitación social (2022), menciona que las medidas que permitirían reducir la violencia en el sistema penitenciario son el indulto, la sustitución de penas, adelantar la caducidad de prisiones preventivas y abrir las cárceles a través de regímenes de visitas flexibles que permitan a las familias involucrarse en la pacificación de los centros de reclusión.

a) Ecuador: Decreto Ejecutivo Presidencial No 355

El presidente de la República del Ecuador Sr. Guillermo Lasso por medio de un decreto ejecutivo les concede indulto presidencial a las personas privadas de la libertad con sentencia ejecutoriada que cumplan ciertos requisitos. En delitos de robo, hurto, estafa, o abuso de confianza, haber cumplido el 40% de la pena privativa de la libertad, que no tenga otras medidas cautelares y sentencias condenatorias, que no tenga investigación o proceso penal, que no haya sido sancionado en el centro de privación de la libertad por faltas desde su ingreso (Decreto 355, 2022). Con este indulto se espera liberar una cantidad aproximada de cinco mil privados de la libertad y aligerar la carga económica estatal, hacinamiento carcelario, violencia carcelaria, y resolver en parte la grave crisis carcelaria.

4.2. Actores privados pueden participar en los centros de privación de la libertad

Actores privados pueden participar en los centros de privación de la libertad con el sistema leasing (Latinoamérica), es decir, diseñan, construyen y equipan los establecimientos penitenciarios sin intervenir en la operación del recinto. Además, se puede realizar mediante la privatización (modelos empleados en países como Estados Unidos e Inglaterra) donde se delega en forma absoluta la administración del penal a los actores privados. Por último, aparece la modalidad mixta consiste en la delegación a privados una parte importante de las tareas del penal o una “terciarización” de ciertas tareas, dejando al Estado la facultad exclusiva de vigilancia y castigo. (Sanhueza y Pérez, 2017)

En el ámbito comparado sobresalen experiencias marcadas como la de España a través del modelo de privatización. En los años ochenta inició una progresiva colaboración privada en los recintos penitenciarios, que se extendió hasta hoy, incidiendo en ámbitos de construcción, contabilidad, cocina y cafetería como servicios proveídos por empresas privadas. En Francia, coexiste un formato privado con uno público donde el gobierno mantiene y contrata a los internos mientras las empresas diseñan, construyen y equipan la infraestructura (Sanhueza y Pérez, 2017).

En Chile, el sistema de concesión de cárceles nace en el año 2000 como respuesta a los graves problemas de hacinamiento que enfrentaba el sistema penitenciario en aquel entonces (Sanhueza y Pérez, 2017). Por lo expuesto y tomando en consideración los ejemplos que anteceden, el sistema carcelario en el Ecuador debe ser privatizado, en una alianza público privada, en los ámbitos necesarios que colaboren a salir de la crisis carcelaria.

V. Conclusiones

El consumo de alcohol y drogas tanto en los centros de privación de libertad como en la sociedad ecuatoriana constituye un problema de salud pública que no se soluciona con el encarcelamiento de los drogodependientes, sino con la intervención efectiva de las instituciones pertinentes.

Los drogadictos o "nuevos zombis ecuatorianos", jóvenes consumidores de drogas, conocidos en el léxico callejero como la "hache" (porcentaje de heroína, raspado de pared, veneno para ratas, anestésico para el ganado) están inundando las cárceles del país, a causa de pequeños hurtos para comprar su dosis diaria.

Años atrás, las autoridades correspondientes decían que las cárceles en Ecuador estaban vacías de niños, sin embargo, del diagnóstico en la nueva política pública de rehabilitación social 2022-2025, se desprende que hay niños que viven con su madre en los centros de privación de libertad e incluso que no se les proporciona alimentos.

Los indultos para evitar la violencia penitenciaria han tenido eco en el presidente del Ecuador como consecuencia el decreto ejecutivo No 355. En este orden, se estima que esta medida permitirá bajar el hacinamiento carcelario. Ligado a ello, se espera que, como futuras soluciones, los centros de privación de la libertad concesionados se conviertan en una alternativa para generar centros penitenciarios que generen seguridad y apego a las garantías mínimas estipuladas en los instrumentos internacionales referidos a la materia.

En el transcurso del año 2021, más de 320 presos murieron en las cárceles del Ecuador en estas peleas de pandillas, según la política pública de rehabilitación social 2022-2025 del gobierno ecuatoriano, cifras que tienen

contradicción con la Organización de Estados Americanos, en el informe del año 2022 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala la cantidad de 316 personas privadas de la libertad muertas en las cárceles del Ecuador en el año 2021 y por los mismos hechos.

El gobierno ecuatoriano tiene una contradicción de cifras en la cantidad de personas privadas de la libertad de acuerdo con la política pública de rehabilitación social 2022-2025. Según los datos del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) que han obtenido directamente de su base de datos las autoridades de la Secretaría de Derechos Humanos del Ecuador, cuenta con un total de 40.108 privados de la libertad; sin embargo, la SNAI proporciona información estadística de 36.902 personas privadas de la libertad en el Ecuador con corte al 17 de noviembre del 2021. En consecuencia, la aplicación de políticas públicas en el sistema de rehabilitación social en las cárceles del Ecuador serán un fracaso, si no, se realiza un censo penitenciario, y se sinceran las cifras.

Referencias

- Almeida, M. M. (2003). *Monstruos contruidos por los medios: Juan Fernando Hermosa el niño del terror*. Corporación Editora Nacional. Recuperado de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=qChmAalwcUC&oi=fnd&pg=PA9&dq=Juan+Fernando+Hermosa+delincuente+Ecuador+libro&ots=jrYw9H778F&sig=4DIh0zdN8hSvP2072UbzGo2GYw#v=onepage&q&f=false>
- BBC News Mundo. (13 noviembre 2021). Ecuador: nueva masacre en la cárcel de Guayaquil deja "alrededor de 68 muertos". BBC News Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59274995>
- Carbonell, M. y García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Trotta.
- Casal, J. (2010). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Colson.

- Consejo de la Judicatura (2022). ESATJE. Consulta de Procesos. Recuperado de: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte I.D. (2004). Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte I.D.H. (2003). Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte I.D.H Corte I.D.H. (2002). Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte I.D.H Corte I.D.H. (2006). Caso Ximénez López vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2007). Informe No. 54/07. Petición 4614-02, Admisibilidad, Wilmer Antonio González Rojas, Nicaragua, 24 de julio de 2007. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Nicaragua4614.02sp.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2009). Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Cap. VI, p. 907, 909-912. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPVII SP.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2000). Informe No. 34/00. Caso 11.291, Fondo, Carandiru, Brasil, 13 de abril de 2000. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20fondo/Brasil11291.htm>

El Universo. (2021). Reos decapitados y descuartizados en cárceles de Ecuador por disputa de liderazgo entre Los Choneros, Lobos, Tiguerones y otras bandas. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/reos-decapitados-y-descuartizados-en-carceles-de-ecuador-por-disputa-de-liderazgo-entre-organizaciones-delictivas-nota/>.

El Universo. (24 de febrero, 2021). Listado de muertos en las cárceles durante enfrentamientos entre bandas delictivas. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/listado-de-muertos-en-las-carceles-durante-enfrentamientos-entre-bandas-delictivas-nota/>

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.

Organización de Estados Americanos OEA (1990). Protocolo a la convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-53.html>

- Organización para las Naciones Unidas ONU (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universaldeclarationofhumanrights#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a%20un%20nivel%20de%20vida%20adecuado,de%20desempleo%2C%20enfermedad%2C%20invalidez%2C>
- Organización de los Estados Americanos (2011). Comisión Interamericana de derechos humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (2022). Comisión Interamericana de derechos humanos: Informe personas privadas de libertad en Ecuador 2022. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPLEcuador_VF.pdf
- Presidencia de la República del Ecuador. (21 de febrero del 2022). Indulto Presidencial (Decreto No 355) Recuperado de [file:///C:/Users/SYSTEMarket/Downloads/Decreto_Ejecutivo_No_355_20220122100114%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/SYSTEMarket/Downloads/Decreto_Ejecutivo_No_355_20220122100114%20(1).pdf)
- Rousseau, J.J. (1999). El Contrato social. Recuperado de https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf
- Sanhueza, G. y Pérez, F. (2017). Concesiones penitenciarias en Chile: evidencia empírica y perspectivas futuras a 10 años de su creación. *Política criminal*, 12(24), 1066-1084. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000201066>
- Secretaría de Derechos Humanos del Ecuador (2022). Política Pública de Rehabilitación Social 2022 – 2025. Recuperado de https://www.derechoshumanos.gob.ec/wpcontent/uploads/2022/02/18_02.Politica-Publica-de-RehabilitacionSocial_vF-.pdf, 87-171

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2000). Caso Salman v. Turquía. (Solicitud no. 21986/93). Sentencia del 27 de junio de 2000. Recuperado de https://www.globalhealthrights.org/wpcontent/uploads/2013/10/CASE_OF_SALMAN_v._TURKEY.pdf
- Yalile, L. (6 de octubre del 2021). Quiénes son los 7 cabecillas de bandas criminales que controlan la cárcel ecuatoriana donde fueron asesinados 119 presos. Infobae. Recuperado de <https://www.infobae.com/america/americalatina/2021/10/06/quienes-son-los-7-cabecillas-de-bandas-criminales-que-controlan-la-carcel-ecuatoriana-donde-fueron-asesinado>
- Zabala, J. (2011). *Teoría y práctica procesal y constitucional*. EDILEX S.A.
- Zaffaroni, E., Gusis, G., Erbetta, D., Espina, N., Simas, L., Slokar, A., y Tenorio, F. (2020). *Morir de cárcel: paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. EDIAR.

Capítulo 14. Los métodos alternativos de resolución de conflictos como respuesta a la crisis del sistema judicial

Dra. Miriam Salvador García
Universidad Camilo José Cela de España.

I. Introducción

En su Teoría de la justicia, John Rawls (1971, p.19) apuntaba lo siguiente:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”.

En este capítulo nos situaremos como punto de partida en esta afirmación del filósofo norteamericano, John Rawls para comenzar reconociendo el nuevo paradigma que se está produciendo en torno a la Justicia, en el siglo XXI.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Derecho elevado a principio general de Derecho comunitario por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas del mundo, en concreto, en el artículo 24 de la Constitución Española (Gonzalo, 2015).

No importa, por tanto, la forma, judicial o extrajudicial, de acceder a la justicia. Lo realmente importante es que el derecho a la justicia es una exigencia a la que todos los Estados deben responder garantizando su aplicación práctica. Para ello, es fundamental la existencia de

procedimientos judiciales accesibles a todos los ciudadanos, ágiles y eficaces.

Sin embargo, la insatisfacción de la ciudadanía respecto a la justicia se desprende de numerosos estudios, como del Informe de Metroscopia “Los españoles y la Justicia” publicado en mayo de 2021 y redactado por el Profesor José Juan Toharia, Catedrático emérito de Sociología (UAM) y presidente de Metroscopia. En dicho Informe, se pone de manifiesto la mayoritaria afirmación (72%) de que “la Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella” resultando especialmente significativas cuatro concretas palabras: “siempre que se pueda”. Lo que viene a sugerir que la elevada propensión a acudir a los tribunales se fundamenta en una percibida carencia de formas alternativas de resolver disputas y conflictos. Cada vez son mayores y más evidentes las tendencias que reflejan el creciente descontento de la opinión pública por los defectos de la Administración jurisdiccional. Los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos ocasionados aumentan. La cantidad, la complejidad y el carácter demasiado técnico de los textos legislativos contribuyen a dificultar el acceso a la justicia y uno de los aspectos más preocupantes es la dilación en la resolución de los procedimientos. Esta tendencia es prácticamente unánime en las sociedades de todo el mundo, habiéndose llegado a utilizar el término de crisis judicial global.

Además, las consecuencias provocadas por la crisis del Covid 19, dibujan un escenario catastrófico que agrava la situación que ya describía el profesor Gorjón y Steele (2022), cuando afirmaba que la justicia está en crisis por la monopolización del control judicial por parte del juez, lo cual a su vez es consecuencia de la soledad de su cruzada por mantener un sistema social aceptable. Misión que, por otra parte, le otorgan las mismas leyes y normas de nuestra sociedad.

II. La crisis del Sistema judicial

Una institución tan crucial para el adecuado funcionamiento del sistema democrático como es la Administración de Justicia, que, además, constituye la piedra angular de cualquier modelo productivo, exige analizar las causas

que deslegitiman su función social y amenazan su fortaleza. Entre las razones que explican la crisis que hemos mencionado en el apartado anterior, encontramos las siguientes:

- En primer lugar, debemos destacar el aumento exponencial de los litigios, provocado por la crisis sanitaria y económica que atravesamos. El Poder Judicial se encuentra desbordado, carente de los recursos humanos y técnicos necesarios, para poder actuar de forma rápida y eficaz.
- En segundo lugar, el elevado coste económico que supone acudir a los Tribunales provoca el acceso desigual de los ciudadanos a la justicia.
- La tercera razón es la carencia de formas alternativas de resolver disputas y conflictos, basada en la falta de confianza de estas vías, por parte de los ciudadanos.

Sin embargo, la realidad es otra, aunque esa sea la sensación todavía predominante. En nuestro país, el arbitraje es, según la concepción otorgada por el Tribunal Constitucional, un auténtico equivalente jurisdiccional (SSTC 43/1988, 15/1989 y 62/1991, entre otras). Cumple con todas las exigencias de la tutela efectiva y, por tanto, es una institución altamente fiable, con la ventaja añadida de que soluciona las controversias en un plazo relativamente breve, entre seis y nueve meses, que tiene una relación de coste-beneficio muy rentable, que se nutre de cualificados expertos y especialistas en las distintas materias sobre las que se puede predicar el uso de este instrumento de solución de conflictos y, sobre todo preserva la confidencialidad de las partes y de la naturaleza del conflicto (Merino, 2011). Lo cierto, en todo caso, es que España ha venido ocupando, entre los países occidentales, una de las últimas posiciones en la utilización de este medio heterocompositivo para la resolución de conflictos.

En este sentido, probablemente, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2021 (junto con la del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020) pueden representar un respaldo definitivo al arbitraje como sistema de resolución de conflictos, que contribuya a rebajar la enorme carga de trabajo que recae sobre los tribunales de Justicia, ayudando así a mejorar su eficiencia.

- En cuarto lugar, es fundamental la ayuda de los abogados en la resolución de los conflictos. Las partes deben ser capaces de resolver por sí solas sus diferencias para que el Poder Judicial sólo conozca los casos en que las partes no consiguen ponerse de acuerdo.
- Por último, es necesario impulsar un cambio de cultura social, que promueva el esfuerzo por resolver los conflictos que se generen en cada sector, dado que la esencia de los sistemas alternativos es que la sociedad encuentre la solución a sus propios problemas, provocando el progreso social.

Todos estos factores provocan que la justicia tenga un efecto disuasorio justo lo contrario de lo que se espera de esta institución, que debe garantizar la seguridad jurídica de la sociedad. Como respuesta a la crisis del sistema judicial, se propone acudir a métodos más eficaces y prácticos para la resolución de los conflictos. Sistemas alternativos al orden jurisdiccional que contribuyan a modernizar el sistema judicial y a simplificar los mecanismos jurisdiccionales sin suponer una pérdida de garantías para el justiciable.

Nos referimos a los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, en adelante, los MASC o ADR (Alternative Dispute Resolution), que designan, de modo general, los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero de forma imparcial. Entre ellos se incluyen el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estas dos últimas opciones, permiten a las partes recuperar el control de sus disputas, entablando un diálogo para encontrar una solución a su conflicto en vez de someterlos a una confrontación de la que normalmente resulta un vencedor y un vencido.

Ahora bien, esta solución no implica desterrar la jurisdicción ordinaria. Se propone encontrar un equilibrio entre los MASC y la justicia ordinaria, garantizando, de este modo, un mejor acceso a la justicia para todos los ciudadanos. Una Justicia percibida por la ciudadanía, como competente, fiable y eficaz, que contribuya a la confianza ciudadana, sin distinguir la forma judicial o extrajudicial de acceder a ella. Existe una realidad cada vez más consolidada que presenta los MASC no como una alternativa a la

justicia, sino como una justicia verdaderamente universal y complementaria, basada en la autonomía de la voluntad de las partes.

III. Origen y características de los métodos alternativos de resolución de conflictos

Aunque en realidad estos sistemas son muy antiguos, los MASC han experimentado un desarrollo acelerado desde hace algunos años y están despertando la atención de la sociedad, de las empresas y de las organizaciones en España, debido al impulso que reciben desde la Unión Europea. La Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa, CEPEJ, gestiona una línea de trabajo en mediación, monitorizando la eficacia de las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa sobre mediación, realizando estudios y aportando directrices para su mejor implementación.

El origen de los MASC lo encontramos en la llamada conferencia Pound, de 1976 “National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en la que el profesor Sander propuso la idea de ofrecer formas de resolución más adecuadas al conflicto, surgiendo el concepto de tribunal multipuertas “multidoor courthouse”, en la que cada Puerta sería una forma de resolución, como la jurisdicción, la mediación, el arbitraje, o la evaluación de un experto.

En Estados Unidos, a partir de los años 70 y, posteriormente los países de tradición anglosajona han aplaudido esta idea, introduciendo sistemas multipuertas, avanzando un paso más en la calidad de la Justicia, intentando introducir esa idea de adecuación del método de resolución al conflicto. Para que un sistema multipuertas exista, es preciso que se diseñe un procedimiento de entrada de asuntos al tribunal y que éstos sean seleccionados antes de ser repartidos por un Secretario Judicial y sean enviados a la “Puerta” más adecuada desde el inicio, pudiendo ser estas Puertas la mediación, el arbitraje, la jurisdicción, la conciliación, etc.

Hoy en día, el Sistema multipuertas está consolidado en muchos países de América y Europa, y empieza a conocerse en España, donde la introducción de la mediación intrajudicial empieza a mostrar resultados satisfactorios.

Las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales se sitúan entre las principales causas que explican el impulso de estas vías de resolución de conflictos alternativas más flexibles que el recurso al juez o a un árbitro (Gonzalo et al., 2012).

Sin duda, la influencia de la Unión Europea está provocando la acogida del concepto multipuertas, basado principalmente en la eficacia y adecuación del método al conflicto. Asimismo, a escala comunitaria, también se están realizando esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, en el ámbito de la sociedad de la información, con la intención de incrementar la confianza del consumidor y de la pequeña y mediana empresa en el comercio electrónico.

El mayor conocimiento e interés que están suscitando los MASC con el paso del tiempo se debe a que las cuestiones más controvertidas en esta materia que se plantea la sociedad son de orden jurídico y se refieren principalmente a los elementos determinantes de los procesos de MASC, como las cláusulas de recurso a los MASC, los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos alcanzados, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y el régimen de responsabilidad, entre otros.

Así, tal y como establece el Libro verde (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de la Comisión del Parlamento Europeo, las diferentes modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil han tenido un importante auge en los últimos años en la Unión Europea (UE) por tres motivos:

- Primero, se ha tomado conciencia del impulso de los ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello.
- Segundo, hay que tener en cuenta que los ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que, en ocasiones, desemboca en trabajos de carácter legislativo.

- Tercero, los ADR representan una prioridad política (confirmada en varias ocasiones) para las instituciones de la UE, a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad.

También se ha hecho hincapié en el ámbito de la sociedad de la información (SI), en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos (ODR por Online Dispute Resolution) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de internet.

Los sistemas alternativos de solución de conflictos cuentan con unas características comunes, que se desprenden del Libro verde (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, entre las que destacamos las siguientes:

- Diálogo. Los ADR pueden permitir a las partes entablar un diálogo que de otro modo no se produciría y de esta manera, tienen la posibilidad de evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales. Por tanto, los ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios.
- Paz social. Hay que destacar el papel de los ADR como instrumentos al servicio de la paz social. La elección de estos sistemas de resolución de disputas implica que las propias partes no se enfrentan, sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene.

Una vez resuelto el conflicto a través de estos sistemas, se incrementa para las partes la posibilidad de mantener las relaciones de carácter familiar, comercial o de otro tipo, dado que se ha abordado el conflicto en profundidad, lo que supone una mejora en las relaciones.

- Flexibilidad. Los ADR se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a un ADR, de decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o ser representadas durante el procedimiento y, por último y más importante, de intervenir en el resultado del litigio.
- Coste económico. El coste de los ADR es otro factor esencial que hay que tener en cuenta. Como norma general, este coste es sufragado por las partes. Sin embargo, es posible que las autoridades o las organizaciones profesionales asuman los gastos de funcionamiento de los órganos responsables del ADR o, también, que una de las partes, o ambas, disfrute del beneficio de justicia gratuita.
- La modernización del sistema judicial en todos los países democráticos del mundo no es solo una exigencia amparada en un derecho fundamental, elemento que de por sí ya debería bastar para dotarlo de plena efectividad, sino que, además, es parte primordial de cualquier estrategia de economía sostenible estatal con proyección internacional. Es un elemento esencial para garantizar una mayor seguridad jurídica que genera confianza y amparo para el conjunto de la ciudadanía y, con ello, confianza en la economía y en las decisiones empresariales al fijar un marco de certidumbre, confianza y previsibilidad. Y es que, en este marco de modernización de la justicia, como servicio público orientado a las personas, es donde los MASC tienen una situación privilegiada al responder mejor a las demandas de la sociedad actual.

Estas ventajas, que acabamos de describir, merecen que todos los ordenamientos jurídicos integren los MASC y faciliten su acceso por parte de la sociedad, como ya se está haciendo en prácticamente la totalidad de los planes de modernización de los sistemas judiciales.

Sin ir más lejos, en España, en el marco del Plan de Modernización de la Justicia, el Ministerio de Justicia presentó en febrero de 2010 dos anteproyectos de ley, el de la mediación y el de reforma del arbitraje y de la regulación del arbitraje institucional. Estos anteproyectos culminaron en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje en España.

IV. Clasificación y significado

Los métodos alternativos de solución de conflictos, en el ámbito civil y mercantil pueden clasificarse en distintas categorías en función del papel desempeñado por el tercero que interviene, de la manera de alcanzar el acuerdo o atendiendo al carácter del acuerdo adoptado.

En los sistemas autocompositivos, las propias partes en conflicto, de forma voluntaria, alcanzan un acuerdo o “transacción”. Sobresalen como mecanismos de solución de conflictos de esta modalidad: la negociación, la mediación y la conciliación.

Como señala la profesora San Cristóbal, la conciliación es un sistema autocompositivo de resolución de conflictos en el que las partes, por la autonomía de la voluntad, de manera facultativa y siempre que el derecho sea disponible, pueden llegar a un acuerdo de transacción ante un tercero.

En la mediación y la conciliación participa un tercero, sin capacidad resolutoria alguna, mientras que en la negociación solo intervienen las partes. En general, el mediador intenta acercar posturas para que las partes lleguen a un acuerdo. En la conciliación, el conciliador suele hacer propuestas de resolución, que en ningún caso serán vinculantes para las partes. Por otro lado, el mediador debe tener preparación específica para ser mediador, conforme a la Ley de Mediación. El conciliador no necesita formación específica para actuar como conciliador, de cara a disponer de la formación necesaria para facilitar el proceso de comunicación entre las partes.

Los sistemas autocompositivos tienen como finalidad gestionar mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que, conociendo sus intereses y pretensiones, resuelven su litigio (solas o con la ayuda de un tercero) a través de un acuerdo o transacción. Por ello son sistemas cooperativos, en los que ambas partes ganarán y perderán algo para resolver su conflicto, lo cual permite una mejor relación entre ellas, al pactar su propio acuerdo de resolución del litigio, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción.

Ahora bien, los sistemas autocompositivos solo sustituyen a la jurisdicción en la fase declarativa, por la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que la materia sea disponible, pero necesitan la jurisdicción para la ejecución forzosa y para la adopción de medidas cautelares.

Por otro lado, los sistemas heterocompositivos, entre los que destaca principalmente el arbitraje, son aquellos en los que la solución a la disputa viene dada por un tercero imparcial, al que previamente se han sometido las partes, de manera voluntaria. Estos sistemas son los más similares a la jurisdicción ordinaria, en la medida en que las partes adoptan una actitud pasiva, al no poder intervenir en la adopción del acuerdo. Sin embargo, a diferencia del proceso jurisdiccional, el arbitraje se circunscribe a las materias sobre las que las partes pueden disponer libremente, en tanto que a través del proceso se pueden componer o resolver cualquier tipo de conflictos derivados de cualesquiera relaciones jurídicas (Moreno, 2013).

Si atendemos al carácter vinculante de la decisión, podemos clasificar los ADR en:

Vinculantes. Son principalmente el arbitraje y la adjudicación:

- Arbitraje. Las partes interesadas se someten voluntariamente a la decisión de un tercero. De acuerdo, con la Ley de Arbitraje (LA) el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (art. 9.1 LA). La decisión del árbitro, denominada laudo o

decisión arbitral es vinculante, tiene fuerza de cosa juzgada y por tanto, goza de carácter ejecutivo.,

- **Adjudicación.** Este sistema se utiliza principalmente en el sector de la construcción y de la ingeniería. En estos conflictos, la decisión es adoptada por un tercero, experto en la materia, tras escuchar a las partes y sin estar sujeto a un procedimiento arbitral estricto. Esta opción resulta más rápida y económica que el proceso judicial o el mismo arbitraje y además, cuenta con la ventaja de ser confidencial. Sin embargo, a nivel internacional, a diferencia del arbitraje, carece de un mecanismo directo para la ejecución internacional de la decisión adoptada por el experto, lo que le resta efectividad. Este sistema es utilizado como mecanismo alternativo al proceso judicial en Hong Kong, Singapur, Malasia y Australia (Coperman et.al., 2015).

No vinculantes. Son principalmente la mediación y la conciliación:

- **Mediación.** Interviene un tercero neutral que promueve el acercamiento entre las partes implicadas para que ellas mismas propongan soluciones a su conflicto.
- **Conciliación.** De manera similar a la mediación, el tercero asiste a las partes en su negociación; sin embargo, en este caso, el conciliador propone soluciones para resolver el conflicto, su participación, por tanto, es más activa.

Independientemente de la intervención del tercero y del acuerdo adoptado, conviene precisar el significado y las características de cada uno de los MASC.

4.1. La negociación.

Según el Diccionario de la lengua española, la palabra “negociación” proviene del latín negotiatio, que significa acción y efecto de negociar.

A juicio del experto negociador Pinkas Flint Blanck (2004), la negociación es un proceso de comunicación dinámico en virtud del cual dos o más partes, que pueden estar representadas por sus abogados, tratan de resolver sus

diferencias e intereses de forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere la mutua satisfacción de sus intereses. Estas diferencias deben ser resueltas por las partes aprovechando los distintos valores que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones.

Los acuerdos a los que lleguen las partes se documentarán de la forma que éstas deseen; es posible que se trate de acuerdos verbales o escritos, y éstos a su vez pueden reflejarse en contratos, reglamentos, convenios... (Soleto, 2013)

4.2. La mediación.

Para Pinkas Flint, la mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien se siguen las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, que recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus peticiones con la realidad. En su rol, el mediador calma los estados de ánimo exaltados, explica posiciones y recibe confidencias.

La mediación se define en el artículo 1 de la Ley 5/2012 como *aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*

Características:

- Al igual que en la conciliación, el mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que posea las dotes necesarias para hallar soluciones a un problema que las partes por sí mismas no pueden solucionar.
- Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y el arbitraje, que permitirá a las partes implicadas explorar soluciones.

- Asimismo, se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por medio de la propuesta de un tercero que solo tiene fuerza de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y la labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por sí mismas la solución al conflicto.
- El tercero, pese a no tener autoridad sobre la decisión en sí, ayuda a las partes en el proceso de Comunicación y entendimiento.

4.3. La conciliación.

Es un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensuada, proponiendo si fuera necesario fórmulas conciliadoras que las partes pueden rechazar o aceptar.

La conciliación es, pues, una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero, el conciliador, respecto a derechos disponibles.

Realmente en el derecho comparado no existe una distinción absoluta entre mediación y conciliación, de hecho, en muchos países ambos términos pueden referirse a la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo, así como a la propia posibilidad de un acuerdo entre las partes.

Tras la reforma operada por la Ley 19/2003, se atribuye a los Secretarios judiciales un papel protagonista en materia de conciliación. La norma citada recoge las Recomendaciones del Consejo de Europa, que propone como medio para descongestionar la actividad judicial, encomendar a los Secretarios judiciales aquellas funciones que no sean estrictamente jurisdiccionales, con el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, la conciliación que realizan los secretarios judiciales suele convertirse en un trámite rutinario en el que sólo se pregunta a las partes si existe acuerdo, debido a la falta de medios y de formación de estos funcionarios en técnicas de negociación y comunicación.

Características:

- Es un acto jurídico mediante el cual las partes recurren a un tercero para que las ayude a resolver un conflicto.
- Requiere la participación de un tercero, pero éste no decide; se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellas mismas estimen convenientes.
- Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por acudir al Poder Judicial.
- La oralidad e intermediación están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, la cual se realizará sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y vienen, pues la casi totalidad de las negociaciones son más efectivas sin la existencia de documento alguno o de formalidad específica.
- El tercero se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellas mismas estimen convenientes.
- Trata de fomentar un acercamiento entre las partes con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el diálogo posibilite la solución del conflicto.

Está exento de cualquier formalidad, es un acto informal por excelencia; por eso se ha convertido en una herramienta flexible.

4.4. El arbitraje.

Es un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan (convenio arbitral) someter la solución de los conflictos que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica a la decisión (laudo arbitral) de uno o varios terceros (arbitro).

La forma de designar a los terceros también se acuerda entre las partes. Por tanto, el arbitraje sólo se utiliza cuando media un acuerdo previo de las partes para someterse con carácter voluntario a él. A diferencia de la actuación jurisdiccional, el arbitraje se circunscribe a las materias sobre las que las partes pueden disponer libremente

El arbitraje comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se la impone mediante el dictamen de un laudo, que tiene los mismos efectos que una sentencia judicial.

Características:

- El proceso arbitral se desarrolla en diferentes etapas basadas en determinadas formalidades propuestas por los poderes públicos.
- El laudo arbitral será siempre de carácter vinculante.
- Es necesario que exista un conflicto entre dos o más partes para recurrir a la institución arbitral y que las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución, para cuyo efecto suscriben previamente un acuerdo denominado convenio arbitral.
- Siendo las partes las depositarias del derecho a solucionar sus diferencias como mejor les parezca, es posible que de mutuo y común acuerdo decidan que, cada vez que surja un conflicto, este sea sometido obligatoriamente al proceso arbitral siempre que no se vulneren intereses, el orden público ni derechos de terceros.
- Por un lado, el juez tiene jurisdicción y el árbitro carece de ella; por otro, el juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no tiene el árbitro. No obstante, para obtenerlas tendrá que recurrir necesariamente a aquel.
- Los árbitros deben emitir un fallo; tienen facultades propias de un juzgador. En tal sentido, pueden actuar y valorar las pruebas que les permitan llegar a una decisión final.

V. Conclusiones

Una justicia ágil, eficaz y eficiente es la piedra angular de cualquier modelo productivo. De ahí que, al tiempo que se desarrolla el derecho fundamental de acceso a la justicia universal, la modernización del sistema judicial merece un respaldo en los planes estratégicos de políticas públicas y de economía sostenible de todos los Estados.

Garantizar la justicia es, además, un elemento dinamizador de la economía por lo que supone a efectos de reducir costes, desbloquear activos y garantizar una mayor seguridad jurídica que genere una mayor confianza en la economía y en las decisiones empresariales, internas e internacionales, al establecer un necesario marco de previsibilidad. Con los MASC, basados en la autonomía de la voluntad, se fortalece el protagonismo de los ciudadanos en la resolución de sus controversias jurídicas haciéndolos partícipes directos y activos del sistema de justicia. Se avanza así en la consecución de una justicia universal y realmente progresista que permite nuevas fórmulas que faciliten soluciones reales, duraderas y efectivas superando posiciones rígidas y formalistas de carácter procesal. Métodos estos que se caracterizan, entre otras cosas, por una mayor agilidad, flexibilidad, rapidez y menor coste.

Terminamos este capítulo con una referencia a las Cartas Persas de Montesquieu (1721), en las que defiende la idea de la justicia como fundamento de toda ley moral. La idea de justicia es para él anterior y superior a todas las leyes humanas, constituyendo una regla superior de derecho. La justicia es rectitud, precisión y armonía, justa proporción y conveniencia, que reina sobre los hombres y las cosas. Si situamos la justicia en este plano superior a toda ley humana, debemos poner el Derecho positivo, al servicio de esta virtud suprema, reconociendo la oportunidad de integrar los MASC como parte de una justicia efectiva.

VI. Reconocimientos

Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Camilo José Cela en el marco del Proyecto "Consideraciones en torno a los derechos fundamentales frente a los retos productivos y sociales en la era digital". DEFSOD 21-22.

Referencias

- Comisión Europea. (2002). Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. COM (2002) 196 final.
- Coperman, J., Tai, M. y Thomas, G. (2015). *ADR IN ASIA PACIFIC: Spotlight on mediation in Hong Kong. Herbert Smith Freehills*. <https://www.herbertsmithfreehills.com/file/5126/download?token=ucl-yMMr>
- Flint Blanck, P. (2004). *La negociación empresarial*. ESAN.
- Gonzalo Quiroga, M. (2010). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. (ebook). Dykinson.
- Gorjón, F.J. y Steele, J.G. (2022). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. University Press.
- Gozaíni, O. A. (1995). *Formas alternativas para la resolución de conflictos: arbitraje, mediación, conciliación, ombudsman, procesos alternativos*. Depalma.
- Merino Merchán, J.F. (2011). *El arbitraje en España*. *Notario del S.XXI*, 37(mayo-junio), 1-4. <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-37/808-el-arbitraje-en-espana-0-17540448547844262>
- Metroscopia (2021). Informe *Los españoles y la Justicia*. Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/>

- Pedraz, E. (1995). El proceso y sus alternativas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 27, 9-45.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Oxford University Press.
- San Cristóbal, S. (2013). *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*. La Ley.
- San Cristóbal, S. (2018). *La justicia del acuerdo por medio de la “conciliación” en el ámbito civil y mercantil: propuestas para su eficacia y seguridad jurídica*. *Revista General de Derecho Procesal*, 45,1-55.
- Soletto, H. (2013). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos.

Capítulo 15. El acceso a la justicia ambiental en Cuba. Apuntes para una reflexión sobre el presente y futuro previsible

MsC. Yaraí Toledo Barrios
Universidad de La Habana

I. Notas introductorias

El Derecho Ambiental es el resultado directo de las latentes preocupaciones de la sociedad en función de proteger un bien cada día más afectado: el ambiente. Al tiempo que aumentan los reclamos en función de la protección de cada elemento de este, se incrementa la conflictividad ambiental, dando al traste con la creación de mecanismos que permitan una efectiva defensa de este bien jurídico protegido, siendo el acceso a la justicia ambiental, uno de los más eficaces.

El acceso a la justicia se contempló como un derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el acceso de toda persona a recursos efectivos, ante tribunales nacionales competentes, para ampararse contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o las leyes, así como a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial en condiciones de plena igualdad, para la determinación de sus derechos y obligaciones (ONU, 1948). Igualmente, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha hecho especial referencia las garantías mínimas de la persona en cuanto al acceso a la justicia. También, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce en su artículo 13 el derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional.

En lo que específicamente concierne al acceso a la justicia en materia ambiental, la Declaración de Río, adoptada en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reconoció en su Principio 10, además del derecho de acceso a la información y

participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales, el acceso a la justicia ambiental:

(...) Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes (ONU, 1992, p.4).

Sin embargo, ese reconocimiento del acceso a la justicia ambiental como derecho no se encuentra solo en instrumentos jurídicos internacionales del *soft-law* sino que también figura en instrumentos del *hard law*. Tal es el caso del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación suplementario al Protocolo de Cartagena (2011) sobre seguridad de la Biotecnología el que dispone en su artículo 1 como objetivo: proporcionar normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y compensación en relación con los organismos vivos modificados, lo cual queda reforzado en el artículo 12 al reconocer el derecho a reclamar en vía judicial.

Cuba, cuenta con el reconocimiento del acceso a la justicia en la Constitución de la República de 2019, el cual irradia a todas las esferas de actuación del Estado y los ciudadanos. En cuanto al derecho de acceso a la justicia ambiental, la Ley 81/1997 "Ley del Medio Ambiente" también reconoce el derecho de todos los ciudadanos a contar con los medios adecuados y suficientes que le permitan accionar en la vía administrativa o judicial, según proceda, para demandar el cumplimiento de lo establecido.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia como derecho conlleva al reconocimiento de un conjunto de exigencias tanto sustantivas como procesales, el presente estudio está encaminado a realizar un análisis del tratamiento del acceso a la justicia ambiental en Cuba, en sede judicial, a la luz de las disposiciones normativas vigentes, incluida la reciente reforma procesal, así como los proyectos de leyes con incidencia en la configuración de este derecho de acceso.

II. El acceso a la justicia ambiental como garantía del derecho al disfrute de un ambiente sano

El derecho al disfrute de un medio ambiente sano ha sido reconocido como un derecho humano de tercera generación:

Se trata de los derechos colectivos, pues los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no solo al individuo en particular. La doctrina les ha llamado derechos de la solidaridad por estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos que viven en comunidad. Otros han preferido llamarles “derechos de la humanidad” por tener por objeto bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad como tal (Santos de Aguirre, 2010, p.1).

Como expresa Flores Salgado (2015) en relación con la clasificación del derecho al medio ambiente sano como de tercera generación, teniendo en cuenta el tiempo histórico y cronológico en que nacieron los diferentes tipos de derechos humanos:

Esta terminología se emplea para designar a los sujetos a los que el derecho de la tercera generación está destinado a proteger, y aquí nos damos cuenta de que no se trata de un individuo. Tampoco atañe a una determinada clase social. Aquí, en la “tercera generación”, se trata de un grupo humano (p. 33).

Al hacer referencia al derecho al ambiente sano, resulta de vital importancia resaltar que el contenido de este se conforma por el reconocimiento de tres facultades, dígame: el acceso a la información ambiental, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental, siendo esta última la que constituye el centro de este estudio. Sin embargo, el vínculo entre las tres es ineludible, tal es así que las primeras dos constituyen presupuestos necesarios para garantizar el acceso a la justicia ambiental.

El derecho de acceso a la información es el punto de inicio en la línea del acceso a la justicia ambiental, el primer eslabón de la cadena que asegura la participación en la toma de decisiones ambientales y el derecho de accionar judicialmente ante conflictos, que concierne no sólo a la sociedad actual, sino también a las futuras generaciones (Calderón y León, 2015).

El acceso a la justicia ambiental se convierte entonces en garantía esencial del derecho al disfrute de un medio ambiente sano, de tal suerte que no se concibe el correcto reconocimiento de este último sino se cuenta legalmente con los medios sustantivos y procesales para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia ambiental. El acceso a la justicia ambiental ha sido entendido por Brañes (2000, p.5) como la “posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”. Cánovas González (2015, p.31) ha hecho énfasis en que “el acceso a la justicia comprende tanto el derecho adjetivo, que permite accionar ante los distintos órganos, ya sean administrativos como judiciales, así como el derecho sustantivo que permite establecer la reclamación a partir de un daño actual o potencial”. Ambos criterios aportan elementos teóricos esenciales a tener en cuenta en la configuración del acceso a la justicia ambiental.

Un primer elemento es el que se refiere al acceso tanto a la justicia en sede administrativa como judicial. Es muy relevante a los efectos de la protección ambiental el reconocimiento de procedimientos administrativos para que los ciudadanos puedan reclamar ante la Administración Pública por las acciones u omisiones de esta que impliquen un deterioro o menoscabo del ambiente. Una vez inconforme con la decisión administrativa, pues toda persona debe contar con el derecho de accionar la maquinaria judicial para que órganos imparciales resuelvan el asunto en cuestión. Otro elemento que se aprecia en los criterios teóricos antes expuestos es en cuanto a la posibilidad de reclamar tanto un daño concreto y también un daño potencial, es decir, un daño que aún no se ha materializado pero que las circunstancias indican que ocurrirá. Ello tiene estrecha relación con el carácter preventivo del Derecho Ambiental, donde sus normas apuntan más que a reparar, a evitar, y en función de ello también debe cimentarse el acceso a la justicia.

También se aprecia la posibilidad de acceder a la justicia tanto de manera individual como colectivamente y ello viene dado por ser el derecho al ambiente sano un derecho que se disfruta tanto individual como colectivo, siendo ello una exigencia en clave de acceso a la justicia ambiental. Si tenemos en cuenta lo antes expuesto en relación con el derecho al ambiente

sano como derecho fundamental, el acceso a la justicia en pos de su exigencia comprende no solo el derecho individual de cada persona de contar con los medios sustantivos y procesales para su garantía, sino que implica la configuración de tales herramientas desde lo colectivo. Según reflexiona Cafferatta (2015, p.76):

El Derecho Ambiental posee un perfil bicéfalo, lo que lo conduce a dar alojamiento a intereses bipolares, y aunque en su seno priman los intereses colectivos, al mismo tiempo es considerado un derecho personalísimo, lo que lo hace tener una naturaleza mixta.

En esta línea de pensamiento, las Directrices para el desarrollo de la legislación nacional sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia ambiental (adoptadas por Decisión SS. XI/5 de 26 de febrero de 2010 del Consejo de Gobierno del PNUMA), establecen reglas claras para la configuración normativa del acceso a la justicia ambiental. Estas Directrices constituyen un instrumento no vinculante en forma de ley modelo que aporta los lineamientos fundamentales a tenerse en cuenta por los Estados al momento de elaborar su legislación nacional.

Entre los elementos a resaltar en relación con el contenido que según las Directrices deben tener las legislaciones nacionales se encuentra la posibilidad de acceder a la justicia para recusar la legalidad tanto del fondo como del procedimiento, sobre acciones u omisiones en relación a la participación ciudadana en el proceso de adopción de decisiones (PNUMA, 2010, Directriz 16, p.7). La misma posibilidad queda prevista en caso de que se contravengan normas jurídicas ambientales (Directriz 17, p.7). Especial atención merece lo previsto en la Directriz 18, al abordar la necesidad de reconocer una legitimación amplia para instar a las autoridades competentes en cuanto al conocimiento de asuntos ambientales, cuestión esta que guarda estrecha relación con la naturaleza colectiva del derecho al medio ambiente sano. También se recomienda a los Estados garantizar procesos justos, abiertos, transparentes y equitativos, así como considerar la posibilidad de establecer mecanismos adecuados de asistencia para evitar obstáculos al acceso a la justicia, ya sean de tipo económico o de otra índole (Directrices 19 y 20). Este último elemento busca lograr igualdad de armas procesales entre las partes, donde gana especial relevancia la inversión de la carga de la prueba como un mecanismo para

hacer recaer la carga probatoria sobre la parte que técnica y económicamente esté en mejores condiciones para aportarla.

También las Directrices alertan sobre la importancia de las medidas de reparación, haciendo énfasis en la compensación y la restitución (Directriz 21) lo que da al traste con la naturaleza de los daños ambientales donde la indemnización en la mayoría de las ocasiones no encuentra cabida al no ser la finalidad esencial obtener una reparación pecuniaria sino hacer cesar el daño y lograr en la medida de lo posible restablecer el ecosistema dañado. Coincidimos con Figueroa (2020) en que la indemnización de perjuicios no satisface inicialmente la reparación del ambiente dañado, pues este tipo de reparación pretende compensar pérdidas patrimoniales, pero en ningún caso busca hacer desaparecer el daño ambiental.

Por último, otro aspecto de suma relevancia al que hace referencia el PNUMA (Directriz 25) es lo relativo a la creación de capacidades para jueces y juristas en general vinculados a la práctica ambiental. Este elemento resulta trascendental puesto que al tener la materia ambiental rasgos peculiares que rompen con muchas normas y prácticas del Derecho tradicional, es vital la presencia de personal especializado en la materia. Igualmente ello encuentra vinculación directa con la necesidad de órganos judiciales especializados en la resolución de conflictos ambientales, competentes en esta materia. Como exalta Guzmán (2020, p.21)

La falta de especialidad y/o especialización de los juzgadores constituye una barrera al acceso a los procesos ambientales. Los conflictos ambientales exigen un juez proactivo, verdadero director de los procesos, con suficientes facultades para decidir, incluso en relación con las pruebas.

Si se pretende lograr fallos verdaderamente justos, la especialización de los jueces, así como la creación de instancias específicas para dirimir los conflictos ambientales, es uno de los primeros pasos que debe darse.

En este epígrafe se han destacado algunos de los aspectos de mayor trascendencia en cuanto al acceso a la justicia ambiental y su configuración normativa en pos de que se garantice el derecho al disfrute de un ambiente sano. Teniendo en cuenta las pautas trazadas al respecto, tanto por los teóricos como por el PNUMA, en el siguiente epígrafe se hará referencia al

acceso a la justicia ambiental en Cuba, para reflexionar sobre su diseño actual y el que se tendrá en un futuro inmediato.

III. El acceso a la justicia ambiental en Cuba. Comentarios en cuanto a su diseño actual y futuro previsible

3.1 Panorámica general sobre la configuración normativa del acceso a la justicia ambiental en Cuba

El acceso a la justicia en Cuba cuenta con reconocimiento en la Carta Magna de 2019. Ha quedado reconocido constitucionalmente el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el derecho al debido proceso tanto en el ámbito judicial como administrativo (Artículos 92 y 94). Igualmente, el derecho al disfrute de un ambiente sano cuenta con rango constitucional (Artículo 75) y aunque la Constitución no se refiere al acceso a la justicia ambiental como contenido de este derecho, su reconocimiento en el texto constitucional irradia a todos los derechos en el reconocidos. En lo que a la materia ambiental propiamente dicha respecta, la Ley 81/1997, reconoce en el artículo 4 inciso l) el acceso a la justicia ambiental como el derecho de toda persona de contar con los medios adecuados y suficientes que le permitan accionar en la vía administrativa o judicial, según proceda, para demandar el cumplimiento de lo establecido en la Ley y en sus disposiciones complementarias.

Además, la propia disposición normativa, incluye dentro de los instrumentos de gestión ambiental los regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal (Artículo 18) como expresión de las vías a través de las cuales puede accionarse tanto la maquinaria administrativa como judicial para exigir el cumplimiento de las normas jurídicas ambientales y la reparación del daño ambiental. Igualmente, a partir del artículo 67 hasta el 75 se desarrolla el contenido de estos regímenes de responsabilidad, haciendo énfasis en las circunstancias que lo generan, las personas legitimadas para acceder a la justicia en cada caso, así como las formas de reparación; cuestiones estas en las que profundizará en el siguiente acápite de esta investigación.

Desde el punto de vista sustantivo, hay que señalar que Cuba hoy cuenta con dos proyectos de leyes que, a partir del contenido que prevén, modificarán de forma sustancial el acceso a la justicia ambiental en nuestro país. Se trata del Proyecto de Ley "Del Sistema de los recursos naturales y el medio ambiente"(LSRNMA) y el Proyecto del "Código Penal"(CP).

En lo que a la materia procesal respecta, Cuba ha llevado a cabo recientemente una profunda reforma procesal que también tiene incidencia significativa en cuanto al acceso a la justicia ambiental a partir de la aprobación y entrada en vigor de la Ley del Proceso Administrativo (LPA) y el Código de los Procesos. Ambas disposiciones normativas introducen modificaciones procesales en relación a la ya derogada Ley de procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE).

Sin embargo, en este momento desde el punto de vista sustantivo, el acceso a la justicia ambiental continúa rigiéndose por la Ley 81/1997 y la Ley 62/87 "Código Penal" hasta tanto no sean aprobados y entren en vigor los Proyectos *supra* mencionados. Sin embargo, en el ámbito adjetivo las disposiciones normativas son bien recientes, lo que, como analizaremos más adelante, evidencia ciertas incongruencias. Es por ello que en el siguiente epígrafe se intentará hacer una reflexión sobre el acceso a la justicia ambiental en este momento y también sobre el futuro previsible, cuando estén vigentes, a la par de la LPA y el Código de los Procesos, la nueva LSRNMA y el nuevo CP.

3.2 Algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia ambiental en Cuba en el presente y futuro previsible

Cuando se aborda lo relativo el diseño normativo a nivel nacional del acceso a la justicia ambiental, ciertos elementos ocupan el centro de las preocupaciones. Tal es el caso de la legitimación procesal para acceder, los términos de prescripción para reclamar, la competencia de los órganos judiciales al respecto, lo relacionado con la carga probatoria, la configuración de las medidas cautelares, entre otros. Esta preocupación está dada en gran medida por las peculiaridades del Derecho Ambiental, lo que hace que las reglas clásicas del proceso deban cambiar en función de las características propias del daño ambiental y del contenido eminentemente técnico de esta

rama del Derecho. Ello queda nítidamente explicado en palabras de Cánovas González (2015, p.33) cuando afirma que:

El Derecho Ambiental, dentro de las ciencias jurídicas, puede considerarse como un saber de nuevo tipo. El Derecho Ambiental es fruto de un impulso distinto, que desde sus propias raíces intenta subvertir las instituciones jurídicas tradicionales, y cobijarlas bajo la urgencia del desarrollo sostenible.

En lo que a legitimación procesal concierne en el proceso ambiental, debe significarse que la Ley 81/1997 concibe una legitimación activa estrecha para acceder a la justicia en el ámbito de la exigencia de responsabilidad por daño en el sentido de que solo prevé como legitimados a tres sujetos: la Fiscalía General de la República, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio. Ello puede afirmarse, no está acorde con la naturaleza del derecho a un medio ambiente sano como derecho colectivo ni con la naturaleza pública del ambiente como bien jurídico protegido. No obstante, la LPA sí reconoce como sujeto procesal a cualquier persona que alegue un interés colectivo o difuso en defensa del ambiente (Artículo 23.4). Igualmente, el Proyecto de LSRNMA también comprende una legitimación activa amplia al prever que cualquier persona que conozca de la posibilidad de ocurrencia de daño o el propio resultado dañoso, acceda a la justicia.

En lo que a la competencia de los órganos judiciales respecta para conocer la reclamación derivada del incumplimiento de las normas jurídicas ambientales o para reclamar la reparación del daño, también se aprecian novedades. La LPA prevé que es la Sala de lo Administrativo de los Tribunales Provinciales populares los competentes en relación a las pretensiones para obtener el cumplimiento de las regulaciones sobre protección al ambiente, la preservación de este y el resarcimiento por daños ambientales. Sin embargo, una problemática se suscita en este aspecto, y es que ello procede siempre y cuando se reclame contra la Administración Pública, lo que hace que quede fuera del ámbito de competencias la reclamación del daño ambiental puro cuando ha sido un particular quien ha dañado.

Queda claro que cuando ha sido la Administración Pública la que ha dañado, estas pretensiones quedan bajo lo regulado en la LPA, pero cuando son daños ambientales puros realizados por particulares, el órgano competente para ello no está claro. Recordemos que pueden suscitarse daños ambientales que a su vez lesionen derechos personalísimos o patrimoniales y el conocimiento de tal asunto, queda bajo el amparo del Código de los Procesos por tratarse de materia civil, pues estaríamos en presencia de responsabilidad civil derivada del daño ambiental, ya sea por vulneración de derechos inherentes a la personalidad o al patrimonio (Artículo 25 incisos a) y e). De tal suerte pudiera presumirse que será la Administración Pública ambiental la que en sede de procedimiento administrativo conozca de los daños ambientales puros y una vez resuelto, si hay inconformidad por parte del que ha infringido el daño al ambiente, pues se accederá a la vía judicial en el proceso contencioso administrativo. Una especie de jurisdicción administrativa obligatoria.

Otro tema de interés resulta el relativo a la carga probatoria y su diseño tanto sustantivo como adjetivo. La Ley 81/1997 no hace pronunciamiento al respecto, sin embargo, el Proyecto de LSRNMA de forma expresa determina que la carga de la prueba corresponde a quien tenga mayores posibilidades económicas o técnicas para asumirla, determinación que hará el tribunal (Artículo 180.1). Si bien la LPA no reconoce esta posibilidad, el Código de los Procesos sí lo contempla expresamente, así como pruebas de oficio (Artículos 293 y 294), y por la supletoriedad de este Código para el proceso contencioso administrativo (Artículo 4.2 LPA), puede decirse que queda eliminada una barrera en el acceso a la justicia, al permitirse la inversión de la carga probatoria, así como ese rol activo del tribunal en cuanto a ello. Y si de rol activo se trata, en lo que concierne a la protección del ambiente como bien jurídico colectivo, las medidas cautelares de oficio también adquieren connotada relevancia.

El Proyecto de LSRNMA prevé la adopción de medidas cautelares de oficio (Artículo 180.2), en función de la naturaleza del bien protegido. Al igual que en el caso de la materia probatoria, la LPA no contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional en ejercicio del rol activo que se le concede en materias como la protección del ambiente, adopte medidas cautelares de oficio. No obstante, esta deuda con la protección del ambiente queda

saldada adjetivamente hablando en el Código de los Procesos (Artículo 240), al reconocer la facultad del tribunal para adoptar medidas cautelares de oficio siempre que la naturaleza del asunto lo requiera.

En lo que, a las causales para acceder a la justicia en materia de daños ambientales, subsiste hoy día, desde el punto de vista sustantivo, tanto en la Ley de medio ambiente vigente como en el Proyecto de LSRNMA una barrera inaceptable desde nuestro punto de vista. Se trata de la supeditación de la ocurrencia del daño a la infracción de una disposición normativa, permiso o autorización ambiental. Ello se aprecia en el Artículo 175.3 que establece: "El daño ambiental ocurre como consecuencia de: a) Infringir una disposición normativa, permiso o autorización ambiental, y b) existir impactos ambientales negativos aun cuando se cumplan con los términos del permiso o autorización".

Si bien en el apartado b) se refiere a impactos negativos aun cuando se cumplan con los requerimientos de la autorización o permiso, el uso de la conjunción copulativa "y" al final del apartado a) indica que no es uno u otro supuesto sino ambos, por lo que siempre deberá infringirse una disposición normativa para tipificar el daño. De esta manera se exige que la conducta sea ilícita y no antijurídica, pues la conducta debe ser resultado de la vulneración de una norma jurídica concreta, no pudiéndose reclamar daños si no se vulnera una norma jurídica completa.

En lo que ha términos de prescripción se refiere, la Ley 81/1997 no hace mención alguna a ello, sin embargo, el Proyecto de LSRNMA establece términos concretos de prescripción de las acciones ambientales, siendo el mayor mérito la distinción que realiza en función de los tipos de daños. Las acciones para reclamar la reparación de daños que recaen sobre el ambiente o el patrimonio, el plazo de prescripción es de 5 años, contados a partir de que se tiene conocimiento del daño y del autor. En caso de daños a la salud humana, la acción es imprescriptible (Artículo 182). Es palpable la intención del legislador, al tener en cuenta la naturaleza extendida en el tiempo de los daños ambientales y la necesidad, de prever plazos más flexibles que permitan que no queden impunes tales daños.

En lo que al acceso a la justicia penal concierne en Cuba, hay que señalar que tanto la Ley 81/1997 como el Proyecto de LSRNMA se limitan a determinar lo que se entiende por delito ambiental y remitir a la legislación penal. El Código Penal vigente no contempla a los delitos ambientales sino delitos vinculados a la protección de ciertos recursos naturales dada su importancia económica o su vínculo con la protección de la vida y salud humanas. Como afirman Muñoz Alfonso y Toledano Cordero: "Por tanto no es ocioso afirmar que los bienes jurídicos que se tutelan en nuestro Código Penal son la salud humana, los bienes de los hombres y la economía nacional, pero no al medio ambiente en especial" (2007, p. 418). Ello implica que el ambiente desde lo penal sufra cierta desprotección, así como que el diseño de medidas cautelares, de agravantes de la responsabilidad penal, así como las sanciones no esté acorde con las características y naturaleza del bien jurídico a proteger.

No obstante, el Proyecto de CP sí contempla al ambiente como un bien jurídico protegido y en el Título VI prevé los delitos ambientales. De esta forma se puede acceder a la justicia penal para reclamar la protección de las aguas, la atmósfera, la diversidad biológica, los suelos, lo relativo a enfermedades, plagas de animales y plantas, así como el ordenamiento territorial. Por razones de espacio, no se profundizará en el contenido de este proyecto, cuestión que queda reservada a futuros estudios.

IV. Notas conclusivas

El acceso a la justicia ambiental constituye sin lugar a dudas una herramienta necesaria para garantizar el derecho a un ambiente sano. No se concibe el disfrute de tal derecho sin una correcta configuración del acceso a la justicia, a partir de todas las exigencias que desde los instrumentos internacionales y la doctrina se han aportado en pos de perfeccionar su diseño tanto sustantivo como procesal.

Cuba, a partir de la reciente reforma procesal, así como de los cambios legislativos que se avizoran, augura un camino de importantes transformaciones en materia de acceso a la justicia ambiental, transformaciones acordes con el bien jurídico que se protege y su connotación desde los intereses colectivos.

Además, la práctica ambiental también incidirá en el éxito de tales cambios, a partir de la necesaria especialización de los jueces y abogados, pues ello también gana connotación si de acceso a la justicia se trata. El camino hacia un acceso a la justicia más garantista en función de la protección ambiental se está trazado, las imperfecciones señaladas pueden ser saldadas en la propia aplicación de las disposiciones jurídicas.

Referencias

- Organización para las Naciones Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1, 21 de octubre.
- Brañes, R. (2000). El acceso a la justicia ambiental en América Latina. PNUMA. Recuperado de http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/Acceso_Justicia_Ambiental_Raul_Branes.pdf
- Cafferatta, N. (2015). Régimen de responsabilidad objetiva por daño ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 3, 75-92.
- Calderón Sagredo, P. A. y León Pardo, G. V. (2015). *Acceso a la justicia ambiental: participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental*, [Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile].
- Cánovas González, D. (2015). La Tutela Constitucional del Ambiente. *Revista cubana de Derecho Ambiental*, VI(15), 1-38.
- Cánovas González, Daimar. (2015). Aproximación a los principios del proceso ambiental. En D. Cánovas González (Comp.), *Panorama del Derecho Ambiental cubano. Antología de la Revista Cubana de Derecho Ambiental*, 89-115.
- Constitución de la República de Cuba (2019). Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, Número 5, de 10 de abril de 2019.

- Figueroa Mendoza, M.A. (2020). Concurrencia de acciones en materia de daño ambiental: el paso desde las acciones conjuntas a sucesivas. *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG Fima*, Año XII(12), 113-146.
- Flores Salgado, L. (2015). *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- Guzmán Jimenez, L.F. (2020). *Barreras de acceso sustanciales y procedimentales a la justicia ambiental*. En M. P. García Pachón (Ed.), *Información, participación y justicia ambiental: herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental XXII Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente* (pp. 1-31). Universidad Externado de Colombia.
- Ley 81 de 1997. Del Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997. Gaceta Oficial, 7, de 11 de diciembre de 2013.
- Ley 141 de 2021. Código de Procesos. 7 de diciembre de 2021. Gaceta Oficial, 138, de 7 de diciembre de 2021.
- Ley 142 de 2021. Del Proceso Administrativo. 7 de diciembre de 2021. Gaceta Oficial, 139, de 7 de diciembre de 2021.
- Muñoz Alfonso, Y. y Toledano Cordero, D. (2007). La Responsabilidad ambiental. En E. Viamontes Guilebaux (Coord), *Derecho Ambiental Cubano* (pp. 406-471). Editorial Félix Varela.
- ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III). Recuperado de https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

ONU. (2010). Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación suplementario al Protocolo de Cartagena. Recuperado de https://conacyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/comunicacion/publicaciones/protocolsupplement_sp.pdf

PNUMA. (2010). Directrices para el desarrollo de la legislación nacional sobre acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia ambiental. SS.XI/5, de 26 de febrero de 2010. UNEP.

Proyecto de Código Penal. Recuperado de <https://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/ACP.%2028.02.2022.pdf>

Proyecto de LSRNMA. (2022). Recuperado de <https://www.citma.gob.cu/anteproyecto-ley-medioambiente-recursosnaturales/>

Santos de Aguirre, M. (2010). *Los derechos humanos de tercera generación*. Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/8056/Los%20derechos%20humanos%20de%20tercera%20generaci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Capítulo 16. Constitución y contrato en Cuba. Una relación basada en la libertad

Dr. Rafael Roselló Manzano
Universidad de La Habana

I. Constitución y contrato en Cuba. Un debate “nuevo”.

La relación entre la Constitución y el contrato, como partes del mapa conceptual del sistema jurídico plantea interesantes desafíos. Reviste, como no podía ser de otra manera, tintes ideológicos, y se enfoca desde concepciones a veces contrapuestas de las relaciones sociales y económicas. Incluso teniendo en cuenta la concepción del Derecho como sistema, la irrupción de los principios y normas de derecho público en el ámbito del derecho privado en general y del derecho de Contratos en particular, no deja de generar polémica e inquietud. Como expresara genialmente Ripert (1951, p.17) “(e)liminados de la política y aún de la filosofía, los juristas se han refugiado en el estudio de la técnica. Allí se les ha dejado absoluta libertad y se les ha animado, pues tales estudios son inofensivos”. La frase parece pensada para quienes hemos cultivado el derecho Civil en Cuba en las últimas tres décadas, bordeando cuidadosamente los siempre espinosos asuntos relacionados con la Constitución.

El nacimiento a la vida jurídica de la reciente Constitución cubana de 2019 trae al centro de atención un debate que, con anterioridad, o bien no tenía mucho sentido o era de plano inexistente: la relación entre la constitución y el contrato, con la libertad como nexo esencial. Una mirada retrospectiva a la década de los ´70 y los ´80 revelará que los contratos prácticamente no existían en los moldes de una economía estatizada hasta lo absurdo y regida por una planificación que pretendía ser absoluta y gobernar incluso la más simple de las transacciones de un tráfico jurídico lleno de prohibiciones administrativas. La Constitución de 1976 por su parte, refrendaba el sistema mediante la regulación de las formas de propiedad, los actores de la economía y el reconocimiento limitado de los derechos fundamentales. Cualquier esfuerzo por hacer de aquella Constitución una norma de

aplicación directa chocaba en primer lugar con su propia concepción como “norma principio” y en segundo lugar con la rigidez (objetiva y subjetiva) del sistema judicial.

La profunda crisis de los ‘90, a la que dio lugar, entre otros factores, la propia concepción de la economía estatizada y planificada que he mencionado antes, trajo como consecuencia una reforma que modificó la “constitución económica”, acompañada de algunos cambios legales que permitieron una cierta libertad y el nacimiento, con grandes restricciones y fuertes prohibiciones, de un pequeño sector privado que aportó, dentro del limitado campo de acción que le ofrecía el sistema, dinamismo a la economía. Pero incluso al final del pasado siglo, y a principios del presente, el panorama era desolador: la aplicación directa de la Constitución de 1976 seguía siendo una utopía por la que rompían lanzas algunos profesores universitarios como Prieto (2016), cualquier control posterior, especialmente el judicial, de la constitucionalidad de las leyes era inexistente, y el contrato por su parte, iba retomando cierto protagonismo en la vida económica, que lentamente se recuperaba del shock sufrido a principios de la última década del siglo XX.

El principal legado de la Constitución cubana de 1976, al menos en lo que respecta a su influencia en el contrato como institución, es la consagración de un sistema de relaciones económicas, y de derechos de propiedad en donde el actor casi único era el Estado, y la autonomía de la voluntad tenía un campo de acción limitadísimo. Sobre la base de este diseño, y aún después de la reforma que tuvo lugar en 1992, se legitimaron disposiciones jurídicas de variado cuño, que a la par que estimulaban la contratación en el área de la inversión extranjera, coartaron seriamente la iniciativa privada nacional, como la prohibición (de vieja data) de vender y comprar libremente nuestros propios inmuebles y vehículos, o de emplear en los pequeños negocios por cuenta propia a personas que no fueran familia, o contratar determinados servicios como el de telefonía celular o el alojamiento en instalaciones turísticas.

Algunas de estas limitaciones a la libertad de contratar, o en general, a la autonomía privada eran abiertamente inconstitucionales y violatorias de derechos humanos básicos, incluso frente a la constitución de 1976, pero al estar sustraída la materia constitucional del conocimiento de los tribunales

ordinarios, en ausencia de tribunales o de una sala constitucional, y al estar limitado el control de constitucionalidad a un procedimiento previo de dudosa efectividad, no hubo, al menos que yo tenga noticia, ningún cuestionamiento jurídico al respecto. No pocas de aquellas barreras, como la prohibición de alojarse en hoteles, la contratación de un servicio de telefonía móvil, la limitación del número de sillas en un restaurante privado o la posibilidad de vender un viejo auto soviético, desaparecieron en la primera década del presente siglo, sin más explicación. Muchas ni siquiera formaban parte de una norma jurídica, solo eran decisiones políticas que un día simplemente dejaron de ser, sin una disculpa por el daño que su aplicación causó arbitrariamente a muchas personas en lo individual, sin una reflexión acerca de cómo perjudicaron la economía y la sociedad a nivel de la Nación.

II. La cuestión ideológica. ¿Dónde situar la libertad de contratar?

Cada vez que los matices ideológicos de una institución jurídica salen a relucir, existe una tendencia a andar de puntillas en la búsqueda de la corrección política. Esto es más evidente aún en el tema que hoy abordamos, en el que se ha intentado plantear los términos del debate entre dos posiciones contrapuestas: autonomía versus solidaridad. La autonomía, que refuerza la idea de la libertad para contratar como derecho y defiende la fuerza vinculante del contrato, está aparentemente ligada a posiciones liberales y de derecha, mientras que la solidaridad, que propugna la importancia de la buena fe y la protección de la parte contratante débil se conecta con el socialismo y la izquierda.

El centro gravitacional de la relación entre el contrato y la Constitución es, a no dudarlo, la libertad, expresada concretamente en la posibilidad más o menos amplia que tengan las personas de decidir si contratan o no, con quién contratan, y de fijar las propias reglas vinculantes que gobiernen su relación privada. Pero, a todo esto, ¿es la libertad para contratar un derecho humano que debe ser protegido por la Constitución? ¿Es realmente una posición “de derechas” la defensa de la libertad contractual como un derecho humano y de la fuerza vinculante de los contratos?

La respuesta a estas preguntas dista de ser pacífica y tiene profundas implicaciones prácticas. La protección constitucional del derecho a la autoconfiguración de las relaciones jurídicas contractuales implica un *plus* frente al que cualquier limitación debe estar ampliamente justificada.

Las principales objeciones para ofrecer tutela constitucional directa a la libertad para contratar de la misma forma que a la libertad personal, o bien amparada como una modalidad de esta última son dos: la naturaleza distinta de ambos derechos y la amplitud del concepto de autonomía privada respecto de la simple libertad de contratar.

En cuanto a la naturaleza de la libertad de contratar, se ha dicho que es un derecho fundamental de autonomía, un derecho-poder, con el cual se puede “aplastar los derechos de una pluralidad de personas” (Merino, 2009, p.75), en contraposición a la libertad individual, que es un derecho negativo, e implica un dejar hacer, un no inmiscuirse por parte del Estado en la esfera personal. En este sentido, la dificultad mayor que ven quienes se niegan a reconocer a la libertad contractual una protección como derecho con protección constitucional, es que, al hacerlo, la regulación de sus límites tendría que estar (más) justificada, y que esto podría redundar en situaciones de inequidad e injusticia en las relaciones privadas, desenvueltas en el marco del libre mercado, en donde casi siempre rige la ley del más fuerte.

Lo segundo que se ha dicho, con acierto, es que la autonomía privada es más compleja que la simple “libertad de contratar”. En un sentido estricto, la libertad de contratar significa libertad de elección. Es la libertad para decidir si me involucro o no en una relación contractual y con quién, incluso si su contenido esta ya previamente elaborado y no puedo negociar sobre él, como sucede en los contratos por adhesión. Es, digamos, el primer escalón, el nivel elemental, que solo puede ser vulnerado cuando no existe la posibilidad de elegir, cuando, por ejemplo, un determinado servicio es prestado por un actor económico en calidad de monopolista de forma que las personas, si quieren recibirlo (y esto es especialmente importante cuando se trata de servicios básicos) no tienen opción, como sucede en Cuba en el área de las telecomunicaciones. Sin embargo, la autonomía contractual adquiere su verdadero esplendor y significado cuando va más

allá y permite a las partes auto regularse, es decir, crear un conjunto de normas jurídicas privadas vinculantes para regir su propia relación económica.

En mi opinión, ninguno de estos argumentos es lo suficientemente decisivo como para negar que al menos la libertad de contratar, entendida en su nivel básico como libertad de elección está comprendida dentro de la protección constitucional de la libertad. Tampoco son suficientes para negar que la autonomía contractual, en el sentido más amplio de autorregulación privada es, al menos, una derivación de la libertad individual: la persona ha de ser libre y recibir la mínima interferencia posible del Estado en su actuación cuando decide ser parte de una relación contractual, y sin dudas ha de tener la libertad de crear las normas vinculantes que regulen sus intereses, dentro de los límites razonables que le imponga la norma imperativa como expresión del interés general.

La cuestión, como dije, dista de ser meramente teórica. Lo que está en juego es la posibilidad de coartar, con mayor o menor intensidad, la autonomía privada, según sea o no considerada un derecho constitucionalmente reconocido. La idea de la autonomía está, para Duguit (1943, pp. 10-11), en el centro mismo de los textos constitucionales clásicos:

Quizá la expresión “libertad individual” no sea muy exacta; yo preferiría para ella un término más amplio. En vez de decir libertad individual sería más exacto llamarla autonomía de la persona humana. Esta idea de la autonomía, de la soberanía de la persona humana: aparece con la misma fuerza y relieve en la Declaración de la Independencia americana y en la Declaración de Derechos Francesa: “Todos los hombres han sido creados iguales (...) Dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables (...) Entre estos derechos debe colocarse en primer término la vida, la libertad (...)”, dice la declaración americana. Y la Declaración francesa: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...).

En tal sentido, el origen de la concepción de la libertad de contratar como un derecho de rango constitucional puede rastrearse, según Ely (2005), hasta las concepciones jusfilosóficas del derecho natural y las corrientes de pensamiento antiesclavistas. En tal sentido establece como punto de partida la opinión disidente del juez Marshall, en el caso *Ogden vs Saunders* (1827), en la que sostiene que el derecho a contratar es anterior e independiente de

la sociedad, no deriva del Gobierno, o del derecho positivo, sino que es intrínseco. La Ley de Derechos Civiles de 1866 estadounidense reflejó la visión del Congreso de que el derecho a adquirir propiedades y participar en contratos era fundamental para que los antiguos esclavos participaran en la economía de mercado, por lo que reconoció tales derechos de forma expresa.

De hecho, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica tiene una disposición que reza: “No State shall... pass any...Law impairing the obligation of Contract (...)”. Dicha disposición constitucional refleja de forma clara la importancia del contrato para la creación y circulación de la riqueza en un mundo que evolucionaba, en la política y en la economía, de los privilegios heredados en un sistema jerárquico a la libertad que suponía que las relaciones entre personas iguales ante la ley fueran regidas por sus propios pactos. En palabras de Ely (2005, p. 371):

Los norteamericanos del siglo XIX asignaban un gran valor a la obligatoriedad de los acuerdos. Había un fuerte concepto ético en el hecho de honrar las promesas realizadas. Por añadidura, los contratos eran centrales para la economía de mercado y proveían de un vehículo mediante el que los individuos podían negociar para su propio beneficio.

Con la mente puesta en esta idea, y para evitar que los estados de la Unión pudieran legislar para interferir en las relaciones entre deudores y acreedores, surge la llamada “*contract clause*”: las relaciones económicas deberían, con este valladar al poder legislativo, regirse en gran medida por las leyes del mercado.

Aunque la *contract clause* fue objeto de alabanza desmedida, un grupo importante de casos erosionaron a finales del siglo XIX y principios del XX su aplicación absoluta, y los tribunales dejaron claro que el poder legislativo a nivel estatal no podía negociar mediante contrato los atributos de la soberanía, ni liberarse de su deber de proteger la salud, la seguridad y la moral pública. Las condiciones económicas de la Gran Depresión y la expresión constitucional del *New Deal* dieron preeminencia a la noción del Estado regulador, despojando en la práctica judicial de gran parte de su significado a la *contract clause*. A finales del siglo XIX fue reemplazada por la doctrina de la “libertad de contratar o libertad de contrato”, bajo la

cláusula del debido proceso reconocida en la enmienda número 14 de la Constitución de aquel país.

Como sucede con la mayoría de los derechos, la concepción fundamental de la libertad de contratar y sus límites pueden ser arbitrariamente distorsionados por el grupo que ostenta el poder político y económico. En su nombre, y en la escena del liberalismo capitalista, se han legitimado acuerdos que vulneran derechos de la parte contratante débil, y limitado la actividad de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial para intervenir en la corrección de tales inequidades. Pero su restricción arbitraria por parte de los mismos poderes ha traído como consecuencia injusticias equiparables a aquellas, esta vez en el marco del socialismo y la economía planificada, limitando la posibilidad de las personas de realizar su propio interés, alcanzar su bienestar individual y contribuir de esa forma al bienestar general. Como siempre pasa, los extremos del espectro ideológico se tocan, en perjuicio del ciudadano común.

III. La norma constitucional y la solución de los conflictos en materia contractual.

Argumentar a favor de la protección constitucional de la autonomía contractual, como parece correcto, es una muestra de cómo los poderes públicos y la Constitución irrumpieron de forma inevitable en el ámbito del contrato, antes puramente privado. ¿Qué pasa cuando se aplican preceptos constitucionales, particularmente los relativos a los derechos fundamentales, a la dinámica contractual, en especial a la solución de los conflictos que en ella se generan?

Es una realidad innegable que la vulneración de derechos fundamentales protegidos por la Constitución puede darse más allá de las relaciones del Estado con las personas. En la realidad presente se necesita protección no solo contra el poder del Estado, sino que los derechos pueden ser vulnerados también en las relaciones entre particulares, y es en ese contexto que nace la doctrina de los efectos horizontales de los derechos fundamentales. En ese sentido, afirma Hesselink (2002) que la norma constitucional puede aplicarse de dos maneras: la eficacia indirecta o mediata implica que los derechos constitucionales deberán ingresar a la

relación sustancial mediante cláusulas normativas generales (la buena fe, el abuso de derecho, el orden público) o mediante las normas infraconstitucionales que regulan la protección de estos derechos.

Por otro lado, la eficacia directa e inmediata implica la aplicación de la norma constitucional al conflicto sin intermediación, para resolver casi siempre la contradicción entre la libertad contractual y otros los derechos fundamentales, como la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la propiedad, la intimidad. Las partes contratantes podrán encontrar la tutela directa de sus derechos fundamentales en un proceso de naturaleza constitucional, allí donde la ley lo regule, o podrá instar al juez ordinario para que aplique la norma constitucional a la resolución de su asunto.

Llegados a este punto, es legítimo preguntarse si es suficiente el derecho de Contratos para resolver sus propios problemas, entre ellos, la desigualdad de las partes, la protección de la parte contratante débil, la nulidad de determinados contratos o cláusulas contractuales abusivas, o si se necesita echar mano de la norma Constitucional para solucionarlos.

Esta pregunta es especialmente interesante en nuestra realidad jurídica, donde conviven un código Civil absolutamente obsoleto, y una Constitución que a pesar de las críticas de las que es susceptible, representa una nueva era en la producción legislativa nacional. Probablemente la existencia de una norma constitucional más moderna, dotada de un catálogo bastante robusto de derechos humanos, provea al Juez de herramientas que no encuentra en las normas de derecho Civil y Mercantil actuales, para alcanzar un fallo justo. Sin embargo, la necesaria generalidad en la formulación de los derechos fundamentales puede traer como consecuencia inseguridad jurídica, un mal para nada menor en las relaciones de derecho privado.

En mi opinión, más que buscar de forma constante respuestas en el derecho Público, el derecho privado ha de bastarse a sí mismo para resolver la inmensa mayoría de los problemas que en su ámbito se generan. El principio de especialidad tiene aquí además una justificación histórica. Como plantea Cherednychenco (2004, p.47):

Donde la constitucionalización del derecho de Contratos apunta a la protección de la parte contratante débil, las normas constitucionales no necesitan sustituir los conceptos del derecho de Contratos, que proveen criterios más aguzados, desarrollados mediante el método de prueba y error, durante largos períodos de tiempo, para responder a la pregunta de si un contrato en particular es válido. En otras palabras, en casos donde existen los instrumentos del derecho de Contratos, los cuales en esencia han internalizado los valores corporificados en los derechos fundamentales, no hay necesidad de su sustitución por reglas nuevas, derivadas de los derechos fundamentales.

IV. El sinalagma entre contrato y constitución.

Desde los inicios en el estudio de las obligaciones y los contratos, aprendemos que existen relaciones de doble vía, recíprocas, interdependientes, en las que las prestaciones que las partes realizan están íntimamente ligadas. Espero que se me permita trasladar metafóricamente esta idea a la relación entre el contrato y la Constitución, como partes integrantes del mapa cognitivo del Derecho, en particular de nuestro Derecho. La primera pregunta que plantearé para abordar este tema es ¿qué puede hacer la Constitución por el contrato? Vale decir, de qué forma puede contribuir la carta magna al desarrollo justo, equilibrado, eficaz y eficiente de las relaciones contractuales.

Nuestra Constitución no tiene una disposición que proteja el contrato, al menos de forma expresa, de la arbitrariedad de los poderes constituidos, especialmente del ejecutivo y del judicial. De hecho, la palabra “contrato” no está mencionada ni una sola vez en todo el texto constitucional, pero ello no implica que el fenómeno contractual le sea ajeno. De forma general la Constitución puede y debe proteger al contrato como expresión jurídica de las relaciones económicas entre las personas, de las siguientes maneras:

- Reconociendo de forma inequívoca la autonomía contractual, ya sea de forma directa como parte del reconocimiento general a la libertad individual, o de manera indirecta, mediante la tutela de la iniciativa económica privada.
- Regulando de forma inequívoca el principio de legalidad y el de supremacía constitucional, de forma que la actividad de las personas en materia contractual esté a salvo de cualquier posible arbitrariedad de los poderes

constituidos, que las limitaciones a la autonomía de la voluntad y la intervención del Estado se produzcan con estricto apego a la ley y en especial a la Constitución, así como que el contenido de los contratos no contradiga lo regulado en la Carta Magna (artículos 9 y 7).

- Reconociendo y protegiendo de forma clara los derechos de propiedad, que representan la base de la prosperidad económica, estableciendo límites claros a la expropiación y la confiscación, y garantizando la libre circulación de los bienes y servicios en el mercado, a través de las formas contractuales que las partes elijan de forma autónoma. (artículos 22 y siguientes)

- Garantizando la igualdad, como principio y como derecho para que no existan diferencias en la legitimación para contratar que privilegien a determinados actores económicos por sobre otros (artículo 42).

- Regulando el más amplio acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva del derecho de crédito, con el imprescindible complemento de la obligatoriedad de las decisiones de los Tribunales, haciendo que el contrato tenga sentido y utilidad para las partes, expresados en la seguridad de que el acreedor va a encontrar en la vía judicial la satisfacción coactiva de su interés (artículo 92).

Es cierto que los límites a la autonomía contractual en la forma de normas imperativas no se encuentran muchas veces en la Constitución, excepción hecha de algunas normas en materias a las que se prestó especial importancia, como la propiedad privada sobre la tierra. En el artículo 29 se prohíbe el arrendamiento, la aparcería y los préstamos hipotecarios a particulares, a la par de la exigencia de requisitos adicionales para la transmisión onerosa o gratuita de la propiedad o de derechos de uso y disfrute. Fuera de esos casos, lo que encontramos en la Constitución, especialmente en lo que se ha dado en llamar Constitución económica, son los postulados generales y los principios que se toman como inspiración para limitar la autonomía de la voluntad en las leyes de rango ordinario.

La autonomía de la voluntad, de la que han nacido multitud de contratos que se ajustan perfectamente a los intereses de las partes, y que muchas veces no eran típicos, o eran novedosas variantes de estos, tiene desde antaño, e

incluso en los escenarios más liberales, al menos un límite preciso: las prohibiciones de la norma imperativa y uno indeterminado o al menos variable que históricamente ha girado en torno a la fórmula de la moral y las buenas costumbres. Es significativo el artículo 2 del Decreto Ley 304/2012, que supedita la autonomía de las partes a la correspondencia con “las prioridades económicas y sociales que se establezcan por el Estado”: la conexión constitucional es evidente.

Así, se puede inferir que prohibiciones expresas y tácitas como las de los préstamos de dinero con pacto de intereses entre particulares, la compraventa de viviendas a plazos, la permuta de vehículos, encuentran su fundamento constitucional, entre otros, en el artículo 18, que propugna la vigencia de un “sistema de economía socialista”. Una disposición que a todas luces también puede dar lugar a desarrollos en la ley ordinaria de limitaciones a la libertad contractual la encontramos en el siempre polémico artículo 30 que se pronuncia en términos imprecisos sobre la regulación de la concentración de la propiedad en relación con “los valores socialistas de equidad y justicia social.” A pesar de ambas normas hemos visto nacer con profusión, en cuanto la legislación lo permitió, pequeñas y medianas empresas privadas que traerán nuevos impulsos a la dinámica contractual, que ojalá no se vean limitados en el futuro por la aplicación arbitraria de conceptos tan abiertos como los citados.

Presumiblemente sobre la base del reconocimiento constitucional de la economía socialista basada en la planificación, el Estado se ha lanzado con poco éxito a coartar la libre configuración de un elemento esencial del contrato de compraventa: el precio, a la par que ha conservado para sí o para determinados actores económicos la comercialización de determinados bienes y servicios, y de actividades como la exportación y la importación, limitando la libre competencia y forzando la contratación con determinadas empresas.

En lo que a prohibición arbitraria de determinados tipos contractuales respecta, tenemos una experiencia elocuente de sus nefastos resultados. La sanción de nulidad que afectó por muchos años a la compraventa de inmuebles es una medida cuyas consecuencias sociales y económicas son difíciles de medir, pero evidentes, amén de que no pudieron detener por

completo el tráfico inmobiliario, fomentando la simulación y la corrupción administrativa.

En cuanto a la limitación de la autonomía privada que representa la fijación de los precios de productos y servicios, poco hay que decir aquí que no hayan dicho ya los economistas, o incluso juristas como el propio Ripert (1951, p. 235), “La determinación legal de un precio supone un conocimiento exacto del valor de las cosas y la posibilidad de una modificación rápida, en caso de variación de ese valor”. Ninguno de esos dos supuestos está presente en las condiciones actuales de Cuba.

V. Visión prospectiva

La protección constitucional del contrato, con la autonomía contractual como piedra angular puede significar la oportunidad de cuestionar jurídicamente, a través de una ley de protección de los derechos constitucionales algunas realidades polémicas:

- La necesaria liberalización de la actividad de comercio exterior. En ausencia de un artículo como el 18 de la Constitución de 1976 , que declaraba el comercio exterior como función exclusiva del Estado, y visto que en la Constitución de 2019 solo se regula la dirección y el control de dicha actividad por parte del Consejo de Ministros (artículo 137 inciso e), es sin dudas una limitación injustificada de la libertad de contratar la obligatoriedad de realizar las exportaciones e importaciones mediante un elenco de empresas resultado de una decisión administrativa.
- La libertad contractual y la presencia de intermediación o agencia en el ámbito laboral. Si la República está fundada en el trabajo, como regula el artículo 1, y éste es un derecho según el artículo 64, un deber social y un motivo de honor, según el artículo 31, las personas deberían poder contratar directa y libremente su fuerza de trabajo, con las limitaciones mínimas que establezca la ley, sin necesidad de agencias empleadoras o bolsas de empleo y protegidas por una legislación laboral que evite la vulneración de sus derechos.

- La libertad para contratar en el ámbito de la comercialización de producciones agropecuarias. Si, según lo regulado en el artículo 77 constitucional, “todas las personas tienen derecho a la alimentación sana y adecuada”, y el Estado “crea las condiciones para fortalecer la seguridad alimentaria de toda la población” y dados los resultados que a lo largo de los años ha arrojado la contratación forzosa de las producciones agrícolas a precios arbitrariamente determinados, existen bases para cuestionar la inconstitucionalidad de una práctica contractual que a la vez que vulnera el derecho a la libre contratación, atenta en sus resultados contra la seguridad alimentaria de la nación.

- La libre contratación en el ámbito de los instrumentos crediticios. En especial en materia de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas de residencia permanente. Si el artículo 71 de la Constitución reconoce el derecho a una vivienda adecuada, y la libertad de contratar se protege por el propio texto constitucional, no hay razones para no implementar los préstamos hipotecarios a personas naturales, como vía idónea para que un trabajador tenga acceso a una vivienda mediante sus ingresos lícitos.

- La libertad de contratar y la comercialización de bienes y servicios en moneda libremente convertible. Tomando como puntos de partida la regulación del artículo 65 constitucional (el derecho al trabajo remunerado en función de su calidad y cantidad), el artículo 31, que reconoce que el trabajo remunerado debe ser la fuente principal de ingresos que sustenta condiciones de vida dignas, permite elevar el bienestar material y espiritual y la realización de los proyectos individuales, colectivos y sociales, y el artículo 78 que reconoce el derecho al consumo de bienes y servicios de calidad y a recibir un trato equitativo y digno, es posible cuestionar, también sobre la base de la libertad de contratar, la comercialización de bienes y servicios esenciales en una moneda que no es la que recibe el trabajador como retribución por su trabajo.

Pero si la relación entre Constitución y contrato es de doble vía, es momento de explicar qué “servicio” puede prestar la institución contractual al diseño constitucional. El contrato es una herramienta en manos de las personas para la creación de riqueza, al propiciar la libre circulación de los bienes y

servicios en la sociedad. Las personas deberían poder, con fundamento en la Constitución, hacer valer su derecho y tachar de inconstitucional cualquier disposición normativa inferior a la constitución que disponga alguna limitación arbitraria a su derecho de contratar libremente. La consagración constitucional de que el contrato es ley privada y que los poderes públicos no pueden contrariar su cumplimiento de manera arbitraria e ilimitada es una necesidad para que el contrato cumpla su rol de servir de vehículo a la creación de riqueza. El aporte fundamental del contrato como institución es brindar a los individuos seguridad jurídica en sus transacciones, y así contribuir al bienestar, a la prosperidad individual y colectiva de la que habla el artículo 1 de la Constitución, y a la justicia social. Pero para eso, la condición previa es que la Constitución y el resto del sistema tienen que garantizar a las personas el “disfrute de la libertad” y el Estado de derecho del que también habla el propio artículo constitucional.

Referencias

- Bernstein, D. (2008). Freedom of Contract Liberty of Contract. En Encyclopedia of the Supreme Court of the United States (David S. Tanenhaus), *George Mason Law & Economics Research Paper*, 8-51. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1239749>
- Bernstein, D. (2011), Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights Against Progressive Reform, University of Chicago Press, *George Mason Law & Economics Research Paper*, 11-17. <https://ssrn.com/abstract=1815221>
- Cherednychenko, O. L. (2004). The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun? *Electronic Journal of Comparative Law*, 8(March), 1-17.
- Ley Número 59/1987, de 15 de octubre, Código Civil. Gaceta Oficial Gaceta Oficial Extraordinaria, de 15 de octubre de 1987.
- Constitución de la República, de 10 de abril de 2019. Gaceta Oficial, 5 Extraordinaria, de 10 de abril de 2019.

- Constitución de la República, de 24 de febrero de 1976. Gaceta Oficial, 3 Extraordinaria, de 31 de enero de 2003.
- Decreto- Ley No. 304, De la contratación económica. Gaceta Oficial Ordinaria, 62, de 27 de diciembre del 2012.
- Duguit, L., y Acuña, J. G. (1943). *Soberanía y libertad*. Tor.
- Ely, J.W. Jr. (2005). The protection of contractual rights: a tale fo two constitutional provisions. *NYU Journal of Law and Liberty*, 1(1), 5-29.
- Gonzales Barrón, G., Cieza Mora, J., Beltrán Pacheco, J. y Merino Acuña, R. (2009). *El derecho civil patrimonial en la Constitución*. Gaceta Jurídica.
- Guzmán Hernández, T.Y. (2015) La dignidad como "Ley primera de nuestra República" y "con todos y para el bien de todos": dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana. *Revista Derecho del Estado*, 4(enero-junio), 127-151. DOI: 10.18601/01229893.n34.07
- Hesselink, M. W., (2002). The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law. *Europa e diritto private*, (1), pp. 1-18.
- Mensch, B. (1981). Freedom of Contract as Ideology [Review of The Rise and Fall of Freedom of Contract, by P. S. Atiyah]. *Stanford Law Review*, 33(4), 753–772. <https://doi.org/10.2307/1228540>
- Prieto Valdés, M. (2016). En pos de la aplicabilidad directa de la constitución cubana de 1976 (Un breve comentario). *Revista IUS*, 2(21), 193. <https://doi.org/10.35487/rius.v2i21.2008.256>
- Prieto Valdés, M. (2020). La Constitución cubana de 2019: nuevos contenidos y necesidades. Universidad de La Habana, 289, 3-23.
- Ripert, G. (1951). *El régimen democrático y el derecho civil moderno*. Editorial José M. Cajica.

Bionota de las personas coordinadoras del libro



Dr. Cristóbal Torres Fernández. Doctor en Ciencias de la Educación por la Universidad de Sevilla con Mención Internacional por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Tres de Febrero, en Argentina. Director del Grupo de Investigación EducAcción. Profesor Contratado Doctor en Universitat Internacional de València y profesor en Universidad Internacional de La Rioja,

Universidad de Sevilla y Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Sus líneas de investigación son las siguientes: Competencias Digitales, E-learning, Herramientas Colaborativas, Tecnologías Emergentes, Formación del Profesorado, Políticas y Legislación Educativa, Metodologías de Enseñanza-Aprendizaje.



Lic. Wilbemis Jerez Rivero. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana con Título de Oro y Premio al Mérito científico. Abogado litigante y Profesor Asistente Honorario de la Universidad de Sevilla. Sus líneas de investigación son las siguientes: las personas y grupos vulnerables, el acceso a la justicia, los estudios de género, la protección ambiental, los derechos humanos, el bienestar emocional, las tecnologías emergentes y las competencias digitales. También ha desarrollado estudios e investigaciones en el marco de la Agenda 2030 y de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS).



Dr. Juan Moisés de la Serna Tuya. Diplomado en Graduado Social y Doctor en Psicología por la Universidad de Sevilla; Máster en Neurociencias y Biología del Comportamiento por la Universidad de Pablo de Olavide. Profesor investigador de la Universidad Norbert Wiener de Perú; Profesor a nivel de postgrado en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR); la Universidad de Valencia; la Universidad Internacional de Valencia (VIU); la Universidad Francisco de Vitoria; la Universidad

Antonio Nebrija. Tutor en el Máster Universitario en Psicología Jurídica; y en el Máster Universitario en Criminología: Delincuencia y Victimología (VIU). Asesor Externo de la Agencia de Calidad de la Educación Superior de Letonia y de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OIE). Divulgador científico con una treintena de libros publicados sobre diversas temáticas de psicología y neurociencias, traducidos a ocho idiomas.

Los retos a los que nos enfrentamos en el ámbito jurídico en el futuro más inmediato gira en torno a la digitalización, a las competencias digitales, a los derechos digitales y al respeto de los derechos de los sujetos. La necesidad de que la tecnología y la informática no se convierta en un sesgo discriminatorio de los derechos personalísimos, y que los algoritmos no provoquen esa merma de los derechos mediante una aplicación aleatoria y descontrolada.

Uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 contempla en el número 16 “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas” nos posiciona en la necesidad de relacionar las sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, y que el acceso de la justicia sea para todos, sin distinción, lo que nos hace reflexionar sobre los colectivos especialmente vulnerables (infancia, víctimas de violencia de género, discapacitados, personas de la tercera edad, entre otros), en el que en pleno siglo XXI debemos todos los ciudadanos procurar que la justicia se imparta para todos.

Ante estos retos y desafíos, se publica este libro en el que se incluyen análisis teóricos, prácticos y jurisprudenciales relativos a derechos, garantías y procedimientos, abordando temas tales como la justicia, su acceso y su futuro; los derechos de las víctimas; las competencias digitales; las medidas de salud pública y el cumplimiento por parte del ciudadano; la naturaleza de las ganancias obtenidas en el juego y su relación en el ámbito económico del matrimonio; los derechos humanos; los derechos fundamentales en el derecho comparado; la propiedad de la vivienda; los sistemas de resolución alternativa para los conflictos más allá del sistema judicial, en el que se privilegia la mediación y el arbitraje; la digitalización y su implicación en los derechos humanos; el enfoque restaurativo de la justicia, y las relaciones contractuales y el derecho a la libertad y a la autonomía de la voluntad.